

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 6

Vol.: 6

Sayı: 2

no.: 2

Aralık-2024

December-2024

Aralık - 2024

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 6 Sayı: 2

Vol.: 6 no.: 2

Aralık-2024

December-2024

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 **Fax:** +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.



Yayın Tarihi:

Aralık, 2024

İMTİYAZ SAHİBİ**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE****Editör Kurulu****Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI****Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOÇAK (10.12.2024-)****Arş. Gör. Dr. Gökberk ÖZSÖKER****Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU****Arş. Gör. Celil ŞAHİN****Arş. Gör. M. Mansur KARADAĞ****Arş. Gör. Bilgesu ULUŞAHİN****Arş. Gör. Büşra KUTLU****Arş. Gör. Dilara DÖNMEZKUŞ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**İsmail ÖZCAN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu**Prof. Dr. Bülent KENT****Prof. Dr. Mustafa AVCI****Prof. Dr. Cemil KAYA****Prof. Dr. Refik KORKUSUZ****Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU****Prof. Dr. Mustafa ATEŞ****Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK****Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR****Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU****Prof. Dr. Rauf KARASU****Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK****Prof. Dr. Ömer ANAYURT****Prof. Dr. Doğan SOYASLAN****Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ****Prof. Dr. Yücel OĞURLU****Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ****Prof. Dr. Yusuf AKSAR****Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI**Başlangıç**

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.
 - **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.
<http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atf yapılırken;
- "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." İfadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekse kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekse onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
 - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK

İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

First level: Numbering style: **I, II, III**... Title: bold and capital letter.

Second level: Numbering style: **A, B, C**... Title: bold and first letter capital.

Third level: Numbering style: **1, 2, 3**... Title: bold and first letter capital.

Fourth level: Numbering style: **a, b, c**... Title: bold and first letter capital.

Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii*... Title: italic and first letter capital.
3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.

3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER/CONTENTS*
HATIRA YAZILARI/MEMORIAL ARTICLES

HUKUKA İÇERİDEN BİRİ OLARAK BAKAN ARAŞTIRMACI: PROF. DR. MUSTAFA AVCI **xx**

Saffet KÖSE

DEĞERLİ HUKUKÇU ARKADAŞIMIZ PROF. DR. MUSTAFA AVCI'YA **xxiii**

Adem ESEN

MUSTAFA AVCI'YI NASIL TANIDIM..... **xxv**

Ahmet CİHAN

30 YILLIK DOSTUM **xxxvi**

Hakan HAKERİ

MUSTAFA AVCI'YI ANLA(T)MAK..... **xxxviii**

Erdal YERDELEN

PROF. DR. MUSTAFA AVCI HOCAMA HÜRMET VE MUHABBETLE... **xl**

Mehmet AYKANAT

DEĞER VEREN DEĞER BULUR **xlviii**

Muhammed Emin AVCI

AZLARDAN OLMAK **l**

İbrahim ÖZER

Ahmet Efkan KARACAOĞLU

Hakan ŞEKER

ŞİFAHİ KÜLTÜR VE MUSTAFA AVCI HOCAMIZ **lii**

Mehmet BARUTÇU

ARAŞTIRMA MAKALELERİ/RESEARCH ARTICLES

TÜRKİYE'DE MÜKELLEF DAVRANIŞLARININ ANALİZİ* **865**

Analysis of Taxpayer Behaviour in Turkey

Hakkı M. AY

Adnan SÖYLEMEZ

Nihal GÜNEŞ AY

MALİ YAPISINA ETKİSİ BAKIMINDAN TÜRK VE HOLLANDA HUKUKUNDA KOOPERATİFİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....883

Legal Nature of the Cooperatives in Terms of Turkish and Dutch Law in Terms of its Effect on Financial Structure

Hayri BOZGEYİK

Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU

Livanur Çebi DİKDOĞMUŞ

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİMİN FARKINDALIĞI: TÜRKİYE ARAŞTIRMASI*914

Awareness of Arbitration in the Resolution of Commercial Disputes: the Case of Türkiye

Mehmet YÜCE

Muhammed ÇELİK

Beyza SAYGIN

Elif KARDEŞ

ALMAN CEZA HUKUKUNDA CEZANIN BELİRLENMESİNİN GENEL İLKELERİ965

General Principles of Sentencing in German Criminal Law

Erdal YERDELEN

İŞ İLİŞKİSİNDE KİŞİSEL VERİLERİN YAPAY ZEKA DESTEKLİ SİSTEMLER YARDIMIYLA İŞLENMESİ*..... 1000

Processing of Personal Data in Working Relationship with the Help of Artificial Intelligence-Supported Systems

Sencer Metin SES

M. Refik KORKUSUZ

AKIL HASTALIĞI NEDENİYLE CEZANIN İNFAZININ ERTELENMESİ.....1051

Postponement of Sentence Execution Due to Mental Illness

Berrin AKBULUT

MECELLE'NİN KÜLLİ KAİDELERİ BAĞLAMINDA ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN İŞLEVLERİ..... 1093

Functions of Customary Law in the Context of Majalla's General Principles

Süleyman TEPE

Veysel K. BİLGİÇ

CEZA MUHAKEMESİNDE SON KARAR (HÜKÜM) DEVRESİ .. 1146

Final Judgment Phase in Criminal Procedure

Ahmet GÖKCEN

HZ. PEYGAMBER'İN TİCARET AHLÂKININ ESASLARI* 1176

The Principles of the Prophet Muhammad's Commercial Ethics

Zekeriya GÜLER

SONSUZLUK ÖZLEMİ VE İLANİHAYE ANILMA ARZUSUNUN BİR TEZAHÜRÜ OLARAK PARA VAKFI: TOPKAPI SARAYI KİLER ODASI KÜTÜPAHNESİ ÖRNEĞİ 1201

Money Foundation As a Manifestation of the Longing for Eternity and the Desire for Eternal Memory: Topkapı Palaca Cellar Room Library Example

Ahmet CİHAN

TÜRK HUKUKU AÇISINDAN PAKET TUR SÖZLEŞMESİ..... 1262

"The Package Tour Contract in Terms of Turkish Law

Yasemin GÜLLÜOĞLU

Ahmet Onur GANİ

KADININ BEKLEME SÜRESİ İLE İLGİLİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN VERMİŞ OLDUĞU BAYRAKTAR/ TÜRKİYE KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ 1311

Evaluation of the Decision of the European Court of Human Rights in Bayraktar/ Turkey Regarding the Woman's Waiting Period

Yasemin DURAK

İHMALİ HAREKETLERLE İŞLENEN DOLANDIRICILIK SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI SORUNU 1334

The Problem of Punishment of the Crime of Fraud Committed by Omission

Meral EKİCİ

Burak TAŞ

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İCRA TAKİBİNDEN FERAGAT.....1369

In the Light of Yargıtay Decisions Waiver of Execution Proceedings

Aziz Serkan ARSLAN

17.-18. YÜZYIL OSMANLI UYGULAMASINDA İRTİFAK HAKKI OLARAK MECRA VE MESİL HAKKI (SU AKITMA İRTİFAKI) 1401

The Rights of Mecra and Mesil (Water Flow Easement) as an Easement in Ottoman Practice during the 17th-18th Centuries

Melikşah AYDIN

VERGİ DENETİMLERİNDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI VE OTONOM VERGİ DENETİMİ PERSPEKTİFİ..... 1439

Use of Artificial Intelligence in Tax Audits and Autonomous Tax Audit Perspective

Abdullah ÖMERCİOĞLU

OSMANLI HUKUK EĞİTİMİNDE HUKUKA GİRİŞ DERSİ VE DERS KİTAPLARI 1466

Introduction to Law Course and Textbooks in Ottoman Legal Education

Mehmet AYKANAT

İbrahim ÜLKER

EBEVEYNLERDEN BİRİNİN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇME HAKKI 1499

The Right of One Parent to Transition to Part-Time Employment

Çiğdem YORULMAZ

TÜRK HUKUKUNDA MUHTAÇLIK AYLIĞI İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİ 1552

Judicial Audit of Needy Pension Procedures in Turkish Law

Yunus ERASLAN

Hüseyin BİLGİN

**HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNE
MUKAYESELİ BİR DEĞERLENDİRME 1584**

A Comparative Analysis on Package Travel Contracts in the Context of Their Legal Nature
Seda GAYRETLİ AYDIN

**İDARİ KOLLUK-ADLİ KOLLUK AYRIMINDA NORVEÇ POLİSİ VE SİVİL DENETİMİ
..... 1625**

*The Norwegian Police on The Distinction Between Preventive and Judicial Police and Its
Civilian Oversight*

Melikşah ÇIRAKOĞLU

OSMANLI HUKUKUNDA ŞARTA BAĞLI TALAK UYGULAMASI.....1672

Conditional Divorce Practice in Ottoman Law

Abdussamed ATASOY

**CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ
STATÜSÜ ÜZERİNE 1698**

On the Status of Presidential Decisions in the Hierarchy of Norms

Veysel GÖRÜCÜ

**ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN KONUSU OLARAK TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN
ANAYASAL DÜZENİ 1738**

*The Constitutional Order of The Republic of Türkiye as the Subject of the Crime of
Violation of the Constitution*

Onur YERDELEN

**AYNÎ HAK SAHİBİ OLMAYAN SATICI VEYA SAĞLAYICININ TÜKETİCİYE DEVRE TATİL
SÖZLEŞMESİ SATMASI SUÇU..... 1779**

*The Crime of Selling Timeshare Contracts to Consumers by Sellers or Providers Who Lack
Right in Rem*

Burak BOZ

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA İFTİRA SUÇUNDAN DOLAYI MAHKÛMİYETİNİN
HÜKÜMLÜ ÜZERİNE ETKİLERİ* 1814**

Effects of Conviction for Defamation on the Convicted Individual in Turkish Criminal Law

Erhan KOYUNCU

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA KEYFİ VEYA AYRIMCI TEDBİRLERE KARŞI KORUMA 1846

Protection Against Arbitrary or Discriminatory Measures in International Investment Law
Selcen Nur KIŞLA

5346 SAYILI KANUNA DAYALI BAKANLIK ÇALIŞMALARI SONUCU YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAK ALANLARI TESPİTİ VE KULLANIM HAKKI YARIŞMASI 1890

Identification of Renewable Energy Resource Areas as a Result of Ministry Studies and Tenders for Renewable Energy Resource Areas Based on Law No. 5346

Güven SÜSLÜ

GÜNCEL YARGI KARARLARI IŞIĞINDA EVLENME YOLUYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA MİLLİ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ KAVRAMLARININ İDARENİN TAKDİR YETKİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ 1974

Assessment of National Security and Public Policy Concerns in the Context of Administrative Discretion in the Acquisition of Turkish Citizenship through Marriage in the Light of Current Judicial Decisions

Erman EROĞLU

GEÇİCİ KORUMA KİMLİK BELGESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ YARGI YERİNİN TESPİTİ 2009

Determination of the Judicial Venue in Case of Disputes Relating to Temporary Protection Identification Certificate

Ahmet BAĞRIAÇIK

VEKÂLETSİZ İŞGÖRMEDE İŞSAHİBİNİN İŞGÖRMEYİ UYGUN BULMASININ SONUÇLARI 2038

Consequences of Principal's Approval to Manage the Affairs in Negotiorum Gestio

Ümmühan KAYA

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ HUKUKİ DENETİMİ 2072

Legal Review of The Suspension of The Pronouncement of The Judgment

Sibel CAN

Selen EVİRGEN

7464 SAYILI KONUTLARIN TURİZM AMAÇLI KİRALANMASINA DAİR KANUN ÇERÇEVESİNDE KONUTLARIN KISA SÜRELİ KİRALANMASI.....2129

Short-Term Renting of Houses Within the Framework of the Law No. 7464 on Renting of Houses for Tourism Purposes

Onur ALTINKAN

II. DÜNYA SAVAŞI SONRASINDA DÜNYA SİYASETİNDE YAŞANAN KIRILMALARIN TÜRKİYE'NİN DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNE İLK ETKİLERİ: İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME 2184

The First Effects of The Breaks at the end of World War II on Turkey's Democratization Process: An Evaluation in the Context of Human Rights

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU

İSLAM HUKUKUNDAKİ MÜHÂYE'E İLE TÜRK MEDENİ KANUNU'NDAKİ PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLARIN YARARLANMA, KULLANMA VE YÖNETİME İLİŞKİN ANLAŞMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI 2223

The Comparison of Muhaye'e in Islamic Law and The Agreements of the Shareholders Regarding the Utilisation, Use and Management in Joint Ownership in the Turkish Civil Code

Gamze Nur ŞAHİN

Hakkı Mert DOĞU

İLAÇ PATENTLERİNE KARŞI AÇILACAK MENFİ TESPİT DAVALARINDA JENERİK/EŞDEĞER İLACIN RUHSATLANDIRILMASI ŞART MIDIR?.....2269

Is It Necessary to License Generic Drug in Negative Declaration Cases to Be Filed Against Drug Patents?

Fatma Betül Çakır Çelebi

OSMANLI DÖNEMİNDEN GÜNÜMÜZE SERMAYE PİYASALARI ÖZELİNDE ARACILIK FAALİYETLERİNİN TARİHSEL GELİŞİMLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER.....2293

Thoughts on the Historical Evolution of Intermediary Operations within the Context of Turkish Capital Markets from the Ottoman Period to Present

Ece Deniz GÜNAY

Gözde Engin GÜNAY

FIKHA GÖRE YASAMA: MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE ÖRNEĞİ.....2328

Legislation According to Fiqh: Example of the Majalla al-Ahkam al-Adliyyah

Mustafa ÜNAL

**İSLAM HUKUKUNDA DEPREMDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK ÖRNEĞİ:
CİNÂYET-İ HÂİT 2362**

An Example of Criminal Liability Arising from Earthquake in Islamic Law: Jinayat Al-Hait

Muhammed Halil AYAKLI

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN GELİŞİMİNDE İRRASYONEL DELİL OLARAK
ORDAL 2427**

Ordeal as Irrational Evidence in The Evolution of Criminal Procedure Law

Yusuf KILIÇ

**ADİL CEZA YARGILAMASINDA ÇELİŞMELİ YARGILAMA VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ
İLKELERİ BAKIMINDAN MÜDAFİİN ÖNEMİ 2456**

Die Bedeutung des Verteidigers für ein faires Strafverfahren im Hinblick auf die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit

Özge Ceren YAVUZ KILIÇ

**ÇALIŞMA SÜRELERİNDE ESNEKLEŞME: KAYAN İŞ SÜRELERİ VE İKLİM
DEĞİŞİKLİĞİNE UYUM ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER 2508**

Flexibility in Working Hours: Evaluations on Shifting Working Hours and Adaptation to Climate Change

Salih YILDIZ

**İSLAM CEZA HUKUKUNDA ÂKİLENİN CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ..... 2556**

The Evaluation of the Surety System (Aqila) with Respect to the Principle of Individual Criminal Responsibility in Islamic Criminal Law

Ensar KUM

**GÜVEN TEORİSİNE DAİR HANEFİ MEZHEBİ BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME
..... 2591**

An Evaluation of the Theory of Trust in the Context of Hanafi School

Oğuzhan ORHAN

İNCELEME MAKALELERİ/REVIEW ARTICLES

**OSMAN SAİB'İN KALEMİNDEN OSMANLI DEVLETİ'NİN SON DÖNEMİNDE CEZA
SORUŞTURMASI..... 2643**

*Criminal Investigation in the Last Period of the Ottoman Empire by Osman Saib
..... 2644*

İbrahim ÜLKER

Mehmet AYKANAT

**BAĞIMSIZ DENETİM KURULUŞLARININ EKONOMİK KOLLUK KAPSAMINDAKİ YERİ
..... 2672**

Role of Independent Audit in Economic Law Enforcement

Fatih AVCI

*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.

Editör Kurulundan...

Türkiye’de armağan geleneğinin uzun zamandır sürdürüldüğü malumdur. Bununla birlikte, özellikle hukuk alanında hazırlanan armağan eserlerinin genellikle değerli hocalarımızın vefatını müteakip veya emeklilik dönemlerine denk getirildiğine şahit oluyoruz. Oysa “marifetin iltifata tabi” olduğu düsturunu hatırdan çıkarmadan, hukuk dünyamıza büyük emeklerle katkıda bulunan bilim insanlarımızın birikimlerini ve emeklerini en verimli çağlarında onurlandırmanın yerinde olduğunu düşünüyoruz. İşte bu nedenle, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Editör Kurulu olarak kıymetli hocamız Prof. Dr. Mustafa Avcı’nın hukuk mesleğinde kırk yıla sığdırdığı kıymetli tecrübe ve katkılarını kutlamak için, emekliliğini beklemeksizin bir armağan sayısı hazırlamanın daha doğru olacağı kanaatine vardık. Tüm çalışmaları çift taraflı kör hakemlik sürecine tabi tutarak titizlikle değerlendirmeye alan dergimizin bu kez hocamıza armağan edilmesi fikrini dekanımız Sayın Prof. Dr. Mehmet Emin Bilge hocamıza arz ettik. Kıymetli hocamızın teşvikleri doğrultusunda başlattığımız bu çalışmada, yayıma hazır hâle gelen 46 bilimsel makale ile armağan sayımız tamamlanmış oldu.

Sözü geçen bu armağan sayısının, yalnızca hocamızın hukuk dünyasına sunduğu paha biçilemez eserleri değil, aynı zamanda kanun hazırlıkları, hukuk eğitimi ve uygulama sahasındaki geniş katkılarını da yâd etmeye vesile olacağını düşünüyoruz. Mesleki hayatları boyunca, nitelikli ilmi çalışmaları ve müstesna hocalığı ile ülkemiz hukukçularının yetişmesinde büyük emekleri olan Sayın Prof. Dr. Mustafa Avcı hocamıza, yetiştirdiği hukukçuların şükran borcunun küçük bir karşılığı olarak bu sayımızı armağan ediyoruz. Kendilerinin her daim afiyet ve huzur dolu, bereketli bir hayat sürmesini temenni ediyor, bu armağan sayımıza değerli çalışmalarını gönderen ve hakemlik sürecinde emeği geçen tüm hocalarımıza gönülden teşekkürü borç biliyoruz. Hazırladığımız bu armağan sayısını siz, kıymetli okurlarımızın istifadesine sunarken, bu eseri hukuk dünyasına kazandırmaktan mutluluk duyduğumuzu da ifade etmek istiyoruz.

ASBÜHFD Editör Kurulu

Dekandan...

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2024/2 sayısını, Fakültemizin değerli öğretim üyesi Prof. Dr. Mustafa Avcı'nın 40. meslek yılı onuruna armağan etmekten büyük bir mutluluk duyuyoruz. Akademik camiada yetkinliği ve üretkenliğiyle tanınan Prof. Dr. Avcı, Hukuk Tarihi ve Ceza Hukuku alanlarında kaleme aldığı nitelikli eserlerle bilim dünyasına önemli katkılar sunmuştur. Özellikle Osmanlı ceza hukuku üzerine yaptığı araştırmalar, hukuk tarihimize ışık tutan temel kaynaklar arasında yer almaktadır.

Hocamızın özgün bilimsel çalışmaları kütüphaneleri zenginleştirirken, tedrisatından geçen yahut bir şekilde hayatına dokunduğu pek çok genç bilim insanı da akademik camiada yer edinmiştir. Hem eserleri hem de yetiştirdiği öğrencileri ile akademik camiaya önemli katkılar sunan hocamızın, bilimsel gayreti, hassasiyeti ve verimliliği takdire şayandır.

Başarılı bir akademisyen olmanın yanında Prof. Dr. Avcı, ilkelerinden, insani değerlerden, akademik ve etik prensiplerden ödün vermeyen tutumuyla örnek teşkil etmektedir. Önemli idari görevler de ifa eden sayın Hocamız, çalışkanlığı ve azmi ile yetiştirdiği öğrenciler için ilham almaları gereken vasıfları da ortaya koymaktadır.

Sayın Hocamızın eserleri, Üniversitemizin akademik ortamına sunduğu katkılar, büyük bir özveriyle yürüttüğü dersler ve örnek duruşu, Fakültemizin akademik standartlarını sürekli yükseltmek kararlılığımızı kuvvetlendirmekte ve bu yolda bizlere destek olmaktadır.

Dergimizin bu sayısı, Prof. Dr. Avcı'nın hukuk doktrini ve akademisine yaptığı katkılara bir teşekkür olarak hukuk mesleklerindeki 40. yıllarını onurlandırmak amacıyla bir armağan sayısı olarak duyurulmuştur. Makale çağrımıza, hukukun farklı disiplinlerinden değerli akademisyenler eserleri ile katkı sunmuşlardır. Kendilerine Fakültemiz ve Dergimiz adına teşekkür ederim.

Prof. Dr. Mustafa Avcı Hocamıza sağlıklı, huzurlu ve başarılarla dolu bir ömür dilerim. Fakültemize ve hukuk bilimine yapmakta olduğu katkılar dolayısıyla en derin şükranlarımı sunarım.

Prof. Dr. Mehmet Emin Bilge

HUKUKA İÇERİDEN BİRİ OLARAK BAKAN ARAŞTIRMACI: PROF. DR. MUSTAFA AVCI

Saffet KÖSE*

Prof.Dr. Mustafa Avcı, hukuk alanına önemli hizmetlerde bulunmuş bir ilim adamı, hepsinden önce akademik hayatının her döneminde titiz bir araştırmacıdır. Akademiye yönetici düzeyinde de katkılarda bulunmuş ve bu kapsamda Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesinin dekanlığını üstlenmiştir. Ayrıca hakimlik yapmış ve Dicle Üniversitesi ile Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültelerinde öğretim üyesi olarak hukuk camiasına önemli hizmetlerde bulunmuştur. Hal-i hazırda Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır.

Hukukçu bir ilim adamı olarak Mustafa Avcı, alandaki derin bilgisi ve öğretim becerileriyle öne çıkmaktadır. Türk Hukuk Tarihi yanında İslam hukukuna olan ilgisi, Osmanlı Ceza Hukuku alanındaki orijinal belge ve kaynaklara dayalı değerli çalışmaları, araştırmalarındaki titizliği ile alanına önemli katkılarda bulunmuştur. Öğrencileri onun teorik bilgiyi pratikle harmanlayarak, hukuk sisteminin dinamiklerini anlamalarına yardımcı olduğunu sürekli ifade etmektedirler. Derslerinde tarihi ve güncel olaylar üzerinden örnek çözümlenmelerle öğrencilerinin hukuk melekesi kazanmasına yoğun çaba gösteren bir hukuk adamıdır. Bu yolla meslek etiğine ve adalet duygusunun canlı tutulmasına özen gösterdiğini söylemiz gerekir. Mustafa Avcı, her zaman sadece ders veren bir hocanın ötesinde bilginin toplumda karşılık bulmasına dönük takdire değer bir çaba içinde olmuştur.

Mustafa Avcı'nın Türk Hukuk düşüncesine yapmış olduğu en değerli katkı, bütüncül ve objektif bir bakışla Türk Hukuk Tarihi'ni kendine özgü şartları içinde ve akademik titizliğin gerektirdiği duyarlılıkla ele almasıdır. Subjektif-ideolojik okumalardan kaçınmış olması onu farklı kılmaktadır. Bilindiği üzere Cumhuriyet Türkiye'si kuruluş yıllarında sosyal, kültürel ve siyasi alanda batılılaşmayı resmi politika olarak benimsemiştir. Yaşanan köklü değişimler ise geleneğe, tarihe ve onu yoğuran değerlere karşı inkârcı bir hukuk yaklaşımı egemen kılmıştır.

* Prof. Dr. İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Rektör

Batı'dan alınan kanunlar bir yana hukuk öğretimi ile batılılaşma yönündeki çalışmaların hız kazanması ve akademik alanın bunu tamamlayıcı ve kökleştirici bir rol üstlenmesi, tarihin ideolojik olarak okunmasına dair bir zemin hazırlamış; âti'nin mâzîden kopmasına dönük çabalara öncülük etmiştir. Bu tutum sosyolojik etkiler bir tarafa bilimsel eksiklik ve hataları da beraberinde getirmiştir. Bu noktada, İslam hukukunun günlük ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliği ve Osmanlı hukukunun İslam hukukundan sapmış örfi bir hukuk olduğu, hatta daha açık bir ifade ile Osmanlı hukukunun İslam hukukuna aykırılıklar taşıdığı tezleri hukuk tarihi ve hukuka giriş kitaplarında vurgulu şekilde işlenmiştir. Konuya ilişkin makaleler yazılmış, konferanslar düzenlenmiş ve bilimsel toplantılarda bu tez yaygın şekilde dile getirilmiştir. İslam hukukunun yapısı ve onun Osmanlı uygulaması dikkate alındığında oryantalistlerden alınmış bu iki tezin bütünüyle çürük ve gerçeklikten uzak olmasına rağmen bilimsel bir gerçeklik olarak kabul edilip akademik çalışmalarda yer alması bilim adına kabul edilebilir bir yaklaşım tarzı değildir. Zira İslam hukuku dinamik bir yapıya sahiptir ve örfi hukuk İslam hukukunun yasamaya tanıdığı bilinçli boşlukların Osmanlı uygulamasından ibarettir denilebilir. Tam da bu noktada Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi'nin orijinal kaynakları olan eserlere, arşiv belgelerine, fermanlara, kanunlara ve dönemin sosyolojik gerçekliklerine bağlı olarak ele almış ve bu iddiaların geçersizliğini ortaya koyarak içeriden bir bakış ile önemli bir vazifeyi ifa etmiştir. Bu, sadece akademik olarak bir hatanın düzeltilmesi değil aynı zamanda tarih bilincine de önemli bir katkıdır. Avcı'nın *Türk Hukuk Tarihi*, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *Hukuk Tarihimizde Hapis* gibi kitapları ve diğer akademik araştırmaları anılan katkıların en önemli örnekleridir.

Sonuç olarak modernite ile gelenek arasında sıkıştığımız bir dünyada mazi ile âti arasında tutarlı bir yöntem ile bağlantı kurmaya ihtiyacımız her zamankinden daha fazla kendisini hissettirmektedir. Bir tarafta bütün tarihini dışlayan, müslüman kültürünü ve ona yön veren değerleri yok sayma kompleksi içinde olanlara karşı tarihi ile barışık, geleneği anlamlandırılan, modernitenin meydan okumalarına karşı sağduyulu, değerlerimizi günümüz dünyasına güncel dil ile sunan bir akademisyen olması onu içimizden birisi kılan duruşudur. Bu yönü onu Türk hukuk tarihi araştırmalarında değerli ve saygın kılmaktadır. Dileğimiz uzun yıllar bu çabasını sürmesidir. Altını çizerek ifade etmek isterim ki akademiye hayatını vakfetmiş, mesleğin gelişimine ve gelişimin köklerinden kopmadan sürdürülmesine önemli katkılar yapmış ilim ehline hak ettiği değeri vermek, değer

verileni manen ihya edecek, sonraki çalışanlar için motivasyon oluşturacaktır. Ben Hukuk alanında yayın yapan önemli bir akademik derginin böylesi bir değere ithaf edilmiş olması nedeniyle dergi yönetimini ve yayın ekibini tebrik ediyor, kadirşinaslıkları için şükranlarımı sunuyorum. Mustafa Avcı hocamıza da sağlık ve afiyet içerisinde nice başarılı çalışmalar diliyorum.

İzmir 2024

**Prof. Dr. Saffet Köse
İzmir Kâtip elebi Üniversitesi Rektörü**

DEĞERLİ HUKUKÇU ARKADAŞIMIZ PROF. DR. MUSTAFA AVCI'YA

Adem ESEN*

Mustafa Avcı Beyi ilk defa 1980 yılı Ekim ayında Vefa'daki İlim Yayma yurdunda tanıdım. O yıl ben Siyasal Bilimler Fakültesini, kendisi de Hukuk Fakültesini kazanmıştı. Fakültelerimiz ayrı olmasına rağmen birbirimizi tanıma ve arkadaş olma fırsatını bulduk. Bu yurt Anadolu'dan gelen öğrencilere güzel bir sığınma yeri idi. Üniversiteye yakın olması büyük bir avantajdı. Nitekim sabah saat 9.00'da başlayacak derslere 10 dakika önce yurttan çıkar hocadan önce sınıfa girerdik. O yıllar yurdun yemek verme imkanı yoktu, her öğrenci kendi imkanlarıyla kantinde veya etraftaki lokantalarda karnını doyururdu. Üniversitenin açık olduğu günlerde öğrenci yemekhanesinde yemekleri yedik. Öğrenci yemekhanesinin uzun bir kuyruğu olurdu, pek çok konu o kuyrukta tartışılırdı. Yurt ile Beyazıt kampüsünün çok yakın olması otobüs, minibüs bekleme sıkıntısını da ortadan kaldırıyordu. O günün başka bir problemi ve aynı zamanda avantajı 12 Eylül askeri ihtilalin devamı idi. Askeri yönetim bir yandan yasaklar getirmişti ama diğer yandan da olayları durdurmuştu. Bu bakımdan üniversitede neredeyse hiç olaylar görülmedi. Bu da Anadolu'dan yeni gelmiş bizim gibi öğrenciler için ders çalışma fırsatı veriyordu. Öyle ya bizden önceki üniversite öğrencileri derslerinin büyük bir kısmını boykotlar ya da işgaller sebebiyle işleyememişlerdi.

İlim Yayma yurdunun birçok avantajı vardı. Bunlardan birisi de bazı günler dışarıdan Hoca Efendiler gelirler, öğrencilere kendilerini geliştirmeleri için ek dersler verirlerdi. Mustafa Avcı da bu derslerden istifade etmeye çalışırdı. Aynı zamanda Hukuk Fakültesi derslerine de devam ederdi.

Mustafa Avcı, yüksek lisansını İstanbul adli yargı hakim adaylığı sırasında, doktorasını Göynük hakimliği döneminde yaptı. Ülkemizin ileri gelen hukukçularından Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Hoca ile çalıştı, onun danışmanlığında doktora tezi yazdı.

* Prof.Dr. İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı.

Mustafa Hoca ile onun hakimlik ve üniversiteye geçmesi yıllarında selamlaşmamız biraz uzaktan oldu. Zira ben de İstanbul'dan ayrılıp Erzincan Hukuk Fakültesine ve oradan da Sivas İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine geçmiştim. Daha sonra Mustafa hocamızla Konya'da yollarımız keşişti. Ben Selçuklu Belediye Başkanı idim. Mustafa Hoca da Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesine öğretim üyesi olarak geldi.

Bir gün ulusal bir televizyon kanalında ünlü bir tarihçi Osmanlı Ceza Hukuku ile ilgili bazı konulardan bahsediyordu. Anlattıkları bana hiç de gerçekçi gelmemişti. Hemen Mustafa hocayı aradım. Kendisi bu konuda derin bilgisi olduğu için kendisine sordum, anlattı hakikati... Ben doğruyu Mustafa hocadan öğrendim, ama televizyon dinleyicileri maalesef yanlış bilgi sahibi olmuştu. Demek ki kendi tarihini yabancı kaynaklardan öğrenden ve öğreten akademisyenler, aslında en büyük sıkıntı vermekteler, hakikati çarpıtmakta ve cehaleti yaymaktalar.

Bu vesileyle Mustafa Bey kardeşimize sağlıklı, uzun ömürler diler, selam ederim.

11.09.2024.

Fatih-İstanbul

MUSTAFA AVCI'YI NASIL TANIDIM

Ahmet CİHAN*

Her insanın hayatında belirli dönüm noktalarında aldığı kararlarda rol oynayan bazı unsurlar vardır. Altmış yılı aşan ömür denilen bireysel hayat yolculuğumda tevafuk olarak, çok az sayıdaki insanın aynı grup içinde yer alarak gerek eğitim ve gerekse akademik kariyerimde kaldıraç rolü üstlenmiş olduklarını söyleyebilirim. O şahsiyetlerden biri, muhtemelen söz konusu dar grup içinde zikredebileceğim müstesna isimlerden biri, Mustafa Avcı olmuştur diyebilirim.

İşte, bu yazıda, kendisiyle ilk karşılaştığım 1970'li yılların ortasından 21. yüzyılın ilk çeyreğinin tamamlanacağı bugüne kadar geçen yaklaşık yarım asra tekabül eden hayat yolculuğumun belirli dönüm noktalarındaki buluşmalarımıza, daha doğrusu etkileşime yer verilecektir.

I.

Bunlardan birincisi ve gerçekten bireysel kimlik üzerinde etkili olan ilk aşamanın, 1976 yılında Adana merkezde yatılı olarak eğitim-öğretime başlamak olduğunu ifade etmem gerekir. Kendisiyle ilk karşılaştığımda henüz 12-13 yaşlarında bir çocuktum; İmam Hatip Okullarının orta kısmının ilk açıldığı yıllardı, ilk iki seneyi Osmaniye'de okuduktan sonra, parasız yatılı okumak üzere Adana'ya, ilk iki sınıfı birlikte okuduğum Ahmet Eynallı ile birlikte 1976 yılında gelmiştim. Sarıya yakın bir dış cephe rengine sahip bulunan okul binasında, akşam ve sabah etütlerinde zaman geçirdiğim okulun ilk binası ile dışarıdan bakılınca modern bir konutu andıran gri renkli ve geniş pencereci kurum yurdunda önceden tanıdığım tek sima Ahmet Eynallı idi, güz aylarında ortaokul üçüncü sınıfa başladığımda.

O, hem yaşça daha büyük hem de fizik olarak daha gelişmiş bulunduğundan, sınıfta en arka sıraya oturmayı tercih etmişti. Ben ise, küçük bedenim ve kısa boyumla, kapıdan içeri girince soldaki ilk sıraya oturmuştum. İlk derste, yanımda hangi arkadaşın bulunduğunu hatırlamasam da 1976 yılı Eylül ayından itibaren

* Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü.

okulda pek çok arkadaş edineceğim kesindi. İlerleyen haftalarda, Halfeti ilçesinden gelerek polis memuru olan ağabeyinin evinde kalan Recep isimli bir arkadaş ile aynı sırayı paylaşacaktım.

İlk derste veya okulun açıldığı ilk derslerden birinde, Şükrü ya da Ziya Yürekli adlı hocalarımızdan biri, ders yoklamasını tamamladıktan sonra, sınıfa o sene dışarıdan yeni gelmiş olan Ahmet Eynallı ile benden söz ederek, “garibanları yalnız bırakmayın” diye öğrencilere tavsiyelerde bulunmuştu. O tavsiye üzerine, daha ilk teneffüste yanımda bulduğum, sonraki yıllarda samimi bir arkadaş olacağım ilk öğrenci Mustafa Avcı olmuştu.

O, her şeyden önce, çok çalışkan bir öğrenci idi; hemen her derse hazırlıklı geliyordu. Sınavlarda da karşılığını yüksek not olarak alıyordu elbette. Çoğu zaman, hocalarımız kendisini ders anlatması için tahtaya kaldırıyordu, bu nedenle hemen bütün öğretmenler kendisini takdir ediyor ve arkadaşlarımıza örnek gösteriyorlardı.

Büyük çoğunluğu Akdeniz bölgesindeki illere bağlı irili ufaklı ilçeler ile umumiyetle kırsal kesimdeki tarım toplumdan gelmiş olan öğrencilere okulun yurt kısmında her gün üç öğün sıcak yemek hazır olarak veriliyordu, bizlere sadece ders çalışmak kalıyordu. Mustafa Avcı ve onun gibi çalışkan bazı öğrenciler, haftanın beş günü her akşam ve sabah belirli saatlerde zorunlu olan etütleri oldukça iyi değerlendiriyordu. Aksine, benim gibi daha az çalışkan olanlar ise, günün derslerine hazırlanmak veya bir önceki günün derslerini tekrar etmek yerine sıra arkadaşlarıyla sohbet etmeyi ya da ders haricinde bir şiir, hikâye ve roman kitabı okumayı tercih ediyordu. Etüt saatleri benim için çok verimli geçmezken tam aksine Avcı ve benzerleri için oldukça yararlı oluyordu. Bu durumun, öğrencilerin kurumdaki beklentilerinin veya mezuniyet sonrasındaki hayata dair öngörülerinin, planların farklılığından kaynaklanmış olduğu söylenebilir.

Cuma ve cumartesi akşamları etüt yoktu yatılı okuyan öğrenciler için, bunu fırsata çevirip, umumiyetle çarşıda yeni gösterime giren filmlerden birini izlemeyi tercih ederdim bir grup arkadaşla hafta sonları. Bazen de birkaç arkadaşla, özellikle uyku uyumaktan vakit ayırabilirse Elazığlı Yusuf isimli arkadaşla beraber, akşamları İnönü Parkı'na kadar yürür, orada üç tekerlekli tezgâh

üzerinde tatlı satan yaşlı bir amcadan sevdiğimiz tatlı çeşitlerinden alıp ayaküstü oracıkta tüketir idik.

Öte yandan, belirli zamanlarda, büyük şehirlerden davet edilmiş bulunan kanaat önderi denilebilecek evsaftaki kültürlü şahsiyetlerin şehri ziyarete geldikleri haberini aldığımızda, hafta sonları, MTTB gibi kuruluşların toplantı salonlarını doldurup onların saçtığı irfan tanelerinden payımıza düşenleri almayı da ihmal etmezdik doğrusu.

Mustafa Avcı, hafta içinde derslerine iyi hazırlanıyordu, hafta sonlarını da oldukça iyi değerlendiriyordu. Eski dersleri tekrar ediyor, yeni kitaplar okuyarak bir sonraki haftaya yeterli ön bilgi edinmiş olarak başlamış oluyordu. Onun derslerindeki ciddiyeti kıyafetine, giyim kuşamına da yansiyordu. Elbiseleri her zaman temiz, ütülü, alt ve üstü, saçı hep birlikte öğrenciye yakışacak görünümde ve evsafa idi. Tam aksine ben sivri topuklu ayakkabımın ökçesine basar, elimde tespih ile etüt aralarında ve hafta sonlarında, “mahkûmlara” benzer bir insan görüntüsü içinde, okulun dar bahçesinde sürekli volta atar dururdum. Küçük cüsseme bakmadan, parkemi giymez, iki omuzuma atarak elimdeki tespihi çevirerek yürürdüm.

Bu tavrımda ve tutumumda, I. Cihan Harbi ile birlikte farklı cephelerde toplamda yedi yıl savaşmış olan dedem Halil'in, yatılı okula giderken bana ifade ettiği sözlü tavsiyeleri belirleyici olmuştu. Elbette, 1950-1960 arasındaki demokrat Parti iktidarında CHP'li gruplarla yaşanan rekabetin, siyasal çatışmanın ötesine geçerek ailevi dramla sonuçlanması nedeniyle, babam Abdullah'ın, bizi eğitim alacağımız okula gönderirken evden ayrılacağımız zaman ağabeyim ile bana ders niteliğindeki öğütleri de etkili olmuştu. Ailede büyüklerin sözlerini dinleyerek sosyal ilişkileri sürdürmeye özen göstermem, 1970-1980 arasındaki çatışma ortamından uzak kalmama yardımcı olmuştur. Ancak bu durum, bazı vakalara yakından tanıklık etmemize engel olmamıştır. Bunlardan biri oldukça trajik bir vakadır.

Siyasal çatışmanın yoğun olduğu yıllarda, yatılı okuldaki bazı öğrenciler açısından, sabah kahvaltısından sonra yakın çevresinde biraz dolaşmak genel bir alışkanlıktı. Sigara kullanan bir grup arkadaşla eşlik ettiğim bir gün, okulun bulunduğu mahallede bahçeli evlerin yer aldığı bir sokağın başına geldiğimizde, karşı sokakta bekleyen bir grup arasında bir gencin belindeki silahı çıkarıp

üzerimize doğrultarak rast gele ateş etmeye başlaması hepimizi panikletmiş, her birimizi bir tarafa savurmuştu. Sokakta bir ağacın arkasına gizlenmeye çalışırken grubumuzdaki bir arkadaşımızın acı bir ses tonuyla "Ah anam!" diye haykırdığını duymuş, bu esnada bir diğerinin "falan vuruldu!" diye ağladığını görmüştüm. Korkudan titremeye başlamıştım, işte o an söz verdim, bir daha sokağa çıkıp dolaşmayacaktım sabah kahvaltısından sonra.

Arkadaşımızın vefatı duyulunca, derin bir üzüntüye kapılmıştı bütün okul öğrencileri ve hocalarımız. Cenaze merasimi ve defin için vefat eden arkadaşımızı memleketine götürmek için hazırlık yapılmış, tanıdık ve hemşerisi olan öğrencilerden pek çoğu cenazeye katılmıştı.

Baharın henüz geldiği, ağaçların taze yaprak açtığı, çiçeklerin kendisini gösterdiği o büyümlü günlerde bir arkadaşımız "şehit" olmuştu. Diğer yandan bazı hocalarımız okuldan evine, evinden okula ya zor gidip geliyor ya da endişeden dolayı bazı günler okulda kalmak zorunda kalıyordu.

Elim vakanın yaşandığı günlerden sonraki bir hafta sonu idi, pek çok öğrenci kahvaltıdan sonra ya dershanelerde çalışmaya başlamış veya yurttan dinlenmeye çekilmişti. Pek azı ise çarşıya gitmek üzere okulun bahçesinde dolaşıyordu. Öte yandan okulumuzun yurdunda, gıda ve sebze-meyve işlerini koordine eden, mobileti ile bazı ürünleri şehirden tedarik ederek yurda taşıyan Cebrail isimli yaşlı bir amca, ak saç ve sakalı ile sarı-pembe renk karışımı okul binasının önündeki asmanın altında bir grup öğrenci ile sohbet ediyordu. Kendilerine nasihat eden bu yaşlı amcaya kulak kabartmış olan öğrencilerin hepsi onun ağzından çıkanları dikkatlice takip ediyordu. Umur görmüş Cebrail amca, tane tane konuşuyordu, meraklı bakışlarla kendisini dinleyenleri can evinden vurmıştu adeta, zira kimse ses çıkarmıyordu o konuşurken. İşte o gün, gözümü dört açıp dinlediğim sohbetinde aksakallı Cebrail amcanın kulağıma küpe olan sözlerinden biri şöyle idi: "Gençlik bir girdaptır herkes vurulur, ancak çoğu boğulur; azı kurtulur!"

Tecrübeli Cebrail amcanın bu ifadelerinin ne müthiş bir şey olduğunu, o günlerdeki toplumsal şiddete ve teröre tanıklık eden hemen herkes anlayacaktır. Bugün de bu söz, gerçek anlamından hiçbir şey kaybetmemiştir, aksine tekrar dinleyince muhtevastaki zenginlik hemen fark edilecektir.

Öncelikle dedemim ve babamın öğüdü, sonra Cebrail amcanın tanık olduğum bir sohbetindeki "nasihat" dolu ifadeleri, yatılı okulda şahsıma rehberlik etmiş,

çatışma ortamından koruyup uzak tutmuştur. Yukarıda sözünü ettiğim elim vaka dışında başka bazı münferit hadiseler de yaşanmıştır maalesef kurumda.

Mustafa Avcı, yatılı okuyan öğrenciler arasında en parlak arkadaşlarımızdan biri idi. Öyle ki daha altıncı sınıfta iken son sınıf derslerini vermiş, ÖSYM sınavlarına girerek İstanbul Hukuk Fakültesini kazanmıştı. Bir sonraki ders yılında 12 Eylül Darbesi olmuş, toplum yeni bir mecraya yönelmişti.

Her ne kadar eğitim gördüğümüz kurum 1950'den önce tedricen açılmaya başlamış olsa da umumiyetle Türkiye'de demokratik seçimle iktidara gelmiş bir yönetimin işbaşında bulunduğu 1950 sonrasında toplumsal tabandan destek alarak genellikle STK aracılığıyla inşa edilmiş ve daha sonra MEB'e resmen devredilmiştir. Bu kurumların yaygınlaşması, eğitim alan öğrencilerin büyük bir kısmının taşradan gelmiş olması, bu kurumlara görece "devşirme" statüsü kazandırmış olduğu iddia edilse bile, bundan daha da önemlisi bu eğitim müesseseleri üzerinden Türk toplumu kırsal merkeze doğru değişerek, dönüşerek ve yeni bir kimlik kazanarak yerleşmeye başlamıştır denilebilir. Özetle ifade etmek gerekirse, eğitim gördüğümüz bu formel eğitim kurumları, toplumun yukarıdan aşağıya doğru modernleştirilmesi tercihinin aksine aşağıdan yukarı doğru evolve edilmesinin daha az sorunlu ancak çok daha başarılı olacağını, olduğunu ortaya çıkarmıştır diyebilir. Bu eğitim kurumları, kurumsal kimlik kazanıp toplumsal kesimlerde yaygınlaştıkça, nüfusun büyük çoğunluğunun henüz taşrada yaşadığı bir zaman diliminde toplumun iktisadi, içtimai, sosyokültürel ve bilinç bakımlarından değişip dönüşmesinde bir taraftan kaldıraç rolü üslenirken aynı zamanda toplumsal merkezde de yeni bir kimlik inşa etme fonksiyonu ifa etmeye çalışmıştır iddiasında bulunmak mümkündür.

II.

Arkadaşım Mustafa Avcı'nın, yükseköğrenim sonrasında, akademik kariyere basamak teşkil eden bilimsel çalışma yapmam konusunda da belirli bir sosyokültürel çevre ile tanışmamda önemli bir rol üstlenmiş olduğunu söyleyebilirim. O bu süreçte, tavrı ve tutumuyla, söz ve eylemleriyle, Anadolu'dan İstanbul gibi büyük bir metropole ilk defa gelenler için önemli bir rol model olmuştur denilebilir.

Lise muadili bir okuldan mezun olduğumda yatılı okuduğum için yaklaşık 12 yıl kadar mecburi hizmet yükümlülüğüm vardı. Bu nedenle, eğitim dönemi sona erince Gaziantep Nizip İlçesi Tilhabeş köyüne mecburi hizmetimi yerine getirmek üzere tayin edilmişim, Eylül ayında Kayseri'de yükseköğrenime başladığım zaman bu yükümlülük ertelenmişti.

Adana'da belirli bir kimlik ve kültür edindikten sonra, oldukça farklı insan kaynağı yanında kültürü ve iklimi de çok sert olan Kayseri'de lisans eğitimini tamamlamıştım. Ardından 1986 yılında İstanbul Fatih'te bulunan işitme engelliler okuluna atanmıştım. Öyle sanıyorum Mayıs ya da Haziran ayı içerisinde bir Ramazan günü idi, henüz göreve yeni başlamıştım. Çarşamba'da polis memuru olarak görev yapan Hüseyin isimli bir hemşerimle buluşup onun evinde iftar yapmayı planlamıştık.

Vakıf Gureba Hastanesi'nin yer aldığı Vatan Caddesi üzerinde bulunan eski Mimar Mühendislik okuluna henüz taşınmış bulunan çalıştığım işitme engelliler okulundan ders bitiminden biraz erken ayrılarak önce Fatih Camii'ni görmüş, ikindiye eda ettikten sonra Malta Çarşısı ve çevresinde vakit geçirmiştim. İftar saatine yakın bir vakitte, Fatih Camii'nin Karadeniz medreseleri diye tabir edilen eski yapılarının gerisindeki Dersvekili Sokağı'nda ağır adımlarla yürüyerek Çarşamba istikametine doğru ilerliyordum. Sakince yürürken, "Ahmet, Ahmet!" diye bir sesin geldi kulağıma, çevredeki üç dört katlı apartmanlardan birinde.

Sesin nereden geldiğini bilmeden, etrafımdaki binaların alt katlarına göz atarken birden tanıdık bir simanın, bir pencerenin açık bir kanadından başını çıkarmış halde sokağa baktığını gözlemleyip, Fatih Camii minarelerinden gelecek ezan sesine kulak kabartmakta olduğumu fark ettim. Az önce, "Ahmet! Ahmet!" diye duymuş olduğum sesin sahibi, yaklaşık altı yıldan beri görmediğim, ancak İstanbul'daki varlığından haberdar olduğum, Adana'dan ayrıldıktan sonra ilk defa karşılaştığım Mustafa Avcı'nın kendisi idi. Bu defa, onun ifadesindeki mistik tonlama, "ezan" sesine eşlik ediyordu. "İftar saati, eve çık, birlikte oturalım sofraya!" diyerek, eve davet etmişti. Ben de yitiğini arayan misali, davete icabet ederek o akşam uzun bir aradan sonra karşılıklı hasret gidermiştik.

İstanbul'da, hiç beklemediğim bir anda Mustafa Avcı ile yeniden bir araya gelmiş olmak, hayatımda pozitif gelişmelerin oluşmasına imkân sunan ikinci bir evrenin başlangıcına tekabül eder. Bu tevafuklardan biri, İstanbul'da ilk

karşılaştığımızda, Osmanlı Devlet Arşivlerinde uzman olarak çalışmakta olan, aynı binada oturan Yusuf Genç isminde bir arkadaş ile tanışmıştım. Evinde sohbet yaptığımız günlerden birinde kendisine yönelttiğim soruların pek çoğuna cevap bulmuştum. Dahası onunla yapmış olduğum sohbet, ileride doktora tezimi arşiv çalışması yaparak tamamlamam konusunda aydınlatıcı ve ufuk açıcı olmuştur.

Diğer yandan Mustafa Avcı ile karşılaşmam, lisansüstü eğitimi almak üzere yurt dışına gitme düşüncemin değişmesine aracılık etmiştir, yeni bir sosyokültürel çevre ile arkadaş grubuyla tanıştırmış olması nedeniyle. O, bir taraftan İstanbul adliyesinde hâkimlik stajı yaparken, diğer yandan Marmara Üniversitesi'nde lisansüstü eğitime devam ediyordu. Aynı yıl, hemşerimiz olduğunu ifade ederek tanıştırmış olduğu Ceyhanlı Habil Hülagü'den doktora eğitimini sürdürmem konusunda büyük teşvik ve destek görmüştüm. Habil Bey, o dönemde, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde görevli idi, oldukça itibarlı bir statü olan Enstitü sekreterliği görevini yürütüyordu.

O sırada işitme engelliler okulunda görev yaptığım için, doktora çalışmasını psikoloji alanında yapmayı düşünüyordum ancak bu mümkün olmayınca, Habil Hülagü beyin vermiş olduğu bilgiler çerçevesinde, kürsü başkanlığını değerli bilim insanı Baykan Sezer'in yapmakta olduğu sosyoloji bölümünü tercih etmiş ve kayıt yaptırmayı başarmıştım.

Mustafa Avcı, belirli bir süre sonra hem lisansüstü tezini tamamlamış hem de adliye stajını tamamlayarak Bolu'nun Göynük ilçesine hâkim olarak atanmıştı. İlk görev yerinde hâkim olarak çalışmalarına devam ederken bir taraftan da azmi ile doktora derslerini tamamlamaya çalışıyordu. Bir ders yılında hazırlamış olduğu ödevlerinden birini hocası Sulhi Dönmezer Beye iletmiş ve bu vesile ile değerli bilim insanıyla tanışma ve sohbet etme fırsatı bulmuştum, arkadaşımın bana tevdi etmiş olduğu küçük bir vazife sayesinde.

Kendisi zaman içinde Göynük'te vazifeye aşına olup hâkimliği benimsemiş olmasına rağmen, öğrenciliğinden itibaren sürekli okuyan ve araştıran bir mizaca sahip olması nedeniyle, onun, hukuk alanında kariyer sahibi bir bilim insanı olacağını düşünüyordum hep. İstanbul-Fatih'te ziyaret etmiş olduğum evindeki çalışma odasında bir sanatkârın elinden çıkmış, usta işi bir kütüphanenin modern ve klasik hukuk kitaplarıyla dolu olduğunu gördüğümde, bu düşüncem daha da pekişecekti.

Mustafa Avcı, Göynük'ten sonra, Kelkit'e hâkim olarak atanmış, burada da akademik çalışmalarına başarılı bir şekilde devam etmiştir. Doktora tezini Sulhi Dönmezer'in rahle-i tedrisinden geçerek tamamladıktan sonra, genç bir hukukçu olarak, kariyer tercih yapmada çok fazla tereddüt göstermemiştir. Aldığı bir teklif üzerine, Diyarbakır'da bulunan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne öğretim görevlisi olarak atanmıştır. Arkadaşım Mustafa Avcı'nın hukuk fakültesine geçmesinden büyük bir memnuniyet duydum. O sırada, araştırmacı olarak bulunduğum Japonya'dan kendisine bir mektup yazarak tebrik etmiştim.

III.

12 Eylül 1980 Askeri Darbesi ve sonrasında meydana gelen sosyal, kültürel, teknolojik, iktisadî ve finansal dönüşüm Türkiye'de hem kırsaldan şehirlere olan göçleri hızlandırmış hem de toplumda genel nüfusun tabanından tavanında doğru dikey hareketliliğe güçlü bir ivme kazandırmaya başlamıştır. Göçler ve hareketlilik yanında, ülkenin dışa açılması, Türk toplumunda klasik kariyer planlamasında hızlı bir değişime de yol açmıştır. Bu değişim, 1990 yıllar boyunca gözle görülür hale gelmiştir.

Önceki on yıllar boyunca Anadolu taşrasındaki eğitim kurumlarında formel eğitim alanların çocukları büyük şehirlerde farklı alanlarda ve değişik eğitim kurumlarında nitelikli eğitim alarak toplumsal piramidin basamaklarında yukarı doğru tırmanmaya başlamıştır. Diğer yandan, bu süreçte, Cumhuriyet devrinin ilk 80-90 yılında "öteki" olarak görülen, sahip olduklarıyla birlikte dışlanan toplumsal sınıf ve zümreye mensup olanlar taşradan merkeze taşındıkları kadar aynı zamanda siyasal açıdan da merkezde aktif bir rol ve fonksiyon icra etmeye yönelmişlerdir. 1970-1980'li yıllarda eğitim aldığımız eğitim kurumlarından mezun olanların bir bölümü, 1990 ve 2000'li yıllarda mesleki olarak bürokraside kariyerlerinde önemli statü ve mevkiler elde etmeyi başarırken diğer bir bölümü akademi çevresinde kendilerine belirli bir yer edinmeyi başarmaya başlamıştır.

İşte bir sonraki aşamada, akademi dünyasındaki bu etkileşim ifade edilmeye çalışılacaktır.

1994 yılı yaz aylarında Burdur'da askerlik yaparken yine yollarımız kesişti.

Japonya'dan İstanbul'a döndüğüm zaman, Mustafa Avcı'nın 1995 yılında Diyarbakır'da öğretim üyeliğine atanmasından sonra bir grup arkadaşla sosyal ve

akademik faaliyetlerde bulunduğu yönünde bilgiler almıştım. O sırada, kendisinin orada bulunmasının bir süre sonra aynı kurumda görev almama kapı aralayabileceğini hiç düşünmemiş, hatta hayal dahi etmemiştim doğrusu.

Yapılan davet üzerine, 1999 yılının bir bahar ayında İstanbul'dan Diyarbakır'a gidip iki gün boyunca şehirde ve üniversite çevresinde ziyaretlerde bulunduktan sonra, Diyarbakır'da potansiyel olarak akademik çalışma yapabileceğime dair bir izlenim edinmiştim. Nihayet, 17 Ağustos 1999 depreminin olduğu gün, Dicle Üniversitesinde daha birkaç gün önce göreve başlamış ve kurumun misafirhanesinde konaklıyordum. Deprem haberini duyar duymaz uçakla İstanbul'a döndüm.

Diyarbakır'da göreve başladığımda herhangi bir sosyal çevrem bulunmuyordu. Mustafa Avcı'nın rehberliğinde kısa sürede geniş bir arkadaş grubu oluşturmayı başardık ve pek çok ortak faaliyeti birlikte gerçekleştirmek için işbirliği yaptık. Bunların en başında, sosyal bilimler alanında iki ayrı derginin yayın hayatına başlaması zikredilebilir. Hukukçu arkadaşlarımızın öncülüğünde, akademisyenler arasında dayanışma ve yardımlaşma sağlamak üzere, üyelerinin tamamı akademisyenlerden oluşan bir dernek kurarak, bu sivil toplum kuruluşuna AKA-DER adını verdik. Bu STK'nın çatısı altında, biri umumiyetle hukuk alanındaki makalelere öncelik veren KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi), diğeri ise sosyal bilimlerin bütününe hitap edebilecek vasıfta SBARD (Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi) adıyla iki bağımsız akademik dergi yayınlamayı planlayıp 2000'li yılların başında hayata geçirdik. Bu iki dergi etrafında yer almış olan arkadaşlarımızdan çoğu, ileride yayınlarıyla akademik kariyerlerini geliştirme ve yükselme imkânı bulacaklardı.

Diyarbakır'da bir arada bulunduğumuz dönemde akademik kariyerimiz ilerlemişti elbette ancak ülkedeki siyasi rekabet üniversitelerde de bir şekilde yansiyordu. Rektörler değiştikçe üniversite içerisindeki akademisyenler arasında kurumlar arası geçişler artıyordu, şu ya da bu nedenle.

Uzun sayılabilecek bir birliktelikten sonra, işbirliği ve dayanışma içinde olduğumuz arkadaş grubumuzda ayrılık vakaları görünmüştü Türkiye'de merkezi iktidarın değişiminden birkaç yıl sonra. İlk önce üç yakın arkadaşımız Konya Selçuk Üniversitesi'ne geçmişti, sonra bir arkadaşımız Gazi Üniversitesi'ne. Dicle Üniversitesi'ndeki sosyal çevremde meydana gelen bu hareketlilik şahsımı

da etkilemişti zaman içinde. Aradan bir süre geçtikten sonra, Konya'ya giden üç arkadaşımızdan biri olan Mustafa Avcı'dan bir gün telefon aldığımda, Diyarbakır'dan ayrılmam konusunda bir davet bilgisi alacağımı tahmin etmemiştim. Telefonda, ortak bir tanıdığımızın yeni kurulan bir üniversitede idari bir görev aldığını, şehrin adını vererek, gidip gidemeyeceğimi sorduğunda, hiç tereddüt etmeden evet cevabı verdim.

Mustafa Avcı'dan aldığım bu telefonda sonra, bu defa, adı geçen üniversitede dekanlık görevini üstlenen söz konusu arkadaş arayıp henüz yeni açılan bir fakültede görev almamı teklif ettiğinde ona da olumlu karşılık vermiştim. Böylece, Nevşehir Üniversitesi'nin kuruluş sürecinde rol alıp kurumun alt yapısının oluşmasında görev yapma sorumluluğunu üstlenmeye aday bir öğretim üyesi olarak Diyarbakır'dan ayrılmıştım. Nevşehir'de üç yıl kadar çalıştım ve kurumda üst yönetici olarak görev aldım, pek çok alanda gücümüz nispetinde hizmet ifa etmeye gayret ettim.

Öte yandan, 2010 yılında İstanbul'da yeni açılan son kamu üniversitesinde henüz yeni görev almış bulunan Mustafa Avcı ile ortak bir başka arkadaşımız, telefonda, İstanbul'a gelmek için davette bulunduğunda yine her zaman olduğu gibi tereddüt etmemiştim. 2011 yılında İstanbul'a geldikten sonra, aynı kurumda 2014-2018 yılları arasında üst yönetim kadrosunda bulundum ve kuruma katkıda bulunmaya gayret ettim.

Gerek Nevşehir'de ve gerekse İstanbul'da idareci olarak görev yaptığım süre içerisinde kurumun iş ve işlemlerini hukuka uygun yapmaya özen göstermek amacıyla, bir hukuki mesele gündeme geldiğinde ilk başvuruda bulunduğum uzman şahsiyet her zaman arkadaşım Mustafa Avcı olmuştur. Bu nedenle o, sadece öğrencilerini tenvir eden, onlara hukuk nosyonunu bir sanatkâr titizliği ile ruhlarına nakşeden müstesna bir akademisyen değil, bütün arkadaş çevresine yol gösteren, onlara hukuki danışmanlık vermeyi bir dostluk vazifesi olarak gören emsalsiz bir dosttur aynı zamanda. O, genç nesiller için rol model olabilecek istisna bir şahsiyettir.

1976 yılından 2024 yılına kadar yaklaşık yarım asra yaklaşan kesintisiz arkadaşlık ilişkisinde, onun mümtaz şahsında tecessüm ettiğine tanıklık ettiğim en somut gerçeklikten biri, "emsalsiz dostluk" vasfıdır denilebilir. İnkıtasız

gözlemlemiş olduğum ikinci özelliğın ise, onda, söz ve eylem birlikteliğinin vakur bir şekilde tezahür etmesidir diyebilirim.

Sağlık ve afiyet dileklerim yanında, şükranlarımı ve minnet duygularımı bir kez daha ifade etmek isterim. Allah, uzun ve sağlıklı ömürler ihsan eylesin. Selam ve saygı ile.

30 YILLIK DOSTUM

Hakan HAKERİ*

Dicle Üniversitesi'nde asistan iken yurt dışına doktora gittim. Bu arada bir arkadaşın kürsümüze atandığını öğrendim. Handan Yokuş Sevük ve Recep Gülşen'den oluşan kürsümüze katılan ve hakimlik yaparken doktorasını tamamlayarak Adalet Bakanlığı'ndan ayrılan Mustafa Avcı ile tanışmamız böyle oldu.

Ben de doktorayı bitirip yurda dönünce rahmetli Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in yanında İstanbul Hukuk Fakültesi'nde ceza hukuku alanında doktora yapan hem bilimsel hem insani yönleriyle kuvvetli, güvenilir bir insan olan bu dostumuz ile 30 yıldır devam eden ve o günden beri hiçbir şekilde sorun yaşamadığımız, en ufak bir tartışma veya kırgınlık olmayan bir dostluğumuz oldu ve hala da devam ediyor.

Mustafa beyin çok iyi bir hukukçu olduğunu söylemeye gerek yok. Derin ayrıntıları, detayları fark edebilen, hiç aklınıza gelmeyen hususlara dikkat çekebilene bir bilim insanı. Çok geniş bilgisi, kuvvetli muhakeme yeteneği ve çok iyi mantığı sayesinde aslında ceza hukuku teorisine büyük katkıları olacakken, maalesef ceza hukuku kürsüsü olarak onu hukuk tarihi kürsüsüne kaptırdık.

Bununla beraber onun ceza hukuku ile bağı hiç kopmadı. Hem hukuk tarihi alanındaki çalışmalarında ceza hukukuna ağırlık verirken, engin bilgi ve tecrübesiyle ceza hukuku alanında da gerek uzman mütalaası ve gerekse makaleler ve sunum düzeyinde katkı vermeye devam etti.

Hatta Selçuk Üniversitesi'nde görev yaparken ceza genel derslerine başladığımda, öğrencilerin zaten oldukça geniş bir bilgi sahibi olduğunu hayretle müşahade etmiştim. Bunun nedenini sonradan öğrendim. Mustafa Bey bu öğrencilerin birinci sınıfta hukuk başlangıcı derslerine giriyordu ve öğrenciler zaten esaslı ölçüde ceza hukuku bilgisiyle ikinci sınıfa başlıyordu.

* Prof. Dr. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Tıp Hukuku

Mustafa beyin bu uzun dostluğumuz sırasında gerek kişisel ve gerekse mesleki hayatıma önemli etkileri oldu. Sadece bir çırpıda aklıma gelenlerden bahsetmek istiyorum.

Bu sene 30. baskısını yaptığımız, ceza hukuku genel hükümler kitabımı önce ders notu olarak hazırlamıştım. Mustafa Bey bu notları kitaba dönüştürmemi önerdi ve bu sayede ülkemizin en çok baskı yapan ceza hukuku genel hükümler kitabı ortaya çıkmış oldu. O zamanlar profesör olmadan ders kitabı çıkarmak hocalarımız tarafından pek hoş karşılanmazdı. Ama Mustafa beyin bunu umursamamam şeklindeki önerisiyle bu cesareti bulabildim. İyi de oldu.

Öte yandan birçok çalışmamı Mustafa Bey bizzat okuyarak önerilerde bulundu. Bunların başında doçentlik tezimi zikretmem gerekir. Önerilerini her zaman dikkate aldım.

Doçentlik sınavına hazırlanırken de Mustafa Bey ile ayrıntılı ve uzun müzakereler yaptık. Hatta ilginçtir ki, o dönemde Mustafa beyin "*bak bunlar soru olarak gelebilir*" diye uyardığı üç konuyu beraber tartıştık, bana görüşlerini aktardı ve bu konular gerçekten de doçentlik sınavında soru olarak karşıma çıktı. Mustafa Bey'in öngörüsü ve tartışmalarımız bana çok yardımcı oldu.

Keza hala dostluğumuzun devam ettiği Japonya'dan Prof. Akihiro Onagi'yi Dicle Üniversitesi'ne davet etmek istiyordum. Japon hoca da bir davet mektubu istiyordu. Ancak o dönemki fakülte sekreteri bu mektubun yazılmasına engel oldu. Mustafa Bey bu sorunu çözmek için kamu hukuku bölüm başkanı olarak kendisinin davet mektubu vermesini önerdi ve böylece hem o dönem için önemli bir etkinliği gerçekleştirdik, hem de uzun yıllardır devam eden ve bu sene üçüncüsünü yaptığımız Türk-Japon Ceza Hukuku Sempozyumu'nun temelini atmış olduk.

Kişisel veya hukuki hangi sorununuz olursa rahatlıkla paylaşabileceğiniz, isabetli öneriler alabileceğiniz böyle iyi bir dost, iyi bir hukukçu ve güvenilir bir insan hayatıma girdiği için çok müteşekkirim.

Her ne kadar yaklaşık 14 senedir artık farklı il ve üniversitelerde görev yapıyor olsak da arkadaşlığımız dostluğumuz ilk günkü gibi devam ediyor ve devam edecek.

İyi ki varsın, sevgili Dostum.

MUSTAFA AVCI'YI ANLA(T)MAK...

Erdal YERDELEN*

Mustafa AVCI Hocamla bir arkadaşım vasıtasıyla 2010 yılında tanıştık. O dönem Nevşehir Cumhuriyet savcısı olarak görev yapıyordum. Hocamı her ziyaretimde zaman dursun istiyordum... Bilgi, birikim, tecrübe, mesleki ahlak... Bir sonraki görüşme için sabırsızlanmak... Çok şanslıydım... Benim için idoldü zira kendisi de hâkimlik sonrası akademiye geçmişti. Zaten Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin Mustafa AVCI Hoca için "Yürüyen Kütüphane" dediklerine de şahit olmuştum.

2010 yılında Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora programında Mustafa AVCI Hocamın öğrencisi olma şerefine nail oldum. Hocam, ders dönemindeki azmimin karşılığını her vakit dile getirdi. Ceza hukuku gibi zahmetli ve meşakkatli bir alanda doktora yapmanın sıkıntısını, Hocamın verdiği manevi destek sayesinde aştım. Bu konuda Hocam her daim şunu dile getirmiştir: "Sen hak etmiştin ve önüne engel koymaya çalışıyorlardı, biz o engeli koymalarına müsaade etmedik." Bu söz, beni akademik çalışmalarında sürekli motive etti. Bu sayede ilk yayımından 12 yıl sonra (2024 yılında) 2. Baskısını yaptığım doktora tezim "Cezanın Belirlenmesi-Strafzumessung", ortaya çıktı. Bunun yanında birçok akademik eserin yayımına Hocamın teşvikiyle imza attım.

2013 yılının başında Mustafa AVCI Hocamın verdiği cesaret ve yaptığı durum tespitleriyle 1993 yılından beri taşıdığım akademisyen olma hayalimi gerçekleştirdim. Bu süreçte hocamın desteği büyüktü. Doçentlik tez konusunu belirlediğimde "Ceza Muhakemesinde Hükümün Gereğesinin" ne kadar önemli olduğunu ve isabetli bir seçim yaptığımı dile getirdi. Hocamın hâli hazırdaki doktora öğrencilerine derslerinde beni örnek göstermesi, mesleki inancımı ve çalışma azmimi nasıl artırmaz!

Hocam; çalışan, üreten, mütevazı, yardımsever insanları her daim desteklemesi ve bunun için elinden gelen her türlü çabayı sarf etmesiyle bilinir. Hocam bunları yaparken asla kişinin; milliyetini, dilini, inancını yaşam

* Prof. Dr. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

biçimini sorgulamaz. Çalışkanlığı, dürüstlüğü, liyakati ön planda tutar. Hocam; mütevazı, çalışkan, üretken, dürüst, yardımsever, hayat görüşü olarak mükemmel bir insandır. Bunları söylemek cüretinde bulunmama vesile olan da yine kendisidir. Çünkü Mustafa AVCI'yla hoca-öğrenci ilişkisinin çok ötesine geçmiş, kardeşlik hukukumuz bulunmaktadır. Yaklaşık 15 yıllık ilişkimizde Hocam, kardeşliğini bana sürekli hissettirmiştir. Hocama saldırmak istediklerinde bana, bazen de bana saldırmak istediklerinde Hocama laf söyleyenlerin olması; bizim dostluğumuzun hangi boyutta olduğunu ortaya koymaktadır.

Hocamın ASBÜ'ye gelişine öncülük etmem sebebiyle ayrıca mutluyum. Mustafa AVCI Hocamın ASBÜ'ye davet edilmesi hususunu dönemin Rektörüne açtığımızda Rektör Hocamız, Mustafa Hocamın telefonunu isteyerek direkt onu arayıp davet etmiştir. Bugün Hocamla karşı karşıya odalarda çalışıyoruz ve belli bir süre görüşmemsek Hocam; "Erdal Bey özledim" diyecek gönülde bir insandır. Hocam öyle bir öngörü sahibidir ki HSK üyelerinin hâkim savcılar tarafından seçilmesi, anayasa değişikliği, adli teşkilat yapısı ile ilgili reformlarda olabilecek olumsuzlukları önceden dile getirmiştir. Hocamın ceza hukuku, İslam hukuku ve hukuk tarihi alanındaki bilgi birikimini anlatmak haddim değildir. Özgeçmişinde yer alacak olsa da değişik alanlarda çalışması, üretkenliği ve üreten, çalışan insana olan sonsuz desteğini anlatmaya kelimeler kifayetsiz...

Hocam, siz cesaret vermeseydiniz ve akademiye geçmeseydim bugüne kadar yaptığım akademik çalışmaların hiçbiri olmayacaktı. Bunlar aklımda veya en fazla bilgisayarımda kalacaklardı. Meslek hayatım yanında özel hayatımla ilgili konularda da bana yol gösterici olmuştur. Bunun için Hocama ayrıca müteşekkirim. Her zaman dostluk, kardeşlik ve hocalığına ihtiyacım oldu ve bundan sonra da şüphesiz olacak. Çünkü Hocamın yaşam, akademi ve insani birikimi çok üst seviyede. O'nu tanıdığıma her zaman bahtiyarım. İyi ki varsınız Mustafa AVCI Hocam, iyi ki öğrenciniz oldum, iyi ki akademik hayatımı hep desteklediniz ve iyi ki sizinle komşuyum. Bu güzel dostluğumuz daim olsun inşallah...

PROF. DR. MUSTAFA AVCI HOCAMA HÜRMET VE MUHABBETLE...

Mehmet AYKANAT*

Prof. Dr. Mustafa Avcı'nın ilk asistanı olarak kendisi hakkında birkaç kelam etmeyi hak olarak değil vazife olarak telakki ettim ve düşüncelerimi bu kısa yazı ile anlatmaya çalıştım. Anlattıklarımız elbette bizim anladıklarımızdan, çıkarımlarımızdan ibarettir. Genel olarak 2009-2015 yılları arasında Selçuk Üniversitesi'nde çalıştığımız dönemde yaşadığımız veya dinlediğimiz anılara dairdir. Kıymetli hocamla 2009 yılında yüksek lisans eğitimine başladığım Selçuk Üniversitesi'nde tanıştım. 2011 yılında tamamladığım yüksek lisans ve 2015 yılında tamamladığım doktora tezlerimde danışmanlığımı yaptı. Akademide doktora danışmanı için kullanılan "doktora babası" şeklinde bir tabir vardır. Hocam bize evladı gibi davranarak bu akademik tabirin ötesinde bir baba yaklaşımı göstermiştir. Akademinin dışında da yol gösteren bir büyüğümüz olmuştur.

Hocamla ilgili ilk satırları kendisinin genç bir hakim olarak görev yaptığı Göynük'te, 29 Ekim 2024 tarihinde yazmaya başladım. Araştırma görevliliğimin ilk günlerinde hukuk fakültesini kazanan Göynüklü bir öğrenci kendisine selam getirdiğinde, aradan geçen 25 yılda genç bir hakimin nasıl hatırlandığına anlam verememiştim. Sonradan hatır sormak için telefon açanlar, ziyarete gelenler olduğunu gördükçe artan hayretim, hocamı tanıdıkça ortadan kalktı. Kıymetli ilim adamı Akşemseddin'in yattığı bu güzel beldede insani vasıfları, ilmi ve adaleti ile gönüllerde kaldığını anladım. Türk hukuk tarihi dersinde talak konusunu anlatırken hakimlik yaptığı sırada baktığı bir boşanma davasından bahsetmiştir. Göynük'te mi yoksa Kelkit'te mi gerçekleştiğini hatırlamadığım bu olayda çalışmaya gideceği Almanya'dan evlilik yoluyla oturum almayı planlayan bir vatandaşın eşinden muvazaalı olarak boşandığını ve el ele tutuşarak adliyeden ayrıldıklarını anlatmıştır. Olayda bir talakın gerçekleştiğini, bilgi sahibi olmadıklarını söyleyen çifti müftülüğe yönlendirdiğini ifade etmiştir. Genç yaşında toplumun

* Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mehmetaykanat@hotmail.com.

değerlerinden bihaber olmadığı ve hukuk tarihi konularına o dönemden vakıf olduğu anlaşılmaktadır.

Hukukun farklı alanlarına vakıf olan hocam, Prof. Dr. Sulhi Dönmezer gibi bir ceza hukukçusuyla çalıştığından olsa gerek ceza hukukunda diğer alanlardan daha derin bir bilgiye sahiptir. Hukuk tarihi alanıyla sentezlediği ceza hukuku hakimiyetiyle İslam Osmanlı ceza hukuku alanında ülkemizin en yetkin ismi olsa gerektir. Tedrisatından geçmiş uygulamacıları bu derin bilgisiyle çoğu kez şaşırttığına şahit olmuşuzdur. Uygulamaya bu kadar hakim olması ve yürürlükteki hukuku iyi bilmesi hukuk tarihi çalışmalarında kendini göstermiştir. Hukuk tarihi alanında İstanbul ve Ankara ekollerinin dışında kendine özgü bir yol çizdiği söylenebilir. Hukuk tarihi konularını yürürlükteki hukukun terminolojisi ve sistematığı içerisinde aktarmaktadır.

Araştırma görevliliğine başlayalı birkaç hafta olmuşken, profesör bir hocamız beni odasına davet etmiş ve hocamdan bahsetmişti. Senin hocan farklı ve değerli bir kişi demişti. Ben de değerli olduğunu anlamaya başladım ama ne yönden farklı dediğimde, bana bir hatıra anlatmıştı. Ceza hukuku alanında doçentlik sınavına girecek bir arkadaşına hocamın üç soru söylediğini, doçentlik jürisindeki dönemin ünlü ceza hukukçularından üç profesörün bu soruları sırayla sorduklarını aktardı ve hocan böyle öngörülü ve hukuka vakıf bir kişi, kıymetini bil dedi. Benim de hocamdan ilk öğrendiğim şeylerden biri ilmin değeri olmuştu. Katıldığı bir programda kendisine hediye edilen "İlim rütbesi rütbelerin en üstünüdür" levhasını göstermiş ve ilme dair şiarımızın bu olması gerektiğini öğüt vermiştir.

Danışmanlığımızı yaparken yol gösterir ama özgürlükçü bir tavır takınırdı. Yüksek lisansta birkaç ay çalıştığım ilk danışmanım seçeceğim dersleri elime yazıp dikte etmişken, hocam bu konuda yönlendirme dahi yapmamış, ilgi alanlarından istediğin dersleri seç demişti. Tez konularımı belirlerken de herhangi bir konu dikte etmedi. Kendisine sunduğum konuların olumlu olumsuz yönlerini, teze uygunluğunu anlatıp tercihi bana bırakmıştı. Çalışma sürecinde de çok sıkı bir takip yaptığını hissetmedim. Belki de çalıştığımı anlıyor diye düşünüyordum. Çalışılan konuya hakim hocalardan yardım alınmasını önemserdi. Çalıştığım konulara ilgileri sebebiyle yüksek lisansta Abdurrahman Savaş hocaya, doktora Haluk Hadi

Sümer hocaya yönlendirmişti. Doktora dönemimde ilahiyat fakültesinden İslam hukuku dersleri seçmek istediğimde de onay vermişti.

Hukuk uygulamasına dair eleştirilerini dile getirir, özellikle lisansüstü eğitim alan hakim ve savcı öğrencilerine adaletsizlikleri ve uygulama hatalarını anlatırdı. Yanına gelen hakim ve savcılara “Adliyenin kapısından hakim ve savcı sıfatınız olmadan sıradan bir vatandaş olarak girmek ister misiniz?” diye sorar, adliyenin insanların korktuğu değil, güvendiği bir yer olması gerektiğini hatırlatırdı. Hakim savcılardan genellikle “istemeyiz” cevabını alırdı. Bu durumun yargıdaki sorunlardan kaynaklandığına vurgu yapardı. HSK’nın yapısının değiştirilmek istendiği dönemde, sonradan haklı çıktığı uyarılarını yapmıştı. Yargının kolluk kuvvetlerinin etkisinde kalmaması gerektiğini hem uygulamacılara hem öğrencilerine tenbihlerdi. Ebussuud Efendi’nin “ehl-i örf ile ittifak eden adil olmaz” sözünü sıklıkla tekrar ederdi. Bazı iddianamelerin kolluk etkisi altında yazıldığını, örneğin bir iddianamede şube ifadesinin değiştirilmeden kopyalandığını aktarmıştı. Bir dönem hukuka aykırı delillerin çokça kullanıldığını, hatta bazı davalarda hükme dayanak yapıldığını yine örnekler üzerinden göstermişti. Derslerde öğrencilerine de yargıdaki aksaklıkları ve yanlış uygulamaları anlatırdı. Öğrencilerine hakim savcı olduklarında özellikle kibirli olmamalarını öğütlerdi.

Teoriye dair eleştirilerde de bulunurdu. Özellikle hukukçu olmayan araştırmacıların hukuk dilini ve terminolojisini doğru kullanamadıklarını söylerdi. Makaleleri arasında Arapçadan Türkçeye çevrilen bir ceza hukuku eseri hakkında eleştirisi vardır. Teoriyi takip eder, yeni çıkan kitapları hemen temin ederdi. Ancak çalışmaların niteliksiz olmasından yakınıyor, bazen bir kitapta atıf yapacak yerde bir bilgi bile bulamadığını söylerdi. Transkripsiyon çalışmalarındaki hataları bulur, bu konuda dikkatli olmamız gerektiğini tavsiye ederdi.

Hocam İstanbul hukuk fakültesine 1980 darbesi olduğunda başlamış. Dersler bugüne göre daha kapsamlı anlatılmış. Hocam bazı derslerde birkaç ciltten oluşan kitapların okutulduğunu söyler, kitapların hacimli olduğundan yakınanlara örnek gösterirdi. Fatih’te meşhur Vefa Yurdu’nda arkadaşlarıyla tartışarak konularını çalıştıklarını, ders notlarını mumlu kağıtlı teksir makinesinde çoğalttıklarını anlatırdı.

Hocalarından saygıyla bahseder, örnek alınacak özelliklerini anlatırdı. Hocalarının sevmediği özelliklerinden ve olumsuz hatıralarından bahsetmezdi. Doktora danışmanı olan Ordinaryüs Profesör Sulhi Dönmezer'den saygıyla bahseder, anılarını anlatırdı. Günün şartlarında İstanbul'a yaptığı yolculukları, hocanın evindeki görüşmelerini, ilmi birikimini dinleyerek bize de bu ünlü ceza hukukçusunu kısmen tanıtmıştı. Ziyaretlerde sofraya hazırlandığını ve ikramlarda bulunduğunu, günlük gazeteleri takip ettiğini, eski yazıyla notlar aldığını, evinin birkaç sıra halinde kitaplarla dolu olduğunu, evinde asılı olan "her ne var alemde aşk imiş, ilim bir kıyl-ü kal imiş ancak" şeklindeki levhayı bu anılarda dinlemiştim. Elbette her bir anının bir mesajı, öğrettikleri vardı. Prof. Dr. Ahmet Mumcu'dan da saygıyla bahseder, kendisine hep olumlu yaklaştığını söylerdi. Yüksek lisanstaki ilk dönemimizde Mumcu'nun "Divan-ı Hümayun" kitabını okutmuş ve bu kitaptan sınav yapmıştı. Bu kitap belki de bir vefa göstergesi, bizlere de Mumcu hocayı tanıtmalarının bir vesilesiydi.

Hukuk fakültesi gibi derslerin zor ve çalışmanın yoğun olduğu bir fakültede okumasına rağmen hocam İstanbul'un nimetlerinden yararlanmış ve farklı alanlarda tanınmış hocalardan ders okumuştur. Hukuk alanı dışında ders aldığı benim anlatılan hatıralardan hatırladığım birkaç hoca vardı. Bu hocalarına da aynı hürmeti gösterirdi. M. Emin Saraç ve Mehmet Savaş en çok andığı hocalarıydı. Onların hayatından, anılarından örnekler anlatırdı. Hocaları da kendisini sever, ziyarete gittiğimizde bizimle ve yanlarına ziyarete giden diğer öğrencilerle her zaman hocama selam gönderirler, muhabbetlerini belli ederlerdi. Abdurrahman Gürses'in kıraat derslerindeki zorlayıcı tavrını en ufak olumsuzluk hissettirmeden anlatırdı. Çok fazla öğrencisi olan Gürses Hoca, bir hukukçunun geçici bir hevesle ders almak istediğini düşündüğünden olsa gerek en başta vazgeçecek mi diye olumsuz tavır takınmış; ancak hocanın azmini ve iştiyakını görünce ders vermiştir. Mustafa hocam her gün ayna karşısında dersini çalıştığını ve haftalar süren ilk dersi diğer öğrencilerden daha kısa sürede verdiğini söylemişti. Selçuk Üniversitesi'nde kampüs içerisindeki camide bazen ezan okur, kamet getirirdi. Aldığı eğitim, makam bilgisi bu okumalarda anlaşılırdı. Ortaokul ve lise hocalarından da bahsettiği olurdu. Özellikle ilim sahibi, baskı dönemlerinde hakkı haykıran cesaretli hocalarından övgüyle bahsedirdi.

Kıymetli hocamın her hafta bir gündemi olurdu. Bu gündem bir ayet, bir hadis, bir özlü söz, bir şiir veya aktüel bir haber olabilirdi. Gelen ziyaretçilerine bu gündemden bahsedirdi. Yanında oturan bir kişi yanından ilk oturduğu haliyle eşit olarak kalkmazdı. Biz de akademik eğitimimiz dışında bu sohbetlerden oldukça istifade ederdik. Sohbet etmek, soru sormak, dert anlatmak ve danışmak için gelen öğrenciler başta olmak üzere akademiden, bürokrasiden, yargıdan çokça ziyaretçisi olurdu. Ders dışındaki zamanının çoğunu bu ziyaretçilere ayırırdı. Muhatap olduğu insanlara insan olarak değer verirdi. İnsanları fiziksel görünüşlerine göre değerlendirmez, ön yargıda bulunmazdı.

Hocam hedef verirken çıtayı hep yükseğe koyar, en başarılı kişileri örnek gösterirdi. Yabancı dil çalıştığımız dönemde Hz. Peygamber'in isteği üzerine 17 günde İbrance öğrenen Zeyd b. Sabit'i anlatmış, yabancı dil sınavlarında 90 üzeri not alan tanıdığı öğrencilerden bahsetmişti. Çalışan, notlar çıkaran öğrencilerini sever, onlardan örnek olarak bahsedirdi. Prof. Dr. Erdal Yerdelen'in lisansüstü eğitimi sırasında kitaplarının özetini çıkarmasını, notlar hazırlamasını örnek olarak gelenlere anlatmıştı. Sert eleştirilerde bulunmaz, hatalarımızı dahi yumuşak bir üslupla kırmadan gösterirdi. Tutarsızlık ve haksızlık yapan kişileri ise hangi makamda olursa olsunlar sert eleştirirdi. Bir üniversitenin araştırma görevlisi alımında haksızlık yapıldığını anlattıktan birkaç yıl sonra o üniversiteden gelen bir çalışma teklifini reddetmiş, haksızlığa karşı tepkisini bu şekilde ortaya koymuştu. En sık kullandığı cümlelerden biri "İnsandan ahlakı çekince geriye sadece ceset kalır" sözüydü.

Çalışkanlığı ile her zaman örnekti. Güncel literatürü takip eder, bunlardan bize de bahseder, değerlendirmesini yapardı. Çalışırken aldığı notları eserlerine işler, derslerinde öğrencilere aktarırdı. Bu çalışkanlığa ayak uyduramayan öğrenciler sınavlarında genellikle zorlanırdı. Bazen bize Mustafa hocayla nasıl çalışabildiğimizi, gece gündüz çalışmamız gerektiğini söyledikleri olurdu. Öğrenciler derslerin zorluğundan şikayet etseler de notların adil olduğundan kimse şüphe etmezdi. İsimlere bakılmadan okunan sınav kağıtlarında, hatırlı dostların çocuklarına dahi ayrıcalık yapılmadığına herkes şahit olurdu. Bir keresinde saygısızlık yapan bir öğrenciden asistanlar olarak hepimiz rahatsız olmuşken, husumetle bırakıldığını düşünenler

olabilir diye dersi geçmesini olumlu karşılamıştı. Her dersine hazırlanır, derslerini tarihten anekdotlarla, uygulamadan örneklerle süslerdi. Bu anlatım öğrencinin ilgisini çeker, her dönem öğrenciler arasında bir hayran kitlesi oluşurdu.

Üniversite dışında katıldığı programlar olurdu ama çok göz önünde olmayı sevmezdi. Asistanlığımızın ilk yıllarında bazı program tekliflerimizi geri çevirmişti. Asli görevimiz ders anlatmak, dersimizi anlatıyoruz demişti. Sonraki yıllarda Konya'da SADAM'da Nimet-i İslam ilmihalini Osmanlı Türkçesi üzerinden haftada bir gün okumuştuk. Öğrencilere yönelik programın halktan da birkaç müdavimi de vardı. Aslında gittiğim pek çok yere hocamı tanıyan, onu dinlemek isteyen insanlarla karşılaşırıldım. Ankara ADAM'da Mecelle'den külli kaideleri anlattığı ders için haftada bir gün Ankara'ya gidip gelmişti. Birkaç farklı programda "mahkeme-i kübra" başlıklı sunumunu dinlemiştik. Anlattığı konulara hakimiyeti, dinleyenlerde hayranlık uyandırırıldı.

Hiçbir idari göreve talip olmadığını, talip olunan bir kişi olmak gerektiğini bize öğüt verirdi. Kendisine gelen makam tekliflerinin çoğunu reddettiğine şahit olurduk. Diğerkamalık gösterir ve teklif edilen makamlara arkadaşlarını önerirdi. Yeri geldiğinde elini taşın altına koymaktan ve görev almaktan da çekinmezdi. Bölüm başkanlığı, açık öğretim fakültesi il sınav koordinatörlüğü, meslek yüksekokulu müdürlüğü, dekanlık gibi görevler yapmıştı. Görevlerini ciddiye alır, işinin hep bizzat başında olurdu.

Asistanlarına her zaman nezaketle davranır, haklarını gözetirdi. Bir misafiri "hayırlı olsun hocam asistan alınmış" dediğinde, "benim değil devletin araştırma görevlisi" cevabını vermişti. Akademik hayatın dışında hiçbir şahsi talepte bulunmaz, aslında görevimiz olan derslerle, sınavlarla ilgili yaptığımız işler karşılığında ücret takdim ederdi. İnce düşüncesini ve cömertliğini pek çok defa gördük. Bedelli askerlik imkanı getirildiğinde, paraya ihtiyacım olup olmadığını birkaç kez sormuştu. Fakülteye Malezya'daki bir hukuk fakültesinden gelen misafirlerle ilgilenmiş, yenilen yemeğin müdürlüğünü yaptığı Adalet MYO bütçesinden ödenmesi teklif edildiğinde kabul etmemişti. "Dünyanın bir ucundan birkaç hukukçuya yemek ikram etme fırsatı yakalamışken, bunu neden yüksekokul bütçesinden ödeyelim" demişti. Dışarıya karşı cömert, kendi eşyalarında gösterişten

uzaktı. Aracını uzun süre kullanmış, çocuklarının bazen modelli arabalar istediklerini ama kendisine yettiğini söylemişti.

Hatırşinas kişiliği sebebiyle pek çok dostu vardı. Gerekli olduğunda bu dostlarına yönlendirir, bizlerin de istifade etmesini sağlardı. Hocanın dört asistanı olarak İstanbul'a Osmanlı arşivlerini incelemeye gittiğimizde, arkadaşı Prof. Dr. Ahmet Cihan bize mihmandarlık yapmıştı. Mardin'den, Hatay'dan, Niğde'den, Göynük'ten ve çeşitli illerden dostlarından bahseder, adeta o dostluğu bizlere de yaşatırdı. Diyarbakır'da yaşadıkları lojmanda daha çok misafir ağırladıklarını, misafirin imkanlarla ilgili olmayıp nasiple ilgili olduğunu söylemişti. Bazı dostlarını kendisinden ayırmazdı. Canının sıkın olduğunu anladığım bir gün sebebini sorduğumda arkadaşının bir sıkıntısına üzüldüğünü söylemişti. Arkadaşının kızının ailevi problemini bir süre kendi problemi gibi yaşamıştı. Dostluğun birbirinin malında tasarruf etme seviyesine gelebileceğini, Mecelle'de tanıklığa ilişkin olarak bu durumun düzenlendiğini anlatmıştı. Bu konuyu daha sonra bir sempozyumda sunmuş ve makale olarak yazmıştı.

Sanatla, edebiyatla, tarihle ilgilenir, zaman zaman bizim ilgimizi de ölçerdi. Bazen hat levhalarında ne yazdığını sorardı. Levhanın hangi hattat tarafından yazıldığını anlatırdı. Türk müziğindeki makamlardan bahsettiği olurdu. İlk başladığım sıralar Ziya Paşa'dan bir beyit okumuş ve kime ait olduğunu sormuştu. Naatları ve kasideleri sever, Kaside-i Bürde'ye ayrı bir muhabbet duyardı. Mahmut Kaya'ya ait Kaside-i Bürde'yi Türkçe Söyleyiş eserini ilk göreve başladığı aylarda kendisinden duyup almıştım. Önce Kaside-i Bürde'yi anlatmış, sonra eserden bazı kısımları okumuştu. Çok müzik dinlediğine rastlamazdım ama bir gün bilgisayardan İbrahim Tatlıses dinleteceğini söyleyince şaşırılmıştım. Tatlıses'in tv programında söylediği bir ilahiyi açmış ve dinletmişti. Ara ara açıp okuduğum Diyarbakırlı Said Paşa'nın "Müstakim ol Hazreti Allah utandırmaz seni" şiiri de hocamdan hatıradır. Eserin çok güzel olduğunu söylediğimde bir çıktısını alıp bana vermişti.

Yazarken her konuda sorulması gereken sorular olduğunu fark ettim. Bu vesileyle hocamın da bir hatırat yazması veya kendisiyle geniş çaplı bir röportaj yapılması gerekliliğini belirtmek isterim. Çok fazla kimseyi tanımadığımız ve yabancı olduğumuz akademik hayatı Prof. Dr. Mustafa

Avcı hocam ile tanımak bizim için bir lütuf olsa gerektir. Akademik hayatta örnek alınacak pek çok tavrı bizlere sunmuştur. Bu ilim deryasından sizlere sunabildiğimiz kabımız kadarıdır. “Ol mahiler ki derya içredür deryayı bilmezler” sözündeki gibi olmayıp, kıymetinin bilinmesi dileğiyle hocama sağlık ve afiyet içerisinde bir hayat dilerim.

DEĞER VEREN DEĞER BULUR

Muhammed Emin AVCI*

Çukurova'nın henüz cereyan dahi ulaşmamış bir köyünde babasının eliyle yaptığı bir huğda 1963 senesinde doğduğunda anne-babasının bile muhayyilesi bugün olduğu insana erişemezdi. Belki saf dil bir dua: "Okusun okusun, büyük büyük adamlar olsun." O çocuk büyüdü, okudu. Okudu, büyüdü. Şevkle azimle okudu. Evi, kütüphanesi kitaplarla doldu taşı. Zihni dimağı bilgiyle doldu taşı. Kitaplar yazdı. Bu şevk ona bir şey öğreten, hocalık mihmandarlık yapan herkese karşı verdiği değerle pekişti. Ben öğretmenini saymayı ondan öğrendim. Sözle nasihatle değil icraatla. Örneğin oğluna hocasının adını koydu, babasından önce. Kim iyilik niyetiyle elinden tuttuysa o eli baş tacı bildi. Şöyle ki doktora danışmanı Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer şahsen çok az tanıyan benim gözümde bile haza bir melektir. Değer veren değer bulur. Hocalarına değer verdi. Öğrencilerinden değer buldu. Bu armağan onun hocalarına olan vefasının bir tecellisi aslında. Hocalarının ona rehberlik ettiği gibi o da öğrencilerine rehberlik etti. Öğrencilerini Akademiye yönlendirdiği, bilimsel çalışmanın ne kadar kıymetli olduğunu aktardığı binlerce görüşmeden birkaçına ben de şahitlik ettim. Kendi alanında eğitim gören tek çocuğu da yine akademiye seçmesi bu kıymetin en açık göstergesidir.

Tanıdığımız her kişinin zihnimizde bir imgesi vardır. Ben babamı düşündüğümde, onu oturmuş elinde bir kitap yöresinde onlarca kitapla hatırlıyorum. Kitaplarının arasına sıkıştırılmış küçük not kâğıtları düzinelerce. Yahut bilgisayarının başında aldığı notlarla makale ya da kitap yazıyor, düzeltmeler eklemeler yapıyor. Ama hep çalışıyor. Gündüz ve gece bulduğu her fırsatta üretmeyi sürdürüyor. Ben ömrümde en çalışkan hep onu gördüm. Onun gibi olamadım ama ona öykündüm her zaman. Adana'nın yolu stabilize bir köyünden çıkıp hâkim olmasına da, Hukuk Fakültesinde profesör olmasına da vesile olan bu çalışkanlığıdır.

* Aile Hekimi.

Bu vesileyle armağanı düzenleyen kurula Avcı ailesi adına teşekkür ederim. İyi ve güzel bu teşebbüslerinin karşılığını alacaklarına, hocalarına verdikleri kıymetin günü geldiğinde kendilerine de verileceğine canı gönülden inanıyorum.

Dostça Saygılarımla.

AZLARDAN OLMAK

İbrahim ÖZER

Ahmet Efkan KARACAOĞLU

Hakan ŞEKER

Allah (c.c.), Hz. Âdem ve Hz. Havvâ'yı yaratmadan önce, meleklerle yeryüzünde bir halife yaratacağını bildirmiş, bu oluştan sonra Bezm-i elest("Ben sizin Rabbiniz değil miyim?" hitabının yapıldığı ve ruhların da "evet" diye cevap verdikleri meclis)'te Rabbimiz ile bizler arasında vuku bulan sözleşme, mîsâk ve ahid ile ilk hukuki münasebetimiz ihdas edilmiş, şeytanın düşmanlığından mütevellid hile ve desiseleri yüzünden anne ve babamızın cennetten çıkarılmasıyla birlikte de, Âdemoğulları için dünya (aşağı) hayatı başlamıştır. İşte bu takdir üzere her insan dünyaya gelince, bu hayatı tanımaya, anlamlandırmaya başlıyor, temiz fıtratı üzere yeni bir şahsiyet kurarak yaşamaya çalışıyor, bu hayatta hasenat (iyilikler) yanında, seyyiat (kötülükler) da bulunduğunu müşahede ediyor. Üstelik ayette (De ki: "Habis (pis) olan şeyle tayyib (temiz) olan şey bir olmaz, pis olanın çokluğu tuhafına gitse bile. Ey selim akıl sahipleri Allah'tan korkun ki kurtuluşa eresiniz." Mâide 5/100) buyurulduğu üzere, dönem dönem pis ve kötü olanın çok olduğunu, pis ve kötü olana rağbetin çoğaldığını görüyor, lakin bu hâle aldırılmayıp, ilahi mesaj gereği tefekkür edince bir şeyin değerini arttıran veya eksiltenin, o şeyin nicel (kemmî) miktarı olmayıp, gerçekte o şeyin temiz mi, yoksa kirli mi olduğu hususu olduğunu idrak ediyor, böyle olunca bir damla gül kokusunun bir yığın çerçöpten çok daha kıymetli olduğunu fark ediyor.

Saygıdeğer Hocam, işte bizler nezdinde siz o azlar arasında yer alıyorsunuz. Her ne kadar sizinle ilk kez Diyar-ı Bekir'de, 1999 yılında derslerde tanışan ve nasıl muhabbet kuracağını bilmeyen biz talebeleriniz nezdinde, belki de evvelden hâkim oluşunuzdan, siz iptidâ mehâbet (heybetlilik), huşûnet (haşinlik) ve serd (sertlik) gibi bir intiba bırakmış olsanız da sizin görünen bu perdenizin ardında mevcut müşfikliğinizi ve babacanlığınızı tanımamız çok uzun sürmedi ve saklı cevheriniz bizim size ünsiyetimizi de beraberinde getirdi. Hamdolsun bizi birbirimize tanış edene, muhibbi kılana. İşte o zamana kadar bize "serd" olan siz, o andan itibaren bize "serdâr" oldunuz. Hangi hallerimizi hatıra getirsek

bilemiyoruz, tahtaya çubuktan adamlar çizerek anlattığınız derslerinizde aniden gelen ve mükâfat vadeden sorularınıza verdiğimiz doğru cevaplar üzerine aldığımız ve zorlu imtihandan geçmemizi sağlayan ilave 5'er puanları mı, bize kazandırdığınız ceza hukuku sorularını tereddütsüz cevaplama kabiliyetini mi, elimizden tutuşunuzu ve destek oluşunuzu mu, “talip olma; matlup ol!” tavsiyenizi mi? Lakin bunlardan çok daha mühimi, bize hakikaten dünya hayatını anlamak ve yaşamak hususundaki timsal oluşunuzdur. Birçok dostunuz da bu doyumsuzluklar dünyasında sizinle muhabbete doyamamıştır, aradan geçen 25 yıla rağmen biz de aynı hisleri taşıyoruz. Rabbimiz sizin gibi kıymetli insanlarla tanış ve hemhal olmayı herkese nasip etsin, bizi hem bu dünyada hem de ukbâda mahcup etmesin!

Hocamıza uzun ve hayırlı ömürler dileriz.

ŞİFAHİ KÜLTÜR VE MUSTAFA AVCI HOCAMIZ

Mehmet BARUTÇU*

Mustafa Avcı Hocamızla yaklaşık beş yıldır beraberiz. Hocamızın şifahi kültürümüzden aktardığı vecizeler dikkatimi çeker, imkânım nispetinde bunları not ederim. Ayrıca hocamız bu sözler bağlamında yaşadığı hatıraları da aktarır. Bunlardan seçtiğim bazılarını armağan sayısına takdim etmek, hem hocamızı tanıtmaya bir vesile olacak hem de okuyanlar bunlardan faydalanacaktır.

1. “Talip olma; matlup ol!”

Vecizeden, insanın makama talip olmaması; gerekli ehliyet ve liyakata sahip olduktan sonra görev verilirse bir emanet anlayışıyla görevini yapması gerektiği anlaşılabilir. Nitekim hadislerde kamu görevinin bir emanet olduğu, bu gibi görevlerde şahsi çıkar ve hırsların öne çıktığı; talip olanlara kamu görevinin verilmemesine yer verilmiştir.

Hocamız, öğrencilik yıllarında köyüne keşif için gelen Kadastro Hakimi Mehmet Bey ile tanıştığını, onun “Talip olma; matlup ol!” dediğini aktarır. Bu sözü kendisine düstur edinen hocamız, hiçbir makama talip olmadığını, verilen görevlerin hakkını vermeye çalıştığını söyler.

2. “İtteqi şerra men ehsente ileyh (iyilik yaptığın kişinin şerrinden sakın!)”

Hocamız, doktora tez danışmanı olan Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer’i kaynak temini ve tezinin yazım sürecinde sık sık ziyarete gider, Dönmezer Hoca bazen fakültede bazen de evinde hocamızı misafir edermiş. Bir gün Dönmezer Hoca’nın evinde bir hat levhasında bu yazıyı görmüş. Soru üzerine Dönmezer Hoca levhadaki yazıyı izah etmiş. Bu ifadenin hadis olarak bilindiğini; ancak Hz. Ali’ye ait olduğunu anlatmış.

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

3. “Anze velev târat (uçsa da keçidir!)”

İki Arap yürürken bir karaltı görür. Biri “Bu kuştur” der; diğeri “Hayır! keçidir” der. Yaklaştıklarında uçtuğunu görürler, ancak inatçı arkadaş “Uçsa da keçidir!” demeye devam eder.

Bu söz, insanların kendi gerçeklerinden vazgeçmek istemediklerini gösterir. Bazı kimseler ise farklı gözükmek için adeta maske takar, makyaj yaparlar. Küçük bir sarsıntı onların gerçek kişiliğini açığa çıkarır. Bunlar, uçsalar da keçi olmaktan kurtulamazlar.

4. “Yek beyzâ ve sad hezâr gıt gıdak (Bir yumurta, yüz bin gıt gıdak).”

Hocamız okudukları arasından faydalı gördüğü bilgileri, çevresindekilerle paylaşır. Okudukları arasında Arapça veya Farsça bir ibare ile karşılaştığında detayını öğrenmek için birilerine sorar. Bir gün “Yek beyzâ ve sad hezâr gıt gıdak.” sözünün ne demek olduğunu sordu. “Ettiklerine sevinen ve yapmadıkları şeylerle övülmeyi seven kimselerin, sakın azaptan kurtulacaklarını sanma. Onlar için elem dolu bir azap vardır (Al-i İmran 3/188).” ayetinin tefsirinde Elmalılı merhum, bu ifadeyi zikretmiş.

Biraz araştırınca “Sesi çıkmaz kısırağın küheylanlar doğurur. Tavuk bir yumurtayı yedi mahalleye duyurur.” sözünün varlığından haberdar oldum. Allah rızası için yapılması gereken bir amelin reklamını yapmak, işin bereketini götürür. Ancak Allah'ın her şeyi bildiği düşüncesiyle hareket ederek yapılan amellerin mükafatını -hiç kimse bilmesede- O'ndan beklemek, o işe bereket katar. Neticede Hocamızdan öğrendiğimiz düsturlardan biri de “tavuk meşrep zevattan” olmamak ve bu tıynetle olanlardan uzak durmaktır.

5. “Ticâreten len tebûr” (Fatır 35/29, zarar etmeyen ticaret)

“Kim Allah'a ve Peygamber'e itaat ederse, işte onlar, Allah'ın kendilerine nimet verdiği peygamberlerle, siddîklarla, şehidlerle ve iyi kimselerle birliktedirler. Bunlar ne güzel arkadaşlardır (en-Nisâ 4/69).” Ayette buyrulduğu üzere güzel insanlarla bir arada olmak, dünyadaki cennet nimetlerindedir. Ayetteki sınıfların sahip olduğu niteliklerin karşıtı olan vasıflara sahip kimselerle bir arada olmak ise Allah'ın bir musibetidir.

Hocamızın ders aldığı hocalardan biri derse başlarken “Ticâreten len tebûr (zarar etmeyen, kâr garantili ticaret) (Fatır 35/29)” dermiş. Dersin başında bu sözü duyan talebe; ilim halkalarında harcanan zamanın ve ilim yolunda sarf edilen çabaların hiçbir şekilde zayi olmayacağını, ilim yolunun kâr garantisi olan bir uğraş olduğunu bilir, ilim yolunda maruz kaldığı tüm meşakatlere tahammül eder, ilim tahsili için maddi ve manevi fedakarlık yapmaktan kaçınmaz.

Allah, Hocamızı ve bizi bu sırra nail eylesin!

TÜRKİYE'DE MÜKELLEF DAVRANIŞLARININ ANALİZİ*

Analysis of Taxpayer Behaviour in Turkey

Hakkı M. AY**

Adnan SÖYLEMEZ***

Nihal GÜNEŞ AY****

Öz

Devlet toplum için üretmek zorunda olduğu mal ve hizmetleri kamu harcamaları aracılığıyla yerine getirmektedir. Kamu harcamalarının en önemli ve en büyük gelir kaynağı vergilerdir. Vergiler firmalardan ve bireylerden karşılıksız olarak alınan ekonomik değerlerdir. Firmalardan ve bireylerden oluşan vergi mükellefleri, vergiye karşı bazı davranış ve tepkilerde bulunabilmektedirler. Vergi

* Bu çalışma 1-2 Kasım 2023 tarihlerinde El-Bab/Suriye’de düzenlenen I. Uluslararası El-Bab Sosyal Bilimler Kongresi’nde sözlü olarak sunulan ve kongre kitabında (34-40) tam metin olarak yayımlanan tebliğin genişletilmiş halidir.

** Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, hma@selcuk.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-9033-8248.

*** Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, soylemez@selcuk.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-8153-0238.

**** Öğr. Gör., Selçuk Üniversitesi Kadınhanı Faik İçil Meslek Yüksekokulu, nihalay@selcuk.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-9788-7872.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 08.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 02.12.2024.

Atıf/Citation: Ay, Hakkı M., Adnan Söylemez ve Nihal Güneş Ay. “Türkiye’de Mükellef Davranışlarının Analizi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 865-882

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

kaçırma, vergiden kaçınma, verginin reddi, vergi grevi, üretimden vazgeçme gibi mükellef davranış ve tepkileri oluşmaktadır.

Türkiye'de vergilerin yapısı ve oranı gibi nedenlerden dolayı vergi mükellefleri vergi ödememek veya daha az ödemek yollarına girebilmektedirler. Toplanacak vergi miktarının azalması ise kamusal mal ve hizmetlerin miktarını azaltmakta ve kalitesini düşürmektedir. Bu çalışmada Türkiye'de vergi mükelleflerinin vergiye karşı tutumları ve bunların nedenleri üzerinde yapılan çalışmalar dikkate alınarak analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, kamu hizmetleri, mükellef psikolojisi, vergi kaçakçılığı, vergi hukuku.

Abstract

The state fulfils the goods and services that it has to produce for the society through public expenditures. The most important and largest source of income for public expenditures is taxes. Taxes are economic values received from firms and individuals gratuitously. Taxpayers, consisting of firms and individuals, may have some behaviours and reactions against taxes. Taxpayer behaviours and reactions such as tax evasion, tax avoidance, tax refusal, tax strike, and giving up production occur.

In Turkey, due to reasons such as the structure and rate of taxes, taxpayers may choose not to pay taxes or pay less taxes. The decrease in the amount of tax to be collected reduces the amount and quality of public goods and services. In this study, the attitudes of taxpayers towards taxes in Turkey and the reasons for these attitudes will be analysed by taking into account the studies conducted on them.

Keywords: Tax, public services, taxpayer psychology, tax evasion, tax law.

GİRİŞ

Yaşanan ekonomik ve sosyal gelişmelerden dolayı modern devletin görev ve sorumlulukları her geçen gün artmaktadır. Devletin harcamalar aracılığıyla yapacağı faaliyetleri en büyük ve önemli gelir kaynağı olan vergiler ile sınırlıdır. Vergi yalnızca devlet tarafından kişilerden, kanuna dayanarak, herhangi bir özel

karşılık sunmadan, hukuki cebir altında alınan ekonomik değerlerdir. Vergilerin alınma amacı başlangıçta yalnızca gelir sağlama olarak nitelendirilen mali (fiskal) idi. Ancak sanayileşme, küreselleşme, ekonomik kalkınma, adil gelir dağılımı, müdahaleci devlet, sosyal devlet, küresel kamusal mallar, göçler gibi nedenlerle mali olmayan (ekstra-fiskal) amaçları da gelişmiştir. Borçlanma, para basma gibi gelir kaynaklarının ekonomide yaratacağı olumsuzluklardan dolayı vergiler günümüz devletlerinin vazgeçilmez yegâne gelir kaynağı durumundadır. Vergiyi doğuran olaya neden olan ve üzerine vergi borcu düşen vergi mükelleflerinin, karşılıksız olarak alınan, servet ve gelirlerinde azalmaya neden olan vergilere karşı farklı tutum ve davranışlara girebilmektedirler. O nedenle vergilerin hukuki, ekonomik ve siyasal açıdan değerlendirmesinin yanı sıra psikolojik açıdan da değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Kamu maliyesinin alt disiplini olan mükellef psikolojisi, vergi mükelleflerinin vergiye karşı göstermiş olduğu tepkileri veya reaksiyonları inceleyen geniş kapsamlı bir kavramdır.¹ Vergileme konusunda kişilerin nasıl davranışlarda bulunacaklarının mükellef psikolojisi aracılığıyla tespit edilmesi vergi politikalarının başarısı açısından önemlidir.² Mükellef psikolojisi, mükelleflerin vergiye karşı algısını, vergiye bakış açısını ve vergilemeye yönelik gösterilen tepkileri tanımlamaktadır.³ Mükellef psikolojisi, belli bir toplumda vergi zihniyeti ve vergi ahlakının oluşmasını önemli ölçüde etkilemektedir. Bu nedenle vergilendirmeye ilişkin kararlar alınırken psikolojik faktörlerin göz önünde bulundurulması önemlidir.⁴

Bu çalışmada vergi mükelleflerinin vergiye karşı geliştirdikleri davranışları etkileyen faktörler, vergiye karşı davranış şekilleri ve Türkiye’de mükellef davranışlarının analizi anlatılacaktır.

¹ Henry Laufenburger. *Maliyenin Ekonomik ve Psikolojik Teorisi*. çev. İhsan Hayri Ülkmen. Ankara: Maliye Enstitüsü Yayınları, 1967.

² Cuma Çataloluk, "Vergi karşısında mükelleflerin tutum ve davranışları," *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 20 (2008): 215.

³ Yasemin Taşkın, "Vergi Psikolojisi ve Vergiye Karşı Mükellef Tepkileri," *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 54(86), (2010): 69.

⁴ Halil Nadaroğlu, *Kamu Maliyesi Teorisi*, (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), 289.

I. MÜKELLEF DAVRANIŞLARINI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

Vergi borcunu zamanında ve eksiksiz olarak ödemek olan vergi uyumu kavramında vergi denetimleri, vergi cezaları ve vergi oranları gibi dışsal faktörlerin tek başına açıklayıcı olamayacağı ve içsel motivasyonunda vergi uyumu bakımından son derece önemlidir.⁵ Mükelleflerin vergiye karşı gösterdikleri tepkiler, verginin verimli bir şekilde toplanmasını engellemektedir. Vergi psikolojisi verginin etkin ve verimli bir şekilde toplanması, vergi politikalarının yürütülmesi açısından büyük bir önem arz etmektedir. Verginin cebri olarak alınması mükellefleri vergiye karşı çeşitli davranışlara yöneltir. Mükellef psikolojisini demografik faktörler, vergi ahlakı, vergi yapısı, bedavacılık sorunu, kamu harcamalarında etkinlik ve verimlilik, vergi kültürü gibi etkenler belirlemektedir.

A. Demografik Faktörler

Vergi mevzuatının karmaşık bir yapıda olması, düşük vergi denetimi, caydırıcılıktan yoksun vergi cezaları, yüksek vergi oranları, vergi kaçırma fırsatı gibi faktörlerin vergi uyumu bakımından yaratacakları etkiler büyük ölçüde demografik faktörlere bağlıdır.⁶ Yaş, cinsiyet, eğitim, medeni durum, meslek ve gelir düzeyi gibi demografik özellikler, mükellef davranışlarında etkili olmaktadır.

B. Vergi Ahlakı

Vergi uyumu, beyannamenin verildiği tarihte uygulanan vergi mevzuatına uygun olarak vergi yükümlülüğünün beyannamede tam olarak belirtilmesi ve vergi borcunun tam olarak ödenmesidir.⁷ Vergi ahlakı vergi ödemeye yönelik

⁵ Benno Torgler, *Tax Compliance and Tax Morale* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007), 5.

⁶ Ken Devos, "Tax Evasion Behaviour and Demographic Factors: An Exploratory Study in Australia," *Revenue Law Journal* 18, no. 1 (2008): 2.

⁷ Jeffrey A. Roth, John T. Scholz, and Ann Dryden Witte, *Taxpayer Compliance*, Vol. 1 (Philadelphia: University of Pennsylvania, 1989), 2.

ahlaki bir zorunluluk ya da vergi ödeyerek topluma katkıda bulunma inancı olarak da düşünülebilir.⁸ Vergi mükellefleri doğru olanı yapma arzusunda oldukları için kanunlara uygun hareket ederler.⁹ Vergi ahlakı vergi mükelleflerinin vergiye karşı tutum ve davranışlarının gelişmesinde etkin bir rol oynamaktadır. Vergi ahlak derecesi yüksek olan vergi mükellefleri, vergi borçlarını ödemedikleri zaman bundan rahatsız olurlar ve vergiyi ödemeye yönelirler. Vergi ahlakı yüksek olan mükelleflerin vergiyi tam olarak ve zamanında ödeme eğilimleri yüksektir ve bu mükellefler vergi ödediklerinde mutluluk duymaktadırlar. Vergi ahlak derecesi düşük olan vergi mükellefleri vergi boçlarını ödemek istemezler. Vergiye karşı olumsuz tutum geliştirirler. Vergiyi ödememek için yapılan tüm illegal yol ve yöntemleri normalleştirirler. Devlete olan güven ve bağlılık, bireylerin sahip oldukları özellikler ve ülkeler arasındaki farklılıklar vergi ahlakını etkileyen faktörler arasında görülmektedir.¹⁰

C. Bedavacılık Sorunu:

Tam kamusal mallarda görülen bedavacılık sorunu, mükelleflerin vergi ödeme motivasyonunu olumsuz etkilemektedir. Devletin vergi alacağı vergi ödeme gücü olan genellikle ortanca seçmenden alınır. Ortanca seçmen ise en düşük tutarda vergi ödeyerek, en fazla kamusal mal ve hizmetlerden yararlanmayı arzularlar. Ancak vergi ödeyenler ile kamu hizmetlerinden yararlananlar genellikle farklı toplumsal gruplardan oluşmaktadır. Daha az vergi veren ya da hiç vergi vermeyen kişiler, bedava sunulan kamusal hizmetlerden daha fazla yararlananlardır. Dolayısıyla ödediği vergilerin karşılığında başkalarının hizmet almasından dolayı rahatsız olan vergi mükelleflerinin vergi ödeme motivasyonları düşecektir.

D. Vergi Yapısı

Bir vergi sistemi dolaylı ve dolaysız vergilerden oluşmaktadır. Dolaylı vergiler yansıtılabilen ve vergi adaletini sağlamada etkili olabilen vergilerdir.

⁸ Benno Torgler, "Tax Morale in Asian Countries," *Journal of Asian Economics* 15, no. 2 (2004): 239.

⁹ Narcis Eduard Mitu, "Taxpayer Behaviour: Typologies and Influence Factors," *Revue des Sciences Politiques* 49 (2016): 79.

¹⁰ Taşkın, "Vergi Psikolojisi ve Vergiye Karşı Mükellef Tepkileri", 73.

Dolaysız vergiler ise yansıtılamayan ve vergi adaletsizliğine neden olan tüketim vergilerinden oluşmaktadır. Dolaylı vergilerin hâkim olduğu vergi sisteminde vergi mükelleflerinin vergiye karşı tutum ve davranışları olumsuz etkilenmektedir. Ekonomik sistemin oluşturduğu gelir adaletsizliği, dolaylı vergiler aracılığıyla daha da derinleşecektir. Gelişmiş ülkelerde genellikle dolaysız vergiler vergi sistemi içinde ağırlıkta iken; az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde dolaylı vergilerin ağırlığı hakimdir.

E. Kamu Harcamalarında Etkinlik ve Verimlilik

Herkesten toplanan vergiler, toplumsal ihtiyaçların finansmanında kullanılmaktadır. Vergilerin toplumun talep ve beklentilerinin aksine alanlarda kullanılması durumunda, dürüst mükellefler dahi devlete güven ve bağlılıkları azalacaktır. Mükelleflerin vergi ödemelerini istekli olarak ödemeleri için, bu ödemelerin karşılığını açık olarak görmek isteyeceklerdir.¹¹ Yoksa vergi borçlarını daha az ödemek veya hiç ödememek şeklinde davranışa yönelebilmektedirler. İdare ile vergi mükellefleri arasındaki etkileşimin karşılıklı güven ve vatandaş odaklı bir yaklaşımla (sinerjik iklim) karakterize edildiği durumlarda, mükellefler kendilerini yasanın yanında hissedecek ve vergileri dürüst ve kendiliğinden ödeme eğiliminde olacaktır.¹² Ancak siyasi kaygılarla yapılan kamu harcamaları, seçmen tercihlerini de etkilemektedir. Politikacılar, bürokratlar veya devlet görevlileri kişisel yararlarını toplum yararının önünde tutmaları durumunda istikrarsızlıklar ortaya çıkabilir. Kamu otoritesine duyulan güvensizliğe bağlı olarak, dürüst vatandaşlar da kamu uygulama ve politikalarına karşı bir direnç gösterebilirler.¹³

¹¹ Ahmet Burçin Yereli ve Ahmet Yılmaz Ata, "Vergi Adaletine Ulaşma Yöntemleri Çerçevesinde Fayda İlkesinin Teorik Açından Değerlendirilmesi," *Maliye Dergisi* 161 (2011): 28.

¹² Mitu, "Taxpayer Behaviour", 79.

¹³ Susan Rose Ackerman, "Corruption and Government," *International Peacekeeping* 15, no. 3 (2008): 328-343.

F. Denetim ve Cezalar

Devlete güvenin düşük olduğu toplumlarda mükellefler gelirlerini arttırmak ve/veya daha düşük vergi ödemek amacıyla vergi kaçakçılığına yönelebilirler. Vergi mükelleflerini vergi kaçırmaktan alıkoyacak tek unsur ise kamu otoritesinin güç kullanması olacaktır.¹⁴ Vergi makamlarının denetim ve ceza gibi caydırıcılık yaklaşımlarını kullanarak vergi mükelleflerinin vergiye uyumunu artırma davranışlarını kontrol etmek ister.¹⁵ Mükellefin vergiye uyumunda yasal yaptırımlar, etik değerlerden daha baskın ise, vergi uyumunun arttırılabilmesi için vergi denetimlerinin ve vergi cezalarının arttırılması etkili olacaktır.¹⁶ Vergi kaçakçılığının önlenmesi amacıyla vergi denetimlerinin artırılması ve vergi cezalarının uygulanması gereklidir.¹⁷ Ancak denetim ve cezalar yalnızca vergi ahlakı düzeyi düşük olan mükellefler için geçerlidir. Yüksek vergi ahlakına sahip mükellefler üzerinde aşırı bir denetim ve ceza uygulanması ise bu mükelleflerde bir tür dışlama etkisine yol açacak ve vergi uyumu düzeyinin düşmesine neden olacaktır.¹⁸

II. VERGİYE KARŞI MÜKELLEF DAVRANIŞLARI

Mükellefler hiç vergi ödemeyerek veya daha az vergi ödeyerek vergi yükünü hafifletmeye çalışırlar. Bu noktada kişilerin vergi konusunda isteksiz

¹⁴ Erich Kirchler, Erik Hoelzl, and Ingrid Wahl, "Enforced Versus Voluntary Tax Compliance: The Slippery Slope Framework," *Journal of Economic Psychology* 29, no. 2 (2008).

¹⁵ Sellywati Mohd Faizal, Mohd Rizal Palil, Ruhanita Maelah and Rosiati Ramlı, "Power and Trust as Factors Influencing Tax Compliance Behavior in Malaysia," *Asian Journal of Accounting and Governance* 8 (2017).

¹⁶ Michael Wenzel, "The Social Side of Sanctions: Personal and Social Norms as Moderators of Deterrence," *Law and Human Behavior* 28, no. 5 (2004).

¹⁷ James Alm and Michael McKee, "Extending the Lessons of Laboratory Experiments on Tax Compliance to Managerial and Decision Economics," *Managerial and Decision Economics* 19, no. 4–5 (1998).

¹⁸ Benno Torgler, *Tax Morale: Theory and Empirical Analysis of Tax Compliance* (Basel: Ph. D. Thesis, Universitat Basel, 2003).

davranmaları ve vergi ödemeye karşı çıkması olarak tanımlanan¹⁹ vergi direnci kavramı ortaya çıkmaktadır. Mükellefler vergiye karşı dirençlerini farklı yol ve yöntemlerle gösterirler.

A. Vergi Kaçırma

Vergiye karşı gösterilen tepkiler içinde vergi kaçırma veya vergi kaçaklığı en ağır tepkilerdendir. Vergi kaçırma mükelleflerin vergilendirilebilir gelir ya da servetinin vergi yönetiminden gizlemesi, gerçekleştirilen harcamaların kayıt dışı tutulması, indirilecek giderlerin yüksek gösterilerek vergi kaybının oluşturulması nedeniyle kanunsuz yollara başvurmak ve kanuna karşı gelmek olarak tanımlanır.²⁰ Verginin doğumuna neden olan vergi mükellefi, kanunlara aykırı olarak hiç vergi ödememekte veya olması gerekenden daha düşük vergi ödemektedir. Vergi kaçırma fiili vergi ziyana neden olacağı için, vergi hasılatını düşürmektedir. Vergi kaçırana mükelleflere para cezasının yanı sıra meslekten men ve hapisle tazyik cezası da verilebilir.

B. Vergiden Kaçınma

Mükelleflerin, vergisel yükümlülüklerini azaltmasının yasalara aykırı olmadan yerine getirmesi vergiden kaçınma olarak tanımlanır. Vergiden kaçınma fiili ile vergiyi doğuran olaya neden olunmadığı için kanuna karşı gelinmemiş olunacaktır. Vergi kanunlarında vergiden kaçınma fiilini yasaklayıcı veya cezalandırıcı hükümler yer almamaktadır. Vergi oranlarının yüksekliği, kanunlarda yer alan boşluklar, muafiyet ve istisnaların yaygın olarak kullanılması, kamu harcamalarının etkinlikten uzak ve verimsiz alanlara yapılması vergiden kaçınmayı artırmaktadır. Vergiden kaçınma suç olmadığı için herhangi bir ceza veya yaptırım gerektirmez. Ancak tıpkı vergi kaçırma fiilinde olduğu gibi hedeflenen vergi hasılatının toplanamamasına neden olmaktadır.

¹⁹ Abdulkerim Gök, "Vergi Direncinin Gelişimi," *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 22, no. 1 (Mart 2014).

²⁰ Vito Tanzi and Parthasarathi Shome, *Primer on Tax Evasion*, Washington, DC: IMF Working Paper, 1993.

C. Vergi Yansıtması

Mükellef ödemiş olduğu vergiden dolayı rahatsızlık duyar ve bu yükü başkalarına aktarmak ister. Vergi yükünün başkalarına aktarılmasına verginin yansıtılması denir. Verginin yansıtılması ödeme, vurgu, devretme (yayılma) ve yerleşme olmak üzere dört aşamalı bir süreçten geçmektedir. Dolaylı verilerde verginin yansıtılması kolay olurken, dolaysız vergiler genellikle mükellef üzerinde kalmaktadır.

D. Vergi Cennetlerine Göç

1980 sonrası neo-liberal ve küreselleşme döneminde vergi cenneti ülkelerin sayıları hız kazanmıştır. Küreselleşme olgusu ile dünya bir nevi tek bir pazar haline gelmiştir. Piyasanın serbestleşmesi ile beraber sermaye de özgür olmaktadır. Serbestleşen sermaye ise olması gerekenden daha fazla vergiye duyarlı hale gelmektedir.²¹ Vergi cenneti ülkeler, vergi oranlarını sıfır ya da çok düşük şekilde uygulamasının yanı sıra birçok teşvik ve sübvansiyonları uygulayan ülkeler olarak tanımlanır. Vergi cenneti ülkeleri vergi uyumunu, vergi ahlakını ve vergi bilincini olumsuz yönde etkilemektedir. Vergi cenneti ülkeler aynı zamanda bilgi paylaşımına açık olmayan ülkelerdir. Vergi uyumu düşük olan özellikle çokuluslu şirketlerin bu ülkelerde faaliyetlerini ve servetlerini gizleyebilmeleri onları bu ülkelere çekmekte, vergi kaçakçılığına veya vergiden kaçınmaya yönlendirmektedir.²²

E. Vergi Grevi

Vergi grevi vergi ödememek için toplu olarak vergiye karşı direnmektir.²³ Malî, ekonomik ve siyasî nedenlerden dolayı mükellefler üzerindeki vergi

²¹ Murat Yılmaz, "Vergi Cennetleri ve Ülke Uygulamaları," *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16, no. 4 (2018).

²² Ahmet Ulusoy ve Birol Karakurt, "Vergi Politikasının Mali Amacının Karşılanamamasında Vergi Cennetleri ve Offshore Finansal Merkezlerin Rolü," *TİSK Akademi* 4, no. 8 (2009).

²³ Elif Pürsünerli Çakar, "Vergiye Karşı Direnme Şekilleri ve Vergi İnzivası," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1-2 (2013).

yükünün dayanılmaz noktaya gelmesi sonucunda, mükelleflerin kamu yönetimine karşı vergi yükünün azaltılması talebiyle genel kamu düzenine/kanunlara ve demokratik esaslara uygun olarak göstermiş oldukları kolektif tepkiye vergi grevi denir.²⁴ Verginin ödenmemesi ve kimseye zarar verilmemesi vergi grevini bir tür sivil itaatsizlik yapmaktadır. Vergi grevinin son yüzyıldaki örneklerinden biri Gandhi tarafından gerçekleştirilen Tuz Yürüyüşü hareketidir. İngiliz kolonisi olan Hindistan'da deniz suyundan elde edilen tuzdan alınan vergiye karşı 12 Mart 1930'da 390 kilometre şiddet içermeyen yürüyüş 78 kişi ile gerçekleştirilmiştir.²⁵

F. Tüketimi Kısma, Üretimi Azaltma ve Yatırımdan Vazgeçme

İnsan yeni olan her şeye karşı direnç göster, davranışlarını değiştirme ve konfor alanını terk etme ihtiyacından korkar.²⁶ Ancak vergiler tıpkı emek veya enerji gibi bir maliyet unsurudur. Mal ve hizmetler üzerindeki vergilerin yüksek olması fiyatların da yükselmesine neden olacaktır. Fiyatı artan malı tüketiciler ya daha az satın alacaklar ya da tüketmekten vazgeçeceklerdir. Hatta halkın kayıt dışı üretilen mal ve hizmetlere yönelmesine neden olacaktır. Bu durum devletin vergi hasılatını düşürecektir. Üreticiler üzerinde gelir ve kurumlar vergisi gibi dolaysız vergilerin oran veya tutarlarının artması halinde, üretilen mal ve hizmetlerin fiyatları artacaktır. Fiyat artışı tüketicilerin tercihlerini değiştireceği için firmalar üretimlerini azaltma yönünde politika uygulamak zorunda kalacaklardır. Üretimin azaltılması politikası genellikle işçi sayısını azaltmak olarak başlatılır. Ayrıca üretim üzerindeki vergi oran veya tutarların artırılması veya yeni vergilerin konması halinde girişimciler yatırım yapmaktan vazgeçerler.

²⁴ Recep Temel, "Poujade ve Sarı Yelekliler Hareketlerinin Vergi Grevi/Verginin Reddi Olguları Etrafında Analizi," *Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi* 2, no. 1 (2019).

²⁵ Hüseyin Şen ve İsa Sağbaş, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Ankara: Barış Arıkan Yayınları, 2020.

²⁶ Mitu, "Taxpayer Behaviour," 79.

III. TÜRKİYE’DE MÜKELLEF DAVRANIŞLARININ ANALİZİ

Türkiye’de vergiye karşı mükellef davranışları konusunda çok sayıda çalışma yapılmıştır.

Çiçek vd.²⁷ tarafından yapılan çalışmada mükellef tiplerinin vergi ödemede önemi vurgulanmıştır. Vergi yönetiminin sıradan uygulamalar ile vergiye gönüllü uyumu ve vergi gelirlerini arttırması bir noktaya kadar mümkündür. Düzenli ve belli bir çerçevede davranışlar sergileyen kişilik tipleri, vergi uyumunun önemli belirleyicilerini oluştursa da; vergi yönetiminin gönüllü vergi uyumunu arttırmak ve mükellefi motive etmek için, mükelleflerin ve toplumun ahlaki-kültürel değerlerini ve mükelleflerin davranışlarını analiz etmesi ve buna göre politika üretmesi gerekmektedir.

Korlu vd.²⁸ tarafından yapılan çalışmada yerel vergi bilincini etkileyen faktörlerin başında adalet ve eşitlik algısı gelirken, ikinci sırada din ve ahlak faktörü gelmektedir. Katılımcılık ve yerelleşme de yerel vergi bilincini etkileyen önemli unsurlar arasındadır. Kültür, idareye bakış ve siyasi görüş de yerel vergi bilincinin oluşmasında önemli faktörler arasında sayılmıştır. Yücedoğru ve Hasseldine²⁹ vergi uyumunu etkileyen faktörler üzerinde çalışmışlardır. Bu faktörler; uyum maliyetleri, profesyonellik, vergi danışmanlarının etkisi, şirket yapısı, ekonomik zorunluluk boyutu ve riskten kaçınmadır. Teyyare ve Kumbaşı³⁰ tarafından yapılan çalışmada vergi eğitimi artıkça vergi bilinci ve vergi uyum düzeyi artış göstermektedir.

²⁷ Serdar Çiçek, Hüseyin Güçlü Çiçek ve Elif Ayşe Şahin İpek, "Vergiye Uyum Sürecinde Davranışsal Yaklaşım: Mükellef Davranışları ve Tipolojileri," *Sosyoekonomi* 27, no. 39 (2019).

²⁸ R. Kutlu Korlu, Adnan Gerçek ve Özhan Çetinkaya, "Yerel Vergi Bilincinin Faktör Analizi ile Değerlendirilmesi: Bursa Örneği," *Yönetim Bilimleri Dergisi* 14, no. 28 (2016).

²⁹ Recep Yücedoğru and John Hasseldine, "Understanding Tax Morale of SMEs: A Qualitative Study," *eJournal of Tax Research* 14, no. 3 (2016).

³⁰ Erdoğan Teyyare ve Ensar Kumbaşı, "Vergi Bilinci ve Vergi Ahlakının Gelişmesinde Maliye Bölümü Eğitiminin Rolü," *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 16, no. 4 (2016).

Ayas ve Saruç³¹ tarafından gerçekleştirilen çalışmada Türkiye ve İtalya'nın vergi ahlakının birbirlerine yakın olduğu sonucuna varılmıştır. İsrاف ve subjektif vergi yükü algısı vergi ahlakını en fazla etkileyen faktörlerdir. Türklerde erkeklerin vergi ahlakı daha yüksek iken, İtalya'da kadınların daha yüksektir. Yaş ile vergi uyum düzeyi arasında ise ters yönlü bir ilişki bulunmuştur. Giray vd.'nin³² yaptığı çalışmada vergi sisteminin yapısının vergi mükelleflerinin vergi sisteminde adalet algısını belirleyen en güçlü faktör olarak tespit edilmiştir. Vergi kanunlarının sade olması durumunda vergi sistemi adil olarak algılanabilecektir. Vergi mükelleflerinin vergi sisteminde adalet algısının artması, vergi kayıp ve kaçaklarını azaltacak ve vergiye gönüllü uyumu artıracaktır. Sıkça yürürlüğe konan vergi afları vergi uyumsuzluğuna neden olmaktadır. Ayrıca kamu harcamalarındaki şeffaflık düzeyi vergi uyumunu etkilemektedir.

İzgi ve Saruç'un³³ çalışmasına göre vergi ahlakı ile devlete bağlılık, vatandaşlık bilinci ve din faktörü arasında anlamlı bir fark vardır. Ayrıca vergi ahlakı ile iktidardaki partiyi kabul düzeyi arasında ise anlamlı bir fark bulunmamaktadır. Savaşan ve Odabaş³⁴ tarafından yapılan çalışmada vergi kayıplarının yüksek olmasının nedenleri olarak vergi yükü algısı, istisna ve muafiyetlerin boyutları, adaletsiz vergi yapısı, verginin tabana yayılamaması, kamu harcamaları ile mükellef talep ve beklentilerinin uyumsuz olması ve vergi bilincinin yetersiz olmasıdır.

Saruç ve Sağbaşı³⁵ göre Türkiye'de vergi sisteminde dikey eşitsizlik söz konusudur. Vergilerin topluma hizmet olarak geri dönmediği inancı hakimdir.

³¹ Işıl Ayas ve Naci Tolga Saruç, "Vergi Kültürü ve Vergi Ahlakı: İtalya ve Türkiye," *Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi* 16, no. 2 (2015).

³² Filiz Giray, Adnan Gerçek and Cengiz Aydoğdu, "Factors Determining Taxpayers' Perception Towards Tax Fairness: The Structural Equation Model For Turkey," *International Journal of Economics and Finance Studies* 7, no. 1 (2015).

³³ Kadriye İzgi ve Naci Tolga Saruç, "Sosyo-Kültürel Faktörlerin Vergi Ahlakı Üzerindeki Etkisi: Üniversite Öğrencileri ile Yapılan Anket Çalışması," *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 3, no. 2 (2011).

³⁴ Fatih Savaşan ve Hakkı Odabaş, "Türkiye'de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Nedenleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma," *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 5, no. 1 (2005).

³⁵ Naci Tolga Saruç ve İsa Sağbaşı, "Mükelleflerin Vergi Eşitliğini Algılaması Vergi Kaçırma Eğilimi İlişkisi," *Finans-Politik, Ekonomik Yorumlar* 482 (2004).

Gelir vergisi sisteminin adil bir yapıya sahip olmadığı vurgulanmıştır. Tunçer’in³⁶ çalışmasında vergi uyumsuzluğunun en önemli nedeni vergi ahlaki seviyesinin düşük olmasıdır. Vergi oranlarının yüksek olması, vergi cezalarının caydırıcı olmaması, vergi denetiminin düşüklüğü ve vergi yönetiminden kaynaklanan etkinsizlikler vergi uyumsuzluğuna neden olmaktadır.

Türkiye’de mükellef davranışları üzerine yapılan çalışmalarda vergi oranlarının yüksekliği, sıkça çıkarılan vergi afları, vergi denetimlerinin yetersizliği, vergi cezalarının caydırıcı olmaması, kayıtdışı ekonominin büyük boyutlarda olması, kamu harcamalarının halkın talep ve beklentileri doğrultusunda gerçekleşmemesi, devlete güven ve bağlılığın azalması gibi nedenlerden dolayı vergiye gönüllü uyum sağlanamamaktadır.

SONUÇ

Vergi, devletin tek taraflı aldığı kararlar sonucunda aldığı ekonomik bir değerdir. Kamu hizmetlerinin en önemli finansman kaynağı olan vergilerin, bugüne kadar mükellef ahlaki üzerinde durulmuştur. Vergi ahlaki konusuna giren vergi kaçırma, vergiden kaçınma, agresif vergi uygulamaları, vergi grevi gibi mükellef davranışları üzerine çok sayıda çalışma yapılmıştır. Vergi mükellefinin devlet tarafından sağlanan kamu mallarından fayda beklemesi medeni bir toplumun varlık nedenidir.³⁷ Ancak devletin bir vergiyi niçin aldığı, oranlarını nasıl tespit ettiği, vergi konularını neye göre seçtiği, vergilendirme yetkisinin yerindeliği, optimal vergiye yakınlığı, ödeme gücüne uygunluğu, alınış amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı gibi konular üzerinde yeterince durulmadığı gözlemlenmektedir. Bu durum mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunu zorlaştırmaktadır.

Mükelleflerin, vergiye karşı göstermiş olduğu ve büyük çoğunluğu yasa dışı olan tepkilerine karşılık ceza ve yaptırımlar düzenlenmiştir. Ancak kamu yönetiminin vergilendirme yetkisini nasıl kullandığı ve harcamaları nerelere

³⁶ Mehmet Tunçer, "Vergi Ahlakı-Vergi Uyumu İlişkisi ve Türkiye," *Vergi Sorunları Dergisi* 181 (2003).

³⁷ Divakaran Reddy, *Taxpayer Behavioural Factors Influencing Entrenched Tax Gaps* (Durban, South Africa: Durban University of Technology, 2021).

yaptığı konuları sürekli tartışma konusu olmuştur. Çağdaş vergi sistemlerinin kabul ettiği gibi Türkiye’de de mükellefin beyanını esas alınmaktadır. İyi bir vergi sistemi büyük ölçüde mükelleflerin beyanına ve vergiler karşısındaki tutum ve davranışlarına göre şekillenmektedir. Devletin vergi alacağını tam olarak ve zamanında tahsil edebilmesi için dürüst mükellefi ödüllendiren, kötü niyetli mükellefleri ise cezalandırıcı uygulamalara gitmesi gerekir.

Türkiye’de muafiyet, istisna, indirim, mahsup, erteleme gibi uygulamaların neden olduğu vergi harcamalarının vergi gelirlerine oranı %32’ye ulaşmıştır.³⁸ Vergi harcamalarından kaynaklanan gelir kaybı yeni vergiler veya artan vergi oranları olarak topluma yansıtacaktır. Vergi afları, cezaların caydırıcı olmaması ve denetimin yetersiz gerçekleşmesi dürüst olmayan kötü niyetli mükellefleri cesaretlendirirken, dürüst mükelleflerin psikolojisini olumsuz etkilemektedir. Türkiye’de kayıtdışı ekonominin boyutu hakkında farklı oranlar tahmin edilse de; oldukça yüksek oranda gerçekleştiği konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Kayıtdışı ekonomi serbest rekabet ortamını bozmakta ve yasalara uygun hareket eden mükelleflerin faaliyetlerini olumsuz etkilemektedir. Kamu yönetiminin kayıtdışı ekonomi ile mücadele etmesi ve gerekirse uluslararası işbirliklerine gitmesi yerinde olacaktır.

³⁸ Hakkı Sayan, "Vergi Harcaması: Nam-ı Diğer Vazgeçilen Vergiler," *Ekonomim*, Nisan 24, 2024, <https://www.ekonomim.com/kose-yazisi/vergi-harcamasi-nam-i-diger-vazgecilen-vergiler/724113>

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Alm, James, and Michael McKee. "Extending the Lessons of Laboratory Experiments on Tax Compliance to Managerial and Decision Economics." *Managerial and Decision Economics* 19, no.4-5 (1998): 259- 275.
- Ayas, Işıl, and Naci Tolga Saruç. "Vergi Kültürü ve Vergi Ahlakı: İtalya ve Türkiye." *Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi* 16, no.2 (2015): 179- 188.
- Çakar, Elif Pürsünerli. "Vergiye Karşı Direnme Şekilleri ve Vergi İnzivası." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no.1-2 (2013): 1293-1313.
- Çataloluk, Cuma. "Vergi karşısında mükelleflerin tutum ve davranışları." *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 20 (2008): 212-228.
- Çiçek, Serdar, Hüseyin Güçlü Çiçek ve Elif Ayşe Şahin İpek. "Vergiye Uyum Sürecinde Davranışsal Yaklaşım: Mükellef Davranışları ve Tipolojileri." *Sosyoekonomi* 27, no.39 (2019): 223-244.
- Devos, Kitty. "Tax Evasion Behaviour and Demographic Factors: An Exploratory Study in Australia." *Revenue Law Journal* 18, no.1 (2008): 1-43.
- Faizal, Sellywati Mohd, Mohd Rizal Palil, Ruhanita Maelah, and Rosiati Ramli. "Power and Trust as Factors Influencing Tax Compliance Behavior in Malaysia.", *Asian Journal of Accounting and Governance* 8 (2017): 79-85
- Giray, Filiz, Adnan Gerçek, and Cengiz Aydoğdu "Factors Determining Taxpayers' Perception Towards Tax Fairness: The Structural Equation Model For Turkey." *International Journal Of Economics And Finance Studies* 7, no.1 (2015): 17-38.
- Gök, Abdulkerim. "Vergi Direncinin Gelişimi". *Marmara Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi* 22, no. 1 (Mart 2014): 143-63.
- Izgi, Kadriye ve Naci Tolga Saruç. "Sosyo-Kültürel Faktörlerin Vergi Ahlakı Üzerindeki Etkisi: Üniversite Öğrencileri ile Yapılan Anket Çalışması." *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 3, no.2 (2011): 133-142.
- Kirchler, Erich, Erik Hoelzl, and Ingrid Wahl. "Enforced Versus Voluntary Tax Compliance: The Slippery Slope Framework." *Journal of Economic Psychology* 29 no.2 (2008): 210-225.

- Korlu, R. Kutlu, Adnan Gerçek ve Özhan Çetinkaya. “Yerel Vergi Bilincinin Faktör Analizi ile Değerlendirilmesi: Bursa Örneği.” *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 14, no.28 (2016): 443-465.
- Laufenburger, Henry. *Maliyenin Ekonomik ve Psikolojik Teorisi* (çev. İ.H. Ülkmen). Ankara: Maliye Enstitüsü Yayınları, No:25, 1967.
- Mitu, Narcis Eduard. “Taxpayer Behaviour: Typologies and Influence Factors.” *Revue des Sciences Politiques* 49 (2016): 77-87.
- Nadaroğlu, Halil. *Kamu Maliyesi Teorisi*. İstanbul: Beta Yayınları, 1998.
- Pedone, A. Tax theory and taxpractice: The Problems of Defining, Measuring and Assessing Tax Bases. *NBER Working Paper*, no: 119. 2009.
- Reddy, Divakaran. *Taxpayer behavioural factors influencing entrenched tax gaps*. Durban South Africa: Durban University of Technology, 2021.
- Ackerman, Susan Rose. “Corruption and Government.” *International Peacekeeping* 15, no.3 (2008): 328- 343.
- Roth, Jeffrey A., John T. Scholz, and Ann Dryden Witte. *Taxpayer Compliance*. Vol. 1, Philadelphia: University of Pennsylvania, 1989.
- Saruç, Naci Tolga ve İsa Sağbaş. “Mükelleflerin Vergi Eşitliğini Algılaması Vergi Kaçırma Eğilimi İlişkisi.” *Finans-Politik, Ekonomik Yorumlar* 482 (2004): 64-75.
- Savaşan, F. ve Odabaş, H. “Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Nedenleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma.” *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 5 no.1 (2005): 1-28.
- Sayan, Hakkı. “Vergi harcaması: Nam-ı diğer vazgeçilen vergiler.” *Ekonomim Ocak* 10, 2024. <https://www.ekonomim.com/kose-yazisi/vergi-harcamasi-nam-i-diger-vazgecilen-vergiler/724113>
- Şen H. ve Sağbaş İ. *Vergi Teorisi ve Politikası*. Ankara: Barış Arıkan Yayınları, 2020.
- Tanzi, Vito and Shome, Parthasarathi. Primer on tax evasion. *IMF Working Paper*, 1993.
- Taşkın, Yasemin. “Vergi Psikolojisi ve Vergiye Karşı Mükellef Tepkileri.” *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 54, no.86 2010.

- Temel, Recep. "Poujade ve Sarı Yelekliler Hareketlerinin Vergi Grevi/Verginin Reddi Olguları Etrafında Analizi." *Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi* 2, no.1 (2019): 77-104.
- Teyyare, Erdoğan ve Ensar Kumbaşlı. "Vergi Bilinci ve Vergi Ahlakının Gelişmesinde Maliye Bölümü Eğitiminin Rolü." *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 16, no.4 (2016). 1-29.
- Torgler, Benno. "Tax Morale in Asian Countries." *Journal of Asian Economics* 15, no.2 (2004): 237-266.
- Torgler, Benno. *Tax Compliance and Tax Morale*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.
- Torgler, Benno. *Tax Morale: Theory and Empirical Analysis of Tax Compliance*. Ph. D. Thesis, Universitat Basel, 2003.
- Tunçer, Mehmet. "Vergi Ahlakı-Vergi Uyumu İlişkisi ve Türkiye." *Vergi Sorunları Dergisi* 181, 2003: 92-115.
- Ulusoy Ahmet ve Karakurt Birol "Vergi Politikasının Mali Amacının Karşılanamamasında Vergi Cennetleri ve Offshore Finansal Merkezlerin Rolü." *TİSK Akademi* 4(8) (2009): 81- 105.
- Wenzel, Michael "The Social Side of Sanctions: Personal and Social Norms as Moderators of Deterrence." *Law and Human Behavior* 28, no.5 (2004): 547-567.
- Yereli, Ahmet Burçin ve Ahmet Yılmaz Ata. "Vergi Adaletine Ulaşma Yöntemleri Çerçevesinde Fayda İlkesinin Teorik Açından Değerlendirilmesi." *Maliye Dergisi* 161 (2011): 21-32.
- Yılmaz, Murat. "Vergi Cennetleri ve Ülke Uygulamaları." *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16, no.4 (2018): 197-222.
- Yücedoğru, Recep and John Hasseldine. "Understanding tax morale of SMEs: A qualitative study." *eJournal of Tax Research* 14, no.3 (2016): 531- 567.

MALİ YAPISINA ETKİSİ BAKIMINDAN TÜRK VE HOLLANDA HUKUKUNDA KOOPERATİFİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Legal Nature of the Cooperatives in Terms of Turkish and Dutch Law in Terms of its Effect on Financial Structure

Hayri BOZGEYİK*

Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU**

Livanur Çebi DİKDOĞMUŞ***

Öz

Kooperatifler, sosyal ve ekonomik faydaları olan ortaklık yapılarıdır. Kooperatiflerin tarihi gelişimi incelendiğinde, hâlihazırdaki kooperatif organizasyon yapısının oluşmasının 19. yüzyılın ortalarını bulduğu görülecektir. Bu nedenle çalışma, kooperatifçiliğin tarihi gelişimine de yer yer değinilerek ele alınmıştır. Çalışmanın odağını ise Türk hukuku ve Hollanda hukuku bakımından, mali yapısına etkisi bağlamında kooperatifin hukuki niteliği oluşturmaktadır. Bu

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9974-7459.

** Arş. Gör., Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.e.coskunsu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1490-4740.

*** Avukat, Ankara Barosu, av.livanurcebi@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3060-1646.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 08.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 02.12.2024.

Atıf/Citation: Bozgeyik, Hayri, Sümeyye Erkanan Coşkunsu ve Livanur Çebi Dikdoğmuş. "Mali Yapısına Etkisi Bakımından Türk ve Hollanda Hukukunda Kooperatifin Hukuki Niteliği." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 883-913.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



yüzden ilgili kanun koyucuların yaptığı kooperatif tanımları önem arz etmektedir. Çünkü bu tanım, kooperatifin kişi ve sermaye unsurunu ve kooperatif tarafından yapılan hukuki işlemlerin tabi olacağı hükümleri belirlemektedir. Türk hukukunda kanun koyucunun kooperatifi şahıs veya sermaye şirketi ayırımına dahil etmemesi bilinçli ve gerekli bir tercihtir. Bu durum ayrıca ülke ekonomilerinin sürdürülebilirliği bakımından da önemlidir. Hollanda hukukunda ise kooperatifler derneğin bir alt türü olarak düzenlenmiş olup, Hollanda Medeni Kanunu ve derneklere ilişkin genel hükümlere tabidir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif, Hukuki Nitelik, Sermaye, Türk Hukuku, Hollanda Hukuku.

Abstract

Cooperatives are partnership structures with social and economic benefits. When the historical development of cooperatives is examined, it will be seen that the current cooperative organization structure was formed in the mid-19th century. Therefore, the study has been addressed by occasionally touching on the historical development of cooperatives. The focus of the study is on the legal nature of the cooperative in terms of its impact on its financial structure in terms of Turkish and Dutch law. In this context, the definitions of cooperatives established by legislators are of significant importance. These definitions determine the nature of the cooperative and the provisions governing the legal transactions carried out by the cooperative. In Turkish law, there is a conscious and necessary preference on the part of the legislator not to include the cooperative in the distinction between a partnership company and a capital company. This is also of great importance for the sustainability of national economies. In Dutch law, cooperatives are classified as a sub-type of association and are subject to the Dutch BW and general provisions regarding associations.

Keywords: Cooperative, Legal Nature, Capital, Turkish Law, Dutch Law.

GİRİŞ

İnsan ihtiyaçlarını karşılamayı hedef alan ekonomik faaliyetler temelde üretimi, tüketimi, mübadele ve paylaşımı kapsamaktadır. Bu faaliyetler kişiler tarafından ferdî olarak ya da müşterek organizasyonlar içinde yürütülür. İnsanlar

ve bunların kurdukları ekonomik yapılar, tek başlarına çözemedikleri ve güç yetiremedikleri meseleleri müştereken çözmeye ihtiyaç duyarlar. Bu ihtiyaca binaen gönüllü olarak bir araya gelip iş birliği yapmalarının sonuçlarından birisi de kooperatiflerdir.

Kooperatifler, toplumlar için sosyal ve ekonomik faydaları olan ortaklık yapılarıdır. Sermaye şirketlerinin aksine, kooperatiflerin temel hedefi doğrudan ve bizzat kooperatifin kendisi için kâr elde etmek değil, ortaklarının ekonomik çıkarlarını korumak ve onların ihtiyaçlarını karşılamaktır. Kooperatifin ortakların ihtiyaç ve çıkarlarına yönelik bir yapı olması, ortağın kooperatif üzerinden yaptığı veya kooperatifin ortak için yaptığı işlemler, kooperatifin de menfaatine sonuçlar vermektedir.

Modern kooperatifçiliğin Batı'daki ilk örnekleri incelendiğinde, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren İngiltere'de *Robert Owen*, *Dr. William King* ve *Rochdale topluluğu*, Fransa'da *Charles Fourier* ve *Charles Gide*, Almanya'da ise *Schulze-Delitzch* ve *Raiffeisen* tarafından kendi ülkelerinin toplumsal yapılarına uygun kooperatif modelleri geliştirdikleri görülmektedir.¹ Ancak kooperatifçiliğin esas itibariyle İngiltere'de işçiler tarafından başlatılan tüketim kooperatifçiliği akımı ile kendini gösterdiği² ve sanayi devriminin yol açtığı işsizlik, iç göç, kentleşme, gelir dağılımının bozulması gibi ekonomik ve sosyal faktörler sonucunda gelişiminin hızlandığı kabul edilmektedir.³

Kooperatifçiliğin dünyada günümüzdeki anlamda ekonomik ve ticari bir organizasyon biçimi olarak ortaya çıkışı 19. yüzyılın ortalarını bulmuştur. İlk kooperatif hareketleri Avrupa'da başlamasına rağmen 1920'lerden sonra tüm dünyada hızlı bir gelişme göstermiştir. Bu çerçevede İngiltere, Fransa ve

¹ Gülsüm Gözde Ayanoğlu, "Kooperatiflerde Toplumsal Sorumluluk İlkesi ve Yenilenebilir Enerji Kooperatifleri," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2012, no. 2 (2014): 4.

² John K. Walton, "Co-operative Movement ve Rochdale Pioneers," iç. *The Oxford Companion to British History*, ed. John Cannon (Oxford: Oxford University Press, 1997) 480.

³ T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, "Gelişmiş Ülkelerde Kooperatifçilik Uygulamaları," erişim tarihi Aralık 24, 2024, <https://ticaret.gov.tr/data/5d4c10d213b876180c773ff8/GUKU-SON.pdf>, 3.

Almanya'dan sonra İsveç, Danimarka, ABD, İsviçre ve Japonya gibi ülkelere yayılan kooperatifçilik uluslararası bir nitelik kazanmıştır.

Uluslararası Kooperatifler Birliği (ICA) kooperatifi "ortak ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlar ve istekleri müşterek sahip olunan ve demokratik olarak kontrol edilen bir işletme yoluyla karşılamak üzere gönüllü olarak bir araya gelen insanların oluşturduğu özerk bir teşkilat" şeklinde tanımlamaktadır.⁴ Yapılan araştırmalar, en çok kooperatif örgütü ile öne çıkan ülkelerin ABD, Fransa, İngiltere, İtalya ve Japonya olduğunu göstermektedir.⁵

Türkiye'de 19. yy. sonlarındaki *memleket sandıkları* ile başlayan ve günümüze kadar birçok yasal ve kurumsal değişikliğe uğrayan kooperatifçilik, tarım ve tarım dışı kesimlerde üretici ve tüketicinin korunması ile iç ve dış pazarlama açısından yeterli ölçüde gelişmemiştir.⁶

Bu çalışmada, kooperatifçiliğin Türk hukuku ve Hollanda hukuku bakımından kooperatifin hukuki niteliği, ayırıcı özellikleri ve nihayet bu iki hukuk sisteminde kooperatifin mali yapısına dair hususların nasıl düzenlendiği ele alınacaktır.

I. KOOPERATİFİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Türk Hukukunda

1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'e 1924 tarihinde eklenen bir hüküm⁷ ile kooperatifler de "ticari şirket" olarak kabul edilmiştir. 1926 tarih ve 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun kooperatiflere ilişkin 121., 1957 tarih ve 6762 sayılı Türk

⁴ Bkz. Treacy, Mary (editör). "The International Co-operative Alliance Statement on the Cooperative Identity," *Review of International Co-operation* 88, no. 4 (1995): 85-86.

⁵ T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, "*Dünyada Başarılı Kooperatifçilik Uygulamaları*," erişim tarihi Aralık 24, 2024, <http://esnaf.ticaret.gov.tr/data/5ca5eb7bddee7df740e1817f/Dünyada%20Başarılı%20Kooperatifçilik%20Uygulamaları.pdf>, 3.

⁶ Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 15vd.

⁷ 5 Ocak 1924 tarih ve 396 sayılı kanun (<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/tarihce>).

Ticaret Kanunu'nun ise 136. maddelerinde kooperatifler ticaret şirketleri arasında sayılmıştır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda (KoopK) 2004 yılında yapılan değişiklik öncesinde kooperatifler “teşekkül” olarak ifade edilmişken 2004 yılında yapılan değişiklikle Kanunun *Tarif* başlıklı 1. maddesinde kooperatifin bir *ortaklık* olarak ifade edildiği görülmektedir. Kooperatifler, bu değişiklikle uyumlu olarak, TTK m.124 hükmünde ticaret şirketleri arasında sayılmıştır. Kanaatimizce, kooperatiflerin hukuki niteliğine ilişkin öğreti ve yargı kararlarındaki görüş ayrılıkları esas itibarıyla 2004 yılında yapılan değişiklik öncesi hâlden kaynaklanmaktadır. Öyle ki söz konusu görüş ayrılıklarının değişiklik sonrası kabul edilen “ortaklık” ifadesine ve TTK m.124 hükmüne rağmen yargı kararlarında tereddütlerin yaşandığı görülmektedir⁸. Ancak söz konusu tereddütler yakın bir zaman önce verilen bir içtihadı birleştirme kararıyla giderilmiştir.⁹

Türk Ticaret Kanunu, ticaret şirketlerini *şahıs* ve *sermaye* şirketi olarak tasnif ettiği hâlde (TTK m.124) kooperatiflerin bunlardan hangisine dahil olduğu konusunda sessiz kalmıştır. Kanaatimizce kanun koyucunun kooperatifi ticaret şirketlerinin arasında sayıp aynı maddenin devamında sermaye veya şahıs şirketi olarak sınıflandırmaması bilinçli bir tercih olup, bu husus kooperatifin kendine özgü yapısından yani tam anlamıyla bir sermaye veya şahıs şirketi olmamasından¹⁰ kaynaklanmaktadır.¹¹ Nitekim TTK m.124 hükmünün madde gerekçesinde de bu tercihin bilinçli olduğu yönünde ifadeler yer almaktadır.

⁸ Örneğin: Yar. HGK, E. 2017/19-1658, K. 2017/1464, 29.11.2017; Yar. 15. HD, E. 2016/ 4488, K. 2017/ 168, 16.01.2017; Yar. 15. HD, E. 2014/483, K.2014/844, 11.02.2014, (Lexpera).

⁹ Yar. İBK, E. 2020/2, K. 2021/3, 12.11.2021, (Lexpera).

¹⁰ Kooperatifin kendine özgü yapısı hakkında ayrıca bkz: İsmail Kırca, “Kooperatifin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?,” *Batıder* 33, no. 2 (2017): 22; “kategori (tür) dışı bir ticaret ortaklığı” tanımı için bkz: Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), kn. 120g, 105.

¹¹ Özge Örnek, “Kooperatiflerde Açık Kapı İlkesi,” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 6, no. 1 (2020), 128- 141.

Kooperatif, ortaklarının belli ekonomik çıkarlarını karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp koruma amacıyla kurulan bir ortaklık modelidir (KoopK m.1). Ticaret şirketlerinin amacı ekonomik faaliyet sonucu kâr elde etmek, ortaklarının amacı ise elde edilen bu kârdan paylarına düşeni almaktır. Özellikle KoopK m.98 hükmünde yapılan atıf dolayısıyla anonim şirketlere bakılacak olursa; anonim şirketlerde 'kazanç sağlamak' benzeri bir kavramdan ziyade 'kâr elde etmek' şeklinde ifade edilen bir ekonomik amaçtan bahsedilmektedir. TTK m.331 hükmünde kanun koyucu tarafından belirlenen bu amacın öğretide kâr elde etmek ve bu kârı paylaşmak anlamına geldiğinin kabul edildiği görülmektedir.¹²

Kazanç sağlamak, geniş bir anlamı ihtiva eden bir kavramdır. Kâr elde etmek ve kazanç sağlamak kavramlarının her ikisi de geniş anlamda yarara isabet etmekle birlikte, kâr elde etmek kavramı ile maddi ve hatta parayla ölçülebilen bir yarardan bahsedilmektedir.¹³ Buna karşın kazanç sağlamak kavramı ile ifade edilen yarar, kâr elde etmeyi de içine alan ve fakat maddi olmayan, parayla ölçülemeyen yararlar da işaret etmektedir.¹⁴ Örneğin TTK m.331 hükmünde ekonomik amaca vurgu yapılmışken KoopK m.1 hükmünde ortaklığın amacı "ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını" sağlayıp korumak şeklinde belirlenmiştir. Bu anlamda ortakların mesleki gelişimlerine katkı sunan, kimi yaşamsal ihtiyaçlarını (konut, taşıt vb) karşılamalarını kolaylaştıran faaliyetler kooperatif ortaklık için bir kazanç kapsamında değerlendirilecektir. Kooperatiflerde; ortakların desteklenmesi, kooperatif ortaklarının çeşitli ihtiyaç ve isteklerinin karşılanması, piyasada yer alan olumsuzluklara karşı onlar için koruyucu önlemler alması, üretim ve

¹² Ayrıca bkz: İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1 (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013) 56- 58; Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, kn. 898a, 696; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırcı, *Şirketler Hukuku*, Cilt 1 (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021), 12; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul, Beta, 2021), 23.

¹³ Ayrıca bkz: "Kâr," Türk Dil Kurumu (TDK) Büyük Türkçe Sözlük, erişim tarihi Eylül 27, 2024, <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁴ Ayrıca bkz: "Kazanç," Türk Dil Kurumu (TDK) Büyük Türkçe Sözlük, erişim tarihi Eylül 27, 2024, <https://sozluk.gov.tr>.

pazarlama gibi ticari aşamalarda daha çok verim alabilmelerinin sağlanması, bu süreçlerde kayıplarının ortaya çıkmasının engellenmesi ve böylece ekonomik çıkarlarının korunması bu kapsamda sayılabilir. Aynı şekilde, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlere daha uygun şartlarda erişebilmek, örneğin bir eve daha kolay ve ekonomik şartlarda sahip olabilmek veya meslekleri için ihtiyaç duydukları araçları kolaylıkla elde etmek, kazançlarını artırmak ve istikrarlı hâle getirmek, ekonomik dalgalanmalara karşı daha korunaklı bir süreç yürütmek ve nihai olarak ekonomilerini geliştirmek de aynı kapsamdadır.¹⁵

Kooperatif; tüzel kişiliği haiz, ortakların belirlenen ekonomik menfaatlerini karşılama amacıyla kurulan, ortakları arasında karşılıklılık esası gözetilen, bu amaca yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanarak ulaşmayı hedefleyen, değişir ortak ve sermaye yapısına sahip ve kendine has özellikleri bulunan bir ortaklık modeli şeklinde tanımlanabilir.¹⁶ Kooperatif ortaklarının bu amaç etrafında birleşmiş olması esastır.¹⁷

B. Hollanda Hukukunda

1. Mevzuat

Hollanda hukukunda kooperatiflere ilişkin başvurulabilecek birincil kaynak Hollanda Medeni Kanunu'dur (*Burgerlijk Wetboek, BW*). Kooperatiflere ilişkin hükümler, bu kanunun tüzel kişileri düzenleyen İkinci Kitabında yer almaktadır. İkinci Kitaptaki bazı alt bölümler kooperatiflerle ilgilidir. Bu Kitabın "Genel Hükümler" ile "Kooperatifler ve Karşılıklı Sigorta Birlikleri" başlıklı iki alt bölümünde kooperatiflere ilişkin temel düzenlemeler yer almaktadır.

BW'nin tüzel kişilere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı İkinci Kitabın ilk alt başlığı kanunun burada saydığı tüzel kişilere ilişkin genel düzenlemeleri içermektedir. Hollanda kanun koyucusu, "genel hükümler" başlıklı kısmın "özel tüzel kişiler" başlıklı 2:3 hükmünde bu kişileri sayma yoluyla belirlerken

¹⁵ Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), kn. 1750, 609.

¹⁶ Kooperatifin hukuki niteliği ve özellikle tacir sıfatı ile ilgili olarak bkz: Yar. İBK. E. 2020/2, K. 2021/3, 12.11.2021 (Lexpera).

¹⁷ Yusuf Mollaoğlu, *Kooperatiflerin Hukuki Niteliği* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 91.

kooperatiflere de yer vermiştir. Kooperatifler, Türk hukukunda olduğu gibi, Hollanda'da tüzel kişiliği haiz bir organizasyon yapısı olarak kabul edilmektedir.

BW'nın tanım başlıklı 2:53 hükmünde kooperatiflerin noter onayıyla kurulan ve kanunda dernek olarak tanımlanan tüzel kişiliğin bir alt türü olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bu tanımdan hareketle, BW'nın 2:26 ile başlayan derneklere ilişkin genel hükümleri düzenlediği kısma bakmak gerekmektedir. Başlığı, doğrudan çevrildiğinde, "Normal derneğin tanımı" olan 26. maddenin ilk fıkrasında, derneğin bir alt türü olarak kabul edilen kooperatiflerin bu madde ile yapılan tanımdan dışlandığı görülecektir. Aşağıda, BW'de yer alan kooperatiflere ilişkin özel hükümlere ilişkin açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, BW 2:26 hükmünün başlığı ile kooperatif gibi özellikli bir tür olmayıp salt dernek tüzel kişiliği için öngörülen genel hükümlerin kastedildiği anlaşılmaktadır.

BW'nın İkinci Kitabı'nda yer alan Başlık 2'de "Dernekler" başlığı altında genel olarak derneklerle ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Ancak BW 2:53a maddesi gereğince; 26. maddenin 3. fıkrası ve 44. maddenin 2. fıkrası haricinde dernekler hakkındaki düzenlemelerin, Başlık 3'te yer alan düzenlemelerden sapmadığı sürece kooperatifler ve karşılıklı sigorta birliği hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Bu anlamda Hollanda kanun koyucusunun BW 53 hükmü ile tanımladığı derneğin iki alt türünden birisi olan kooperatifi, BW 2:26 vd. hükümlerinde öngördüğü genel hükümler kapsamının dışında bıraktığı görülmektedir. Öyle ki BW 2:26/3 hükmünde, dernek üyeleri arasında kâr paylaşımı yapılamayacağı öngörülmüşken, kooperatifleri düzenleyen 2:53. madde ve devamında bunun benzeri bir kısıtlama yer almamaktadır. Bunun yanı sıra, Hollanda Ticaret Odası'nın (Kamer van Koophandel) kooperatifleri tarif ettiği bir belgesinde, üyeleri arasında kâr dağıtımını yapılabileceği kabulünden hareket ederek kooperatifleri "sınırlı sorumlu şahıs şirketi (bv) ile dernek özellikleri gösteren bir yapı" şeklinde tanımladığı görülmektedir.¹⁸

2. Hukuki Niteliği

BW'da yer alan tanıma göre kooperatif, üyeleriyle sigorta sözleşmesi dışındaki işlemlerde bulunarak onların ekonomik çıkarlarını korur. Buna göre

¹⁸ Kamer van Koophandel, "Wat is een coöperatie?," KVK erişim tarihi, Mayıs 30, 2024, <https://www.kvk.nl/starten/de-cooperatie/#wat>.

kooperatifin amacı, kooperatif üyelerinin işleri (meslekleri) gereği yaptıkları sözleşmeler dolayısıyla ihtiyaç duydukları maddi desteğin sağlanması olmalıdır. BW 2:53 hükmünde yer alan kooperatif tanımı incelendiğinde, Hollanda kanun koyucusunun kooperatife biçtiği hukuki niteliğe dair ipuçları bulunduğu görülecektir. Kanaatimizce, Hollanda hukukunda kooperatif için öngörülen hukuki niteliğin tespit edilebilmesi için BW 2:53 hükmü, bunun devamı ve BW'nın 2:53. maddeden önce derneklere ilişkin öngördüğü genel hükümlerin birlikte yorumlanması gerekmektedir.

Öncelikle, konunun Türk hukuku ile karşılaştırılmasında üzerinde durulması gereken, dikkate değer pek çok husus olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hollanda hukukunda kooperatifler bakımından birincil kaynak olan BW'nun ilgili hükümleri incelendiğinde Türk hukukundan farklı olarak kooperatifin açıkça "dernek" şeklinde nitelendiği görülmektedir. Nitekim BW'nun kooperatifler bakımından özel hüküm niteliğindeki 2:53 maddesi ve devamında hüküm bulunmayan hâller bakımından, uygun düştüğü ölçüde kanunun derneklere ilişkin genel hükümlerinin uygulanabileceği öngörülmektedir (BW 2:53a). Türk hukukuyla karşılaştırıldığında bu hususun da farklılık arz ettiği görülmektedir. Zira Türk kanun koyucusunun kooperatifi ticaret şirketleri arasında sayması ve bu minvalde kooperatife ilişkin özel hüküm bulunmayan hâller bakımından KoopK m.98 hükmü uyarınca TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin uygulanmasını öngördüğü malumdur. BW 2:53 hükmünü de destekler mahiyette, "Çalışanların Katılımına İlişkin Avrupa Kooperatif Topluluğu Tüzüğü'nü tamamlayan 2003/72/EC sayılı Direktif" in Hollanda Ulusal Uygulama Raporu'nda da Hollanda hukukunda kooperatiflerin özel hukuk tüzel kişilerinden biri olan derneğin bir alt türü olarak nitelendirildiği, bu yüzden şirketlerdeki pay sahipliğinin kooperatiflerde olmayıp bunun yerine kooperatifler için üyelikten bahsedilebileceği ifade edilmiştir.¹⁹ Bu anlamda Hollanda hukuku bakımından söz

¹⁹ R.H. Kaar ve I. Zaal, *Nederland National Implementation Report, Studies on the implementation of Labour Law Directives in the enlarged European Union, Directive 2003/72/EC supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees* (2007), 4.

gelimi anonim şirketler gibi devredilebilir paylardan müteşekkil²⁰ olmadığı hususu dikkate değerdir.

Kanaatimizce kooperatifi dernek tüzel kişiliği altında konumlandırılan Hollanda kanun koyucusunun bu iradesi, uluslararası anlamda kabul edilen kooperatifçilik ilkelerinden olan açık kapı ilkesi²¹ ve bunun doğal sonucu olarak değişir ortaklı/değişir sermayeli olma hususunu da tartışmaya açmaktadır. Zira Hollanda öğretisinde kanunda (BW) açıkça belirtilen bu ayrıma karşın söz konusu kooperatif üyeliğinin devredilebilir bir hak olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Öğretide kooperatif üyeliğinin mülkiyet hakkı ve bunun içeriğini açıklayan BW 3:1 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu anlamda mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu görüşüne rastlanmaktadır.²² Aynı yönde, kooperatif üyeliğini aynı kanun hükmü kapsamında değerlendirip, mülkiyet hakkının konusu olduğu yönünde görüş bildirip bu hakkın devredilebilir niteliği haiz olduğunu ifade eden *Maeijer*, mülkiyet hakkını korumaya alan BW 3:6 hükmü ile korunduğunu da eklemektedir.²³ Kooperatifin üyelik hakkının şirketler hukukundaki pay sahipliği benzeri bir şekilde devredilebilir bir hak niteliğini haiz olduğuna ilişkin öğretilerde yer alan görüşler bu kabule kooperatifin hukuki niteliğiyle de uygun düşecek şekilde bir serh düşmektedir: Kooperatife üyelik için kanuna uygun olarak belirlenmiş bir üyelik şartı söz konusu ise bu şartın üyeliğin devri sırasında da dikkate alınması gerekir. Aksi hâlde üyeliğin devredildiği

²⁰ Ayrıca bkz: BW 2: 64/ 1: "An Open Corporation ('naamloze vennootschap') is a legal person with an authorized capital divided in transferable shares.," erişim tarihi, Eylül 27, 2024, <http://www.dutchcivilaw.com/civilcodebook022.htm>.

²¹ Ayrıca bkz: Georges Lasserre, "Kooperatifçilik," çev. Zeki Sezer ve Suavi Ahıpaşaoğlu, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/4 (1988), 371; International Cooperative Alliance (ICA), "Guidance Notes to the Co-operative Principles" (Ocak 2017), 1; Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1802; Özge Örnek *Yargıtay Kararları Işığında Kooperatif Ortaklarının Hakları, Yükümlülükleri ve Sorumlulukları* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020) 25.

²² O. A. Pfeiffer, "De Coöperatie als Tussenhoudstermaatschappij," *Vennotschap & Ordeneming*, Aflevering, nr 5, Mei (2007), 100.

²³ Asser, Van der Grinten ve Maeijer, *De rechtspersoon*, 2-II (Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997), nr. 277; Aynı yönde ayrıca bkz: Aynı yönde ayrıca bkz: G. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, (Deventer: W.E.J Tjeenk Willink, 1999) 154.

üçüncü bir kişinin, iyiniyetli üçüncü kişiyi koruyan BW 3:36 hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.²⁴

Teorik olarak kooperatifi dernek olarak vasıflandırmak Türk hukukunda mümkün gözükmemektedir. Zira Hollanda kanun koyucusunun yaptığı gibi dernek olarak vasıflandırılmaya engel teşkil eden bazı hususlar bulunmaktadır. Bunlardan birisi, Türk hukuku bakımından derneklerin kazanç paylaşımı niteliğinde olmayan (Dernekler Kanunu, m.2), üçüncü kişilerin özellikle sosyal ve ahlaki anlamda iyileşmelerini hedefleyen, ideal²⁵ amaçlar gütmesidir. Öyle ki öğretilerde kooperatifin sosyal ve ideal bir amacının olmadığı, kooperatif faaliyetlerinin bu minvaldeki sonuçlarının ancak tesadüfi olduğunun ifade edildiği görülmektedir.²⁶ Oysa Hollanda kanun koyucusunun kooperatiflere üyelerinin ekonomik olarak iyileşmelerini sağlamaya yönelik bir amaç yüklemektedir.²⁷ Bu anlamda kanaatimizce ortaklıklar veya dernek ve vakıf gibi kişi birlikteliklerinin ortak amacının ne olduğu hususu, bu birlikteliğin mevzuatın öngördüğü hangi tüzel kişilik kalıbına ve hangi hukuki niteliğe uygun düştüğünü tespit edebilmek bakımından önemli bir kriter olacaktır.

Türk hukukunda derneklerin ekonomik değil ideal amaçlar güden kişi birlikleri olduğu hususunun kabul edilmesine karşın Hollanda hukukunda kooperatiflere ilişkin kanuni düzenlemelerin ilk bakışta yol açtığı karışıklığın benzerine Alman hukukunda da rastlanmaktadır. Alman Medeni Kanun'u (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) §21 ve §22 hükümlerinden Alman hukukunda

²⁴ O. A. Pfeiffer, "De Coöperatie als Tussenhoudstermaatschappij," 101.

²⁵ Hasan Pulaşlı, "Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre İktisadi Amaç Kavramının Şirketler ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi" *Batider* 32, no. 2 (2016) 24.

²⁶ G. van der Sangen, "De rol van Principles in het Coöperatieresrecht", 41. Ayrıca bkz: G. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, 86-93; Kooperatiflerin üyelerinin sosyal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçlarını gidermeye yönelik de çalışabileceği, kooperatif faaliyetlerinin sosyal sonuçlarının da olabileceği hakkında ayrıca bkz: National Coöperatie Raad (NCR). *Governance Code for Cooperatives 2019*, erişim tarihi: 31.05.2024, <https://cooperatie.nl/app/uploads/2024/03/Code-for-Cooperatives-2019.pdf>.

²⁷ G. van der Sangen, "De rol van Principles in het Coöperatieresrecht," *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, no. 2 Mei (2019), 36-43.

ekonomik amaç güden derneklerin de kabul edildiği anlaşılmaktadır.²⁸ Bu durumda Hollanda kanun koyucusunun ekonomik amacı diğer sosyal amaçların üzerinde tutulacak ve bu anlamda ticari faaliyeti yoğun bir şekilde sürdürmesi beklenen bir kooperatif kurgulamasına karşın bu kişi birlikteliğini kanuni düzenlemelerde ticaret şirketleri yanında neden saymadığının incelenmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki Hollanda hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, derneklerin de ticaret siciline tescili zorunlu kılınmaktadır ve dernek yöneticileri sicile tescil bakımından sorumlu tutulmuşlardır (BW 2:29).²⁹ Dolayısıyla, Türk hukuku bakımından dernek müessesesine uygun düşmediğini, kooperatifi şirket modeline yaklaştırdığını düşündüğümüz hususların söz konusu ülke hukuku bakımından da aynı anlama gelip gelmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekebilecektir. Örneğin Ulusal Kooperatif Konseyi (*National Coöperatie Raad, NCR*) 2019 yılında hazırladığı “Governance Code for Cooperatives 2019- Coöperatie Code 2019” isimli raporunda kooperatif, “işletme olarak yürütülen dernek” olarak tanımlamıştır.³⁰ Bu anlamda, amaç unsurundan hareket edildiğinde kooperatifin hukuki niteliğini tespitinde şirketlere daha yakın bir yerde durduğu söylenebilecektir. Ancak öğretilerde kooperatifi diğer kişi birlikleri olan şirketlerden farklı (hatta daha güçlü bir ifade ile onu “benzersiz” kılan)³¹ hâle getiren önemli bir unsuruna vurgu yapılmaktadır: Buna göre kooperatifte üyelere kooperatifin kullanıcısı, sahibi ve kontrol edeni olma vasfı yüklenmektedir.³² Öyle ki bu karakteristik özelliği sebebiyle kooperatifçiliğe hâkim ilkelerden bir kısmının nüveleri meydana gelmektedir. Hollanda öğretisinde *Dunn* bu hususta, özetle, *ortağın faydası, ortağın mülkiyeti/ sahipliği ve ortağın kontrol yetkisi* ilkelerinin

²⁸ Ayrıca bkz: Hasan Pulaşlı, “Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre İktisadi Amaç Kavramının Şirketler ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi,” 24.

²⁹ Hollanda hukukunda kooperatiflerin ticaret siciline tescilini zorunlu kılan hüküm için bkz: BW m. 2:63b.

³⁰ Ayrıca bkz: National Coöperatie Raad (NCR). “Governance Code for Cooperatives 2019,” erişim tarihi, Mayıs, 31, 2024, <https://cooperatie.nl/app/uploads/2024/03/Code-for-Cooperatives-2019.pdf>.

³¹ Bkz: J.R. Dunn, “Basic Cooperative Principles and Their Relationship to Selected Practices,” *Journal of Agricultural Corporation* 3 (1988): 85.

³² J.R. Dunn, “Basic Cooperative Principles and Their Relationship to Selected Practices,” 85.

doğduğunu ifade etmektedir.³³ Hollanda öğretisinde *Sangen, Dunn' un* ifade ettiği bu görüşü de işaret ederek; kooperatifle güdülen amacın, üyelerin bir araya gelerek oluşturduğu bu organizasyona sermaye sunulması ve bu sermaye dolayısıyla kazanç elde edilmesinden farklı olarak kooperatife bağlı işletmelerin ve son tahlilde üyelerin ekonomik iyileşme kaydedebilmelerini sağlamak olduğunu söylemektedir.³⁴

Görüldüğü gibi *Sangen* kooperatifin sosyal amacının olmadığı, kooperatif faaliyeti sonucundaki sosyal iyileşmelerin ancak tesadüfi olarak karşımıza çıktığını buna karşın esas olarak ekonomik amaç güdüldüğünü ifade etmektedir. Ancak kanaatimizce bahsedilen bu ekonomik amaçla kastedilen kooperatifin ticaret şirketlerindeki benzer bir ekonomik amaçtan ziyade üyelerinin ekonomik gelişme ve iyileşmesidir. Bu anlamda Hollanda hukukunda kooperatiflerin mevzuatta düzenlendiği yer, kanun metninde kullanılan ifadeler ve öğretilerdeki görüşler birlikte değerlendirildiğinde kooperatifin bir ticaret şirketi olarak nitelendirilmesinden bilinçli bir şekilde kaçınıldığı; kooperatifin dernek tüzel kişisine daha yakın konumlandırıldığı düşünülmektedir. Ancak karakteristik özellikleri sebebiyle dernekten farklılaştığı hususlar olduğundan, ilgili mevzuat hükümleriyle açıkça dernek çatısı altında konumlandırılmakla birlikte derneklere göre farklı birtakım kurallara tabi tutulmaktadır.

II. KOOPERATİFİN MALİ YAPISI

A. Türk Hukukunda

1. Genel Olarak

Kooperatiflerin felsefi temeline ve bu temel üzerine inşa edilen yapısına bakıldığında sermaye, kooperatifin zorunlu bir unsuru olarak görülmemektedir.³⁵ Ne var ki ekonomik faaliyetler temelde insan emeği ile sermayeye dayanmaktadır. Sermaye bu faaliyetlerin genelinde olduğu gibi kooperatif faaliyetleri bakımından

³³ J.R. Dunn, "Basic Cooperative Principles and Their Relationship to Selected Practices," 85.

³⁴ G. van der Sangen, "De rol van Principles in het Coöperatiesrecht," 37.

³⁵ Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1761a, 615.

da önemli bir unsurdur.³⁶ Bu yüzden kanun koyucu kooperatiflerin kuruluşu sırasında ortaklığın ana sözleşmesi ile tescil ve ilan edilmesi gereken unsurlar arasında “*kooperatifin sermayesi ve bunun nakdi kısmına karşılık ödenen en az miktarı ile her ortaklık payının değerini*” de saymıştır (KoopK m.4/1, (4)). Böylelikle Türk hukuku bakımından sermaye, kooperatiflerde zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir.

Kooperatiflerde sermaye, ortakların getirdiği pay bedellerinin toplamından oluşmaktadır. Kooperatife ortak olmak için taahhüt edilen nakdi sermayenin en az 1/4'ünün kuruluşta peşin olarak ödenmesi gerekir (KoopK m.4). Kooperatife giren her ortağın en az bir pay bedeli ödemesi esas olup, her ortağın ana sözleşme ile belirlenen orana kadar pay edinmesi mümkündür (KoopK m.19). Sermayenin paylara bölünmüş olması kooperatifler ile diğer ticaret şirketleri ile benzerlik arz ediyor gibi görünse de kooperatiflerdeki bu durum aslında sermayenin ortakların sahip olduğu eşit paylardan müteşekkil olmasından başka bir anlama gelmemektedir. Buna karşın bu durum, Türk hukuku bakımından kooperatiflerin anonim ortaklıklara benzeyen bir özelliği olarak da düşünülebilecektir. Zira tarihi sürecine bakıldığında anonim ortaklığın sermayesi paylara bölünmüş bir ortaklık modeli olarak kurgulanması, ortaklık paylarının pay sahiplerince serbestçe devrine imkân tanımıştır.³⁷ Böylelikle kooperatiflerin sermayesine, değişir ortaklı yapıyı sağlamaya yönelik ortaklık paylarının serbestçe el değiştirebilmesine imkân tanıyan açık kapı ilkesini de destekleyen bir fonksiyon kazandırılmıştır.

Payların devrini kolaylaştırmasının yanı sıra ortakların ortaklık borçlarından dolayı sorumluluğuna dair “sınırlı sorumluluk” esasının kural olarak belirlenmesine de hizmet eden sermayenin bölünmüşlüğü hususu, kooperatifler ile anonim ortaklık arasındaki benzerliğe işaret etmektedir. Ancak kanun koyucu; kooperatifi anonim ortaklıktan farklı kılan, kişi unsuru ve ortaklığın toplumsal amaçları bağlamında ortaklığı başka bir karaktere büründüren “*toplumsal sorumluluk ilkesi*”³⁸ dolayısıyla ortaklık ana sözleşmesi ile ortakların sınırsız sorumluluğu esasının da kabul edilebileceğini düzenlemiştir.

³⁶ Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, 54

³⁷ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*, 97.

³⁸ Detayları için bkz: International Cooperative Alliance. Cooperative Identity, values and principles, erişim tarihi, Nisan, 19, 2024, <https://ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>.

Ticaret şirketleri yasal düzenlemelerine uygun olarak kâr elde etme ve bunu ortakları ve pay sahipleri ile paylaşma amacı takip ederken, kooperatiflerin amacı ortaklarının ekonomik çıkarlarını korumak ve iyileştirmektir. Ticaret ve özellikle de sermaye şirketleri amaçlarına sahip oldukları “*sermaye*” ekseninde gerçekleştirdikleri *ticari faaliyetlerle* ulaşmaya çalışırken, kooperatifler bunu *karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve kefalet* gibi araçlarla yapmaya çalışmaktadır.³⁹ Bu doğrultuda kooperatiflerin bazı hâllerde ortakları tarafından üretilen mal ve hizmetleri onlar adına veya onlardan alarak üçüncü kişilere satmak veya bazı hâllerde ortaklarının çeşitli mal ve hizmetlere daha kolay ve ucuz erişmesini sağlamak gibi farklı usuller takip etmeleri mümkündür.

Kooperatiflerde amaç ortaklarının ticari faaliyetleri için en elverişli zemini oluşturmak ve onların ekonomik çıkarlarını korumaktır. Bunun bir sonucu olarak, kooperatiflerin asıl ve nihaî hedefinin doğrudan kooperatif için bir kâr elde etmek olmadığı söylenebilir. Ancak, kooperatifin mal ve hizmetleri ortakları adına veya onlardan alarak sattığı ya da onlara piyasaya göre daha uygun şartlarda mal ve hizmet temin ettiği modellerde bu el değiştirmelerden kooperatifin de bir gelir elde edeceği veya etmesi gerektiği açıktır.

Ortaklarının çıkarlarını koruması beklenen bir ekonomik mekanizmanın bizzat kendisinin mevcut piyasa şartlarına uygun sağlam bir ekonomik yapıya sahip olması gerekir. Birçok hâlde sembolik kalan kooperatif asgari ortaklık paylarının bu fonksiyon bakımından yeterli olmayacağı açıktır. Güçlü bir finansal yapıya sahip olmak, her ne kadar kooperatiflerin amaçları arasında yer almasa da kuruluş amaçlarının yerine getirilmesi bakımından son derece önemlidir. Zira, kooperatifin faaliyetleri sırasında demirbaş, işletme, kira, personel, temizlik, taşıma gibi çeşitli giderler oluşmakta ve bu giderlerin karşılanıp yapının daha da güçlendirilebilmesi için kooperatifin yeterli bir finansal yapıya, tabiri yerindeyse bir akara sahip olması gerekmektedir.

Kooperatiflerde sermaye unsuru, daha önce de ifade edildiği üzere Türk hukuku bakımından zorunlu olmakla birlikte ortaklığın tarihi seyrine bakıldığında bir finansman kaynağı olarak görülmemektedir.⁴⁰ Bu yüzden kanun koyucu her ne kadar ortaklık ana sözleşmesinde ortakların sermaye taahhüdü

³⁹ Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, 11.

⁴⁰ Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1761, 628.

olarak belirttikleri meblağın belirli bir miktarının kuruluşta ödenmesine ilişkin hüküm öngörmüş olsa da kanun başka bir sermaye miktarından bahsetmemiştir. Diğer ticaret şirketleri bakımından düzenlenen bu hususun kooperatif ortaklıklar bakımından düzenlenmemiş olması öğretilerde sermayenin kooperatifler için bir finansman kaynağı olarak kabul edilmediği yönünde değerlendirilmiştir.⁴¹ Kanaatimizce mevzuatta kooperatiflere ilişkin bir asgari sermaye tutarının belirlenmemesini Türk kanun koyucusunun sermayeyi kooperatifler için bir finansman kaynağı olarak görmediği yönünde yorumlamamak gerekir. Zira kooperatifleri açıkça ticaret şirketi olarak vasıflandırmış bir kanun koyucusunun ticaret şirketleri bakımından en azından başlangıç için önemli bir finansman kaynağı olarak gördüğü kabul edilmelidir. Öyle ki ortaklığın kuruluşuna ilişkin zorunlu olarak yapılması istenen prosedürler içerisinde sermaye taahhüdünün belli oranda kuruluşta yerine getirilmesini gerekli kılan bir hüküm öngörüldüğü düşünülürse, kooperatif ortaklığın Türk hukukunda diğer ülkelerden farklı bir gelişim seyrettiği yorumu yapılabilecektir. Sermayenin kooperatifin amaçları karşısında düşük olmasından kaynaklanan finansal zorluk, bazı kooperatiflerde aidat adı altında farklı ödemelerle karşılanmaya çalışılsa da (KoopK m.8, m.31 vb.), zaman zaman bu da yeterli olmamaktadır.⁴² Bu nedenle kooperatiflerde ortaklık payından başka, genel gider payı ödemeleri, yıllık veya diğer periyodik ödemeler ve çeşitli parasal yükümlülükler daha söz konusu olabilmektedir.

2. Sermayenin Değişir Niteliği

Kooperatifler tüzel kişiliği haiz, değişir ortaklı ve değişir sermayeli şirket şeklinde tanımlanmıştır (KoopK m.1). Kooperatiflerin *değişir sermayeli* olmasının nedeni aslında *değişir ortaklı* olmasıdır. Bu durum, kooperatifçiliğe hâkim “açık kapı ilkesi”nin bir sonucudur. Kooperatifin “*değişir ortaklı*” olması hem ortak sayısı hem de ortaklık statüsünde bulunan kimsenin değişebileceği anlamına gelmektedir.

Kooperatiflerde ortak sayısının değişmesine paralel olarak, ortakların taahhüt ettikleri ve ödedikleri sermaye miktarı da değişmektedir. Birinci hâlde ortak

⁴¹ Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1761, 628.

⁴² Yusuf Mollaoğlu, *Kooperatiflerin Hukuki Niteliği*, 95vd.

sayısında bir artma veya azalma olup bunun bir sonucu olarak da kooperatifin sermayesi değişirken, ikinci hâlde (KoopK m.14) sermaye sabit kalmakta, sadece ortağın kendisi değişmektedir.⁴³ Kooperatifin karakteristik olarak sermaye miktarının ortağın veya ortak sayısının değişmesi dolayısıyla değişebiliyor olması sebebiyle, kanun koyucu kooperatifler bakımından sermaye değişikliğine ilişkin ana sözleşme değişikliği öngören hüküm düzenlememiştir.⁴⁴ Açık kapı ilkesi gereği değişir ortaklı yapının doğal işleyişi sonucunda sermaye artmış veya azalmış olmaktadır. Dolayısıyla ticaret şirketleri için öngörülen sermaye artırımı veya azaltılmasına ilişkin usuller kooperatifler için teknik anlamda gündeme gelmemektedir. Kooperatifin sermayesi için bir üst sınır ise öngörülmemiştir (KoopK m.2/3).⁴⁵

Ana sözleşmeye kooperatife giriş ve çıkış bakımından belli kurallar konulabilirse de bu kurallar kooperatifin belirtilen özelliğini işlevsiz kılacak nitelikte olamaz (KoopK m.7- 8). Ana sözleşme ile sınırlandırma yapılmasına belli ölçülerde izin verilmesi hususu, ortaklığın sermayesinin sınırlandırılmayacağına ilişkin emredici kanun hükmünü (KoopK m.2/3) bertaraf etmez.

3. Ortaklık Payı

Kooperatife ortak olabilmek için taahhüt edilen paylardan müteşekkil sermaye, kooperatif özvarlığının temel bir unsurudur. Sermaye hem üçüncü kişiler için teminat niteliği taşır hem de ortaklara ek ödeme yüklenilmesinde bir ölçü olarak kullanılan, sorumluluklarının hesaplanmasında başvurulacak bir unsurdur (KoopK m.63).⁴⁶

Ortakların sermaye taahhütleri dolayısıyla kooperatif ortaklığa karşı borçlu olabilmelerinin kanuni dayanağı KoopK m.4/1 (4) hükmüdür. Kooperatifin bakiye sermaye borçlarının ödenmesi çağrısına uymayanlar ödemekle yükümlü oldukları tutar kadar kooperatife borçlu olurlar.

⁴³ Ahmet Kurtulan, *Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), 56.

⁴⁴ Tekinalp, Reha ve Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1796, 628.

⁴⁵ Ahmet Kurtulan, *Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması*, 56.

⁴⁶ Orhan Nuri Çevik, *Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1985), 67vd.

Kooperatifler Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrası "Bir ortaklık payının değeri 100 Türk lirasıdır. Kooperatife giren ortaklar en çok 5.000 pay taahhüt edebilirler. Kooperatifler üst kuruluşuna iştirak edenler ise en az 50 pay taahhüt ederler. Ortaklık payının değeri Cumhurbaşkanı Kararı ile artırılabilir" şeklindedir. Anılan maddenin 3. fıkrasında ise "birkaç payın bir ortaklık senesinde gösterilebileceği, senetle temsil edilmeyen payların 100 Türk lirası itibar olunacağı" düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere bakıldığında, bununla birlikte bir kooperatifin asgari yedi ortağın bir araya gelmesiyle kurulabileceği de dikkate alındığında kooperatifin salt ortaklık paylarının getirilmesi hâlinde 700 Türk lirası tutarında bir sermayesinin olacağı görülmektedir. İlgili kanun hükümlerine uygun bir şekilde, azami oranda pay taahhüt edilmesi ve bu ortaklık paylarının tamamının ortaklık sermayesine ödenmesi varsayımında dahi günümüz piyasa koşullarında kooperatif amacını elde etmeye yetecek ölçüde bir sermayenin varlığından söz etmek zor olacaktır. Ancak her hâlükârda ortaklık payının sermayenin önemli bir unsuru olduğu ve dahi kooperatifin yardımlaşma ve dayanışma esasına da hizmet ettiği görülmektedir.

4. Aynı Sermaye

Sermaye, para olarak getirilirse "nakdi", para dışında başka bir değer olarak getirilirse "aynı" kabul edilir. Kanun koyucu eğer ana sözleşme ile kabul edilmişse kooperatif ortağının sermaye payı olarak ayın cinsinden sermaye koyabileceğini kabul eder.

Kooperatife aynı sermaye konulması hâlinde izlenilecek usul Kooperatifler Kanunu'nun 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ana sözleşmede ayınların değeri tespit edilmemiş ise, bu tespit kurucular tarafından toplantıya çağrılacak ilk genel kurulda ortak adedinin üçte ikisini temsil eden ortakların çoğunluğu ile seçilecek bilirkişi tarafından yapılır. Kuruluktan sonra girecek ortakların ayın nev'inden sermaye koymaları hâlinde ise bu çağrı yönetim kurulu tarafından yapılacaktır. Ortakların üçte ikisinin birleşmesi mümkün olmayan hâllerde bilirkişi seçimi sulh hukuk mahkemesinden istenecektir. Seçilen bilirkişi tarafından verilen rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde mahâlli sulh hukuk mahkemesine itiraz mümkündür. Mahkemenin vereceği karar kesindir. KoopK m.21 hükmü gereğince atanan bilirkişi gereken raporları düzenleyip verdikten sonra, konu, yapılacak genel kurul toplantısında görüşülür.

Çağrı mektuplarına bilirkişi raporunun bir örneği eklenir. Ortak sayısının en az yarısının asaleten ve temsilen toplantıda bulunması şartıyla bilirkişi raporları okunup incelendikten ve gereğinde ayın nev'inden sermaye koyan kimselerin ve devralınacak işletmenin veya ayınların sahibinin açıklamaları dinlendikten sonra değerlerinin aynen kabul veya reddine yahut ilgililerin muvafakatiyle değerlendirilmesine çoğunlukla karar verilir (KoopK m.22).

5. Sair Ödemeler

Kooperatifler için öngörülen asgari sermaye miktarı kooperatifin amacını gerçekleştirebilmesi bakımından çoğu zaman yetersiz kalır. Ortaklarının ekonomik ve mesleki gelişimlerini sağlayıp koruma amacına sahip kooperatifte asgari sermaye taahhütleri kooperatif amaçlarını gerçekleştirebilmesini beklemek ticari hayatın gerçekleriyle örtüşmeyecektir. Bu sebeple söz konusu amaçları gerçekleştirebilmek için kooperatif genel kurulunca, sair ödemeler şeklinde adlandırabileceğimiz bazı arizi veya periyodik ödemeler belirlenir.⁴⁷ Bu ödemelerden birisi de uygulamada yaygın bir şekilde görülen aidat yükümüdür. Genel kurul tarafından tespit edilip ortaklarca belli periyotlarda düzenli olarak ödenmesi gereken aidatlar kooperatifin işleyişi bakımından önemli bir finansal nitelik taşımaktadır. Ortaklık işleyişi bakımından önem arz eden, içerisinde aidatı da sayabileceğimiz bu sair ödemeler kooperatifleri diğer ticaret ortaklıklarından ayıran unsurlardan birisidir. Bu ödemeler öğretilde, kooperatif sermayesinden farklı olarak ortakların ortaklığa karşı bir sorumluluğu değil bir yükümü olduğu ifade edilmiş olup, genel kurulca ortaklara yüklenmiş yükümlerin yerine getirilmemesi durumunda ortağın yükümlülüğü kooperatif alacaklılarına değil yalnızca ortaklığa karşı doğacaktır.⁴⁸ Bu ayrım dolayısıyla söz konusu sair ödemeler bakımından ortakların yalnızca kooperatife karşı borçlu olduğu, bu yükümün yerine getirilip getirilmemesi bakımından ilgili ortaklığın sorumluluk rejimi olarak sınırlı veya sınırsız sorumluluğu benimsemiş olmasının etkisinin

⁴⁷ İsmail Kayar, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kooperatiflerde Sermaye, Aidat, Ek Ödeme ve Şahsi Sorumluluk Kavramları," *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (2017): 150.

⁴⁸ Diğdem Göç Gürbüz, "Kooperatiflerde Ortakların Sorumluluğu," *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi* 18, no.1 (2010): 468.

olmadığını ifade etmek gerekir. Ortaklık genel kurulu aidatların zamanında ödenememesi durumunda aidat ödemekte geciken ortaklar bakımından gecikme cezası ödenmesi öngörülebilir. Ancak bu gecikme cezasının asıl borç olan aidat ödeme borcuna eklenmesi suretiyle bileşik faiz uygulanamayacaktır.⁴⁹ Diğer taraftan, sermaye koyma yükümünü zamanında yerinde getirmeyen ortak, ihtara gerek kalmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Ayrıca, ana sözleşmeyle ortaklar temerrüt hâlinde cezai şart ödemeye de zorunlu tutulabilirler (KoopK m.98, TTK m.482).⁵⁰

6. Gelir - Gider Farkı

Kooperatif hesapları, faaliyet dönemi sonunda olumlu ya da olumsuz bir fark verir. Bu fark olumlu ise kooperatifin mali durumunda bir artı değer, olumsuz ise eksi değer doğurur. Bu anlamda söz konusu durum diğer ticaret ortaklıklarındaki kâr ve zarar benzeri bir değer olarak ifade edilebilir.⁵¹ Ancak kâr ve zarara benzeyen bu değer ticaret şirketlerinde görülen, doğrudan kâr elde etmeye yönelik bir çalışmanın sonucunda değildir. Bu fark kooperatifin varoluş amacı doğrultusunda hareket etmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Kooperatifin doğal işleyişinden doğduğu ifade edilen bu olumlu veya olumsuz farkı meydana getiren sebepler çeşitli örneklerle ifade edilebilir. Örneğin; özellikle İngiltere ve Almanya'da görülen, üyelerine/ortaklarına uzun vadeli ve düşük faizli kredi veren kooperatif bankaları kredi alanlara fayda sağladığı kadar son tahlilde kendisi de fayda elde etmektedir.⁵² Yine tüketim kooperatiflerinin tüketim maddelerini maliyetinin biraz üzerinde bir meblağa sattığı tüketiciler ucuza mal temin etmekte, kooperatif ise bu satışlar yoluyla gelir elde etmektedir.⁵³ Böylelikle kooperatif amacına uygun faaliyetler sayesinde olumlu veya olumsuz bir gelir farkı elde edebilmektedir. Bu yüzden, bu farktan diğer ticaret

⁴⁹ Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, 156.

⁵⁰ Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, 143.

⁵¹ Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1908, 677.

⁵² İlhan Küçükkaplan, "Kooperatif Bankacılığı ve Dünya Genelindeki Uygulamaları," *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 8, no. 3, 1-15.

⁵³ Ziya Gökalp Mülâyim, *Kooperatifçilik* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 441.

şirketlerindeki gibi “kâr” olarak bahsetmekten özellikle kaçınılmış ve bu fark uygulamada “risturn” olarak tanımlanmıştır.⁵⁴

Kooperatiflerde, ilgili kanun ve ana sözleşme hükümlerinde belirtildiği şekilde risturn dağıtımı yapılabilir. Risturn, tüketim kooperatiflerinde satılmış olan malların karşılığında kooperatife kalmış olan paranın (*olumlu, artı fark*); üretim ve satış kooperatiflerinde verilmiş olan avanslar ile satış fiyatları arasındaki farkların; kredi kooperatiflerinde ise elde edilmiş olan faiz farklarının kooperatif ortaklarına dağıtılmasıdır.⁵⁵ Risturn dağıtımında; ana sözleşmedeki hükümler, kooperatif ortaklarının payları ve ortakların yaptıkları işlemler dikkate alınır.

7. Sermaye Katılma Paylarına Faiz Ödenmesi

Kanun, gelir-gider farkının en az %50'si ortaklara dağıtıldıktan sonra, ortakların sermaye paylarına genel kurul kararı ile devlet tahvillerine verilen en yüksek faiz haddini geçmemek üzere faiz ödenebileceğinin ana sözleşme ile hükme bağlanabileceğini öngörmektedir (KoopK m.38 f.3). Katılma payının itibari değeri değil, ödenmiş kısmı dikkate alınır. Önceki hesap dönemlerine ait olumsuz fark ortadan kaldırılmadıkça risturn ve faiz dağıtımı yapılamaz (KoopK m.38 f.6). Kanaatimizce ortakların sermaye payları için faiz ödemeye ilişkin düzenleme, kooperatiflerin dayandığı yardımlaşma ve dayanışma esasları ile uyumlu değildir.

8. Yedek Akçeler

Kooperatiflerde ortaklara gelir gider farkından dağıtım yapılmadan önce yedek akçe ile kanun veya ana sözleşme gereğince kurulan diğer fonlara yatırılacak paralar ayrılır. Gelir-gider farkının en az % 10'u yedek akçeye, kooperatif üst kuruluşlarında ise buna ilaveten en az % 5'i fevkalade yedek akçeye ayrılmadıkça ortaklara dağıtım yapılamaz (KoopK m.39). Ana sözleşme ve genel kurul kararı ile başka yedek akçe de ayrılabilir.⁵⁶

Yedek akçelerin ve özel fonların kullanılış şekil ve şartları ana sözleşmede gösterilir (KoopK m.41) Kooperatiflerin bir yıllık faaliyet neticesi menfi olduğu

⁵⁴ Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn.1908, 667.

⁵⁵ Yusuf Mollaoğlu, *Kooperatiflerin Hukuki Niteliği*, 97.

⁵⁶ Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1914, 678.

takdirde bu açık yedek akçelerden ve bunların kâfi gelmemesi hâlinde ek ödemeler veya ortak sermaye payları ile karşılanır (KoopK m.38 f.5).

9. Fonlar

Kooperatifler Kanunu, yedek akçelerden ayrılarak bir aktif kalem oluşturan fonlara da yer vermiştir. Fonların bir kısmı zorunludur. Ortak dışı işlemlerden elde edilen hasıla dağıtılmayıp bir fona alınır (KoopK m.38 f.4). Ana sözleşme, yasal fon yanında diğer fonları da öngörebilir (KoopK m.41) Bu fonlar belirli amaçlı olabileceği gibi hiçbir amaç gösterilmeksizin de ayrılabilir.⁵⁷

B. Hollanda Hukukunda

Hollanda kanun koyucusu BW'de kooperatifleri düzenleyen başlık altında kooperatifin finansmanına ilişkin iki madde hükmüne yer vermektedir.⁵⁸ Kooperatifin finansman kaynağını esas itibariyle, BW 2:55 ve 2:56 hükümleri gereğince üyelerin kooperatife getireceği sermaye oluşturmaktadır.⁵⁹ Kanun koyucu burada kooperatifin kurulması için asgari bir sermaye miktarı öngörmemiştir. Dolayısıyla Hollanda hukukunda kooperatifin kuruluşu bakımından bir asgari sermaye miktarından bahsedilememektedir.

Hollanda hukukunda kooperatiflerin finansman kaynağı kural olarak, kendi kendini finanse etmesi ve mali dönem sonlarında elde edilen fazlalığın rezerv olarak kaydedilip muhafaza edilmesi yoluyla sağlanmaktadır.⁶⁰

Çalışmanın kooperatiflerin hukuki niteliğine dair değerlendirmelerin yer aldığı kısımda da değindiğimiz üzere,⁶¹ kooperatiflere ilişkin hukuki düzenlemeler, kooperatifin şirketlere yaklaşan bir biçimde kurguladığına dair soru işaretlerine sebep olmuştur. Öyle ki Hollanda hukukunda, sigorta işlerine dair kısıtlamalar saklı kalmak üzere, bir kooperatifin üyelerinin beklediği ve mali

⁵⁷ Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, kn. 1917, 679.

⁵⁸ Ger. J. H. van der Sangen, "Netherlands," iç. *International Handbook of Cooperative Law*, ed. Dante Cragogna, Antonio Fici and Henry Hagen (Heidelberg: Springer, 2013), 551.

⁵⁹ Ger. J. H. van der Sangen, 'Netherlands,' 551.

⁶⁰ Ger. J. H. van der Sangen, 'Netherlands,' 551.

⁶¹ Bkz. yuk. "I. Kooperatifin Hukuki Niteliği."

işleyişinin de gerektirdiği her türlü ekonomik faaliyeti sürdürebileceği kabul edilmektedir. Ancak Hollanda hukukunda kooperatifin mali yapısına ilişkin mevzuat incelendiğinde kooperatifin şirket kapsamında değerlendirilemeyeceği görülecektir. Hollanda hukukunda kooperatif sermayesinin paylara bölündüğüne dair bir düzenleme yer almamaktadır. Kooperatifin mali yapısına ilişkin BW 2:55 ve 2:56 hükümlerinden, kooperatifin ana sözleşmesinde öngörülmedikçe üyelerin, kooperatifin sermayesinin artırılması yoluyla yapılacak finansal değişiklikler bakımından herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sürdürdüğü ekonomik faaliyetler dikkate alındığında ve Türk hukuku perspektifinden bakıldığında bir ortaklık modeli izlenimi veriyor olsa da Hollanda kanun koyucusu kooperatifleri, yoğun ekonomik faaliyette bulunmasına ve dahi ekonomik amaç gütmesine imkân tanıdığı dernek tüzel kişinin bir türü olarak düzenlediği söylenmelidir. Buna göre kooperatifin mali yapısı da bir ortaklıktan ziyade dernek tüzel kişiliği için öngörülen kurallar kapsamında şekillenmiştir.

Kooperatifin BW ile yapılan kanuni tanımı dışına çıkan nitelikteki faaliyetleri kural olarak tüzel kişiliğin feshini gerektirdiği, ancak uygulamada bu yaptırım yerine kooperatifin ana sözleşmesinde gerekli değişikliklerin yapıp kooperatifin kanunun izin verdiği başka bir tüzel kişilik formuna dönüşmek amacıyla tür değiştirmesi için süre tanıdığı ifade edilmektedir.⁶²

Kural olarak kooperatifin ana sözleşmesinde yer almadığı takdirde üyelerin kooperatifle işlem yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶³ Bu yüzden kooperatif üyelerinin kanundan kaynaklanan, özellikle hakkaniyet temelli genel bir sorumlulukları dışında ayrıca özel olarak sadakat yükümlülüklerinden bahsedilmez.⁶⁴ Ancak kooperatif üyesi olmak ve kooperatifle işlem yapmak uygulamada kooperatif üyelerinin pazar gücünü artırdığı, risk paylaşımı ve yönetimini kolaylaştırdığı ve üyelere finansman desteği sağladığı için üyelerin kooperatifle olan ilişkisinin güçlü olduğu görülmektedir.

⁶² Ger. J. H. van der Sangen, 'Netherland,' 547.

⁶³ Ger. J. H. van der Sangen, 'Netherland,' 550.

⁶⁴ Ayrıca bkz: Dijk PL ve Van der Ploeg TJ, Van Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij [On Association and Foundation, Cooperative and Mutual Company] (Deventer: Kluwer, 2007), 134- 136.

Hollanda hukukunda tüzel kişilerin üyeleri veya ortaklarının, tüzel kişinin üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemler sonucunda oluşan borçlarından dolayı sorumluluklarına dair sorumluluk rejimi üç şekilde düzenlenmiştir. Kooperatif tüzel kişiliğinin üyeleri bakımından da bu üç sorumluluk türünden birisi esas alınabilecektir. Buna göre üyeler kooperatifin borçları dolayısıyla ya sınırsız sorumlu (*wettelijke aansprakelijkheid, WA*) veya sınırlı sorumlu (*beperkte aansprakelijkheid, BA*) olacak ya da üyelerin hiçbir sorumluluğu (*uitsluiting van aansprakelijkheid, UA*) bulunmayacaktır (BW 2:56). Ayrıca kooperatifin, bu üç sorumluluk rejiminden hangisini benimsediğinin unvanda belirtmesi gerekecektir (BW 2:54/2). Kooperatif üyelerinin, kooperatifin iflası veya tasfiyesi hâllerinde kooperatifin malvarlığı ile karşılanamayan borçların olması durumunda, esas sözleşme ile belirlenen sorumluluk rejiminin gerektirdiği ölçüde bu borçlardan müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür (BW 2:55). Esas sözleşmede üyelerin kooperatifin borçları dolayısıyla sorumlu olmadığına dair (*UA*) belirleme olması durumunda alacaklıların üyelere başvuramayacağını belirtmek gerekir.

Üyelerin kooperatifin borçları dolayısıyla sorumluluğuna ilişkin kural bu şekilde olmasına karşın, kooperatifin mali dönemde elde ettiği gelirden üyelerin alacağı pay ile kooperatifin üyelere peşin fiyatından satış yapması Hollanda öğretisinde, kooperatifin uzun vadeli çıkarları ile üyelerin menfaatleri arasında bir çatışmaya yol açtığı yönünde yorumlanmaktadır.⁶⁵ Buna karşın kooperatifin, ilgili mali yıl sonunda üyelere dağıtmayıp bir anlamda rezerv olarak bıraktığı kazancın uzun vadede kooperatifin menfaatine uygun olduğu izlenimi oluşsa da kanaatimizce bu yöntemin uygulanması kooperatifin kısa vadede harcamalarını yapabileceği kaynak bakımından sıkıntı yaşamasına da sebep olabilecektir.

Kooperatiflerde yaygın olarak uygulanan; üyelere peşin fiyatına satış, üyenin kooperatifin borçları dolayısıyla sınırlı sorumlu olması veya sorumluluğunun olmaması yönündeki uygulama ile mali dönem sonunda oluşan fazlalığın rezerv olarak kaydedilmesi ve bu rezervin kooperatifle yeteri kadar işlem yapmayan üyelere de dağıtılacak olması gibi hususlar dolayısıyla kooperatifin kendi kendini

⁶⁵ Ayrıntı için bkz: Ger. J. H. van der Sangen, "Financiering van de coöperatie en haar juridische structuur (Deel I) Juridische knelpunten in de financiering van de coöperatieve onderneming" *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 61, no. 10 (2001), 1.

finanse etmesi ve mali açıdan ayakta kalmasının zorlaştığı savunulmaktadır.⁶⁶ Öyle ki bu husus kooperatifle diğerlerine göre daha az işlem yapan veya hiç işlem yapmayan üyelerin neredeyse daha avantajlı olması sonucunu doğurabileceğinden kooperatif tüzel kişiliğinin mali durumunu zorlaştırmanın yanı sıra kooperatifle aktif olarak işlem yapan üyelerin işlem yapma motivasyonunu da düşürebilecektir. Bu anlamda kanaatimizce uzun vadede kooperatifin mali çıkmaza girmesine yol açabilecek bir durum söz konusu olabilecektir. Öğretide bu hususa çözüm olarak, Hollanda hukukunda, işlem yapmaksızın safi kâr dağıtımına müsaade etmemesini⁶⁷ kabul edilmekle birlikte kooperatifin ana sözleşmesine konulacak bir hükümlerle üyelerin kâr dağıtım taleplerinin karşılanabileceği ifade edilmektedir.⁶⁸

Hollanda öğretisinde, söz konusu ekonomik sıkıntılara çözüm mahiyetinde “holding şirketi olarak kooperatif” veya “holding şeklinde kooperatif” olarak ifade edilebilecek farklı bir öneri de yer almaktadır. Buna göre kooperatifin bir holding çatısı altında yapılması durumunda özellikle kooperatif üyeliğinin devri ve hatta rehin verilebilmesi imkânı oluşturulabileceğinden bahsedilmektedir. Bu imkân ile kooperatifin mali anlamda yaşadığı daralmaların önüne geçebilmek istenmektedir. Holding olmanın getirdiği risk dağıtımını, yatırımların kontrolü ve yönetimi gibi hususların kooperatif örgütlenmesinin karakteristik özellikleriyle sinerjisi ile üyelerin daha geniş bir pazar ağına ulaşmasını ve olası risklerin üyeler arasında dağıtılmasını sağlayacağı ifade edilmektedir.⁶⁹

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmada kooperatifin mali yapısı Türk ve Hollanda hukuku bakımından ele alınmıştır. Her iki ülke kanun koyucusunun kooperatif bakımından yaptığı hukuki nitelendirme kooperatifin gerek kişi ve sermaye unsuru hakkında uygulanacak rejimi gerekse bu organizasyon bünyesinde yapılacak hukuki işlemlerin akıbetini

⁶⁶ G. van der Sangen, “Financiering van de coöperatie en haar juridische structuur (Deel I) Juridische knelpunten in de financiering van de coöperatieve onderneming,” 2-3.

⁶⁷ Ger. J. H. van der Sangen, “Netherland,” 552.

⁶⁸ G. van der Sangen, “Financiering van de coöperatie en haar juridische structuur (Deel I) Juridische knelpunten in de financiering van de coöperatieve onderneming,” 3.

⁶⁹ O. A. Pfeiffer, “De Coöperatie als Tussenhoudstermaatschappij,” 102.

belirlemektedir. Bu sebeple odağı kooperatifin mali yapısı olmakla birlikte çalışmada bu hususun her iki ülke hukuku bakımından değerlendirilebilmesi için kooperatifin hukuki niteliğine de yer verilmiştir.

Türk hukukunda ticaret şirketleri için şahıs şirketi ve sermaye şirketi olarak yapılan ayırımı kanun koyucu kanaatimizce bilinçli olarak kooperatifi bu ikili ayırmadan herhangi birine dahil etmeyerek kooperatifi ticaret şirketleri arasında saymıştır. Nihai amacı ortaklarının ekonomik ve mesleki gelişimlerini sağlayıp sürdürmek olan kooperatiflerde bu amacın gerçekleştirilebilme kabiliyeti ortaklığın mali yapısının gücüyle de doğru orantılıdır. Bu yüzden kanun koyucu kooperatiflerin mali yapısına ilişkin hukuki düzenlemeleri sadece sermaye odaklı değil, sermaye haricinde bazı farklı mali kaynakları da sağlamaya yönelik olarak öngörmüştür. Taşıdığı sosyal ve ideal amaçlara rağmen bu amaçlarına erişebilmek bakımından ekonomik yönü güçlü, ticaretteki rolü önem arz eden kooperatifler bu sebeple kanun koyucu tarafından ticaret şirketi olarak nitelendirilmiştir. Bu tercih, kooperatifin özelde kendi güttüğü amacın gerçekleştirilmesi için olduğu kadar, büyük ölçekte ülke ekonomisinin sürdürülebilir bir iyileşme kaydedebilmesi bakımından da önemlidir. Zira Türk hukukunda kişi birlikleri bakımından yapılan ayırım özellikle Avrupa ülke hukuklarında yapılan ayrımlardan daha kesindir. Bu durumda kooperatife, Türk hukukunda ekonomik bir amaç gütmesi hukuki olarak mümkün olmayan dernek tüzel kişiliği kapsamında hukuki nitelik atfedilmesi, kooperatifin tarihsel süreçte kendisi için belirlenen nihai amaca uygun hareket etmesine engel olacaktır. Böylelikle Türk kanun koyucusunun kooperatifi dernek değil bir ticaret şirketi olarak nitelendirmesi Türk hukuku bakımından kanaatimizce isabetli bir tercihtir.

Türk kanun koyucusunun kooperatifin ortaklarının ekonomik gelişimlerinin yanı sıra mesleki gelişimlerini sağlamasını da amaçlaması ve aynı zamanda kooperatifin ülkenin sosyo-ekonomik durumuna olumlu katkı sağlamasını beklediği bir gerçektir. Buna karşın kendisine yüklenen bu rol kooperatifin tarihsel süreçte hedeflediği amaçlara ulaşmak için ekonomik bir amaç gütmek ve bu amaç için ekonomik faaliyet sürdürmek zorunda olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu anlamda en azından Türk hukuku bakımından, kooperatiflerin ticaret şirketi olarak nitelendirilmesinin, amaca uygun faaliyette bulunabilmesi için zorunlu bir tercih olduğu söylenebilir.

Hollanda hukukunda ise kooperatiflerin Hollanda Medeni Kanun'unda dernek tüzel kişiliği çatısı altında bunun bir alt türü olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu anlamda Hollanda hukuku bakımından kooperatif için esas alınacak hukuki dayanak Hollanda Medeni Kanunu'nda kooperatifler için yapılan özel düzenlemeler ile derneklere ilişkin genel hükümler olacaktır.

Kooperatiflerin hukuki niteliği, mali yapıların belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira kooperatifin finansman kaynağı, vergilendirilmesi ve tüzel kişiliğin borçları bakımından kime sorumluluk atfedileceği hususları hukuki niteliğiyle şekillenmektedir. Kooperatifi ticaret şirketi olarak nitelendirdiğimizde mali yapısının güçlendirilebilmesi bakımından kooperatifin finansman kaynağının artırılabilmesi görülmektedir. Ekonomik amaç gütmemesinin mümkün olması ve bunun yanı sıra üyelerinin kooperatifin amacı doğrultusunda beklediği her türlü ekonomik faaliyeti yapması imkânı tanınmasına rağmen Hollanda hukukunda kooperatiflerin finansman kaynağı sağlama ve finansal yönetimin üyeler ile tüzel kişiliğin menfaatleri dengelemesi hususunda birtakım sorunların yaşandığı görülmektedir. Kanaatimizce kooperatifi ticaret şirket olarak değil dernek olarak nitelendirilmesi kooperatifin finansman kaynağını artırmak anlamında yasal zemin oluşturulmasını doğal olarak sınırlandırmaktadır. Bunun sonucunda uygulamada yaşanan daralmaların giderilmesi adına bulunan çözümler de yine şirket tüzel kişiliğine uygun düşecek mahiyette olmaktadır. Bu anlamda kooperatifin tarihi gelişim seyri de dikkate alındığında doğası gereği hukuki niteliğinin şirketler hukuku kapsamında değerlendirilmeye daha uygun olduğu kanaatine varılmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Ayanoğlu, Gülsüm Gözde. "Kooperatiflerde Toplumsal Sorumluluk İlkesi ve Yenilebilir Enerji Kooperatifleri." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2014): 181-194.
- Çevik, Orhan Nuri. *Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1985.
- Dunn, J.R. "Basic Cooperative Principles and Their Relationship to Selected Practices." *Journal of Agricultural Cooperation* 3 (1988): 83-93.
- Dijk, P.L., ve T.J. Van der Ploeg. *Van Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij [On Association and Foundation, Cooperative and Mutual Company]*. Deventer: Kluwer, 2007.
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü. "Dünyada Başarılı Kooperatifçilik Uygulamaları." Erişim tarihi Aralık 24, 2024,. <http://esnaf.ticaret.gov.tr/data/5ca5eb7bddee7df740e1817f/Dünyada%20Başarılı%20Kooperatifçilik%20Uygulamaları.pdf>.
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü. Gelişmiş Ülkelerde Kooperatifçilik Uygulamaları. Erişim tarihi Aralık 24, 2024. <https://ticaret.gov.tr/data/5d4c10d213b876180c773ff8/GUKU-SON.pdf>.
- Gürbüz, Diğdem Göç. "Kooperatiflerde Ortakların Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi* 18, no. 1 (2010): 463-477.
- International Cooperative Alliance. "Cooperative Identity, Values and Principles." Erişim tarihi, Nisan 19, 2024. <https://ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>.
- Kaar, R.H., ve I. Zaal. *Studies on the Implementation of Labour Law Directives in the Enlarged European Union, Directive 2003/72/EC Supplementing the Statute for a European Cooperative Society with Regard to the Involvement of Employees. Nederland National Implementation Report*.
- Kayar, İsmail. "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kooperatiflerde Sermaye, Aidat, Ek Ödeme ve Şahsi Sorumluluk Kavramları." İç. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler ve Tartışmalar*, 147-174. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017.

- Kırca, İsmail. "Kooperatifin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?" *Batider* 33, no. 2 (2017): 3-25.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Küçükkaplan, İlhan. "Kooperatif Bankacılığı ve Dünya Genelindeki Uygulamaları." *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 8, no. 3 (2003): 1-15.
- Kurtulan, Ahmet. *Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Mülâyim, Ziya Gökalp. *Kooperatifçilik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- National Coöperatie Raad (NCR). *Governance Code for Cooperatives 2019*. <https://cooperatie.nl/app/uploads/2024/03/Code-for-Cooperatives-2019.pdf>.
- Özdamar, Mehmet. "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar." *TFM Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2015): 143-156.
- Pfeiffer, O.A. "De Coöperatie als Tussenhoudstermaatschappij." *Vennotschap & Onderneming, Aflevering*, nr. 5 (Mayıs 2007).
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Sangen, Ger J.H. van der. "De rol van Principles in het Coöperatiesrecht." *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2 Mei (2019): 36-43.
- Sangen, Ger. J. H. van der. "Netherlands." İç. *International Handbook of Cooperative Law*. Ed. Dante Cragogna, Antonio Fici and Henry Hagen. Heidelberg: Springer, 2013.
- Ger J.H. van der Sangen. *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*. Deventer: W.E.J Tjeenk Willing, 1999.

Treacy, Mary (editör). "The International Co-operative Alliance Statement on the Cooperative Identity." *Review of International Co-operation* 88, no. 4 (1995): 85-86.

Üstün, Yusuf ve Muhittin Aydın. *Kooperatifler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Walton, John K. "Co-operative Movement ve Rochdale Pioneers." İç. *The Oxford Companion to British History*. Ed. John Cannon. Oxford: Oxford University Press, 1997.

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİMİN FARKINDALIĞI: TÜRKİYE ARAŞTIRMASI*

*Awareness of Arbitration in the Resolution of Commercial
Disputes: the Case of Türkiye*

Mehmet YÜCE**

Muhammed ÇELİK***

Beyza SAYGIN****

Elif KARDEŞ*****

* Bu çalışma Bursa Uludağ Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi Birimi SGA-2022-529 numaralı proje kapsamında üretilmiştir.

** Prof. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Bursa/Türkiye, myuce@uludag.edu.tr, Orcid: 0000-0001-6398-5589.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Bursa/Türkiye, muhammedcelik@uludag.edu.tr, Orcid: 0000-0002-4829-7304. (Sorumlu Yazar)

**** Arb- Av. Bursa Uludağ Üniversitesi, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı, Bursa/Türkiye, avbeyzasaygin@gmail.com, Orcid: 0000-0002-4243-6545.

***** Av. Bursa Uludağ Üniversitesi, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı, Bursa/Türkiye, avelifkardes@hotmail.com, Orcid: 0000-0003-3516-573X.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 25.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 06.12.2024.

Atıf/Citation: Yüce, Mehmet, Muhammed Çelik, Beyza Saygın ve Elif Kardeş. "Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkimin Farkındalığı: Türkiye Araştırması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 914-964.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Öz

Globalleşen dünya çapında yoğunlaşan ekonomik ilişkiler sonucu artan ticari ilişkiler doğal olarak beraberinde birtakım uyuşmazlıklar da getirmiştir. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel yöntemlerin zaman alıcı ve maliyetli olması nedeniyle günümüzde ekonomik ilişkilerde daha hızlı, daha az masraflı ve ticaret hayatının kesintisiz şekilde devamını sağlayacak nitelikte alternatif çözümler bulma arayışı doğmuştur. Ticari uyuşmazlık çözümünde ticari itibarın ve mevcut ticari ilişkinin korunması için niteliği en uygun ve dünyada en çok tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun, tahkim kurumu olduğunu söylemek mümkündür. Bu çalışma, Türkiye’de ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim farkındalığını ölçmek amacıyla gerçekleştirilmiştir. Ticari uyuşmazlıkların artan karmaşıklığı ve küresel ticaretteki hızlı gelişmelere paralel alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına olan ilgiyi artırmasına rağmen Türkiye için aynı durum söz konusu olamamıştır. O nedenle Türkiye’de tahkimin kurumsallaşması ve kullanım yaygınlığı yeterince gelişmemiştir. Bu bağlamda, çalışma kapsamında ticaret şirketleri nezdinde tahkim farkındalığına dair bir anket uygulanmış ve elde edilen veriler analiz edilmiştir. Çalışma, tahkimin bilinirliği, etkinliği, tercih edilebilirliği ve geleceği gibi dört ana boyutta değerlendirilmiştir. Sonuçlara göre, tahkimin bilinirliği ve etkinliği konusunda cinsiyet, eğitim durumu ve yaş gibi demografik faktörlerin etkisi olduğu görülmüştür. Ancak, tahkimin geleceği ve tercih edilebilirliği açısından anlamlı bir fark bulunmamıştır. Bu bulgular, tahkim farkındalığını artırmaya yönelik stratejilerin özellikle eğitim ve bilgilendirme faaliyetleri ile güçlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Hız, gizlilik ve maliyet avantajları gibi ticari uyuşmazlıkların etkin çözümünde önemli bir yeri olan tahkimin, farkındalık artırıcı çalışmalarla daha fazla benimsenmesi sağlanabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Dostane Çözümler, Ticari İlişkiler, Ticari Şirketler.

Abstract

The intensifying economic relations resulting from globalized economic interactions have naturally brought about certain disputes. In resolving commercial disputes, the traditional methods are often time-consuming and

costly. Given the significant opportunity cost of time in today's world, where economic relationships demand faster, less expensive, and uninterrupted commercial activities, there has been a growing search for alternative solutions. Among the most suitable and widely preferred alternative dispute resolution methods for preserving commercial reputation and existing business relationships is arbitration. This study was conducted to assess arbitration awareness in resolving commercial disputes in Türkiye. Although the complexity of commercial disputes and rapid developments in global trade have increased interest in alternative dispute resolution methods globally, the same trend has not been observed in Türkiye. Consequently, the institutionalization and widespread use of arbitration in Türkiye remain underdeveloped. In this context, a survey was conducted among commercial enterprises to measure arbitration awareness, and the collected data were analyzed. The study evaluated arbitration across four main dimensions: awareness, effectiveness, preference, and future prospects. According to the results, demographic factors such as gender, education level, and age significantly influence the awareness and effectiveness of arbitration. However, no significant difference was found regarding the future prospects or preference for arbitration. These findings suggest that strategies aimed at increasing arbitration awareness should be reinforced through educational and informational activities. Arbitration, which holds a significant place in the effective resolution of commercial disputes due to its advantages such as speed, confidentiality, and cost-efficiency, can gain broader acceptance through awareness-raising initiatives.

Key Words: Arbitration, Alternative Dispute Resolutions, Amicable Resolutions, Commercial Relations, Business Companies.

GİRİŞ

Ticari ilişkilerin küreselleşerek yaygın ve yoğun bir yapıya bürünmesi sonucu beraberinde getirdiği karmaşıklık uyuşmazlıkların çözümünde hızlı, etkili ve daha az maliyetli yöntemlere olan ihtiyacı artırmıştır. Geleneksel yargılama süreçlerinin yavaşlığı ve masraflı olması yanında kimi zaman ulusal mahkemelere duyulan güvensizlik, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlerin önem kazanmasına neden olmuştur. Bu bağlamda, tahkim, özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen etkili bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öne çıkmaktadır. Dünya genelinde tahkimin tercih edilme oranı

her geçen gün artmakta; özellikle uluslararası ticarete tarafların uyuşmazlıklarını çözmek için tahkimi tercih ettiği görülmektedir. Türkiye’de ise tahkimin bilinirliği ve etkinliği, uluslararası düzeydeki uygulamalara kıyasla sınırlı kalmış olup, bu durum tahkimin yerel ticari aktörler tarafından ne ölçüde benimsendiği ve tercih edildiği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu çalışmanın amacı, Türkiye’deki ticari şirketlerin tahkime olan farkındalıklarını ölçmek ve tahkim konusunda yaşadıkları deneyimleri ve algılarını incelemektir. Bu kapsamda, ticari şirketlerin tahkimi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre ne ölçüde tercih ettiği ve bu tercihlerini etkileyen faktörler analiz edilmiştir. Araştırmanın temel hedefi, tahkimin Türkiye’deki ticari uyuşmazlık çözümündeki yerini belirlemek ve tahkim konusunda farkındalık düzeyini artırmaya yönelik stratejiler geliştirmektir.

Dünya çapında ad hoc olarak ve kurumsal tahkim merkezlerince uygulanmakta ve gün geçtikçe yaygınlaşmakta olan tahkimin, doğrudan veya dolaylı olarak hem adaletin temini hem de ekonomik olarak sağladığı çok sayıda yarar sayesinde ülkemizde de devlet yargısının yükünü azaltacağı ve bireylerin adalete en kısa sürede ulaşmasıyla ticari hayatın devamlılığını sağlayacağı düşünülmektedir. Son yıllarda ülkemizde özellikle başta İstanbul Tahkim Merkezi olmak üzere tahkim merkezlerinin yaptığı çalışmalar ve gerçekleştirdiği atılımlar sayesinde tahkime başvuru günden güne artış göstermiştir. Bununla alakalı olarak İstanbul Tahkim Merkezince 2018 yılında konulan dava istatistikleri ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) verilerine göre; 26 Ekim-31 Aralık 2015 tarihleri arasında dava oranı yüzde 6 iken, 1 Ocak-31 Aralık 2016 döneminde yüzde 27’ye, 1 Ocak-31 Aralık 2017 döneminde yüzde 40’a ulaştığı, 2018 yılının ilk 2 aylık döneminde ise dava başvurusu yüzde 27 olduğu belirtilmiştir. ISTAC Genel Sekreterliğinden alınan bilgiye göre ISTAC’a 2018’de 18, 2019 yılında 27, 2020 yılında 45, 2021’de 94 ve 2022’de 107 tahkim başvurusu yapılmıştır. 2021 yılına ait dava istatistikleri raporda, davaların %70’inin uluslararası tahkim kapsamında olduğu, yerli tahkimin ise %30’da kaldığı belirtilmiştir. Ortalama yargılama süresinin kısalığı ve tarafların milliyet dağılımı da raporda yer almaktadır.¹

¹ İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), *Rakamlarla ISTAC*, (İstanbul: ISTAC, 26 Ekim 2015 – 1 Mart 2018), Erişim tarihi Ağustos 06, 2024, <https://istac.org.tr/wp->

Bu çalışmanın yapılmasının arkasındaki motivasyon, Türkiye’de tahkim kullanımına dair bilgi eksikliğini gidermek ve bu sürecin ticari aktörler tarafından daha etkin bir şekilde benimsenmesini sağlamaktır. Türkiye’de tahkim bilinirliğini ve tercih edilebilirliğini artırmaya yönelik yapılacak bu tür araştırmalar hem akademik alanda hem de uygulama açısından büyük faydalar sağlayacaktır. Tahkim süreçlerinin hızlı, gizli ve maliyet açısından avantajlı olması, bu yöntemin ticari uyuşmazlıklarda tercih edilmesinin önünü açan başlıca unsurlardır. Ancak, bu avantajlara rağmen Türkiye’de tahkim yaygın bir şekilde kullanılmaması, bu çalışmanın motivasyon kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Elde edilen sonuçlar, tahkim farkındalığının artırılması ve tahkime olan güvenin tesis edilmesi açısından önemli bulgular sunmakla birlikte, ayrıca ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin yerel ve uluslararası düzeyde nasıl daha etkin kullanılabileceği konusunda yol gösterici olacaktır. Araştırmamızla birlikte doktrin bilgisi ve yurtdışı uygulamalarıyla sınırlı olan ticari ilişkilerde tahkim bilgisi, anket çalışmasıyla somutlaştırılmış ve böylece toplumun nabzı tutularak sonuçlar tüm gerçekliğiyle ortaya konulmuştur. Türkiye’deki ticari şirketler tahkime ne kadar aşınadır? Tahkimin bilinirliği, tercih edilebilirliği ve etkinliği hangi faktörlere bağlıdır? Tahkim süreçlerinin daha geniş bir kullanım alanı bulabilmesi için hangi stratejiler geliştirilebilir? Bu sorular, çalışma boyunca yanıtlanmaya çalışılacak ve tahkim farkındalığının mevcut durumu ortaya konulacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde, tahkimin küresel ve Türkiye’deki tarihsel gelişimi ele alınacak; ikinci bölümde tahkim farkındalığını ölçmek üzere yapılan anket çalışmasının sonuçları değerlendirilecek; son bölümde ise tahkimin Türkiye’deki geleceği üzerine değerlendirmeler yapılacak ve çözüm önerileri sunulacaktır.

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU: TAHKİM

Geleneksel olarak “adalete erişim” kavramı, öncelikle devlet mahkemelerine erişimle sağlanmaktadır.² Sermayenin küreselleşmesiyle birlikte serbest piyasada uluslararası faaliyetler ve girişimler dünya ekonomisi içerisinde önemli bir boyut kazanmıştır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak son yıllarda ulusal nitelikten ayrılarak uluslararası boyutlara ulaşan uyuşmazlıklarda hatırı sayılır artışlar meydana gelmiştir. Dünyada alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (Alternative Dispute Resolutions, ADR) olarak adlandırılan çözüm yöntemleri de bu gelişmelerin bir sonucu olarak ön plana çıkmış ve kullanılan alternatif kelimesini, kural olarak mahkemelerde uygulanacak olan “yargılama kurallarının” alternatifleri olarak düşünmek mümkündür.³ Günümüzde ADR’nin artan yaygınlığının yanında modern tekniklerin evrimi de göz önüne alındığında, ADR artık davaya alternatif bir yol olarak değil, genel olarak uyuşmazlık çözümü bağlamında uygun olan bir teknik olarak tanımlamak daha doğru olduğu kanısındayız.⁴

Davalar sadece yasal olarak bağlayıcı sonuçlar doğurmakla kalmaz, aynı zamanda sonuçları, ihtilaflarının dava yoluyla çözülmesi için sözleşme yapmamış olan taraflar için bile bağlayıcıdır. Bu durum dava sürecini ADR’den ayırmaktadır. ADR süreçleri de hukuken bağlayıcı sonuçlar üretebilir, ancak bir ADR sürecinin sonuçları yalnızca bu sürecin ürettiği sonuçlarla bağlı olmak üzere sözleşme yapmış olan tarafları bağlamaktadır. Taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm süreçleri için sözleşme yapabilirler, ancak bunu yapmazlarsa her bir taraf uyuşmazlığın dava yoluyla çözülmesini isteme hakkını saklı tutmaktadır. ADR, dava dışında yasal olarak izin verilen tüm uyuşmazlık çözüm süreçlerini kapsayacak şekilde tanımlanabilecektir. ADR, dava dışında her şey olarak tanımlanmaktadır çünkü dava, kanun gereği, varsayılan uyuşmazlık çözüm

² Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, no.64 (2006): 152.

³ Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2003), 21.

⁴ Albert Fiadjo, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, First Published (London: Cavendish Publishing Limited, 2004), 9.

sürecidir.⁵ ADR, hukukun üstünlüğü bağlamında, mahkeme reformunu desteklemek ve tamamlamak, etkisiz ve itibarsız mahkemeleri By-Pass etmek, verimsizliğin önüne geçmek, uyuşmazlıkların çözümünde halkın memnuniyetini artırmak, kıt kamu kaynakları üzerinde artan talepler, dezavantajlı grupların adalete erişimini artırmak, uyuşmazlıkların çözümündeki gecikmeyi azaltmak, uyuşmazlıkların çözüm maliyetini azaltmak gibi önemli roller üstlenmektedir.⁶ Bu yöntem tam kapsamlı mahkeme süreçlerinden daha kısa veya alternatif olan çeşitli uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını tanımlamak için sıkça kullanılmaktadır.⁷ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargıya alternatif olma amacı güden veya devlet yargısının yerini almayı amaçlayan bir yöntem olmaktan ziyade daha çok küçük çaplı ve kamu düzeninin dışında kalan uyuşmazlıkların adli sorun olmadan çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır.⁸ Uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, müzakere gibi diplomatik yöntemleri ve tahkim gibi yasal yöntemleri içerir ve ikincisi, devletler ve yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için olmazsa olmazdır.⁹

Türkiye’de uyuşmazlıkların çözümünde ADR yöntemleri olarak arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim yolları yaygın olarak kullanılmaktadır.¹⁰ Mevzuatımızda arabuluculuk yolu için Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve ilgili yönetmelik düzenlenmiş, uzlaştırma için Ceza Muhakemesi

⁵ Stephan J. Ware, *Principles Of Alternative Dispute Resolution*, Third Edition: Concise Hornbooks Series (USA: West Academic Publishing, 2016), 6-7.

⁶ Scott Brown, Christine Cervenak and David Fairman, *Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide*, (Washington: Center for Democracy and Government, 1998), 7; Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, 7.

⁷ Joseph M. McDade David E. Marmelstein, *Alternative Dispute Resolution A Practical Guide for Resolving Government Contract Controversies* (Washington: Defending Liberty Pursuing Justice. 1999), 1.

⁸ Hakan Pekcantez, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, no.5 (2005): 12- 16.

⁹ P. J. I. M. De Waart, *The Significance Of The Element Of Negotiation in The Pacific Settlement Of Disputes Between States* (Netherlands: Springer, 1973), 1- 26.

¹⁰ Mustafa Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), Birinci Bölüm Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller,” *TBB Dergisi*, no. 56 (2005): 91.

Kanunundaki ilgili hükümler ve Uzlaştırma Yönetmeliği; tahkim için ise iç tahkim bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki ilgili maddeler ve milletlerarası tahkim için Milletlerarası Tahkim Kanunu düzenlenmiştir.

A. Tahkim Müessesesi ve Hukuki Görünümü

Uyuşmazlık, tarafların hak ve menfaatleri çerçevesinde aralarında ihtilafa düşmeleridir. Bu ihtilafı görünür kılan ise dava konusu meselelerdir.¹¹ Dolayısıyla ticari uyuşmazlıklardan kasıt ticari davaya konu uyuşmazlıklardır. Ticari dava ise konusu uzmanlık gerektiren bir ticari uyuşmazlıkta özel mahkemelerce çözüme ulaştırılan davalardır. Ticari davalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesinde düzenlendiği haliyle mutlak ve nispi ticari davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak ticari dava tarafların sıfatına bakılmaksızın, kanuni düzenleme kriteri esas alınan, kanuni düzenlemelerden doğan davalardır.¹² Nispi ticari davalar ise tarafların ticari işletmesiyle ilgili olan ve işin mahiyeti gereği ticari dava sayılan davalardır.¹³ Ticari uyuşmazlıklar, adli yargı mahkemelerinin hukuk mahkemelerinde görülmektedir. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda asliye ticaret mahkemeleri, ticari davalara ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli ihtisas mahkemeleri olarak düzenlenmiştir. Genel anlamda ticari uyuşmazlıklar; taraf iradelerine bağlı olan, iflas gibi bazı istisnalar dışında (Örneğin Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklar, Tüketicinin Korunması Halleri, TTK 1271/2.md.) kamu düzenini ilgilendirmeyen, özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Kural olarak kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar mahkemeler aracılığı ile çözüme bağlanmaktaysa da; maddi hukukta tanınan irade serbestisi prensibinin usul hukukunda uygulanmasının sonucu olarak, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar yapacakları anlaşma ile bu uyuşmazlık

¹¹ Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 105.

¹² Ömer Ekmekçi, vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019), 291

¹³ Seyithan Deliduman ve Yakup Oruç, "Ticari Davalar," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no.2 (2012): 103.

hakkında karar verme yetkisini devletin mahkemesinden alarak özel kişilere devredebilmektedirler.¹⁴

Tahkim, esnekliği, gizliliği, tarafsızlığı ve özerkliği nedeniyle ticari anlaşmazlıkları çözmek için tercih edilen oldukça önemli bir alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemidir.¹⁵ Tahkimin hukuki dayanağı, tarafların yaptıkları tahkim sözleşmesinde yatmakta olup, Model Kanun'daki temel hükümler, bu tür sözleşmelerin uygulanabilirliğini ve kapsamını vurgulayarak, tahkime dayalı bir yaklaşımdan yararlanılmasını öngörmektedir.¹⁶ Tahkim anlaşmalarının çeşitli yönlerini anlamak, formları, tanımları ve hakem heyetinin yargı yetkisi dâhil olmak üzere, anlaşmazlıkların çözümünde geçerliliğini ve etkinliğini sağlamak için gereklidir.¹⁷ Genel olarak, tahkim anlaşmazlık çözümü için değerli bir mekanizma görevi görür ve taraflara geleneksel mahkeme işlemleri dışındaki çatışmaları ele almak için özel ve etkili bir yol sunmaktadır. Tahkim, ihtilafli tarafların anlaşmak yerine yargılamayı bir hakeme bıraktığı, devlet kontrolü dışında gerçekleşen özel bir yargılamadır ve yasal olarak bağlayıcıdır. Hakemin verdiği karar, mahkeme kararları gibi icra edilir. Ancak tahkim, tarafların hakemin kararına uyacaklarına dair önceden anlaşmaları gerektirir; aksi takdirde uyuşmazlık tahkime götürülemez. Tahkim, yalnızca tahkim sözleşmesi yapan tarafları bağlar. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADR) ise uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bağlayıcı sonuçlar doğuracak sözleşmeler yapmazken, tahkim genellikle uyuşmazlık öncesinde yapılır. Bu nedenle, uyuşmazlık sonrası bakış açısıyla tahkim, dava sürecine daha yakın bir süreç olarak değerlendirilebilir.¹⁸

¹⁴ Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 15.

¹⁵ Viraj Fulena and Hemant B. Chittoo, "International Commercial Litigation And Arbitration Research Essay," *International Journal Of Social Science And Human Research*, no. 02 (2023): 1313.

¹⁶ Meris Campbell, "Arbitration Agreements," in *The Montreal Convention a Commentary*, ed. George Leloudas et al (Edward Elgar Publishing Ebooks, 2023), 30- 60.

¹⁷ Michael Chatzipanagiotis, "Arbitration," in *The Montreal Convention a Commentary*, ed. George Leloudas et al (Edward Elgar Publishing Ebooks, 2023), 413-421.

¹⁸ Ware, *Principles Of Alternative Dispute Resolution*, 8-10.

Ticari uyuşmazlıkların tahkimi, uluslararası ticaretteki anlaşmazlıkların çözümünde yaygın bir yöntemdir ve maliyet etkinliği, hız, gizlilik ve tarafsızlık gibi avantajlar sunmaktadır.¹⁹ Ticari tahkimin seçimini etkileyen faktörler arasında hukuki uzmanlık, itibar, zaman ve maliyet hususları, dava süreçleri ve işletme yöneticilerinin risk algıları yer almaktadır.²⁰ Uluslararası ticari tahkim, taraf özerkliği, gizlilik ve kararların kesinliği gibi ilkeleri vurgulayarak küresel ticaret ve yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamaktadır.²¹ Adli Yargı İlkeleri, tahkimi taraflar arasında belirli uyuşmazlıkların tahkime götürülmesi için yapılan bir anlaşma olarak tanımlamakta, ilgili taraflarla sınırlı kapsamını ve üzerinde anlaşılan zaman dilimlerine uymanın önemini vurgulamaktadır.²² Ticari uyuşmazlıklarda devlet yargısına alternatif olarak başvurulmuş en önemli yollardan birisi de tahkim müessesesidir.

Tahkim niteliği itibariyle tarafların devlet yargısı yerine uyuşmazlıklarını kendilerinin seçmiş olduğu üçüncü tarafa çözdürdükleri bir yargılama yolu olmakla birlikte her ne kadar seçimlik olsa da kararları itibariyle devlet yargısına benzer şekilde bağlayıcı bir özellik taşımaktadır. Uyuşmazlık tarafları, devlet yargılamasına başvurdukları takdirde usule ve esasa ilişkin mevzuatta yer alan tüm kurallara riayet etmiş durumdadırlar. Örneğin mahkemenin dilini, hâkimi (tabii hâkim ilkesi gereği), usule ve esasa uygulanacak hukuku, yargılama süresini, yargılama yerini (ulusal yetki kuralları) vb. kuralları değiştiremezler.²³

¹⁹ Elizabeth A. Nkongho, "Alternative Dispute Settlement In International Law: Resolving Commercial Disputes Through Arbitration," *Saudi Journal Of Economics And Finance* 8, no. 06 (2024): 149-166.

²⁰ Long Tran Viet and Phan Thanh Hải, "Determinants Of Commercial Arbitration Selection to Resolve Disputes: Insights From Vietnamese Managers," *Journal Of International Arbitration* 41, no. 3 (2024): 371-396.

²¹ M. Ivanets, "The Role and Significance of International Commercial Arbitration in Investment Disputes," *Uzhhorod National University Herald Series Law* 1, no. 81 (2024): 286- 290.

²² Samya Elfatih et. al, "Arbitration Bases For Settling Commercial Disputes In Accordance With The Provisions Of The Code Of Judgments (Justice) Comparative Study International Trade Law (Uncitral) In Light Of The Emirati Arbitration Law," *International Journal Of Religion* 5, no. 11 (2024): 242- 252.

²³ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 29.

Nitekim taraflardan birisi bu bağlayıcılığı ihlal ederse mağdur olan taraf icra yoluyla bu kararı uygulatabilecektir.²⁴

Yargıma da tahkim ile uyuşmazlığın çözülebilmesi için uyuşmazlığın tahkime uygun olması gerekmektedir. UNCITRAL Model Kanununda objektif açıdan (konu bakımından) tahkime elverişlilik konusunda bir tanımdan kaçınılmış ve her devlete iç hukukunda düzenleme yapabilme yetkisi tanınmıştır.²⁵ Doktrinde, tahkime elverişlilik düzenlemelerinin tahkimin önünü tıkayacak şekilde dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir.²⁶ Bu durumda bir ticari uyuşmazlığın tahkime uygunluğu konusunda öncelikle bakılması gereken husus iç hukukun uygunluğudur. Bu bağlamda değerlendirildiğinde Türkiye'de Tahkime ilişkin mevzuat 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) temelinde yer almaktadır. İç tahkime ilişkin usule HMK uygulanırken, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda başka usul hukuku belirlenmemişse MTK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (Koral, 1947). Mahkeme kararıyla aynı bağlayıcılığa sahip olan hakem kararlarının iptali ve başka ülkelerce tenfizi de mümkündür. Her ülkenin tenfiz hukuku farklı olmakla birlikte 154 ülkenin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin New York Konvansiyonu (UNCITRAL Arbitration Rule "as revised in 2010") sayesinde yabancı ülkede alınan hakem kararlarının etkinlik alanının genişlediği görülmektedir. Ticari uyuşmazlıkların da kapsamında olduğu ihtiyari tahkim, Türk hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK) buna ilişkin kurallarla Türk mevzuatında yer almaktadır. Tahkime ilişkin olarak bu iki kanun arasındaki temel fark yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığıdır. İç tahkime ilişkin usule HMK uygulanırken, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda başka usul hukuku belirlenmemişse MTK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Tablo 1: Milletler Arası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tahkim Hükümleri

²⁴ Yves Guyon, *L'Arbitrage* (Paris: Economica, 1995), 421- 424.

²⁵ Yavuz Alangoaya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006), 215.

²⁶ Nomer, Ekşi ve Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 15.

Milletlerarası Tahkim Kanunu	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Uluslararası tahkime uygulanır.	Kural olarak ulusal tahkime uygulanır.
İtiraz hakkından feragat dair düzenleme yoktur.	İtiraz hakkından feragat açıkça düzenlenmiştir (m. 407).
Tahkim sözleşmesinin tabi olacağı hukuka ilişkin düzenleme yapılmıştır (m. 4/3).	Tahkim ulusal hukuka tabidir, ayrıca bir düzenleme yoktur.
Tahkim itirazının kabulü konusunda açık düzenleme yoktur.	Tahkim itirazının kabulü, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmaması şartına bağlanmıştır (m. 413/1).
Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin düzenleme tahkimi destekleyici nitelikte yeterli değildir (m.6).	Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin tahkim lehine detaylı düzenleme yapılmıştır (m. 414).
Hakemlerin sayısına bağlı olarak şart tutulan bir husus düzenlenmemiştir.	Hakemlerin sayısı birden fazla olursa en az birinin kendi alanında beş yıl veya daha fazla kıdeme sahip hukukçu olması şartı aranır (m. 416/1-d).
Tahkim yargılamasında taraflar yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından temsil edilebilir (m. 8B/2).	Temsile ilişkin özel düzenleme yapılmamıştır.
Tahkim dilinin Türkçe veya Türkiye'nin tanıdığı yabancı bir devletin dili olabileceği düzenlenmiştir.	Tahkim dili için özel düzenleme bulunmamakla beraber tahkimin yabancı dilde yapılmasına engel yoktur.
Görev belgesi düzenlenmesi kabul edilmiştir (m. 10E/1).	Görev belgesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Delillere ulaşmada mahkeme yardımına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.	Delillere ulaşmada mahkeme yardımına yönelik düzenleme mevcuttur (m. 423).
Uygulanacak hukuka ilişkin geniş düzenleme vardır (m. 12C).	Uygulanacak hukuka ilişkin bilinçli olarak düzenleme yapılmamıştır.
İptal davasının açılması hakem kararlarının icrasını kendiliğinden durdurur (m. 15A/4).	Hakem kararlarına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz (m. 439/4).
Yabancı taraf iptal davası açma hakkından feragat edebilir (m. 15A/5).	Taraflara, hak doğmadan iptal davasından feragat imkânı tanınmamıştır.

Kaynak: Yazarlar tarafından hazırlanmıştır.

Tahkim, taraflar arasında başvuru ile başlayan ve nihai bağlayıcı hakem kararıyla sona eren bir yargılama sürecidir. Bu süreç, tarafların seçtiği kurallara göre farklılık gösterebilse de genellikle benzer adımlar izlenir. Hakem kararları mahkeme kararları gibi bağlayıcı olup, iptali ve başka ülkelerde tenfizi mümkündür. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'na taraf olan 154 ülke sayesinde, yabancı hakem kararlarının etkinlik alanı genişlemiştir. Ancak, tahkim kavramı ve kurumlarının toplumda kabul görmesi zaman almış, bu nedenle Türkiye'de kurumsal tahkim merkezleri uzun süre gelişmemiştir. Günümüzde bazı vakıf üniversitelerinde²⁷ tahkime dair araştırma ve uygulama merkezleri bulunmakla birlikte, aktif olarak tahkim yargılaması yapan kurumsal bir merkez henüz mevcut değildir.²⁸ Ancak, meslek

²⁷ Bunlar; İstanbul Bilgi Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Maltepe Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi, İbn-i Haldun Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi vd.

²⁸ TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nde tahkim yargılaması yapabileceğine dair açık düzenleme bulunmamakla beraber; uyuşmazlık çözüm divanı kurulabileceği ve Divan'ın tahkim ve arabuluculuk

kuruluşları, örneğin barolar ve ticaret odaları gibi birlikler, kendi bünyelerinde tahkim merkezleri oluşturabilmektedir.²⁹

Türkiye’de geçmişte bağımsız ve etkili bir kurumsal tahkim merkezi bulunmamakla birlikte, bazı kurumlar bünyesinde tahkim faaliyetleri yürütülmekteydi.³⁰ Ancak bu faaliyetler, yürürlükten kalkmış olan 1950 tarihli Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu ve 1988 yılında yayımlanan ilgili Tüzük tarafından yeterince desteklenmiyordu, çünkü bu düzenlemeler kurumsal tahkime dair özel hükümler içermemekteydi. Kurumsal tahkime yönelik ihtiyaç, zaman içinde daha belirgin hale gelmiş ve bu doğrultuda çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların en önemlilerinden biri, 2009 yılında İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planı (İFM) kapsamında atılan adımlardır. Bu stratejik plan doğrultusunda, uluslararası düzeyde faaliyet gösterecek bir tahkim merkezi kurulması hedeflenmiştir. Bu çabaların sonucunda, 2014 yılında kabul edilen 6570 sayılı Kanun ile İstanbul Tahkim Merkezi (Istanbul Arbitration Centre, ISTAC) kurulmuş ve merkez, 26 Ekim 2015 tarihinde ISTAC Tahkim Kuralları ve ISTAC Arabuluculuk Kurallarının yürürlüğe girmesiyle resmen faaliyete başlamıştır. ISTAC, kurulduğu günden bu yana, ulusal ve uluslararası tahkim ihtilaflarının çözümünde önemli bir rol oynamayı hedeflemektedir. ISTAC dışında Türkiye’de ticari uyuşmazlıklar için başvurulabilecek, kurumlar nezdinde oluşturulmuş Bursa Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (BTSOTAM), İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ITOTAM), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Merkezi gibi tahkim merkezleri de mevcuttur. Dünyada rağbet gören başlıca kurumsal tahkim merkezleri Milletlerarası Ticaret Odası (MTO veya ICC), Amerikan Tahkim Birliği (AAA), Londra Tahkim Merkezi (LCA) ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezidir.

kurallarını yerine getirebileceği ile ilgili düzenlemeler karşısında, merkezin yargılama yetkisi bulunduğu söylenebilir.

²⁹ Beyza Saygın, *Türkiye’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: MED-ARB (Arabuluculuk-Tahkim)* (Bursa: Platon Hukuk Yayınevi, 2023), 56.

³⁰ Bkz. Nuray Ekşi, *Türkiye’de Kurumsal Tahkim* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020); Hakan Pekcanutez, “İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. Özel Sayısı. (2010): 635-636.

II. LİTERATÜR ARAŞTIRMASI

Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin olarak literatürde çeşitli çalışmaların yapıldığı görülmektedir. 2007 yılında Avustralya'nın Victoria Eyaleti Hükümeti tarafından yapılan bir anket çalışmasıyla ADR politikalarına odaklanmak, yeni yöntemler belirlemek ve adalet sisteminin zorluklarına yanıt vermede ADR'nin rolü inceleme konusu yapılmıştır. Anket sonucunda Victoria'daki ADR'nin karmaşık yapısı, özel sektörler, düzenleyici kurumlar ve mahkemeler içindeki ve dışındaki uyuşmazlık çözüm kurumlarının birincil rolleri belirlenmiştir.³¹ 2013 yılında Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, teknoloji işlemlerinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin uluslararası bir anket düzenlemiştir. Anketle, ADR yöntemlerinin teknoloji ile ilgili uyuşmazlıklarda devlet yargısına kıyasla tercih edilirliğini ve uyuşmazlık çözüm yollarının niteliksel değerlendirmesini ortaya koymayı amaçlanmıştır. Elde edilen sonuçlara bakıldığında ise son iki yılda yapılan teknoloji sözleşmeleri, anlaşmazlıklara yol açan sözleşme unsurları, uyuşmazlık çözüm maddelerinin seçimi, teknoloji anlaşmazlıklarının türleri ve tarafların amaçları, etkili çözüm mekanizmaları ve teknoloji işlemlerine ilişkin gözlemler raporlanmış ve daha sonra ortaya konulan sonuçlar WIPO Merkezinin ADR hizmetlerini geliştirmesinde kullanılmıştır.³²

2018 yılında Queen Mary Üniversitesi ile White & Case Hukuk Ofisi iş birliğinde uluslararası tahkimle ilgili 922 anket ve 142 yüz yüze ve telefon görüşmesi gerçekleştirilerek geniş coğrafyaya dağılan bir çalışma yapılmıştır. Elde edilen bulgular neticesinde uluslararası tahkimin gelecekteki gelişimini etkileyebilecek temel yenilikler ve faktörlere ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.³³ Uluslararası tahkim ve uyuşmazlık çözümüne odaklanan çeşitli çok uluslu şirketlerden kurum-sal danışmanlardan oluşan bir dernek olan CCIAG ile yine

³¹ Alternative Dispute Resolution Supplier Survey, *Copy-right* (Melbourne: State Government of Victoria, Department of Justice, Mayıs 2007).

³² WIPO, Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions (Geneva: WIPO Arbitration and Mediation Center, 2013).

³³ White&Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* (New York: Queen Mary University of London and School of International Arbitration, 2018).

Queen Mary Üniversitesi iş birliğinde 2020 yılında Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümüne (ISDS) yönelik bir anket çalışması yapılmıştır. Bu çalışma ile yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün kolaylaştırılması amacıyla görüşleri bir araya getirmek ve yatırımcıların bakış açılarından da yola çıkarak reformlar yapmak ve böylece yatırımcıyı teşvik etmek amaçlanmıştır (Queen Mary University of London, 2020).³⁴

2020 yılında, Uluslararası Tahkim ve Uyuşmazlık Çözümüne odaklanan çok uluslu şirketler ve kurumsal danışmanlardan oluşan CCIAG, Queen Mary Üniversitesi iş birliğiyle Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümüne (ISDS) yönelik bir anket gerçekleştirmiştir. Bu anket, yatırımcıların yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümüne dair görüşlerini toplamak ve potansiyel reformlar ile iyileştirmeleri belirlemek amacıyla yapılmıştır. 2021 yılında, COVID-19'un salgın olarak ilan edilmesinden bir yıl sonra, Londra Queen Mary Üniversitesi Uluslararası Tahkim Okulu tarafından yapılan bir diğer araştırma, salgının uluslararası tahkim uygulamaları üzerindeki etkilerini incelemiştir. Rapor, seyahat kısıtlamaları ve sanal uygulamalara geçişin tahkim süreçlerinde sürdürülebilir uygulamalar açısından olumlu etkiler yarattığını göstermektedir.³⁵ Ayrıca, 2023 yılında Bryan Cave Leighton Paisner tarafından gerçekleştirilen bir anket, uluslararası tahkimde yapay zekânın kullanımını ele almıştır.³⁶ Bu anket, 200'den fazla tahkim uygulayıcısının yapay zekânın faydaları, zorlukları ve riskleri hakkındaki görüşlerini içermekte ve yapay zekânın iç hukukta kullanımına ilişkin olası önlemleri değerlendirmektedir.

Uluslararası literatürde yapılan çalışmalar genel olarak değerlendirildiğinde 2007'de Avustralya'nın Victoria Eyaleti tarafından yapılan anket, ADR politikalarındaki karmaşıklığı inceleyerek ve uyuşmazlık çözüm kurumlarının

³⁴ Queen Mary University of London, 2020 *QMUL-CCIAG Survey: Investors' Perceptions of ISDS*, Project: *arbitration.qmul.ac.uk* (London: School of International Arbitration and Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), 2020).

³⁵ Diğer Tahkim Anketleri için Bkz. Michael McIlwrath, "Surveys Seek Input on Settlement Enforcement," *Wolter Kluwer: Kluwer Arbitration* (Blog), October 14, 2014, Son değiştirilme tarihi Şubat 08, 2024, <https://Arbitrationblog.Kluwerarbitration.Com/Category/Surveys/>.

³⁶ George Burn, Claire Morel De Westgaver and Victoria Clark, "Annual Arbitration Survey 2023: The Rise of Machine Learning," Bryan Cave Leighton Paisner, Last modified February 23, 2024. <https://www.bclplaw.com/en-US/events-insights-news/bclp-arbitration-survey-2023.html>.

rollerini belirlerken; 2013'te WIPO, teknoloji uyuşmazlıklarında ADR yöntemlerinin devlet yargısına göre tercih edilebilirliğini değerlendirmiş ve bu verileri ADR hizmetlerini geliştirmek için kullanmıştır. 2018'de Queen Mary Üniversitesi ve White & Case tarafından yapılan araştırma, uluslararası tahkimin gelecekteki yeniliklerini incelerken 2020'de CCIAG ve Queen Mary Üniversitesi iş birliğiyle gerçekleştirilen anket ise Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümüne dair reform önerilerini ortaya koymuştur. 2021'de ise COVID-19'un uluslararası tahkim üzerindeki etkilerini inceleyen bir çalışma, salgının tahkim süreçlerinde sürdürülebilir uygulamalara olumlu katkılar sağladığını göstermiştir. 2023'te Bryan Cave Leighton Paisner tarafından yapılan bir diğer anket, uluslararası tahkimde yapay zekânın kullanımını ve bununla ilgili faydaları, zorlukları ve riskleri değerlendirmiştir. Görüldüğü üzere çalışmalar esasen alternatif uyuşmazlık çözümü yönteminin kullanımı ve faydalarına odaklanmış, çalışmaların yapıldığı alanlara önemli katkılar sunmuşlardır. Ülkemizde ise tahkimin bilinirliği, tercih edilebilirliği ve sonuç tatmini üzerine kapsamlı bir araştırma yapılmamış olup, mevcut literatürde tahkim uygulamaları ve sorunlarına dair birçok kaynak bulunmasına rağmen, ticari şirketlerin tahkimle uyumluluğu üzerine spesifik bir çalışma yapılmamıştır. Bu çalışmada uluslararası literatürdeki örneklerinden de faydalanılarak hazırlanan bir anket yöntemine göre Türkiye'de tahkimin bilinirliği değerlendirilerek, durum analizi yapıлып çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

III. VERİ SETİ VE YÖNTEM

A. Veri Seti

Türkiye'de ticari ilişkilerde *tahkimin farkındalığının Türkiye genelindeki orta ve büyük ölçekli işletme sektörlerinden veriler toplanmak suretiyle ölçülmesi* amaçlanmıştır. Türkiye'de son yıllarda arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim yolları; mevzuat çalışmaları ve uygulamaya yönelik projeler ile gün yüzüne çıksa da mevcut sayısal veriler tahkime başvuru sayısını ve bundan sonraki adımlara dair bilgileri içermektedir. Tahkimin ticari uyuşmazlıklarda uygulamacılar tarafından ne derecede benimsendiği, müvekkillerin alternatif çözümlere ne oranda yönlendirildiği konusunda somut bilgiler bulunmamaktadır. Bu nokta da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (zorunlu arabuluculuk, uzlaştırma, arabuluculuk merkezleri vd.) uygulama da sıklıkla kullanılıyor olması dolayısıyla

belli oranda bilinirlik sağlamış alternatif uyuşmazlık çözümleri yanında, tahkimin konumunun belirlemesi hedeflemektedir. Bu çalışma ile elde edilen veriler şu ana kadar yapılmış çalışmalar sonrası tahkimde geline aşamayı, varsa eksiklikler hakkında fikir edinilmesini sağlayacak ve yapılması gerekenler hakkında referans olacaktır.

Araştırmanın ana kütlesi *Türkiye olup, İstatistiki Bölge Birimleri Sınıflamasına (İBBS) ya da Nomenclature of Territorial Units for Statistics (NUTS) kriterlerine göre belirlenen 12 adet Düzey 2 bölgeleri esas alınarak her bölgeden bir şehir olmak üzere bu bölgelerdeki şirketler* esas alınmıştır. NUTS, Avrupa Birliği'nde bölgesel istatistiklerin tutarlı bir mekânsal sınıflandırma temelinde üretilmesi amacıyla, Eurostat tarafından 1970'lerden itibaren geliştirilen ve 1988'den itibaren AB mevzuatına dâhil edilen bir istatistiksel sınıflandırma sistemidir. Türkiye'de NUTS'ın kullanımı, 19 Mart 2001 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde başlamıştır. Bu kapsamda, Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) ve Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından 2001 yılında başlatılan çalışmalarla Türkiye'deki istatistiki bölge birimleri tanımlanmış ve 28 Ağustos 2002 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe girmiştir. Düzey II bölgeleri, ulusal ve bölgesel analizlerde uygun bir ölçek oluşturmaları ve AB adaylık sürecinde yürütülen çalışmalara temel teşkil etmeleri nedeniyle Türkiye'deki bölgesel kalkınma planlaması için temel birim olarak belirlenmiştir.³⁷

Tablo 2: Türkiye'deki Bölgelerin İstatistiki Olarak Sınıflandırılması

Düzey 1 Kod	Düzey 1 Bölge Adı	Düzey 2 Kod	Düzey 2 Bölgelerinin Kapsadığı İller (Düzey 3)
TR1	İstanbul	TR10	İstanbul
TR2	Batı Marmara	TR21	Tekirdağ, Edirne, Kırklareli
		TR22	Balıkesir, Çanakkale
TR3	Ege	TR31	İzmir

³⁷ Kalkınma Ajansları, "Kalkınma Planlamasında İstatistiki Bölge Birimleri Sınıflandırması," Erişim tarihi Nisan 06, 2022, <https://ka.gov.tr/sayfalar/kalkinma-planlamasinda-istatistiki-bolge-birimleri-siniflandirmasi--24>.

		TR32	Aydın, Denizli, Muğla
		TR33	Manisa, Afyonkarahisar, Kütahya, Uşak
TR4	Doğu Marmara	TR41	Bursa, Eskişehir, Bilecik
		TR42	Kocaeli, Sakarya, Düzce, Bolu, Yalova
TR5	Batı Anadolu	TR51	Ankara
		TR52	Konya, Karaman
TR6	Akdeniz	TR61	Antalya, Isparta, Burdur
		TR62	Adana, Mersin
		TR63	Hatay, Kahramanmaraş, Osmaniye
TR7	Orta Anadolu	TR71	Kırıkkale, Aksaray, Niğde, Nevşehir, Kırşehir
		TR72	Kayseri, Sivas, Yozgat
TR8	Batı Karadeniz	TR81	Zonguldak, Karabük, Bartın
		TR82	Kastamonu, Çankırı, Sinop
		TR83	Samsun, Tokat, Çorum, Amasya
TR9	Doğu Karadeniz	TR90	Trabzon, Ordu, Giresun, Rize, Artvin, Gümüşhane
TRA	Kuzeydoğu Anadolu	TRA1	Erzurum, Erzincan, Bayburt
		TRA2	Ağrı, Kars, Iğdır, Ardahan
TRB	Ortadoğu Anadolu	TRB1	Malatya, Elazığ, Bingöl, Tunceli
		TRB2	Van, Muş, Bitlis, Hakkâri
TRC	Güneydoğu Anadolu	TRC1	Gaziantep, Adıyaman, Kilis
		TRC2	Şanlıurfa, Diyarbakır

TRC3 Mardin, Batman, Şırnak,
Siirt

Kaynak: Kalkınma Ajansları, “*Kalkınma Planlamasında İstatistik Bölge Birimleri Sınıflandırması*”.

Araştırma kapsamında orta (50-49 çalışan) ve büyük (250 ve üzeri çalışan) ölçekli işletmelerin küçük işletmelere nazaran daha fazla kurumsallaştıkları varsayımından hareketle çalışmamız açısından daha sağlıklı sonuçlara ulaşılacağı düşünüldüğünden *orta ve büyük ölçekli işletme sektörlerinden* veriler toplanmıştır. Sektörlerde faaliyet gösteren işletmelerin dağınıklıkları ve Türkiye’de konuya ilişkin Ticaret ve Sanayi Odaları, Vergi Daireleri gibi farklı kurum ve kuruluşların listelerinin elde edilebilmesinin güçlükleri yanında güncellik problemleri nedeniyle, örneklem seçiminde kolayda örnekleme yöntemi uygulanması zorunlu olmuştur. Şirketlerin ilgili illerdeki dağılımları, işletmelerin ölçekleri ile bölgesel dağılımları dikkate alınarak mümkün olduğunca ana kitleyi temsil yeteneği güçlü bir örneklem oluşturulmasına çalışılmıştır. Ana kitlenin tam sayısı hakkında bilgi sahibi olunmadığı varsayımı ile hareket edildiğinde % 5 hata payı ile yapılacak bir araştırma kapsamında güvenilirlik ve geçerlilik düzeyinin yüksek olmasını desteklemek amacıyla 500 anket üzerinden yapılacak değerlemelerin uygun olacağı, eksik ve hatalı cevaplanacak anketler olabileceği düşüncesiyle de 750 adet anketin uygulanmasının uygun olacağına karar verilmiştir. Anketin doldurulması aşamasında şirketlerdeki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma konusunda yetkin ve yetkili kişiler hedef kitleyi oluşturacaktır. Hedef kitlenin bu kişilerden seçilmesinin temel nedeni uyuşmazlıkların çözümü aşamasında yaşanan sorunlara aşına olmaları ve proje konusu çerçevesinde de önerilmekte olan alternatif çözüm yöntemlerinden haberdar olmalarıdır.

Verilerin toplanmasında *yüz yüze anket yöntemi* kullanılmıştır. Araştırmada, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik olarak geliştirilmiş 33 *maddeden oluşan bir anket formu* kullanılmıştır. Anketin hazırlanması aşamasında *ulusal ve uluslararası literatürde yer alan çalınmalardan faydalanılmıştır*. Anket formunda sosyo-demografik özellikleri ölçek için sorular yer almaktadır. Bu kapsamda katılımcıya *cinsiyeti, eğitim durumu, yaşı, meslek/pozisyon, mesleki kıdem, şehir, şirket türü ve sektörü* sorulmuştur.

Tablo 3: Katılımcıların Demografik Dağılımları

	N	%
Cinsiyet		
Kadın	475	49
Erkek	499	51
Eğitim Durumu		
Lisans	496	51
Lisansüstü	478	49
Yaş		
24-35	272	28
36-45	226	23
46-54	357	37
55 ve üzeri	119	12
Meslek/Pozisyon		
Hukuk Asistanı	55	5
Hukuk Uzmanı	287	30
Hukuk Müşaviri	216	22
Hukuk Danışmanı	174	18
Avukat	242	25
Meslekteki Kıdem		
1-5 yıl	78	8
6-10 yıl	236	24
11-15 yıl	256	26
16-20 yıl	135	14
21 ve üzeri yıl	269	28
Şehir		
İstanbul	329	34
Bursa	75	8
Ankara	101	10
İzmir	88	9
Antalya	80	8
Tekirdağ	92	9
Trabzon	30	3
Diyarbakır	38	4

Kayseri	35	4
Samsun	27	3
Erzurum	43	4
Malatya	36	4
Şirket Türü		
Küçük ve Orta Ölçekli (KOBİ)	510	52
Büyük Ölçekli	464	48
Sektör		
Tarım	175	18
Sanayi	279	29
İnşaat	259	26
Hizmet	261	27

Tablo 3’de görüldüğü üzere veriler ana kütleli (N) dikkate alınarak örneklem (%) oluşturulduğu görülmektedir. Buna göre katılımcıların 475’i kadınlardan (%49) oluşurken 499’u (%51) erkeklerden oluşmaktadır. Anket katılımcılarının %51’ini lisans mezunları oluştururken %49’unu ise lisansüstü mezunları oluşturmaktadır. Katılımcıların sadece %12’sini 55 yaş ve üzeri katılımcılar oluştururken, %37’sini 46-54 yaş grubu oluşturmaktadır. Hukuk asistanları anket katılımcılarının sadece %5’ini oluştururken, Hukuk Uzmanları katılımcıların %30’unu oluşturmaktadır. En çok katılımcının yer aldığı şehir %34 ile İstanbul olurken onu %10 ile Ankara, %9 ile İzmir ve %8 ile Bursa takip etmiştir. Şirket türüne göre baktığımızda ise katılımcıların %52’sini KOBİ çalışanları oluştururken, %48’ini büyük ölçekli şirket çalışanları oluşturmaktadır. Son olarak katılımcıların çalıştıkları sektörlere göre bir sıralama yaparsak %29 ile sanayi sektörü ilk sırada yer alırken onu %27 ile hizmet sektörü, %26 ile inşaat sektörü ve %18 ile tarım sektörü takip etmektedir.

B. Araştırma Yöntemi

Analiz kapsamında öncelikle kullanılacak ölçeklerin geçerlilik ve güvenilirlik analizleri gerçekleştirilmiştir. Bu analizler kapsamında iç tutarlılık güvenilirliği, açıklayıcı ve doğrulayıcı faktör analizi, birleşme geçerliliği ve ayrışma geçerliliği hesaplanmıştır. Kullanılan ölçek maddelerinin birbiriyle ne ölçüde tutarlı olduğunu ölçmek için Cronbach’s alfa ve birleşik güvenilirlik (Composite Reliability-CR) değerleri

hesaplanmıştır. Verilerin dağılımı *çarpıklık ve basıklık değerlerine bakılarak ve normallik testleri* kullanılarak incelenmiştir. Araştırma kapsamında *demografik ve çoktan seçmeli sorular frekans analizleri* kullanılarak özetlenmiştir. Tahkimin bilinirliği, etkinliği, tercih edilebilirliği ve geleceği isimli değişkenlerin; yaş, eğitim durumu ve şirket gelirine göre farklılık gösterip göstermediği, bölge/şehir ve cinsiyete göre farklılıklarını ortaya koymak üzere *ANOVA testi ve T-testi* kullanılmıştır.

Ölçek, *tahkimin bilinirliği, etkinliği, tercih edilebilirliği ve geleceği* olmak üzere dört ana boyutu ölçmeye yönelik tasarlanmıştır. Bu boyutlar üzerinde yapılan analizlerle verilerin geçerliliği ve güvenilirliği incelenmiştir. İlk olarak, faktör analizi yapılmış ve bu analiz sonucunda 33 madde dört farklı faktör altında toplanmıştır. Faktörler, toplam varyansın %58,23'ünü açıklamaktadır (Tablo 4). KMO (Kaiser-Meyer-Olkin) örneklem yeterlilik ölçütü 0,963 olarak bulunmuş, Bartlett's test sonucu ise 19.488,3 ($p < 0,000$) olarak hesaplanmıştır. Bu sonuçlar, örneklemin *faktör analizi için uygun olduğunu* göstermektedir.

Tablo 4: Faktör Analizi Sonuçları

<i>Faktör</i>	<i>Varyans Açıklama Yüzdesi (%)</i>	<i>KMO Değeri</i>	<i>Bartlett's Testi (χ^2)</i>	<i>P değeri</i>
1. Faktör	18.56	0.963	19,488.3	0.000
2. Faktör	15.32			
3. Faktör	14.10			
4. Faktör	10.25			
Toplam	58.23			

Güvenilirlik analizlerinde ölçeğin genel güvenilirlik değeri (Cronbach's Alpha) 0,933 olarak bulunmuştur, bu da *yüksek düzeyde iç tutarlılığı* göstermektedir (Tablo 5).

Tablo 5: Güvenilirlik Analizi (Cronbach's Alpha) Sonuçları

<i>Boyut</i>	<i>Madde Sayısı</i>	<i>Cronbach's Alpha</i>
1. Boyut	10	0.912
2. Boyut	8	0.883
3. Boyut	8	0.865

4. Boyut	7	0.853
Toplam	33	0.933

Normallik testleri, Kolmogorov-Smirnov ve Shapiro-Wilk testleri kullanılarak gerçekleştirilmiştir ve tüm boyutlar için *verilerin normal dağılıma uymadığı* tespit edilmiştir (Tablo 6). Bu bulgu, değişkenler arasındaki farkları değerlendirmek için *parametrik olmayan testlerin (Mann-Whitney U ve Kruskal-Wallis H testleri) kullanılmasını* gerektirmiştir.

Tablo 6: Normallik Testi Sonuçları

<i>Boyut</i>	<i>Kolmogorov-Smirnov</i>	<i>Shapiro-Wilk</i>	<i>p Değeri</i>
1. Boyut	0.073	0.824	0.001
2. Boyut	0.065	0.833	0.001
3. Boyut	0.071	0.819	0.001
4. Boyut	0.069	0.811	0.001

Bu yönetsel yaklaşım, verilerin detaylı bir şekilde incelenmesine olanak tanımış ve çalışmanın sonuçlarının güvenilirliğini artırmıştır. Hipotez testleri, cinsiyet, eğitim durumu, şirket türü, yaş grubu ve meslek pozisyonları, sektör değişkenleri açısından tahkimin bilinirliği üzerinde istatistiksel olarak anlamlı farklılıklar olup olmadığını belirlemek için kullanılmıştır. Elde edilen bulgular, tablolarla desteklenmiş ve çalışmanın genel sonuçları üzerinde tartışılmıştır.

C. Ampirik Bulgular

Ankette yer alan sorular, *şirketlerin ortaya çıkan ticari uyuşmazlıkları algılama ve hukuki çözüm üretme yöntemlerinin tespiti, katlandıkları maliyetler ve elde ettikleri sonuçlarla ilgili ön tespit yapılması planlanmakta, ardından katılımcıların alternatif bir yöntem olarak tahkim müessesesini ne kadar bildikleri, bu yöntemi hâlihazırda başvurdukları çözüm yöntemleri karşısında nasıl gördükleri ve tahkim yöntemini tercih etme niyetlerini tespiti* etmek amacıyla oluşturulmuştur. Aynı zamanda ayrıştırıcı bilgiler elde edilebilmesi için çeşitli açık uçlu sorularda ankette yer almaktadır.

1. Ölçeğe İlişkin Ön Testler

Ölçeğin 33 sorudan oluşan tamamı ve alt boyutları için *güvenilirlik değeri olarak Cronbach Alfa* hesaplanmıştır. Güvenilirlik değerleri aşağıdaki tabloda gösterilmektedir.

Tablo 7: Tahkim Farkındalığı Ölçeği ve Boyutlarının Güvenilirlik Analizleri

Ölçek ve boyutları	Madde Sayısı	Cronbach's Alpha Değeri
Tahkimin Bilinirliği	9	0,895
Tahkimin Etkinliği	5	0,930
Tahkimin Tercih Edilebilirliği	10	0,960
Tahkimin Geleceği	9	0,741
Tahkim Farkındalığı (Ölçeğin tamamı)	33	0,933

Tahkim Bilinirliği boyutunun Cronbach's Alfa değeri 0,89 bulunurken Tahkimin Etkinliği boyutunun Cronbach's Alfa değeri 0,93 Tahkimin Tercih Edilebilirliği boyutunun Cronbach's Alfa değeri 0,96 Tahkimin Geleceği boyutunun Cronbach's Alfa değeri 0,74 Ölçeğin Tamamının Cronbach's Alfa değeri ise 0,93 olarak bulunmuştur. Bu sonuçlar, *ölçek ve boyutlarının Cronbach's Alfa değerinin 0,70'in üzerinde olduğunu ve ölçeklerin güvenilirlik değerlerinin yeterli olduğunu* göstermektedir. Çalışmanın devamında kullanılmak üzere alt boyutlarda yer alan ölçek sorularının *her biri kendi boyutunda olmak üzere ortalaması alınarak yeni değişkenler* oluşturulmuştur. Ölçeğin tüm sorularını içeren bir değişken ve her boyut için 4 adet olmak üzere toplam 5 değişken oluşturulmuştur. Bu değişkenlere ilişkin normallik testleri aşağıdaki başlıkta yer almaktadır. Çalışmada oluşturulan değişkenlerin normallliği *Kolmogorov-Smirnov ve Shapiro-Wilk testleriyle* incelenmiştir.

Tablo 8: Normallik Testleri

Ölçek ve boyutları	Madde sayısı	Kolmogorov-Smirnov Sig.	Shapiro-Wilk Sig.
--------------------	--------------	-------------------------	-------------------

Tahkimin Bilinirliği	9	<.001	<.001
Tahkimin Etkinliği	5	<.001	<.001
Tahkimin Tercih Edilebilirliği	10	<.001	<.001
Tahkimin Geleceği	9	<.001	<.001
Tahkim Farkındalığı (Ölçeğin tamamı)	33	<.001	<.001

H_0 = Verilerin dağılımı normal dağılıma uygundur.

H_1 = Verilerin dağılımı normal dağılıma uygun değildir.

Normallik testi sonucuna göre *ölçeğin tamamı ve alt boyutları için oluşturulan değişkenlerin dağılımının normal dağılıma uygun olmadığı* görülmüştür. Bu nedenle araştırma hipotezlerinin test edilmesinde *parametrik olmayan testler* kullanılmıştır.

2. Demografik Soruların Ölçeklerle İlişkisi

Aşağıdaki tablolarda, tahkim ile ilgili "*Tahkimin Bilinirliği*", "*Tahkimin Etkinliği*", "*Tahkimin Tercih Edilebilirliği*", "*Tahkimin Geleceği*" ve *ölçeğin tamamı için "Tahkimin Farkındalığı"* boyutlarına göre yapılan istatistiksel test sonuçları özetlemektedir. Veriler, çalışmadaki *cinsiyet, eğitim durumu, şirket türü, yaş, meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem* değişkenleri üzerinden gruplar arası karşılaştırmaları göstermektedir. Sektör ve şehir değişkeni ise hiçbir boyutta anlamlı bir fark oluşturmadığı için açıklamada dikkate alınmamıştır. Bu kapsamda araştırmada yer alan cinsiyet, eğitim durumu ve şirket türü iki kategoriye sahip değişkenler olduğundan bu değişkenlerin kategorilerinin karşılaştırılmasında *Mann-Whitney U Testi* kullanılmıştır. Mann-Whitney U Testi parametrik testler içerisinde yer alan t-testinin parametrik olmayan testlerdeki alternatifi olarak yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Araştırma kapsamında ele alınan yaş, meslek ve mesleki kıdem değişkenleri ikiden fazla kategoriye sahip olduğundan bu kategorilerin karşılaştırılmasında *Kruskal Wallis H Testi* kullanılmıştır.

Tablo 9: Tahkim Bilinirliği Gruplar Arasında Karşılaştırma

Boyut	Değişken	Hipotez	Tes t Sonucu (Sig.)	Yorum
-------	----------	---------	---------------------	-------

Tahkimin Bilinirliği	Cinsiyet	H1 kabul	0.04 2	Kadın ve erkek katılımcılar arasında tahkimin bilinirliği açısından anlamlı fark vardır.
	Eğitim Durumu	H0 kabul	0.83 8	Eğitim durumu ile tahkimin bilinirliği arasında anlamlı bir fark bulunmamaktadır.
	Şirket Türü	H0 kabul	0.24 1	Şirket türüne göre tahkimin bilinirliği arasında anlamlı bir fark yoktur.
	Yaş	H0 kabul	0.88 1	Yaş grupları arasında tahkimin bilinirliği açısından anlamlı bir fark yoktur.
	Meslek/Pozisyon	H0 kabul	0.78 8	Meslek grupları arasında tahkimin bilinirliği açısından anlamlı bir fark yoktur.
	Meslekteki Kıdem	H0 kabul	0.34 8	Meslekteki kıdem grupları arasında tahkimin bilinirliği açısından anlamlı fark yoktur.

Tablo 9'da tahkim bilinirliği boyutuna ilişkin test sonuçları değerlendirildiğinde, bazı demografik değişkenlerin tahkimin bilinirliği üzerinde istatistiksel olarak anlamlı bir etki yarattığı, bazılarının ise etkisiz kaldığı gözlemlenmiştir. Özellikle cinsiyet değişkenine göre yapılan analizde, Mann-Whitney U testi sonucunda ($p = 0.042$), kadın ve erkek katılımcılar arasında tahkim bilinirliği açısından anlamlı bir fark olduğu ortaya konulmuştur. Bu sonuca göre, kadın katılımcıların tahkim bilinirliği ortalama sıra değeri erkek katılımcılara göre daha düşük bulunmuştur. Bu bulgu, tahkimle ilgili farkındalığın cinsiyet bazında farklılaştığını ve erkeklerin tahkim süreçlerine daha aşina olduğunu düşündürülebilir. Eğitim durumu değişkeni açısından yapılan analizde ise, Mann-Whitney U testi ($p = 0.838$) sonucunda eğitim durumu ile tahkim bilinirliği arasında istatistiksel olarak anlamlı bir fark bulunmamıştır. Bu durum, katılımcıların eğitim düzeyi ne olursa olsun, tahkim bilinirliği konusunda benzer düzeyde farkındalık sergilediklerini göstermektedir. Şirket türüne göre yapılan analizde de Mann-Whitney U testi ($p = 0.241$) sonucunda, KOBİ ve büyük ölçekli şirket çalışanları arasında tahkim bilinirliği açısından anlamlı bir fark bulunmadığı görülmektedir. Bu, şirketin büyüklüğünden bağımsız olarak, çalışanların tahkim konusunda benzer düzeyde bilgiye sahip olduğunu göstermektedir. Yaş, meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem gibi diğer değişkenler için Kruskal-Wallis testleri sonuçlarına bakıldığında, yaş grupları ($p = 0.881$), meslek pozisyonu ($p = 0.788$) ve meslekteki kıdem ($p = 0.348$) gibi değişkenlerin

tahkim bilinirliği üzerinde anlamlı bir fark yaratmadığı görülmektedir. Bu bulgular, tahkim bilinirliğinin bu demografik faktörlere göre belirgin bir değişiklik göstermediğini işaret etmektedir. Sonuç olarak, tahkim bilinirliği konusunda cinsiyetin etkili bir değişken olduğu, diğer demografik faktörlerin ise önemli bir farklılık yaratmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum, *tahkim bilinirliğini artırmaya yönelik çalışmaların, özellikle kadın katılımcılar ve toplumsal cinsiyet farkındalıklarını hedef alarak şekillendirilmesi gerektiğini* ortaya koymaktadır.

Tablo 10: Tahkim Etkinliği Gruplar Arasında Karşılaştırma

Boyut	Değişken	Hipotez	Test Sonucu (Sig.)	Yorum
Tahkimin Etkinliği	Cinsiyet	H1 kabul	0.009	Kadın ve erkek katılımcılar arasında tahkimin etkinliği açısından anlamlı fark vardır.
	Eğitim Durumu	H1 kabul	0.046	Eğitim durumuna göre tahkimin etkinliği arasında anlamlı bir fark vardır.
	Şirket Türü	H0 kabul	0.908	Şirket türüne göre tahkimin etkinliği arasında anlamlı bir fark yoktur.
	Yaş	H1 kabul	0.007	Yaş grupları arasında tahkimin etkinliği açısından anlamlı bir fark vardır.

Meslek/Pozisyon	H0 kabul	0.452	Meslek grupları arasında tahkimin etkinliği açısından anlamlı fark yoktur.
Meslekteki Kıdem	H0 kabul	0.096	Meslekteki kıdem grupları arasında tahkimin etkinliği açısından anlamlı fark yoktur.

Tablo 10'da tahkim etkinliği boyutuna ilişkin test sonuçları incelendiğinde, bazı demografik değişkenlerin tahkimin etkinliği üzerinde anlamlı bir farklılık yarattığı, diğerlerinin ise etkisiz kaldığı gözlemlenmiştir. Cinsiyet değişkeni açısından bakıldığında, Mann-Whitney U testi sonucunda ($p = 0.009$), kadın ve erkek katılımcılar arasında tahkim etkinliği algısında istatistiksel olarak anlamlı bir fark olduğu görülmektedir. Erkek katılımcıların tahkim etkinliğini kadın katılımcılara kıyasla daha yüksek algıladığı sonucuna varılmıştır. Bu, cinsiyetin tahkim süreçlerindeki etkinlik algısını şekillendiren önemli bir faktör olduğunu göstermektedir ve tahkime yönelik tutumların cinsiyet temelinde farklılık gösterebileceğini ortaya koymaktadır. Eğitim durumu açısından yapılan analizde de Mann-Whitney U testi ($p = 0.046$), eğitim düzeyi ile tahkim etkinliği arasında anlamlı bir fark olduğunu göstermektedir. Lisansüstü eğitim almış katılımcıların tahkim etkinliği algısının, lisans mezunlarına göre daha yüksek olduğu bulgulanmıştır. Bu durum, daha yüksek eğitim düzeyine sahip bireylerin tahkim süreçlerini daha etkin bulduğunu, dolayısıyla eğitim seviyesinin tahkim etkinliği algısını güçlendirdiğini düşündürmektedir. Şirket türü değişkeni açısından bakıldığında ise, Mann-Whitney U testi ($p = 0.908$) sonucunda KOBİ ve büyük ölçekli şirket çalışanları arasında tahkim etkinliği algısında anlamlı bir fark olmadığı gözlemlenmiştir. Bu bulgu, şirket büyüklüğünün tahkim etkinliği algısı üzerinde etkili olmadığını ve tahkim süreçlerinin farklı ölçeklerdeki şirket çalışanları tarafından benzer şekilde değerlendirildiğini göstermektedir. Yaş grupları açısından Kruskal-Wallis testi ($p = 0.007$), yaşa bağlı olarak tahkim

etkinliği algısında anlamlı bir fark olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle 24-35 yaş grubu ile 55 ve üzeri yaş grubunun tahkim etkinliği algısının daha yüksek olduğu görülmektedir. Bu bulgu, genç ve daha ileri yaşlardaki katılımcıların tahkim süreçlerini diğer yaş gruplarına göre daha etkin bulduklarını göstermektedir. Meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem değişkenleri için yapılan analizler ise, Kruskal-Wallis testleri (meslek için $p = 0.452$, kıdem için $p = 0.096$), bu değişkenlerin tahkim etkinliği algısı üzerinde anlamlı bir fark yaratmadığını göstermektedir. Meslek ve kıdem tahkim süreçlerindeki etkinlik algısına önemli bir katkı sağlamadığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, tahkim etkinliği algısında cinsiyet, eğitim durumu ve yaş gibi demografik değişkenlerin önemli rol oynadığı; buna karşın şirket türü, meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem gibi değişkenlerin etkisinin sınırlı olduğu görülmektedir. Bu sonuçlar, tahkim süreçlerinin etkinliğini artırmaya yönelik politika ve stratejilerin, özellikle kadın katılımcılar, daha yüksek eğitim seviyesine sahip bireyler ve genç/yaşlı gruplara yönelik daha odaklanmış şekilde geliştirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Tablo 11: Tahkim Geleceği Gruplar Arasında Karşılaştırma

Boyut	Değişken	Hipotez	Test Sonucu (Sig.)	Yorum
Tahkimin Geleceği	Cinsiyet	H0 kabul	0.795	Cinsiyete göre tahkimin geleceği açısından anlamlı bir fark bulunmamaktadır.
	Eğitim Durumu	H0 kabul	0.505	Eğitim durumuna göre tahkimin geleceği arasında anlamlı bir fark yoktur.
	Şirket Türü	H0 kabul	0.441	Şirket türüne göre tahkimin geleceği açısından

				anlamli bir fark yoktur.
Yaş	H0 kabul	0.229		Yaş grupları arasında tahkimin geleceği açısından anlamli bir fark yoktur.
Meslek/Pozisyon	H0 kabul	0.743		Meslek grupları arasında tahkimin geleceği açısından anlamli fark yoktur.
Meslekteki Kıdem	H0 kabul	0.931		Meslekteki kıdem grupları arasında tahkimin geleceği açısından anlamli fark yoktur.

Tablo 11’de tahkim geleceği boyutuna ilişkin test sonuçları değerlendirildiğinde, çeşitli demografik değişkenlerin tahkim geleceği algısı üzerinde anlamli bir etki yaratmadığı gözlemlenmiştir. Cinsiyet değişkeni açısından yapılan analizde Mann-Whitney U testi ($p = 0.795$) sonucunda, kadın ve erkek katılımcılar arasında tahkim geleceği algısında anlamli bir fark bulunmamıştır. Bu bulgu, cinsiyetin tahkim geleceği hakkındaki görüşlerde belirgin bir etkisi olmadığını ve hem kadın hem de erkek katılımcıların tahkimin geleceği hakkında benzer düzeyde öngörülere sahip olduklarını göstermektedir. Eğitim durumu açısından, Mann-Whitney U testi ($p = 0.505$) sonucunda, lisans ve lisansüstü eğitim düzeyine sahip katılımcılar arasında tahkim geleceği algısında anlamli bir farklılık olmadığı belirlenmiştir. Bu sonuç, eğitim düzeyinin tahkim geleceği hakkındaki algıyı önemli ölçüde etkilemediğini ve eğitim durumunun tahkim geleceği ile ilgili görüşlerde belirgin bir fark yaratmadığını göstermektedir. Şirket türü açısından yapılan değerlendirmede, Mann-Whitney U testi ($p = 0.441$) sonucunda, KOBİ ve büyük ölçekli şirket çalışanları arasında tahkim geleceği algısında anlamli bir fark bulunmamıştır. Bu bulgu, şirketin büyüklüğünün tahkim geleceği algısı üzerinde belirgin bir etkisi olmadığını ve farklı

büyüklerdeki şirketlerin çalışanlarının tahkimin geleceği konusunda benzer görüşler taşıdığını göstermektedir. Yaş grupları açısından Kruskal-Wallis testi ($p = 0.229$), yaş grupları arasında tahkim geleceği algısında anlamlı bir fark olmadığını ortaya koymaktadır. 24-35 yaş arası, 36-45 yaş arası, 46-54 yaş arası ve 55 ve üzeri yaş gruplarının tahkim geleceği hakkındaki görüşleri arasında belirgin bir farklılık bulunmamaktadır. Meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem değişkenleri için yapılan analizlerde ise, Kruskal-Wallis testleri (meslek için $p = 0.743$, kıdem için $p = 0.931$), bu değişkenlerin tahkim geleceği algısı üzerinde anlamlı bir fark yaratmadığını göstermektedir. Meslek türü ve kıdem seviyesinin, tahkim geleceği hakkındaki algılara önemli bir etkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, tahkim geleceği algısında cinsiyet, eğitim durumu, şirket türü, yaş, meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem gibi demografik değişkenlerin çoğunun anlamlı bir etkisi olmadığı görülmektedir. Bu bulgular, *tahkim geleceği konusunda bireyler arasında geniş bir ortak görüş olduğunu ve bu konuda farklı demografik özelliklerin önemli ölçüde farklılık yaratmadığını* göstermektedir. *Tahkim geleceği ile ilgili politika ve stratejilerin geliştirilmesinde, bu değişkenlerin genel olarak etkili bir faktör olarak görülmemesi gerektiği* anlaşılmaktadır.

Tablo 12: Tahkim Tercih Edilebilirliği Gruplar Arasında Karşılaştırma

Boyut	Değişken	Hipotez	Test Sonucu (Sig.)	Yorum
Tahkim in Tercih Edilebilirliği	Cinsiyet	H0 kabul	0.224	Cinsiyete göre tahkimin tercih edilebilirliği açısından anlamlı bir fark bulunmamaktadır.
	Eğitim Durumu	H0 kabul	0.742	Eğitim durumuyla tahkimin tercih edilebilirliği arasında anlamlı bir fark yoktur.
	Şirket Türü	H0 kabul	0.721	Şirket türüne göre tahkimin tercih edilebilirliği açısından anlamlı bir fark yoktur.

Yaş	H0 kabul	0.6 51	Yaş grupları arasında tahkimin tercih edilebilirliği açısından anlamlı bir fark yoktur.
Meslek/Pozisyon	H0 kabul	0.7 37	Meslek grupları arasında tahkimin tercih edilebilirliği açısından anlamlı fark yoktur.
Meslekteki Kıdem	H0 kabul	0.3 72	Meslekteki kıdem grupları arasında tahkimin tercih edilebilirliği açısından anlamlı fark yoktur.

Tablo 12’de Tahkimin tercih edilebilirliği boyutuna ilişkin test sonuçları değerlendirildiğinde, demografik değişkenlerin tahkimin tercih edilebilirliği algısı üzerinde anlamlı bir etki yaratmadığı gözlemlenmiştir. Cinsiyete göre tahkimin tercih edilebilirlik ortalamaları arasında anlamlı bir fark tespit edilememiştir ($p = 0.224$). Bu sonuç, kadın ve erkek katılımcıların tahkimi tercih etme oranlarının büyük ölçüde benzer olduğunu göstermektedir. Cinsiyetin, tahkim süreciyle ilgili algılara veya tercih eğilimlerine belirgin bir etkisi olmadığı anlaşılmaktadır. Eğitim düzeyine göre de anlamlı bir fark görülmemiştir ($p = 0.742$). Lisans ve lisansüstü eğitim seviyesine sahip bireyler arasında tahkimin tercih edilme oranlarında bir fark bulunmamaktadır. Bu durum, eğitim seviyesinin tahkim tercihinde etkili bir faktör olmadığını ortaya koymaktadır. Şirket türüne (KOBİ ve büyük ölçekli) göre de tahkimin tercih edilmesinde anlamlı bir fark bulunmamaktadır ($p = 0.721$). Bu sonuç, farklı büyüklükteki şirketlerin tahkimi benzer oranlarda tercih ettiklerini göstermektedir. Şirket büyüklüğünün, tahkim kararlarını etkilemediği düşünülebilir. Yaş grupları arasında da anlamlı bir fark olmadığı ($p = 0.651$) gözlemlenmiştir. Genç ve daha yaşlı çalışanların tahkime ilişkin tercihleri arasında belirgin bir fark yoktur, bu da tahkime yönelik algıların yaşa göre değişmediğini göstermektedir. Hukuk sektörü içerisinde farklı meslek grupları arasında tahkimin tercih edilme düzeyinde anlamlı bir fark bulunmamıştır ($p = 0.737$). Bu bulgu, mesleki pozisyonların tahkim algısına veya tercihine etkisinin minimal olduğunu göstermektedir. Meslekteki kıdem süresine göre de tahkim tercihinde anlamlı bir fark bulunmamaktadır ($p = 0.372$). Kıdemin, tahkime olan yaklaşımı değiştiren bir faktör olmadığı görülmektedir. Bu bulgular, tahkimin tercih edilmesi üzerinde demografik ve kurumsal değişkenlerin anlamlı

bir etkisi olmadığını göstermektedir. Tahkim, geniş bir katılımcı grubu tarafından homojen bir şekilde algılanmakta ve tercih edilmektedir. Bu da, tahkimin çeşitli sosyo-demografik faktörlerden bağımsız olarak genel kabul gören bir çözüm mekanizması olduğunu işaret eder. Bu sonuçlar, tahkim sürecinin yaygın ve kapsayıcı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu desteklemektedir.

Tablo 13: Tahkim Farkındalığı (Ölçeğin Tamamı için) Gruplar Arasında Karşılaştırma

Boyut	Değişken	Hipotez	Test Sonucu (Sig.)	Yorum
Tahkimin Farkındalığı	Cinsiyet	H0 kabul	0.154	Cinsiyete göre tahkim farkındalığı açısından anlamlı bir fark yoktur.
	Eğitim Durumu	H0 kabul	0.532	Eğitim durumuna göre tahkim farkındalığı arasında anlamlı bir fark yoktur.
	Şirket Türü	H0 kabul	0.856	Şirket türüne göre tahkim farkındalığı arasında anlamlı bir fark yoktur.
	Yaş	H0 kabul	0.230	Yaş grupları arasında tahkim farkındalığı açısından anlamlı bir fark yoktur.
	Meslek/Pozisyon	H0 kabul	0.570	Meslek grupları arasında

			tahkim farkındalığı açısından anlamlı bir fark yoktur.
Meslekteki Kıdem	H0 kabul	0.376	Meslekteki kıdem grupları arasında tahkim farkındalığı açısından anlamlı bir fark yoktur.

Tablo 14'de tahkim farkındalığı boyutuna ilişkin test sonuçları incelendiğinde, farklı demografik değişkenlerin tahkim farkındalığı üzerinde anlamlı bir etki yaratmadığı gözlemlenmiştir. Cinsiyet değişkeni açısından yapılan analizde, Mann-Whitney U testi ($p = 0.154$) sonucunda kadın ve erkek katılımcılar arasında tahkim farkındalığı algısında anlamlı bir fark bulunmamıştır. Bu bulgu, cinsiyetin tahkim farkındalığı üzerinde belirgin bir etkisi olmadığını, hem kadın hem de erkek katılımcıların tahkimle ilgili farkındalık düzeylerinin benzer olduğunu göstermektedir. Eğitim durumu açısından bakıldığında, Mann-Whitney U testi ($p = 0.532$) sonucunda eğitim düzeyi ile tahkim farkındalığı arasında anlamlı bir fark bulunmadığı görülmüştür. Bu sonuç, lisans ve lisansüstü eğitim düzeyine sahip bireylerin tahkim farkındalığı konusunda benzer algılara sahip olduklarını ortaya koymaktadır. Eğitim düzeyinin tahkim farkındalığı üzerinde belirgin bir etkisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Şirket türü açısından yapılan değerlendirmede, Mann-Whitney U testi ($p = 0.856$) sonucunda KOBİ ve büyük ölçekli şirket çalışanları arasında tahkim farkındalığı algısında anlamlı bir fark olmadığı gözlemlenmiştir. Şirketin büyüklüğünün, çalışanların tahkim farkındalığı üzerinde belirgin bir etkisinin bulunmadığı ve şirket türüne göre farkındalığın benzer olduğu anlaşılmaktadır. Yaş grupları açısından Kruskal-Wallis testi ($p = 0.230$) sonucunda, yaş grupları arasında tahkim farkındalığı açısından anlamlı bir fark olmadığı ortaya konulmuştur. Bu bulgu, farklı yaş gruplarının tahkim farkındalığı konusunda benzer görüşlere sahip olduğunu göstermektedir. Meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem değişkenleri için yapılan analizlerde ise, Kruskal-Wallis testleri (meslek için $p = 0.570$, kıdem için $p = 0.376$) sonuçlarına göre bu değişkenler arasında tahkim farkındalığı algısı açısından anlamlı bir fark bulunmamaktadır. Meslek ve kıdemin tahkim farkındalığı

üzerinde önemli bir etkisi olmadığı görülmektedir. Sonuç olarak, tahkim farkındalığı üzerinde incelenen demografik değişkenlerin (cinsiyet, eğitim durumu, şirket türü, yaş, meslek/pozisyon ve meslekteki kıdem) istatistiksel olarak anlamlı bir etkisi olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sonuçlar, tahkim farkındalığının bu değişkenlerden bağımsız olarak genel bir farkındalık seviyesinde bulunduğunu göstermektedir. Bu nedenle, tahkim farkındalığını artırmaya yönelik stratejiler geliştirilirken, geniş bir kitlenin hedef alınması ve spesifik demografik özelliklere göre farklılaştırılmaması gerektiği düşünülmektedir.

Her bir boyuta ait temel istatistiksel sonuçları özetlenecek olursa; analizler, tahkimle ilgili bazı boyutlarda demografik değişkenlerin istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık yarattığını, ancak çoğu durumda bu farkların belirgin olmadığını ortaya koymaktadır. Tahkimin bilinirliği ve etkinliği konusunda cinsiyet ve yaş gibi değişkenlerin önemli farklar yarattığı, ancak tahkimin farkındalığı ve geleceği ile ilgili boyutlarda bu farkların çoğunlukla istatistiksel olarak anlamlı olmadığı görülmektedir. Tahkim Bilinirliği ve Etkinliği açısından cinsiyet önemli bir etken olarak öne çıkmıştır; erkeklerin tahkim süreçlerine daha aşina oldukları ve bu süreçleri daha etkin buldukları gözlemlenmiştir. Ayrıca, eğitim seviyesi ve yaş gibi değişkenler de tahkim etkinliğinde farklılık yaratmıştır. Lisansüstü eğitim almış katılımcılar ve genç/ileri yaş grupları, tahkimi daha etkin bulmuştur. Bununla birlikte, tahkim farkındalığı ve geleceği boyutlarında demografik değişkenlerin büyük ölçüde anlamlı bir fark yaratmadığı görülmektedir. Katılımcıların cinsiyet, eğitim, şirket türü, yaş ve mesleki kıdemlerine bakılmaksızın, tahkimin geleceği ve farkındalığı ile ilgili algıları benzer düzeyde kalmaktadır. Genel olarak, tablo tahkimin bazı boyutlarının cinsiyet, eğitim ve yaş gibi belirli değişkenlerden etkilendiğini gösterse de, tahkim farkındalığı ve geleceği gibi alanlarda geniş bir ortak algının mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bulgular, tahkim süreçlerine yönelik farkındalığı ve etkinliği artırmaya yönelik çalışmaların daha hedefli yapılması gerektiğini, ancak farkındalık stratejilerinin daha geniş bir kitleyi kapsayacak şekilde planlanabileceğini göstermektedir.

3. Ölçek Sonuçlarının Değerlendirilmesi

Katılımcıların tahkim ile ilgili görüşlerinin ortaya koyulduğu ölçekte, *katılımcıların görüşleri tahkimin bilinirliği, tahkimin etkinliği, tahkimin tercih edilebilirliği ve tahkimin geleceği* olmak üzere dört farklı ölçek kullanılmak suretiyle tespit edilmektedir. Araştırma kapsamında katılımcılara yöneltilen ve 33 maddeden oluşan ölçek sorularına ilişkin *faktör analizi sonuçları* aşağıdaki tabloda gösterilmektedir. KMO değeri incelendiğinde örneklem büyüklüğünün faktör analizi için yeterli olduğu görülmektedir. Faktör analizi sonucunda 33 madde toplam 4 faktöre ayrılmıştır. Birinci faktörde 1-9 arası sorular yer almaktadır ve bu faktörün adı tahkimin bilinirliği olarak isimlendirilmektedir. İkinci faktörde 10-14 arası sorular yer almaktadır ve bu faktörün adı tahkimin etkinliği olarak isimlendirilmektedir. Üçüncü faktörde 15-24 arası sorular yer almaktadır ve bu faktörün adı tahkimin tercih edilebilirliği olarak isimlendirilmektedir. Dördüncü faktörde 25-33 arası sorular yer almaktadır ve bu faktörün adı tahkimin geleceği olarak isimlendirilmektedir. Dört faktör ile açıklanan varyans yaklaşık %58 olarak bulunmuştur.

Tablo 14: Ölçek Sorularına İlişkin Faktör Analizi Sonuçları

Maddeler	Faktör1	Faktör2	Faktör3	Faktör4
Tahkimin Bilinirliği				
1-Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bilgi sahibiyim.	0,791			
2-Türk toplumu uzlaşmaya (mahkeme dışı çözümlere) eğilimli bir kültürel anlayışa sahiptir.	0,687			
3-Türkiye'de uyuşmazlık çözümünde alternatif yöntemlerin (mahkeme dışı) uygulanması başarılı sonuçlar doğurur.	0,690			
4-Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolu hakkında bilgi sahibiyim.	0,629			

5-Ülkemizde tahkim hakkında bilgilendirme yeterlidir. 0,657

6-Ülkemizde tahkim hakkında bilgiye erişim yeterlidir. 0,667

7- Ülkemizde tahkim yoluna dair yasal düzenlemeler yeterlidir. 0,709

8- Tahkim yolu ülkemizde yeteri kadar tanıtılabilmiştir. 0,709

9- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde daha önce tahkim yoluna başvurduk. 0,708

Tahkimin Etkinliği

10- Tahkim yolunun uyuşmazlıkların çözümünde etkili olduğunu düşünüyorum. 0,904

11- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına oranla daha etkili olduğunu düşünüyorum. 0,835

12- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun kullanılması ticari hayatın akışında şirketlere kolaylık sağlayacaktır. 0,835

13- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun uyuşmazlıkları çözmede devlet yargısına (mahkemelere) oranla daha etkili olduğunu düşünüyorum. 0,826

<p>14- Tahkim yolunun uyuşmazlıkları çözümede etkili olduğunu düşünmüyorum.</p>	0,843
<p>Tahkimin Edilebilirliği</p>	
<p>15- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolu devlet yargısına kıyasla daha ucuzdur.</p>	0,917
<p>16- Tahkim yolu, ticari uyuşmazlıkları devlet yargısına kıyasla daha hızlı çözer.</p>	0,821
<p>17- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun devlet yargısına kıyasla daha güveniliridir.</p>	0,795
<p>18- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolu diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına kıyasla daha güveniliridir.</p>	0,816
<p>19- Tahkim yargılamasında görev alan hakemler uyuşmazlıkları çözümede yetkindir</p>	0,811
<p>20- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolu devlet yargısına (mahkemelere) kıyasla daha adildir.</p>	0,822
<p>21- Ticari uyuşmazlıklar için tahkim yolunu kullandığımda ticari sırlarımın güvende olduğunu düşünüyorum.</p>	0,802
<p>22- Ticari uyuşmazlıklar için tahkim yolunu kullandığımda ortaya çıkabilecek sorunlarda</p>	0,811

haklarımın korunacağını düşünüyorum.

23- Ticari uyuşmazlıklar için tahkim yolunu kullanmanın avantajları, dezavantajlarından fazladır. 0,792

24- Ticari uyuşmazlıklar için tahkimi bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercih ederim. 0,831

Tahkimin Geleceği

25- Ticari uyuşmazlıklarda tahkim yolunun kullanımının yaygınlaşması Türkiye'nin uluslararası arenada tahkim dostu bir ülke olarak tanınmasını sağlayacaktır. 0,464

26- Türkiye'nin tahkim dostu bir ülke olması ülkenin itibarını arttıracaktır. 0,595

27- Türkiye'nin tahkim dostu bir ülke olması uluslararası ticari yatırımları teşvik edecektir. 0,529

28- Pandemi süresince tahkim yargılamasının aksamaması uyuşmazlıkların çözümünü ve ticari hayatın devamlılığını olumlu yönde etkilemiştir. 0,519

29- Tahkim yargılamalarının çevrimiçi olarak yürütülebilmesi uyuşmazlıkların çözümünü olumlu yönde etkilemektedir. 0,470

30- Tahkim yargılamalarının çevrimiçi olarak yürütülebilmesi ticari hayatın devamlılığını olumlu yönde etkilemektedir. 0,515

<p>31- Tahkim ile birlikte başka alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin karma şekilde uygulanması usulüne olumlu bakıyorum.</p>	0,556
<p>32- Tahkim yargılamalarında yapay zekâ teknolojisi kullanılması fikrine olumlu bakıyorum.</p>	0,449
<p>33- Tahkim yargılamalarında blok zincir ve kripto para teknolojisi kullanılması fikrine olumlu bakıyorum.</p>	0,516

KMO: 0,963

Bartlett's Test: 19488.3
(p<0,000)

Açıklanan varyans:
%58.23

Tablo 14'de her boyut, katılımcıların tahkim hakkındaki algılarını anlamak için oldukça önemli ipuçları vermektedir.

Tahkimin bilinirliğine ilişkin 1 ila 9.maddeler katılımcıların tahkime dair ne kadar bilgi sahibi olduklarını ölçmektedir. Bu ölçek ile *alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bilgi sahibi olma durumu, Türkiye'deki genel kültürel yapı ve tahkimin tanıtımı* gibi unsurlar değerlendirilmiştir. Buna göre;

- Katılımcılar, özellikle *tahkimle ilgili bilgilendirme ve erişimin yeterli olmadığını* ifade etmektedirler (5. ve 6. sorular). Bu durum, tahkimin genel anlamda toplumda çok iyi tanıtılmadığını ve yaygın bilinirliğe ulaşmadığını göstermektedir.
- Katılımcıların çoğu, *tahkimin yasal düzenlemelerinin yeterli olup olmadığı konusunda kararsız kalmış ya da eksiklik olduğunu düşünmüştür* (7. madde).
- Ticari uyuşmazlıkların çözümünde *daha önce tahkime başvuranlar, tahkim bilinirliğini daha olumlu değerlendirmiştir* (9. madde).

Bu bulgular, *tahkimin bilinirliği konusunda toplum genelinde eksiklikler olduğunu ve tahkimin yaygınlaştırılması için daha fazla bilgilendirme ve tanıtım yapılması gerektiğini* ortaya koymaktadır.

Tahkimin etkinliğine ilişkin 10 ila 14.maddeler *katılımcıların tahkimin diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kıyasla ne kadar etkili olduğunu ve ticari hayat üzerindeki etkisini* değerlendirmektedir. Buna göre;

- Katılımcılar genel olarak *tahkimin uyuşmazlıkların çözümünde etkili olduğunu* düşünmektedir (10. madde). Bu, tahkim mekanizmasının işlevselliği konusunda olumlu bir algının bulunduğu gösterir.

- Tahkimin *diğer alternatif yöntemlere göre daha etkili olduğu* düşüncesi de desteklenmiştir (11. madde). Bu, tahkimin geleneksel mahkeme süreçlerine alternatif olarak güvenilir bir çözüm sunduğunu işaret etmektedir.

- Ancak, tahkimin *devlet yargısına göre daha etkili olup olmadığı konusunda katılımcıların kararsız kaldığı* gözlemlenmektedir (13. madde). Bu durum, tahkimin etkinliği algısında bazı belirsizliklerin ve güven sorunlarının olduğunu düşündürülebilir.

- Öte yandan, *tahkim yargısına güvensizlik belirten katılımcı sayısı da dikkate değer bir düzeydedir* (14. madde), bu da tahkimin her durumda *kesin bir tercih olmadığını* ortaya koyar.

Genel olarak *tahkimin etkinliği konusunda katılımcılar olumlu görüşe sahip olsa da, devlet yargısı ile kıyaslandığında bu etkinlik algısının tam olarak oturmadığı* anlaşılmaktadır.

Tahkimin tercih edilebilirliğine ilişkin 15 ila 24.maddeler *tahkimin tercih edilebilirliği üzerine katılımcıların algılarını ölçmektedir*. Burada temel olarak *tahkimin devlet yargısına göre ne kadar hızlı, güvenilir ve ucuz olduğu gibi unsurlar* ele alınmaktadır. Buna göre;

- Tahkimin *daha ucuz olduğu* algısı oldukça güçlüdür (15. madde). Bu, tahkimin maliyet avantajının önemli bir tercih sebebi olduğunu göstermektedir.

- Tahkim süreçlerinin *daha hızlı olduğu* algısı da yüksek düzeyde destek bulmuştur (16. madde). Hız, özellikle ticari uyuşmazlıklarda tahkimi cazip kılan önemli bir faktördür.

- Ancak, tahkimin güvenilirliği konusunda katılımcıların belirli bir kısmı tereddütlüdür. Tahkim, devlet yargısına kıyasla daha *güvenilir* olarak algılansa da (17. madde), diğer alternatif yöntemlere kıyasla güvenilirlikte daha az fark yaratmaktadır (18. madde).

- Tahkim hakemlerinin yetkinliği ve adil kararlar alabilme kapasitesi konusunda da olumlu bir algı bulunmakla birlikte, bu konuda hala şüpheler mevcuttur (19. ve 20. maddeler).

- Ticari sırların korunması ve hakların güvence altına alınması konularında tahkim tercih edilebilir bulunmuş, ancak bu konuda tam bir güven oluşmamıştır (21. ve 22. maddeler).

Bu bulgular, tahkimin özellikle hız ve maliyet avantajlarıyla tercih edilebilir olduğunu, ancak güvenilirlik ve adalet gibi unsurlar konusunda bazı katılımcıların hala tereddüt yaşadığını göstermektedir.

Tahkimin geleceğine ilişkin 25 ila 33.maddeler katılımcıların tahkimin ulusal ve uluslararası düzeyde gelecekte nasıl bir rol oynayacağı üzerine katılımcıların görüşlerini ortaya koymaktadır:

- Katılımcılar, tahkimin kullanımının yaygınlaşmasının Türkiye'nin tahkim dostu bir ülke olarak tanınmasını sağlayacağına inanmaktadır (25. madde). Bu, tahkimin ülke için stratejik bir öneme sahip olduğunu göstermektedir.

- Tahkimin uluslararası yatırımları teşvik edebileceği görüşü de destek bulmuştur (27. madde). Bu, tahkim dostu bir ülkenin uluslararası iş dünyasında rekabet avantajı sağlayabileceğini gösterir.

- Pandemi sürecinde tahkimin aksamaması ve çevrimiçi tahkim uygulamalarının olumlu sonuçlar doğuracağına dair algılar da olumlu yöndedir (28. ve 29. maddeler).

- Ancak, tahkimin dijitalleşmesi ve yapay zekâ gibi yenilikçi teknolojilerle olan ilişkisine yönelik kararsızlıklar mevcuttur (32. ve 33. maddeler). Bu, tahkim süreçlerinin geleneksel yapısının dışına çıktığında katılımcıların tereddütlü olduğunu gösterir.

Bu bulgular, tahkimin geleceğine dair genel olarak iyimser bir tablo çizerken, teknolojik yeniliklerin tahkim süreçlerine entegrasyonu konusunda bazı belirsizliklerin olduğunu işaret etmektedir.

Tablo 14'ün geneline yani tahkimin farkındalığına ilişkin bir değerlendirme yapılacak olursa katılımcıların, tahkimle ilgili dört temel boyuttaki algılarını detaylı bir şekilde incelemektedir. Genel olarak şu sonuçlar çıkarılabilir:

- *Tahkimin Bilinirliği*: Toplum genelinde yeterli düzeyde değil ve daha fazla tanıtım ve bilgilendirmeye ihtiyaç var. Özellikle yasal düzenlemeler ve tahkim hakkında bilgiye erişim gibi konularda eksiklikler olduğu gözlemlenmiştir.

- *Tahkimin Etkinliği*: Tahkim genel olarak etkili bir yöntem olarak algılanmakta, ancak devlet yargısı ile kıyaslandığında bazı tereddütler mevcuttur. Özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim, katılımcılar tarafından olumlu değerlendirilmektedir.

- *Tahkimin Tercih Edilebilirliği*: Hız ve maliyet avantajları nedeniyle tahkim tercih edilebilir bir yöntem olarak öne çıkmaktadır. Ancak, güvenilirlik ve adalet gibi unsurlar konusunda daha fazla güven inşa edilmesi gerekmektedir.

- *Tahkimin Geleceği*: Katılımcılar tahkimin geleceğine dair genel olarak olumlu bir beklentiye sahiptirler. Özellikle uluslararası ticaret ve yatırımlar açısından tahkimin önemi vurgulanmaktadır. Ancak dijitalleşme ve teknolojik yenilikler konusunda bazı çekinceler mevcuttur.

Sonuç olarak, tahkim genel anlamda etkili ve tercih edilebilir bir yöntem olarak görülmekte, ancak bilinirliği artırılmalı ve bazı güven sorunlarının giderilmesi gerekmektedir. Tahkimin gelecekte daha yaygın ve etkili bir çözüm yolu olarak kabul görmesi, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde stratejik adımlar atılmasına bağlıdır.

SONUÇ

Ticari ilişkinlerin yoğunlaşmasıyla birlikte ticari uyuşmazlıklarda da artış meydana gelmiştir. Ortaya çıkan uyuşmazlıklar yargı yoluyla çözümlenebileceği gibi barışçıl ya da dostane yollar olarak bilenen alternatif çözüm yollarıyla da çözümlenebilmektedir. Taşındıkları bir takım avantajlar dolayısıyla günümüzde alternatif çözüm yollarına her geçen gün daha da ilgi artmaktadır. Türkiye'deki yasal düzenlemelere göre ticari uyuşmazlıklar için başvurulabilen iki alternatif çözüm yöntemi bulunmaktadır. Bunlar arabuluculuk ve tahkimdir. Türkiye yasal düzenlemeler dolayısıyla ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemi giderek yaygınlaşmaktadır. Buna karşın daha çok uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkime gidilmektedir. Oysa ticari uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesinin birçok avantajı bulunmaktadır. O nedenle tahkim uygulaması hakkında toplumun bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Türkiye'de arabuluculuk uygulamalarının yasal

düzenlemelerle, eğitimlerle daha görünür hale geldiği gibi tahkim içinde benzer adımlar atılması gerekmektedir. Tahkim ile ilgili tahkimin ruhuyla örtüşecek adımlar atılması halinde uyuşmazlıklarda tahkimin daha fazla benimsenmesine yol açacaktır.

Bu araştırmada Türkiye'deki ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim farkındalığını ve tercih edilme oranlarını inceleme yapılmıştır. Küresel ticarete tahkim, taraflar arasında hızlı, maliyet etkinliği ve gizlilik sağlayan bir çözüm yolu olarak öne çıkarken, Türkiye'de tahkimin yeterince yaygın kullanılmadığı gözlemlenmektedir. Araştırmada yapılan anketler ve analizler sonucunda tahkimle ilgili farkındalığın düşük olduğu, tahkimin bilinirliği ve tercih edilme oranlarının ise sınırlı kaldığı görülmektedir. Çalışmada elde edilen bulgular, Türkiye'deki ticari şirketlerin tahkim farkındalığının genel olarak düşük olduğunu göstermektedir. Şirketlerin önemli bir kısmı tahkim süreci hakkında yeterli bilgiye sahip değildir, bu da tahkim tercihlerini sınırlamaktadır. Özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerde tahkime başvurma oranı daha düşüktür. Bunun başlıca nedenleri arasında, tahkim hakkında yeterli bilgilendirmenin yapılmaması, tahkimin maliyetine dair yanlış algılar ve şirketlerin devlet yargısına daha fazla güven duyması yer almaktadır. Araştırmanın bulguları, tahkimin Türkiye'de hala geniş çapta benimsenmediğini, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda dahi tahkimden yeterince faydalanılmadığını göstermektedir. Katılımcılar tahkimin hızlı ve etkin olduğunu kabul ederken, yine de tahkimi kullanmak yerine mahkemelere başvurmayı tercih etmektedirler. Bu tercihin altında yatan faktörler, tahkimin uzun vadeli sonuçlarına dair belirsizlikler, mahkeme süreçlerinin daha güvenilir olduğu algısı ve tahkimle ilgili eksik düzenlemeler olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, tahkim süreçlerine başvurmanın kültürel olarak henüz yaygınlaşmamış olması da bir diğer etken görülmektedir. Türkiye'de tahkimin yaygınlaşması için daha fazla bilgilendirme yapılması ve tahkim süreçlerinin avantajlarının açık bir şekilde anlatılması gerektiği düşünülmektedir.

Araştırmanın önemli bulgularından biri, tahkimin özellikle büyük ölçekli şirketler arasında daha fazla tercih edilmesi ve bilinirlik seviyesinin yüksek olmasıdır. Büyük şirketlerin, uluslararası bağlantıları ve ticari faaliyetlerinin karmaşıklığı nedeniyle tahkim süreçlerine daha aşina oldukları gözlemlenmiştir. Ancak, küçük ve orta ölçekli şirketler tahkim hakkında daha az bilgiye sahip olup,

uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yerine mahkemeye yoluna başvurmayı tercih etmektedirler. Bu durum, tahkim farkındalığının şirket büyüklüğü ve uluslararası ticaret deneyimi ile doğrudan ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Eğitim düzeyi yüksek katılımcıların tahkime daha olumlu yaklaştığı ve tahkimin etkinliğine dair daha yüksek bir algıya sahip oldukları gözlemlenmiştir. Lisansüstü eğitim düzeyindeki katılımcıların, tahkim süreçlerinin hız ve maliyet avantajlarını daha iyi değerlendirdiği ve bu nedenle tahkimi tercih ettikleri sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, genç katılımcılar ve daha deneyimli çalışanlar tahkime daha fazla ilgi göstermektedir. Bu sonuçlar, tahkim farkındalığının artırılması gereken belirli hedef kitlelerin (küçük ve orta ölçekli şirketler, düşük eğitim düzeyine sahip yöneticiler) olduğuna işaret etmektedir. Bulgular aynı zamanda tahkimin geleceğine dair olumlu bir algının mevcut olduğunu ortaya koymuştur. Katılımcılar, tahkimin Türkiye’de gelecekte daha fazla tercih edileceğini ve ticari uyuşmazlıkların çözümünde daha etkin bir çözüm yolu haline geleceğini düşünmektedir. Ancak bu olumlu beklentilere rağmen, tahkimin tercih edilme oranı halen sınırlıdır ve tahkimin yaygınlaşması için stratejik adımlar atılması gerekmektedir.

Araştırmanın sonuçlarına dayanarak, Türkiye’de tahkimin farkındalığını artırmaya yönelik bazı öneriler geliştirilmiştir. İlk olarak, tahkimin avantajlarının özellikle küçük ve orta ölçekli şirketler için daha anlaşılır bir şekilde sunulması gerekmektedir. Bu şirketlerin tahkim süreçlerine aşina olmamaları, tahkimi tercih etme oranlarını düşürmektedir. Bu doğrultuda, başta ticaret odaları olmak üzere meslek odaları, barolar ve ticari birlikler aracılığıyla tahkim hakkında bilgilendirme kampanyaları düzenlenebilir. Bu kampanyalar, tahkimin hız, gizlilik ve maliyet gibi avantajlarını iyi anlatılmalı ve özellikle ticari uyuşmazlıklarda nasıl etkili bir çözüm yolu sunduğunu anlatmalıdır. İkinci olarak, tahkimin daha geniş bir kitleye ulaşabilmesi için hukuki düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Tahkimin kullanımını teşvik edecek yasal düzenlemelerin yapılması, özellikle iç tahkim konusunda belirsizliklerin giderilmesi ve tahkim süreçlerinin daha öngörülebilir hale getirilmesi önemlidir. Bu kapsamda, Türkiye’de kurumsal tahkim merkezlerinin etkinliği artırılmalı ve tahkim süreçlerine katılım daha fazla teşvik edilmelidir. Üçüncü olarak, tahkim eğitimlerine daha fazla önem verilmelidir. Üniversitelerde tahkim derslerinin artırılması ve ticari hayatın içindeki profesyonellere yönelik tahkim eğitim programlarının düzenlenmesi, tahkim farkındalığını artırmada önemli rol

oynayacaktır. Ayrıca, şirket içi hukuki danışmanlık birimlerinin tahkim süreçlerine daha fazla yönlendirilmesi sağlanmalıdır. Sonuç olarak, Türkiye’de tahkimin yaygınlaşması için hem eğitimsel hem de hukuki düzenlemelerle desteklenen kapsamlı bir stratejiye ihtiyaç vardır. Tahkim, ticari uyuşmazlıkların çözümünde hız, gizlilik ve maliyet avantajları sunarak ticari hayatın sürekliliğini sağlamaktadır. Bu nedenle, tahkim farkındalığının artırılması, Türkiye’deki ticari aktörlerin daha etkin bir uyuşmazlık çözüm yoluna ulaşmalarına katkıda bulunacağını söylemek mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Alangoya, Yavuz., Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006.
- Alternative Dispute Resolution Supplier Survey. *Copy-right*. Melbourne: State Government of Victoria, Department of Justice, Mayıs 2007.
- Brown, Scott, Christine Cervenak and David Fairman. "Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide." Washington: Center for Democracy and Government, 1998.
- Burn, George, Claire Morel De Westgaver and Victoria Clark, *Annual Arbitration Survey 2023: The Rise of Machine Learning*. Bryan Cave Leighton Paisner, Last modified February 23, 2024. <https://www.bclplaw.com/en-US/events-insights-news/bclp-arbitration-survey-2023.html>.
- Campbell, Meris. "Arbitration Agreements." in *The Montreal Convention a Commentary*, edited by George Leloudas George Leloudas, Paul S. Dempsey, and Laurent Chassot, 30 - 60. Edward Elgar Publishing Ebooks, 2023.
- Chatzipanagiotis, Michael. "Arbitration." in *The Montreal Convention a Commentary*, edited by George Leloudas George Leloudas, Paul S. Dempsey, and Laurent Chassot, 413 - 421. Edward Elgar Publishing Ebooks, 2023.
- De Waart, P. J. I. M. *The Significance Of The Element Of Negotiation In The Pacific Settlement Of Disputes Between States*. Netherlands: Springer, 1973.
- Deliduman, Seyithan, ve Yakup Oruç. "Ticari Davalar." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no.2 (2012): 99 - 110.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Ekşi, Nuray. *Türkiye'de Kurumsal Tahkim*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Elfatih, Samya et. al., "Arbitration Bases For Settling Commercial Disputes In Accordance With The Provisions Of The Code Of Judgments (Justice) Comparative Study International Trade Law (Uncitral) In Light Of The

- Emirati Arbitration Law." *International Journal Of Religion* 5, no. 11 (2024): 242 - 252.
- Fiadjoe, Albert. *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*. First Published. London: Cavendish Publishing Limited, 2004.
- Fulena, Viraj, and Hemant B. Chittoo, "International Commercial Litigation And Arbitration Research Essay." *International Journal Of Social Science And Human Research*, no. 02 (2023): 1311 - 1316.
- Guyon, Yves. *L'Arbitrage*, Paris: Economica, 1995.
- Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2003.
- Ivanets, M., "The Role and Significance of International Commercial Arbitration in Investment Disputes." *Uzhhorod National University Herald Series Law* 1, no. 81 (2024): 286 - 290.
- İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC). *İstanbul Tahkim Merkezi: 2021 Yılı Dava İstatistikleri*. İstanbul: ISTAC, 2022. Erişim tarihi Ağustos 06, 2024, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2022/06/ISTAC-2021-Dava-%C4%B0statistikleri-G%C3%BCncel.pdf>.
- İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC). *Rakamlarla ISTAC*. İstanbul: ISTAC, 26 Ekim 2015 – 1 Mart 2018), Erişim tarihi Ağustos 06, 2024, https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf.
- Kalkınma Ajansları. "Kalkınma Planlamasında İstatistiki Bölge Birimleri Sınıflandırması." Erişim tarihi Nisan 06, 2022, <https://ka.gov.tr/sayfalar/kalkinma-planlamasinda-istatistiki-bolge-birimleri-siniflandirmasi--24>.
- McDade, Joseph M. and David E. Marmelstein. *Alternative Dispute Resolution A Practical Guide for Resolving Government Contract Controversies*. Washington: Defending Liberty Pursuing Justice. 1999.
- McIlwrath, Michael. "Surveys Seek Input on Settlement Enforcement." *Wolter Kluwer: Kluwer Arbitration* (Blog), October 14, 2014, Son değiştirilme tarihi Şubat 06, 2024, <https://Arbitrationblog.Kluwerarbitration.Com/Category/Surveys/>.

- Nkongho, Elizabeth A. "Alternative Dispute Settlement In International Law: Resolving Commercial Disputes Through Arbitration." *Saudi Journal Of Economics And Finance* 8, no. 06 (2024): 149 - 166.
- Nomer, Ergin, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Özbek, Mustafa. "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), Birinci Bölüm Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller." *TBB Dergisi*, no. 56 (2005): 90 - 132.
- Özbek, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Pekcanitez, Hakan. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri." *Hukuki Perspektifler Dergisi*, no. 5 (2005): 12 - 16.
- Pekcanitez, Hakan. "İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı.", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no.Özel Sayı. (2010): 635 - 655.
- Queen Mary University of London. *2020 QMUL-CCIAG Survey: Investors' Perceptions of ISDS, Project: arbitration.qmul.ac.uk*. London: School of International Arbitration and Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), 2020.
- Saygın, Beyza. *Türkiye'de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: MED-ARB (Arbuluculuk-Tahkim)*, Bursa: Platon Hukuk Yayınevi, 2023.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk." *TBB Dergisi*, no. 64 (2006): 151 - 177.
- Viet, Long Tran. and Phan Thanh Hải. "Determinants Of Commercial Arbitration Selection to Resolve Disputes: Insights From Vietnamese Managers." *Journal Of International Arbitration* 41, no. 3 (2024): 371 - 396.
- Ware, Stephan J. *Principles Of Alternative Dispute Resolution*. Third Edition: Concise Hornbooks Series, USA: West Academic Publishing, 2016.
- White&Case. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. New York: Queen Mary University of London and School of International Arbitration, 2018.

WIPO. *Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions*. Geneva: WIPO Arbitration and Mediation Center, 2013.

ALMAN CEZA HUKUKUNDA CEZANIN BELİRLENMESİNİN GENEL İLKELERİ

General Principles of Sentencing in German Criminal Law

Erdal YERDELEN*

Öz

Cezanın belirlenmesi, Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB) m.46 ve 46A'da düzenlenmiştir. Mevzuatta çok detay düzenleme bulunamamasına karşın Alman ceza hukukunda cezanın belirlenmesi, çok önemli bir yer işgal etmektedir. Yargı kararlarında ve literatürde bu konuda özellikle 1980'li yıllardan bu yana daha geniş tartışmalar yapılmaktadır. Alman ceza hukukunda da evrensel diğer hukuklarda olduğu gibi cezanın belirlenmesi kusur ilkesi üzerine inşa edilmektedir. Cezanın belirlenmesindeki diğer ilkeler de kusur ilkesine göre şekillenmiştir. Bu çalışmada bir karşılaştırma yapmadan sadece Alman ceza hukukundaki cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cezanın Belirlenmesi, Kusur İlkesi, Cezanın amacı, Orantılılık, Çifte Değerlendirme Yasası.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-8796-2186, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr

Makale Gönderim Tarihi/Received: 09.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.12.2024.

Atıf/Citation: Yerdelen, Erdal. "Alman Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesinin Genel İlkeleri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 965-999.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Abstract

Sentencing is governed by Articles 46 and 46A of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch-StGB). Despite the lack of detailed regulations in the legislation, the sentencing occupies a very important place in German criminal law. There have been extensive discussion of this issue in judicial decisions and in the literature, especially since the 1980s. In German criminal law, as in other universal laws, sentencing is based on the principle of culpa. Other principles in sentencing are also shaped by the principle of culpa. In this study, only the principles regarding sentencing in the German criminal law are analyzed without making a comparison.

Keywords: Sentencing, Principle of Culpa, Objective of the Punishment, Proportionality, Prohibition of Double Evaluation.

GİRİŞ

Alman ceza hukukunun yaptırımlar düzeni, “çift izli” (die Zweispurigkeit) yaptırımlar şeklindedir. Başka bir deyişle yaptırımlar; cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşmaktadır. Ceza, çoğu zaman kendisinden özel ve genel önleme ödevini yerine getirememektedir. Bu nedenle ceza hukukunda bir başka yaptırım olan güvenlik tedbirlerine ihtiyaç duyulur. Güvenlik tedbirleri; fiilden, failin kişiliğinden meydana gelen tehlikeliliğin bertaraf edilmesidir. Bu tehlikeliliğin ortadan kaldırılması ancak kişinin eğitilmesi, tedavi edilmesi veya muhafaza altına alınmak suretiyle suç işlenmesinin önlenmesiyle gerçekleştirilebilir. Alman ceza hukukunun bu çift izli sisteminin kökleri, 1933 yılında çıkarılan İtiyadı Suçlular Kanunu’na dayanmaktadır. 1969 yılında yapılan Alman ceza hukuku Reformu’nun ana fikrini de ceza ve güvenlik tedbirleri sisteminin yenileştirilmesi oluşturmaktadır. Bu reformun genel eğilimi “mümkün olduğu kadar az ceza, alabildiğince fazla sosyal iyileştirme yardımı” olarak özetlenebilir¹.

¹ Hans-Heinrich Jescheck, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, çev. Feridun Yenisey (İstanbul: Beta Yayınevi, 2007), 62.

Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch-StGB) cezalar; asli ceza ve ek ceza ayrımı bulunmaktadır². Alman Ceza Kanunu'nun 38-43a maddeleri arasında asli cezalar³, madde 44'te ek ceza (sürücü belgesinin alınması) düzenlenmiştir. Bu hüküm, Alman Ceza Kanunu'ndaki tek ek ceza niteliğindedir⁴. Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 45-45b arasında cezanın kanuni sonuçları (belli haklardan yoksun bırakma) düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 61 ve 76 arasında diğer güvenlik tedbirleri yer almaktadır⁵. Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 38 ve 39'da hapis cezası; madde 40, 41, 42'de ise adli para cezası yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) 38. maddede müebbet hapis cezası düzenlenmiş, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına yer verilmemiştir.

Alman ceza hukukunda, uzun süreli tartışmalara karşın 1969 Reformu'ndan sonra da ömür boyu hapis cezası kanunda muhafaza edilmiştir. Almanya'da halen müebbet hapis cezası hükümlüleri on beş yıl cezaevinde kaldıktan sonra şartlı tahliyeden yararlanabilmektedir. Almanya'da üç ay ve daha az hapis cezası kısa sürelidir. 1969'da yapılan değişiklikte kısa süreli hapis cezasının sınırı altı ay olarak belirlenmiştir⁶. Kısa süreli hapis cezasına seçeneklerin öne çıkarıldığı Almanya'da, 1962 tarihli Alternatif Ceza Kanunu Tasarısı'nda hapis cezasının altı aydan başlatılması önerilmiştir⁷. Alman Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin başlığı "*Kısa Süreli Hapis Cezasının İstisna Oluşu*" şeklindedir⁸.

Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 40'ta gün para cezası düzenlenmiştir. Buna göre adli para cezası gün hesabına göre belirlenir. Kural olarak adli para cezasının alt ve üst sınırları; 5 ile 360 gün arasındadır. Adli para cezası

² Almanca "*Hauptstrafe und Nebenstrafe*" olarak ifade edilmektedir.

³ StGB m.38, 39'da hürriyeti bağlayıcı ceza ve m.40, 41, 42'de adli para cezası düzenlenmiştir.

⁴ Jescheck, Ceza Hukukuna Giriş, 61.

⁵ Laubenthal, Klaus, Nina, Nestler ve Frank, Neubacher ve Torsten, Verrel ve Helmut, Baier, *Strafvollzugsgesetz*, 12. Aufl., C.H. BECK, München 2024, s.2, 3, 4.

⁶ Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, *Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2007), 43.

⁷ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 65; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 294.

⁸ Feridun Yenisey ve Gottfried Plageman, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)* (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük) (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 37.

belirlenirken bir günün para miktarı olarak karşılığı, failin sosyal ve ekonomik durumuna göre tespit edilir. Failin kişisel veya ekonomik durumu göz önüne alınarak para cezasını derhal ödemesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceği konusu değerlendirilir. Hükümlü için mehil verme veya taksit konuları da hükümde belirtilir (StGB, m.42).

I. CEZANIN BELİRLENMESİNDE İLKELER

A. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Bu ilke ilk defa Fransız düşünür Montesquieu tarafından ifade edilmiş olmakla beraber, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde de yer almıştır (m.7 ve 8). *Kanunsuz suç ve ceza olmaz* ilkesinin gereği olarak cezalar da kanunla düzenlenmelidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, toplumsal kültürün ve insan düşüncesinin gelişmesinin ürünüdür. Bu ilke, cezaların, failin fiilinden önce kanunla belirlenmiş olmasını ve bu sayede kişilerin fiillerinin neticelerini daha evvelden bilmelerini sağlamak bakımından önemlidir. Bu ilke hukuki güvenliği sağlar ancak kanun koyucunun keyfiliğini önleyemez. Yaptırımları belirleme yetkisinin yasama organına verilmiş olması, demokrasi geleneğinin de bir işaretidir. Bu ilkeye göre, cezanın türü, miktarı, cezanın belirlenmesinin kriterleri, cezaları artıran ve azaltan nedenlerin sıralaması, cezaların hesaplanmasının yöntemi hep kanunla belirlenmelidir. Kanunilik ilkesi tüm ceza hukuku sistemlerinde (karşılaştırmalı hukukta) vazgeçilmez ve her zaman ilk olarak ifade edilen ilkedir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi cezanın belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB) m. 46, cezanın belirlenmesini düzenlemiştir. Bu maddede cezanın belirlenmesi, artırılıp indirilmesinin mutlaka kanuna göre olacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. TCK m. 61/10'a göre; *"Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir."* Alman Ceza Kanunu m. 46'da böyle bir hükmün bulunmaması, eksiklik değildir. Ceza hukukundaki kanunilik prensibi zaten TCK m. 61/10 hükmünü karşılamaktadır. Bu nedenle bu fıkra olmasaydı da kanuni dayanak olmadan cezaların arttırılıp eksiltilmesi mümkün olmazdı.

B. Cezanın Belirlenmesinde Gerekçe Gösterilmesi

Cezanın belirlenmesinde gerekçe gösterilmesi, Alman hukukunda cezanın belirlenmesi ilkelerindedir. Cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlerden⁹ hangilerinin açıklanmamasının temyiz nedeni kabul edilebileceği, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung-StPO) m.267/3-1'in karakterinin ve amacının ne olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Mahkemenin, cezayı belirlerken kullandığı kriterlerin önemli olanları hakkındaki görüşlerinin gerekçede yer alması gerekir. Örneğin hâkim, fiilin ağırlığını ve önemini değerlendirmemiş (dikkate almamış ise) StPO m.267/3 hükmüne aykırılık söz konusu olabilecektir¹⁰. Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme) da birçok kararında olay hâkiminin tespitlerinin kararı meşru kılmaya yeterli olup olmadığına dair şüpheye yönelmekte bu bakımdan usul hukukunun değil olaydaki gerçekliklerin kararı haklı kılıp kılmadığına bakmaktadır. StPO m.267/3-1 hükmüne aykırılık ancak; mahkemenin cezanın belirlenmesine esas aldığı kriterin¹¹ somut olayda

⁹ Cezanın belirlenmesinin genel kriterleri;

Faili motive eden şey (failin amaç ve saiki)

Failin suçun gerçekleşmesine olan istek ve tutumu (kastının ağırlığı)

Yükümlülük ihlalinin derecesi özellikle taksirli suçlarda (taksirin ağırlığı)

Suçun işlenme çeşidi ve şekli (suçun işleniş biçimi)

Fiilin sonuçları (meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığı)

Failin fiilden önceki yaşamı (sabıkası, suça eğilimi)

Failin fiilden sonraki davranışları, zararı gidermesi ya da zararı gidermek için yaptığı çabalar, (Mağdur ile telafi yönünde görüşmesi) (Taeter-Opfer-Ausgleich)

öz) Failin ceza konusundaki hassasiyetleri (orantılılık prensibi; failin yaşı, şahsi ve ekonomik ilişkileri, mesleği, çalışıp çalışmadığı vs.) Gerhard Schäfer, Günther M. Sander ve Gerhard van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung* (München: C.H.Beck, 2008), 103.

¹⁰ BGH 1 StR 198/53; Theodor Kleinknecht ve Lutz Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (Beck'sche Kurz-Kommentare) (München: C.H. Beck, 1997), §267 Rn.17.

¹¹ Alman Ceza Kanunu (StGB) 46. maddesinin 2. fıkrasında mahkemenin, cezanın belirlenmesinde sanığın leh ve aleyhinde olan tüm şartları göz önünde bulundurarak değerlendirme yapması, ayrıca aynı fıkrada sınırlı olarak sayılmış olan kriterleri dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır¹¹. Alman ceza hukuku öğretisinde cezanın belirlenmesinde esas alınacak kriterler olarak; "tipik neticenin ağırlığı", "haksız hareketin ağırlığı ve işleniş tarzı", "failin kusurluluğu", "ihlal edilen hukuksal

bulunmadığının ve bunun mahkeme tarafından açıklanamadığının anlaşılması durumunda söz konusudur¹².

C. Çifte Değerlendirme Yasağı (Doppelverwertungsverbot)

Alman Ceza Kanunu'nun 46/3. maddesinde ilk kez 1970 yılında düzenlenmiştir. Buna göre: *"Suçun kanuni unsuru mahiyetinde olan konular cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz."* Alman Ceza Kanunu (StGB) suçun nitelikli hallerini oluşturan hususların cezanın belirlenmesinde kriter olarak yeniden kullanılmayacağını düzenlemiştir¹³. Alman doktrini (Rechtslehre) ve uygulaması (Rechtssprechung) bu konuda çifte değerlendirme yasağının varlığını kabul etmektedir¹⁴.

Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 46/3'e göre; suçun unsurlarını oluşturan konular, cezanın belirlenmesinde yeniden değerlendirmeye tabi tutulamaz. Yasa koyucu her fiil için ceza tespiti yaparken zaten bunları değerlendirmiştir. Bunların hâkim tarafından ceza tespitinde yeniden kullanılması mümkün değildir. Bu yüzden çifte değerlendirme yasağı kanundaki şartlar ifadesinden daha geniş olarak suçun nitelikli hallerini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Çifte değerlendirme yasağı kuralının suçun kendi içinde bulunan netice ve fiil

yükümlülüklerin özellikleri", "eylemin ve eylemin icra şeklinin genel rolü ve önemi", "kusur yeteneğinin derecesi", "tipik fiile karar verme özgürlüğünü etkileyen saik ve özel nedenler", "failin icrasındaki ısrar ve özellikle fiil öncesi ve sonrası davranışlar", "failin kişisel ilişkileri", "failin malvarlığı ve ekonomik ilişkileri" ile "failin neticelerinin faili de etkilemesi" kriterleri ifade edilmektedir. Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil (Heidelberg: Springer, 1997), 598-599.

¹² BGH 2 StR 368/68; BGH 3 StR 43/70; BGH 4 StR 268/69. Kleinknecht ve Meyer-Gossner, Beck'sche Kurz-Kommentare, §267 Rn.17.

¹³ Laubenthal, Klaus, Nina, Nestler ve Frank, Neubacher ve Torsten, Verrel ve Helmut, Baier, s.26.

¹⁴ Hans Jurgen Bruns, Das Recht der Strafzumessung: eine systematische Darstellung für die Praxis (Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1985), 134.

haksızlığına ilişkin değerlendirme ve derecelendirme¹⁵ yapılmasını engellemediği hususu, unutulmamalıdır¹⁶.

Hoegel'e göre; hâkim, yasa koyucunun kanun yapımı sırasında güttüğü amacı ve bakış açısını dikkate alarak kanunda belirlenmiş ceza sınırı arasında kalmaya özen göstermelidir. Kanun yapma tekniklerindeki gelişmeler, cezanın belirlenmesi kriterlerini sürekli suçun unsurlarına doğru yaklaştırmaktadır. Bu durum, suçun unsurlarının cezanın belirlenmesinde yeniden ele alınması tehlikesini giderek artırmaktadır. Hakimin buna azami özen göstermesi gerekmektedir¹⁷.

Beling, çifte değerlendirme yasağının, her türlü suç unsurunu, cezanın şiddetini içinde barındırdığı kanaatindedir. Bu tespite karşın suçun unsurları kendi içerisinde derecelendirilebilir¹⁸.

Sauer, cezanın belirlenmesi nedenlerinin, cezanın belirlenmesine gerekçe olacak hususları aşması gerektiği kanaatindedir. Sauer bu konuları, cezanın belirlenmesinin olağan koşulları olarak kabul etmektedir. Cezanın belirlenmesinde etkili şartlar; haksızlık ve kusur olarak somutlaştırılabilir¹⁹.

Dreher'e göre; çifte değerlendirme yasağı, hukuki açıklamaya gerek duyulmayacak kadar mantık ve herkes tarafından bilinen bir gerçekliktir. İlkenin çerçevesi çizilmeye uğraşmıştır. Burada, kanun koyucu tarafından suçun unsurlarına izafe edilmiş olan ve bu anlamda kanun tarafından yapılan değerlendirmenin yeterli olacağı fikri ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²⁰.

¹⁵ Hero Schall ve Gesa Schirmacher, "Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes", *Jura* (1992), 514; Hans Jurgen Bruns, "Zur Tragweite des Verbots der Doppelverwertung von Strafmildungsgründen", *Juristische Rundschau*, 6 (1980), 226;

¹⁶ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 132.

¹⁷ Hugo Hoegel, *Gesamtreform der oesterreichischen Strafrechts* (Leipzig: W. Engelmann, 1909), 241.

¹⁸ Ernst Beling, "Entscheidungsanmerkung zu RG", *JW* (1924), 1721.

¹⁹ Wilhelm Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre, der Grundlagen des Strafrechts* (Berlin: De Gruyter, 1955), 20.

²⁰ Eduard Dreher, "Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen", *JuristenZeitung* 5 no 6 (1957), 155.

Zipf'e göre, çifte değerlendirme yasağı, suçu oluşturan fiilin özel olarak değerlendirilmesini engelleyen bir durumdur. Doktrin, suçun unsurlarının somut dizaynı, olayda gerçekleşme şekli ve failin davranışı her olayda farklıdır. Bu nedenle suçun oluşturduğu tehlikenin derecesi de değişmektedir. Bu tehlike değişikliğinin cezanın belirlenmesinde kullanması gerekir²¹.

Alman ceza hukukunda cezanın belirlenmesi konusunda en temel kaynak olarak görülen Bruns'a göre bu zamana kadar ortaya konmaya çalışılan unsurların gerçekleşmesi modelleri değerlendirilmelidir. Kanun koyucu tarafından genel ilkelerle ortaya konulmuş olan, suçun unsurları ve nitelikli halleri, kısmına hâkimin artık dokunamaması gerekecektir²².

Exner'e göre çifte değerlendirme yasağının görevi, değerlendirme çelişmesini önlemektir. Hâkim, cezayı belirlerken suçun unsurlarını bir kez daha değerlendirme konusu yapmayacaktır. Hâkimin yapması gereken şey, fiilin tipik (ortalama) olup olmadığını değerlendirmektir²³.

Silahlarla ilgili özellikle "*silahların tehlikeliliği*" cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir²⁴. Öldürme suçlarında maktulün yaşı sebebiyle failin cezasında artırım yapılamaz. Çünkü bir insanın yaşamının hangi aşamasında bulunduğu, ceza hukukunu ilgilendiren önemli bir konu değildir²⁵. Aynı şekilde failde

²¹ Örneğin bir dolandırıcılık olayında meydana gelen zararın miktarı ya da çok değişik bir hilenin kullanılmış olması gibi. Heinz Zipf, *Die Strafmasrevision* (München: C.H. Beck, 1969), 97.

²² Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 369; Adolf Schönke, Horst Schröder ve Walter Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München: C.H. Beck, 2001), Rdn.45; Eduard Dreher, Herbert Tröndle ve Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (München: C.H. Beck, 2011), 37; HIRSCH, Hans-Joachim, *Besprechung von Reinhart Maurach*, Besonderer Teil, 5. Aufl., ZStW, 1972, 99; Karl Horn, *Entwicklung der Strafzumessungbestimmungen in den Entwürfen eines deutschen Reichstrafgesetzbuches Worms* (Berlin, 1932), 84; Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 706; Jürgen Baumann, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2007), 668; Günther Warda, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht* (Köln: Heymann, 1962), 152.

²³ Franz Exner, *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte* (Leipzig: Keip, 1931), 100.

²⁴ BGH StV 1995, 301.

²⁵ BGH StV 1995, 634.

doğrudan öldürme kastının bulunması da kasten öldürme suçlarının kurucu unsurudur ve cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınamaz²⁶. Ancak daha fazla cezayı gerektiren bir durum olarak yağma suçunda (StGB 249, 250) mağdurun yaşlı ve güçsüz birisi olması faile yüklenebilecektir ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir²⁷.

Fiilin gerçekleştirilmesi açısından tipik olan, suçun unsurları dışında sayılamayacak ve tanımlanamayacak özel şartların, ayrıca değerlendirilerek cezanın tespit edilmesi hatalıdır²⁸. Eylemin gerçekleştirilmesi aşamasında ateşli silahın kullanılması, cezanın artırılması sebebi olarak alınamaz. Somut olayda kurusıkı bir tabanca kullanılması ve mağdurun bu silahı gerçek zannederek korkusundan ölmesi halinde bu durum, cezanın silah sebebiyle artırılmasını gerektirmez²⁹. Dolandırıcılık suçu içerisinde zaten fayda sağlama amacını taşımaktadır. Bu nedenle bu amaç sebebiyle failin cezasında ayrıca bir artırıma gidilemez³⁰.

Çifte değerlendirme yasağı, yalnızca suçun unsurları açısından değil, haksızlıkla ve kusurla alakalı diğer hususlarda da uygulama alanı bulur³¹. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç için failin cezalandırma aşamasını aştıktan sonra geri çekilmesi (suçu işlemeyi bırakması-gönüllü vazgeçme), somut cezanın belirlenmesi açısından önemsizdir³². Bir suçun daha ağır nitelikli halini oluşturan bir şart (besonders schwer Fall), ikinci kez cezanın artırılması için kullanılamaz³³.

Taksirle veya kasten öldürme suçlarında mağdurun ölmesi suçun unsuru olduğundan bu sonuç failin cezasının belirlenmesinde yeniden dikkate

²⁶ BGH StV 1993, 72.

²⁷ "Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsgerichtes" http://www.bilder.buecher.de/.../22548165 lese_1.pdf. E.T. 6.12.2024.

²⁸ Schönke, Schröder ve Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Rdn.46.

²⁹ BGHR StGB 46/3, Raub 3 ve 5; BGHR StGB 253/1, Konkurrenz 2.

³⁰ Schönke, Schröder ve Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Rdn.48.

³¹ BGH StV 1997, 519.

³² BGH Beschl. v. 17.1.2006 – 4. StR 422/05.

³³ BGH NSTZ-RR 2004, 262. "Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsgerichtes"

alınamayacaktır. Cinsel saldırıda failin, mağdurun direncini kırarak kadar şiddet kullanması, uyuşturucu ticaretinde kazanç elde etme amacının güdülmesi cezanın tespitinde ayrıca değerlendirilemez. Alman Ceza Kanunu (StGB) m.174'te cinsel saldırının kardeşe karşı işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal olduğundan bu husus, cezanın belirlenmesinde ayrıca artırım nedeni yapılamayacaktır. Aksi uygulama çifte değerlendirme yasağını ihlal edecektir³⁴.

Failin, fiili teşebbüs aşamasından önce bırakabileceği halde, fiilini devam ettirerek tamamlamış olması, mağdura yardım etmemesi, ayrıca artırım nedeni yapılamaz faile tamamlanmış suçun cezasının verilmesi yeterli olacaktır³⁵. Suçun doğrudan unsuru olmasa da suçun unsurlarına ilişkin davranışlar ve unsurlarına ilişkin neticelerin dikkate alınması da çifte değerlendirme yasağını ihlal edebilir. Örneğin, failin, mağduru boğazlayarak (boğazını keserek) öldürmesi, kasten öldürme suçunun unsuruna ilişkindir. Boğazını keserek öldürme olayında fail, ölüm sonucunu elde etmenin ötesinde mağdura daha fazla acı verecek bir fiili seçmemişse örneğin boğazı kesmek için özel olarak kör bir bıçağı tercih etmemişse boğazını keserek öldürme sebebiyle cezasında ayrı bir artırım yapılmaması gerekir.³⁶

Unsur veya nitelikli hale ilişkin açıklanan konular, suçun işlenmesinde nitelik veya nicelik açısından bir kademelendirme (derecelendirme) yapılmasına engel değildir. Alman Ceza Kanunu (StGB) m.211'deki bir fiille birden fazla kişinin yaralanması veya öldürülmesi, Alman Ceza Kanunu (StGB) m.223'e göre yaralanmanın niteliği (ağırlığı), Alman Ceza Kanunu (StGB) m.224/1'e göre olayda kullanılan silahın veya aracın tehlikeliliği, cinsel saldırı fiilinde kullanılan şiddetin şekli, türü ve ağırlığı³⁷, dolandırıcılıkta hilenin şekli, vergi kaçakçılığında devletin uğradığı zarar (kaçırılan vergi miktarı), ceza belirlenirken dikkate alınabilir ve bu durum çifte değerlendirme yasağını ihlal etmez³⁸. Suçu oluşturan unsurlardan

³⁴ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 132.

³⁵ BGH NStZ-RR 2007, 194; BGH NStZ-RR 2003, 41; Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 132.

³⁶ BGH StV 182, 167; Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 133.

³⁷ BGH NStZ-RR 2002, 136.

³⁸ Vergi suçlarında cezanın belirlenmesi için bkz. Memduh Arslan, "Vergilendirmede Sahte Belge Kullanımına Verilecek Hapis Cezasının Belirlenmesi", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2015), 29-50.

birden fazlasının aynı şartta gerçekleşmesi durumunda, cezanın artırılması sebebi olabilecektir. Bu hususlar, failin kusuruna (yüklenebilirlik) etkili olmalıdır. Örneğin failin, yarar sağlamanın ötesinde aşırı bir hırsla (açgözlülük) sebebiyle yağma suçunu işlemiş ve kişiyi öldürmesi halinde hem hırsı hem de öldürme fiilini başka suçu (yağma) işlememek için gerçekleştirmesi cezanın artırılmasına neden olabilecektir ve çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmemiş olacaktır. Alman Ceza Kanunu (StGB) m.176a'da cinsel saldırı suçunun tekrür halinde işlenmiş olması sonraki suçun cezasının artırılması nedenidir. Böyle bir nitelikli hal kanunda bulunduğundan hakim cezayı belirlerken ancak bu nitelikli halden artırım yapabilecek bunu temel cezayı belirlerken alt sınırdan uzaklaşarak ceza vermenin nedeni yapamayacaktır. Ancak failin, cinsel saldırı suçunu ikiden çok kez işlemiş olması halinde hakim, bu durumu alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayinine gerekçe yapabilecektir³⁹.

Eğer failin fiili, kanunun iki ayrı şeklini diğer deyişle iki nitelikli hali birlikte ihlal ediyorsa bu durumda varılacak sonuç farklı olabilir. Burada öncelikle failin hangi nitelikli halden (daha ağır olandan mı yoksa hafif olan halden mi?) sorumlu tutulacağına belirlenmesi gerekir. Fiil neticesinde kastedilenden daha ağır bir netice de meydana gelmiş olabilir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu ise meydana gelen bu netice de faile cezanın tespiti sırasında yüklenecektir. Örneğin dolandırıcılık suçunda fail aynı zamanda sahte belge de kullanmış olabilir. Bu durumda faile dolandırıcılık suçu sebebiyle verilecek cezada da artırım yapılabilir. Ancak bunu Türk ceza hukuku açısından söylemek mümkün değildir. Çünkü TCK m. 212'ye göre sahtecilik suçlarının başka suçlarla birleşmesi halinde sahtecilik ve diğer suçlardan ayrı ayrı ceza verilecektir⁴⁰.

Çifte değerlendirme yasağı, suçun unsurları açısından değil, nitelikli halleri bakımından da geçerli bir kuraldır. Hatta failin kusurunu ve fiilin haksızlığını etkileyen nedenler bakımından da çifte değerlendirme yasağı uygulama alanı bulur. Bunlara örnek olarak daha az veya daha fazla cezayı gerektiren suçun nitelikli halleri denir. Soyut olarak kanun koyucu bir fiili tespit etmiş ve onun

³⁹ BGH NStV-RR 2004, 71; BGH 14.8.2007, 1 StR 201/07; Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 133.

⁴⁰ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 134.

cezasını belirlemiştir. Bu nedenle nitelikli hallerin uygulanmasında aynı sebep cezanın belirlenmesinde tekrar dikkate alınamaz⁴¹. Bu tip suçun nitelikli hallerine örnek olarak dolandırıcılık suçu (StGB m.263/3) ve uyuşturucu ticareti suçu (Beteubungsmittelgesetz-BtMG m.29/1) verilebilir. Bu suçların failin ticari faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haldir. Bu nedenle ticari faaliyet çerçevesinde bu fiiller gerçekleştirilmiş diyerek temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmak mümkün değildir. Aynı sebepten dolayı hırsızlığın kilit kırmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması (StGB m.243/1) da temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma sebebi olamaz⁴².

Kriminal politik temel fikrinden dolayı, her bir suç için geçerli olan hukuki değerlerin ihlal edilmiş olması da cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar değildir. Bunlar da çifte değerlendirme yasağı çerçevesinde kalır ve alt sınırdan uzaklaşma nedeni olamaz. Örnek olarak kasten yaralama suçunda vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olması suçun var olma nedenidir. Aynı şekilde cinsel saldırı suçunda cinsel dokunulmazlığı ve cinsel kişiliği belirleme ve cinsel tercih hakkı⁴³, vergi kaçakçılığı suçunda meydana gelen zararlar, reçete ile satılması gerektiği halde reçetesiz olarak ilaç temin etmede bu ilacı alan kişinin sağlığı⁴⁴, çocukların cinsel istismarı suçunda çocuğun kendi cinsel gelişimini yaşama hakkı⁴⁵, uyuşturucu madde suçunda uyuşturucu bağımlısının zor duruma düşmüş olması, özellikle gençlerin uyuşturucu maddelerden korunması (BtMG m.29/1)⁴⁶, trafik suçunda (StGB m.315b, 316) trafik güvenliği, trafik kazası sonrası kaza yerini terk etme suçunda kazaya karışan diğer araç sahiplerinin ekonomik menfaatleri⁴⁷, kara para aklama suçlarında paranın tedavülünün fonksiyonu⁴⁸ vb. konular, temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma sebebi olamazlar. Akdi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır⁴⁹.

⁴¹ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 134.

⁴² Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 135.

⁴³ BGH NSTZ-RR 2004, 41.

⁴⁴ BGH NSTZ 1982, 113.

⁴⁵ BGH StV 1987, 146.

⁴⁶ BGH 14.11.2001, 3 StR 352/01.

⁴⁷ BayOLG DAR 1984, 238.

⁴⁸ BGH NSTZ 1987, 494.

⁴⁹ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 136.

Fiili meydana getiren tipik davranışların ve bu davranışın genellikle ortaya çıkardığı sonuçların cezanın belirlenmesinde dikkat alınıp alınmayacağı, alındığı takdirde çifte değerlendirme yasağının ihlal edilmiş olup olmayacağı da tartışmalı konulardandır. Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme) bu tip durumlarda çifte değerlendirme yasağını uygulamaktadır. Federal Mahkeme, kararlarına gerekçe olarak o fiil sebebiyle ortaya çıkması muhtemel (olağan) sonuçların zaten suçun unsuru içerisinde bulunduğuna dayanmaktadır. Örneğin, cinsel saldırı suçunda boşalmanın gerçekleşmiş olması (meni boşaltma) da bir doğal (olağan) netice olarak kabul edilmeli ve cinsel saldırı suçundan sorumlu tutmak yeterli olmalıdır⁵⁰. Cinsel saldırı suçunda mağdurun hamile kalma olasılığı, cinsel ilişkiyle bulaşan hastalıkların varlığı da cinsel saldırı suçunun koruduğu değerler içinde kabul edilmelidir. Bu nedenle bu konular kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini oluşturmuyorsa cezanın alt sınırdan uzaklaşarak verilmesine gerekçe olamaz. Bu konuda başka bir örnek de nitelikli yağma suçunda failin silah kullanması yeterli olacak silahın gerçek veya kurusıkı olması önem arz etmeyecektir. Burada önemli olan konu, mağdurun ölüm korkusuna salınmış olmasıdır, bu nedenle cezanın alt sınırdan uzaklaşma sebebi olarak kullanılamayacaktır⁵¹.

Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme), suçun unsurlarını oluşturan hususların bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağını belirten çok sayıda karar vermiştir⁵². Suçun unsurunu oluşturan konular temel cezanın içerisinde zaten vardır bunlar bir kez daha cezanın artırılma ya da indirilme sebebi olamazlar⁵³. Suçun unsurlarının gerçekleştirilmesi (tamamlanması) cezanın belirlenmesinde etkili olamaz ancak suçun unsurlarının gerçekleştiriliş şekli cezanın belirlenmesinde etkili olabilir. Bu şekilde çok farklı suç modelleri, aynı suçun değişik şekillerde işlenmesi halleri, cezanın belirlenmesinde etkili olabilecektir. Yine başka bir şekilde unsurların gerçekleştirilmesindeki basamaklandırma (derecelendirme) de cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlardandır. Örneğin failin aynı olayda

⁵⁰ BGH NStZ 1985, 215.

⁵¹ BGH NJW 1990, 2570; Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 136.

⁵² BGH VRS 4, 359 (VRS: Verkehrsrechtsammlung).

⁵³ BGHSt 19, 113, 116.

birden fazla kişiyi öldürmesi. Ancak Alman Yargıtayının (Federal Mahkeme) da kararlarında belirttiği gibi suçun hukuka aykırılık unsuru, cezanın belirlenmesinde dikkat alınabilecek bir husus değildir⁵⁴.

Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme), daha geniş anlamda, sadece suçun zorunlu unsurlarının değil, genel olarak suçun bünyesine (yapısına) ilişkin şartların da cezanın artırılması için bir kez daha kullanılmayacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak *"bu unsurlara bir kez daha artan şekilde haksızlık içeriği yüklenemeyeceğini"* göstermiştir⁵⁵. Örneğin öldürücü bir alet ile öldürme şeklindeki fiil, aynı zamanda cezanın artırılması nedeni olarak faile yüklenemeyecektir⁵⁶. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşıldığı üzere, Alman Yargıtayına (Federal Mahkeme) göre, çifte değerlendirme yasağı (Doppelverwertungsverbot-DVV), yalnızca suçun unsurları bakımından değil, suça temas eden diğer nitelikli haller açısından da uygulanmalıdır. Bazı kararlarda mahkemenin bu yaklaşım tarzı açıkça ortaya çıkmaktadır⁵⁷. Mahkeme, cinsel saldırı suçu sebebiyle (StGB m.177) verdiği bir kararda, suçun tamamlanması için gerekli olan bazı hususların, çifte değerlendirme yasağına konu olabileceğine hükmetmiştir⁵⁸. Bu kararın verildiği dönemde Almanya'da cinsel saldırı suçunun tamamlanması için organ sokmanın gerçekleşmesi gerekir. Organ sokmayla bağlantılı tüm hususların, örneğin cinsel organı vajinaya tamamen sokmuş olmanın, organın vajinada kalma süresinin, cinsel saldırı sırasında mağduru cinsel hastalıklardan koruyucu önlem alınıp

⁵⁴ BGH MDR 1972, 750; Michael Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), (Berlin: Duncker and Humblot, 1982), 43.

⁵⁵ BGH MDR 1971, 362.

⁵⁶ BGH MDR 1972, 922.

⁵⁷ "Cürüm konusu eşyayı satın alma suçunun mesleki faaliyet çerçevesinde yapılması kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş olduğundan bunun ayrıca cezanın belirlenmesinde artırım nedeni olarak (alt sınırdan uzaklaşma) değerlendirilmesi mümkün değildir, aksi halde suçun unsurunun bir kez daha değerlendirilmesi söz konusu olacaktır ki bu da her suç açısından yanlış bir noktaya götürecektir." BGH NJW 1967, 2416; Hettinger, *Doppelverwertungsverbot*, 44.

"Kamunun güvenliğinin korunmasına yönelik yarar StGB m.249 ile kanun koyucu tarafından daha ağır ceza öngörülmek suretiyle düzenlenmişken, bunun genel ilkeler olarak kararda gösterilerek cezanın arttırılmasına karar verilmesi (alt sınırdan uzaklaşma) mümkün değildir. Ancak somut olayda olmayan Örneğin geceleyin şehir merkezinde bir yağma olayında artık nitelikli hal in varlığı kabul edilebilecektir." (BGH MDR 1966, 26).

⁵⁸ BGHSt 37, 153.

almadığının, failin, mağdurun içinde iken boşalıp boşalmamasının, bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına karar vermiştir. Bugün ise bu şekilde bir değerlendirmeye şüpheli yaklaşmak, özellikle hamilelikten korunma ve cinsel hastalıklar (HIV-AİDS) bakımından farklı düşünmek gerekir. Türk hukukunda olduğu gibi Alman Ceza Kanununda da cinsel saldırının organ sokmak suretiyle gerçekleştirilmesi suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali şeklinde düzenlenmiştir (StGB m.177/2/1).

D. Kusurla Orantılı Cezanın Belirlenmesi İlkesi

Ceza; failin kusuruyla orantılı olarak ödetici, korkutucu niteliğiyle suç işleme eğilimi olanı caydırıcı, yerine getirilmesiyle (infazı) diğer insanlar bakımından ibret verici, suç işleyeni iyileştirici (ıslah edici) ve yeniden suç işlemekten önleyici nitelikte olmalıdır. O nedenle ceza miktarı belirlenirken cezanın bu özellikleri gözetilmelidir. Suç ile ceza arasında belli bir oran bulunmalı ve ağır suça ağır ceza, hafif suça hafif ceza verilmelidir. Bu özellik ödetme (kefare) anlayışının bir sonucu olarak görülmekle birlikte cezada etkililik ilkesi bakımından gereklidir. Bu anlamda ceza, suç işleyen failin tekrar suç işlemesini önleyecek etkiye sahip olmaktan başka, toplumun diğer fertlerini de suç işlemekten caydırmalıdır. Adli para cezasının tespitinde bu oran, kişinin ekonomik ve sosyal durumunun dikkate alınması suretiyle gözetilmelidir⁵⁹.

Karşılaştırmalı hukukta cezanın belirlenmesinde temel alınacak en önemli ilke; **kusur ilkesidir**. Alman Ceza Kanunu'nun 46/1. maddesinde "*cezanın tayini*

⁵⁹ "Suça sürüklenen çocuğun sosyal ve ekonomik durumuna yönelik herhangi bir araştırma yapılmadan işçi olduğu ile aylık kazancının 1.100 TL olduğunu beyan eden suça sürüklenen çocuk hakkında, adli para cezasının bir gün karşılığı miktarının 45 TL olarak belirlenmesi suretiyle fazla ceza tayini" 12. CD, 2019/3823 E, 2020/463 K, 14.01.2020

"5237 sayılı TCK'nin 3/1. maddesinde yer alan 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.' hükmüne aykırı olarak sanıkların sosyal ve ekonomik durumu araştırılmaksızın, esnaf olarak çalışan ve aylık 1.500 TL geliri olduğunu beyan eden sanık Sabit ve öğrenci olduğunu, çalışmadığını, aylık geliri olmadığını beyan eden sanık Haydar hakkında hükmolunan 150 gün karşılığı adli para cezasının, alt sınırdan uzaklaşarak günlüğü 30 TL'den hesaplanması suretiyle 5237 sayılı TCK'nin 52/2. maddesine muhalefet edilmesi" 3. CD, 2019/18049 E, 2020/3880 K, 25.02.2020

*için temel ilke, failin kusurlu olmasıdır” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır*⁶⁰. İtalyan Anayasası’nda kusur ilkesi, pozitif bir norm olarak düzenlenmişken Fransa’da cezalandırılabilirliğin temel ilkesi olarak görülmektedir⁶¹. İlerde orantılı ceza bahsinde detaylı olarak açıklamalar ve örnekler verileceğinden burada kısa girişle yetinilmiştir. Alman ceza hukukunda da cezanın tespitinde belirli bir orantının bulunması gereği kabul edilmektedir. Cezanın belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken bu orantının, eylemin haksızlık içeriğine göre mi (eylem kusuru), yoksa fiilin neticesinin ağırlığına göre mi (netice kusuru) olacağı konusu tartışmalıdır⁶². Ceza miktarının, içerisinde eylemin ağırlığının derecelendirildiği talimatlara göre belirlenmesi gerektiğini savunan fiilin orantılılığı teorisi (Tatproportionalität⁶³) ile ceza miktarını failin kusuruna göre belirlemeyi esas alan kusurla orantılılık teorisi (Schuldproportionalität des Täters) ağırlıklı görüşlerdir⁶⁴. Bu zamana kadarki araştırmalar, orantılık ve amaca uygunluk diğer bir ifadeyle kusur

⁶⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, Ceza Hukuku, 566; Kayıhan İçel ve Feridun Yenisey, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları (İstanbul: Beta Yayınevi, 1994), 937.

⁶¹ Jescheck ve Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 29.

⁶² Ceza hukukunda yaptırımın türü ve seviyesini belirleyen iki temel parametre; haksızlık ve kusurdur. Haksızlık içeriğinin azlığının cezalandırmayı etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Yasemin Baba, Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017).

⁶³ Daha yeni bir teori, fiilin orantılılık teorisi (Tatproportionalitätslehre), cezalandırma için belirleyici standart olarak fiilin yanlışlığının ciddiyetini haklı olarak vurgulamaktadır. Bu bağlamda, Alman ceza hukuku teorisindeki sonucun yanlışlığı (Erfolgsunrecht) ile fiilin yanlışlığı (Handlungsunrecht) arasındaki ortak ayırım uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu noktada tek sorun, fiilin yanlışlığının tamamen mi yoksa (örneğin § 21 StGB hükmünde) yalnızca sınırlı bir ölçüde suçlanabilir olup olmadığıdır. Bununla birlikte, tam bir suçlama değerinin ötesinde bir ‘kusurluluk’ yoğunlaştırması mümkün değildir. Sonuç olarak, bu doktrin, haksızlık doktrini (Unrechtslehre) ile cezalandırma konusunda daha iyi bir bağlantı sunmakta ve suçlulukla ilgili hüküm verme teorilerinin bazı kusurlarından kaçınmaktadır. Ancak, fiilin orantılılık teorisi bile, cezanın amaçları sorusuna tatmin edici bir şekilde cevap verememektedir. İrmak Koruculu, “Kısa Süreli Hapis Cezasının Seçenek Yaptırma Çevrilmesi Konusunda Hâkimin Takdir Yetkisi” Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 no 2 (2021), 202.

⁶⁴ Hans Kohlschütter, Entweder "Schuld des Täters" oder "Tatproportionalität" als Grundlage für die Strafzumessung, eine echte Alternative?: die Eliminierung der überindividuellen Denkfehler in der strafrechtlichen Irrtumslehre; ein Beitrag zur Faktorenanalyse des unwertproportionalen Quantums der strafwertigen Sanktion (Aachen: Shaker, 2001), 11, 57.

ve önleme arasında ortadan kaldırılması zor bir çelişkinin olduğunu göstermektedir. Uygulamada bu hususa yeterince dikkat edildiği de söylenemez. Bunun sebebi olarak; insanın içerisinde sürekli “cezanın her zaman kusurun derecesine uygun olması” gerektiği düşüncesi bulunmaktadır⁶⁵.

Cezanın belirlenmesi, kefarete olarak kabul edildiği takdirde cezanın bireyselleştirilmesi bakımından ceza hukukunun amacı noktasında hiçbir hukuki açıklaması kalmayacaktır. Bu nedenle devletin, cezalandırmayı hem hakların dengelenmesi (kefarete-ödetme) hem de cezalandırmanın amacına uygunluk (özel ve genel önleme) şeklinde düzenlemesi gerekir. Her ne kadar bu ikisi, çelişik olarak görülse bir dengelemenin söz konusu olması gerekir. Cezanın önleme amacı dikkate alındığı halde ödetme (kefarete) ikinci planda bırakılırsa cezalandırma yalnızca bir şekilde ibaret kalacaktır⁶⁶.

Belirtilen faktörler cezanın miktarının belirlenmesindeki şartlar içerisinde yer almaktadır. Sonuç itibarıyla, bu şartlar, Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/2-2’de sayılmışlardır. Bunların bir kısmı, cezanın bireyselleştirilmesine yönelik faktörler olarak değerlendirilmiştir. Diğer taraftan Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/1-2 de “özel önleme” başlığıyla kitaplarda yerini bulan konu mevcuttur. Gerçekte, failin cezaya karşı duyarlılığı da özel önlemenin bir görünüş şeklidir. Ancak dikkat edilmelidir ki özel önleme, cezaya karşı duyarlılığın aksine, cezayı artıran bir sebep şeklinde de kullanılabilir⁶⁷.

Cezanın belirlenmesi, sadece cezanın özel önlemeye yönelik bireyselleştirilmesi ile sonlandırılmaz. Hâkim, cezanın belirlenmesine yönelik tüm unsurları dikkate almalıdır (Tatproportionaliaetate). Hâkim, her bir faktörü değerlendirirken birini diğerine feda etmemelidir. Hâkim cezayı belirlerken kendisine sürekli şu soruyu sormalıdır: Fail için belirlediğim (bireyselleştirdiğim) ceza, aynı zamanda fiil açısından da orantılı bir ceza mıdır? Hâkimin buradaki hareket noktası; fiilin ağırlığı cezanın bireyselleştirilmesi konusunu sürekli ön

⁶⁵ Hans-Lüdwig Schreiber, “Widersprüche und Brüche in hetigen Strafkonzeptionen” ZStW, 94/2 (1982), 279.

⁶⁶ Gyu Im Sang, Operationalisierung der Strafzumessung: mit der Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldbegriffs (Göttingen: Cuvillier, 2000), 32.

⁶⁷ Sang, Operationalisierung der Strafzumessung, 150.

plana çıkarmalıdır (bireyselleştirme o kadar önemlidir) şeklinde olmalıdır. Bu yüzden, somut olayda failin kişiliğine ne kadar çok ulaşılabılırsa, onu tanıyabilirse ve bu şekilde onu daha iyi çözebilirse bireyselleştirme o kadar mümkün olacaktır⁶⁸.

Bruns'un bütünsel görünümü değerlendirme teorisiyle (Ganzheitsbetrachtung) toplamını değerlendirme kuralını birbirinden ayırmak gerekir. Bruns'ın teorisine göre somut olaydaki cezayı belirlerken kusurun ağırlığını ve derecesini bizzat ölçmek gerekir. Fail burada suçu oluşturan fiiline tekabül eden haksızlık içeriğini aşacak şekilde yani daha ağır bir cezayla karşılaşabilir⁶⁹. Toplamını değerlendirme durumunda hâkim olaya ve faile uygun olan bireyselleştirme faktörlerini dikkate alacak, diğerlerini ayrı tutacaktır. Bu şekilde bir sınırlama, failin lehine olabileceği gibi aleyhine de işleyebilir⁷⁰.

Almanya'da ilk defa Bruns tarafından hareket alanı teorisi savunulmuştur. Bu teoriye göre; cezanın belirlenmesinde failin lehine ve aleyhine ne kadar şart varsa tamamı değerlendirilecektir. Hareket alanı teorisine göre (*Spielraumtheorie*) cezanın amaçları arasında kusur ve kefaret birlikte vardır. Bu ikisi birbiriyle çelişmektedir. Biri cezanın daha şiddetli verilmesini gerektirirken diğer daha az ceza verilmesi gereğini ortaya koyar. Cezanın alt ve üst sınırlarını aşma yasağı, önleme amacının gerçekleşmesine engel olmaktadır. Tam tersine olarak kusur-kefaret prensibi cezanın, alt ve üst sınır arasında (makas), belirli bir alan (hareket alanı) içerisinde kalmasını gerektirmektedir. Bu sebeple bu teori; "Hareket Alanı Teorisi-Spielraumtheorie" olarak anılmaktadır⁷¹. Hareket alanı teorisine göre;

⁶⁸ Sang, Operationalisierung der Strafzumessung, 150.

⁶⁹ Eckhard Horn, "Wider die doppelspurige Strafhöhenzumessung", Festschrift für Friedrich Schaffstein ed. Günter Grünwald, (Göttingen: Göttingen Schwartz, 1975), 241; Christopher Erhard, "Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in 46 StGB verwendeten System-kategorie Schuld", (Berlin: Duncker and Humblot, 1992), 46.

⁷⁰ Sang, Operationalisierung der Strafzumessung, 151.

⁷¹ "Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme) tarafından savunulan ve öğretilde de hâkim olan "hareket alanı teorisine" göre; suçun kanuni tanımında öngörülen ceza çerçevesinde münferit davalarda suçluluğa uygun olan ceza belli bir noktada sabit değildir. Bruns bunu ikna edici bir şekilde göstermiştir: "Bir ilk derece mahkemesinin hiçbir yargıcı, belirli bir davada kendisi tarafından

cezanın sınırları, kusur prensibine göre belirlenecektir⁷². Cezanın amaçları arasındaki çelişkiyi, harmonik bir şekilde birleştirme amaç edinilmiştir. Literatürde Spindel, Hippel ve Berner bu teoriyi izaha çalışmış⁷³, içtihatlara bakıldığında da OLG Jena (Jena Yüksek Eyalet Mahkemesi) buna uygun karar vermiştir⁷⁴. Mahkemenin bu kararında esasen kusurun, cezanın belirlenmesinde tek belirleyici unsur olmadığı ifade edilmiştir. Bu teori birçok sorunun sorulmasına neden olmuştur. Bunlardan ilki, cezanın belirlenmesi çerçevesi içerisinde gerçekten hareket alanı olarak ifade edilebilecek objektif bir yol var mıdır, yoksa ortada sübjektif belirsizlik mi söz konusudur. İkinci soru, bu hareket alanının ne kadar geniş olduğuyla ilgilidir. Bu çerçeve içinde cezanın belirlenmesinde üst sınır failin ne kadar ömrünün kaldığına da bağlı

verilen cezanın tek doğru ceza olduğunu asla varsaymaz." Hareket alanı teorisi, hangi biçimde olursa olsun, öncelikle ceza verme sürecinin esası olan kusur ilkesine dayanmaktadır. Hareket alanı veya kusur çerçevesi teorisi, yasama organı tarafından belirlenen ceza çerçevesi içinde, suçluya uygun ceza arasında belirli bireysel kusur için bir çerçeve olduğu görüşünü benimsemektedir. Kusur tam olarak değerlendirilemeyeceği için kusurluluk çerçevesi içinde her zaman cezanın kesinlikle suçluya uygun olduğu bir bölüm ve sınırlarda gri bir alan bulunmaktadır. Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 116; Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 175; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 167.

⁷² Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 105.

⁷³ Berner'a göre; "Cezanın adil cezalandırma niteliğine sahip olması için belli bir miktar duygusal ıstırap gerekir. Daha fazlasıyla intikama dönüşür, daha azıyla suç ortaklığı olur her iki durumda da adaletsizlik olur." Berner hareket alanı teorisini; "Cömertlikten müsrifliğe, tutumludan cimriye dönüşmek için belli bir servetle ne kadar harcama yapılması gerektiği kesin olarak belirlenemez. ...Ancak aşılması gereken bir nokta vardır; ama aynı zamanda bir sağduyu ve serbest dolaşım alanı da bulunmaktadır. Aynı şekilde, cezalandırıcı adalet kavramı da talep ettiği duygusal ıstırapın miktarı ile ilgilidir. Bu miktar kesinlikle kesin değildir, ancak maksimum ve minimum arasında yer alır. Hakimler ve kanun koyucular cezayı bu iki sınır içinde artırıp azalttığı sürece adaleti yerine getirmeye devam ederler. Adalet, ceza miktarının belirlenmesi için burada manevra alanı bırakmaktadır." şeklinde açıklamaktadır. Andreas Harald Aure, "Theorie Der Strafe Bei Albert Friedrich Berner," *Forum Historiae Iuris, Erste Europäische Internetzeitschrift Für Rechtsgeschichte*, 16 Nisan 2002, <http://www.Rewi.HuBerlin.De/Fh1>, paragraf 157-158-159; Koruculu, "Seçenek Yaptırım" 198.

⁷⁴ HRR 1930 Nr 1079.

olabilmektedir⁷⁵. Bu açıdan hareket alanı sınırlarının 20-30 yıl veya 10-15 yıl gibi tespit edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁷⁶.

Sonuç itibariyle bu teori, diğer teorilerle⁷⁷ mukayese edildiğinde cezanın belirlenmesinin dogmatik açıdan iyileştirilmesini ortaya koymaya çalıştığı görülmektedir. Cezanın belirlenmesinin kusur gibi kesin ve tek bir noktaya endekslenemeyeceği, birçok unsurun burada etken olduğu ve bunların da her seferinde değerlendirmeye katılması gerektiği fikri, öğretilerde bu teorinin daha fazla yazar tarafından savunulmasına neden olmaktadır⁷⁸.

Alman Temyiz Mahkemesi (BGH), cezanın belirlenmesiyle ilgili değerlendirmesini genellikle cezanın failin kusuruyla orantılı olup olmadığı noktasında yapmaktadır. Somut olayda, cezanın sınırlarına dikkat edilip edilmediği, bu sınırlara uymamanın hata olarak kabul edildiği ve önleme amacının ön plana alınarak değerlendirildiği bir inceleme yapmaktadır. Bruns'a göre "cezanın miktarının belirlenmesi, tamamen olay hâkiminin işidir". Federal Mahkemenin kanun yolu incelemesinde bunu tekrar değerlendirmemelidir. Bu çerçevede, hareket alanı teorisi (*Spielraumtheorie*), cezanın belirlenmesine yeni bir bakış açısı kazandırmıştır⁷⁹.

Mağduriyetin dengelenmesi⁸⁰ düşüncesi, kusura göre cezalandırmanın, failin cezaya karşı duyarlılığına göre farklı olabileceğini ortaya koymaktadır⁸¹. Buna

⁷⁵ Örneğin 15 yıldan müebbet hapse kadar uzanmak gibi.

⁷⁶ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 106.

⁷⁷ "Alman ceza hukukunda cezanın belirlenmesi konusunda, birleştirme, dağıtma ve değerlendirme gibi teoriler mevcuttur. Bunlar cezanın belirlenmesi konusundaki ilke ve kriterlerin veya çifte değerlendirme yasağının birlikte veya ayrı ayrı değerlendirilmelerini savunan görüşlerdir".

⁷⁸ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 106-108; Dreher, Tröndle ve Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 271; Jescheck ve Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 704.

⁷⁹ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 109.

⁸⁰ Alman hukukunda "Gerechte Schuldausgleich" şeklinde ifade edilmektedir.

⁸¹ Kusurun denkleştirilmesi bağlamında daha makul görünen gerekçe cezaya hassasiyettir. Cezaya hassasiyet kavramının odağında, türü ve miktarı itibariyle belirli bir cezanın her fail açısından aynı ağırlıkta hissedilip hissedilmeyeceği sorusunu yer almaktadır. Cezaya hassasiyet esasında adli para cezasına yabancı bir kavram değildir. Adli para cezasının gün para cezası sistemi ile

göre; aynı kusura aynı cezanın değil, faile aynı ağırlığı hissettirecek ceza verilmelidir. Başka bir ifadeyle cezanın failin kusuruna göre belirlenmesinin temelinde faile objektif olarak aynı cezanın verilmesi değil, sübjektif olarak failde aynı etkiyi (yükü) gösterecek cezanın belirlenmesi yatar. Ulaşılan bu netice doktrin ve içtihatlarda genel olarak kabul görmektedir⁸². Henkel'e göre; cezaya hassasiyetle (duyarlılık) cezaya yatkın olmak arasında, önemli fark bulunmaktadır. Buna göre; cezaya yatkınlık, özel önleme açısından üzerinde durulması gereken bir konudur⁸³. Bu düşünce, kanunun para cezasının belirlenmesi konusundaki düzenlemelerine yansımamıştır. Bu yüzden de aynı kusur durumunda, farklı ekonomik durumları söz konusu olan kişiler için cezanın yükünü dengelemek (eşitlemek) anlamında failin bu cezaya hassasiyetini de dikkate alarak karar vermek adına adli para cezasında gün para cezası sistemini kabul etmiştir⁸⁴.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın belirlenmesinde de kusurun yanında failin cezaya hassasiyeti de dikkate alınacaksa bu alanda da artık kusur, cezanın belirlenmesinde tek kriter olmaktan çıkmıştır. Artık cezanın belirlenmesinde kusurdan başka faktörler de etkilidir. Örneğin adli para cezası olarak gün para cezasında bir gün karşılığı olarak belirlenecek para miktarının failin ekonomik durumunda göre tespit edilmesi, hakkaniyete daha uygun bir rakamın

belirlenmesi aynı cezanın her kişiye aynı şekilde etki etmediğinin kabul edildiğini göstermektedir. Adli para cezası belirlenirken önce failin kusurunun ağırlığına göre – TCK m. 61 uyarınca – tam gün sayısı belirlenmeli ve ardından failin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının belirlenmelidir. Son olarak bu ikisi çarpılarak adli para cezasının miktarı elde edilir. Sonuç olarak hesaplanan adli para cezasının miktarı, aynı gün sayısı belirlenmiş farklı ekonomik durumda bulunan kişiler için farklı olacaktır. Böylelikle farklı ekonomik koşullarda bulunan failer hakkında onları eşit ölçüde etkileyecek – yük getirecek bir adli para cezasının belirlenmesi mümkün olur. Ali Rıza Çınar, “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar” *Terazi Hukuk Dergisi*, 11/118 (2016), 31.

⁸² Schönke, Schröder ve Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Rdn.54.

⁸³ Heinrich Henkel, “*Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe*” Kuchinke K (Hrsg) *Rechtswahrung und Rechtswicklung*, Festschrift für Heinrich Lange zum 70 (München: Geburtstag, 1970), 179.

⁸⁴ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 139.

belirlenmesine neden olacaktır⁸⁵. Federal Mahkeme, içtihadında açık bir şekilde failin cezaya hassasiyetini (duyarlılığını) dile getirmiştir⁸⁶. Federal Mahkeme, içtihatlarında sıklıkla kusurun karşılaştırılmasından ve kusurların dengelenmesinden açıkça bahsetmektedir. Bu açıklamalar, cezaya karşı hassasiyeti (duyarlılığı) yüksek olan faillere daha hafif cezaların verilmesinin yeterli olacağı düşünülmektedir⁸⁷.

E. Cezanın Amacına Uygunluk

Cezanın belirlenmesindeki önemli ilkelerden biri de cezanın amacına uygunluktur. Alman ceza hukukçusu **Jescheck'e** göre cezanın amacı, *“failin kusurunun karşılığını ödetmek, hukuk düzeninin bozulmaksızın sürmesine katkıda bulunmak, toplumun hukuk şuurunu kuvvetlendirmek ve başka kişilerin suç teşkil eden fiilleri işlemelerine engel olmaktır”*⁸⁸.

Alman İnfaz Kanunu'nun (Strafvollzugsgesetz) *“İnfazın Amacı (Görevi)”* başlıklı 2. maddesinde; *“Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında, hükümlüye gelecekte suç işlemeden sosyal sorumluluğu idrak etmiş bir yaşam sürebilme yeteneği kazandırılması gerektiği; hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının aynı zamanda toplumun işlenmesi muhtemel suçlardan korunmasına da hizmet edeceği”* belirtilmiştir.

Bruns'un, Frisch'i eleştirdiği esnada belirttiği üzere, kusurun temelinde yatan imkânsızlığa karşın kusuru ölçmeyi denemiştir. Bruns, Frisch'in reddettiği ancak bazı yazarlar tarafından savunulan önleme teorisine atıfta bulunmaktadır. Kusurun temelinde yatan düşünceyi *“başka türlü davranabilme”* olarak görmektedir. Bruns'a göre, kusurun başka bir şekli bulunmamaktadır. Kusurun her halini failin kişiliğiyle ilişkilendirmek güçtür ve ayrıca böyle bir yaklaşım doğru da değildir. Uzun bir zamandır haksızlığın ve kusurun ölçülebilir olduğu (artıp azalması), kabul edilmektedir. Failin doğrudan kişiliğiyle ilgili olan kesim

⁸⁵ Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 197; Schönke, Schröder ve Stree, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Rdn.54; Dreher, Tröndle ve Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 309.

⁸⁶ BGHSt 7, 28.

⁸⁷ Schäfer, Sander ve van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, 139.

⁸⁸ Jescheck, *Ceza Hukukuna Giriş*, 62.

ve failin somut olayda gerçekleştirmiş olduğu fiille ilgili olan kesim şeklinde ayırım yapılabilir⁸⁹.

Cezanın belirlenmesinde cezanın amacının önemi her zaman kabul edilmiştir. Bu sayede fiille orantılı en haklı (hakkaniyete uygun) cezanın tespitinin gerçekleştirilmesidir. Cezanın orantılılığı (haklılığı), ona hangi açıdan bakıldığıyla ilgili olarak değişkenlik gösterecektir. Orantılı bir cezanın belirlenmesiyle hedeflenen amacın ne olduğunun bilinmesi durumunda var olan olaya nasıl bir uygulama yapılacağına dair soruların çözümü daha kolay olacaktır. Somut olayda cezanın belirlenmesi sürecinde nelerin etkili olacağı ve bu konuların nasıl değerlendirileceği daha isabetli olarak tespit edilebilecektir. Burada evleviyetle hukuk sosyolojisi ve dogmatik açıdan cezanın amacı değil, aksine dar anlamda cezanın amaçlarının cezanın belirlenmesine etkili olduğuna dikkat edilmelidir. Burada ilgi konusu olan şey, ceza tehdidinin amacı, cezanın belirlenmesi ile cezanın infazının arasındaki ilişkinin ortaya konulmasıdır. Cezanın değişik amaçları arasında, özellikle somut olaydaki özelliklerin göz önüne alınması durumunda, çelişkili bir hal ortaya çıkabilecektir. Başka bir deyişle cezanın bir amacı, cezanın belirlenmesini (ceza verilmesini) gerektirirken başka bir amacı bunu yasaklayabilmektedir⁹⁰.

Bir taraftan genel önleme nedeniyle cezanın amacı caydırıcı olması gerekirken diğer taraftan infaz ise özel önleme anlamında sosyalleştirici (ıslah) etkide olmalıdır. Bu ikisi birbiriyle çelişki oluşturmaktadır. Cezanın üç amacının (genel önleme-özel önleme-sosyalleştirme-ıslah) gerçekleştirilmesini, üç adalet organına (kanun koyucu-hâkim-infaz makamı) veren teori reddedilmektedir. Cezanın belirlenmesi anlamında bu çelişkili durumun, somut olayda ortaya konulması mümkün olan ve kontrol edilebilir olan amaca öncelik tanınmak suretiyle çözülmesi gerekmektedir⁹¹.

⁸⁹ Hans Jurgen Bruns, *Neues Strafzumessungsrecht?: "Reflexionen" über eine geforderte Umgestaltung* (Köln, Berlin, Bonn, München Köln: Heymann, 1988), 48.

⁹⁰ Heinz Müller-Dietz, *Probleme des modernen Strafvollzuges Möglichkeiten und Schranken eines behandlungsorientierten Vollzuges* (Berlin: De Gruyter, 1974), 1; Dreher, Tröndle ve Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50.

⁹¹ Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 81.

Alman Anayasa Mahkemesi, bununla ilgili verdiği kararında⁹² kabul ettiği gibi bir dağılım şemasından hareket etmek gerekir. Bu karara göre; failin sosyalleştirilmesi (ıslahı) yanında, önleme, orantılılık (hakkaniyete uygunluk), kefare, misilleme (karşılık verme) yer alacaktır. Hâkim belli bir cezayı tercih etmekle birlikte (belirlemekle) bu amaçların bir kısmını diğerlerine göre daha ön plana çekmektedir. Suç işlenmesinin önlenmesi için kefare (ödetme) veya kusurla orantılı bir ceza, tercih edilmelidir. Burada haksızlığın misillemesi, (ödetilmesi) ön plana çıkmaktadır. Özel önleme ise failin olumlu bir şekilde sosyalleşmesi, ıslah etme (iyileştirme), eğitim ve tedavi yöntemleriyle, failin sınırlandırılma suretiyle fail tarafından suçun bir kez daha işlenmesinin engellenmesidir. Genel önleme ise faili cezalandırmak suretiyle halkın diğer kesiminin (henüz suç işlememiş) hukuk bilincinin (hukuka olan inancının) olumlu yönde güçlendirilmesi, henüz suç işlememiş ancak işlemesi muhtemel potansiyel diğer failere gözdağı vermek suretiyle caydırıcılık sağlanmasıdır⁹³.

Kusur prensibi, çift etki yaratmaktadır. Bir taraftan ödetme (kefare), diğer taraftan kusurun büyüklüğüne göre orantılılık olarak izah edilebilir. Kefare, çok ağır ceza verilmesini gerektirirken kusur ise orantılı ceza tayinini icap ettirir. Bu çelişki; cezanın üç amacının birbirinden tamamen farklı olması sebebiyle cezanın belirlenmesinde sorun ortaya çıkarmaktadır. Cezanın amaçlarından her biri, sadece cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğini ortaya koymakla kalmayıp cezanın başka türlü belirlenme olasılığını da yasaklamaktadır. Bu çelişik durum, tüm cezanın amaçlarının tamamını göz önünde bulundurmamak suretiyle bir ceza belirlenmesi yoluna gitmek suretiyle çözülemez. Ya da cezanın her bir amacının somut olayda orantılı bir şekilde kullanılmasıyla da çözülemez. Cezanın amaçlarının tamamını birleştiren bir teorinin kullanılması (birleştirme teorisi) da mümkün değildir. Bugün artık, dağıtma teorisi yerine, derece veya konumun değerlendirilmesi (ölçülmesi) teorisi geliştirilmiştir. Buna göre cezanın amacı üç adalet organına dağıtılmamıştır. Cezanın belirlenmesinde kendini gösteren kusur prensibine göre cezanın belirlenmesi, ek cezalar ve tedbirler açısından ise (StGB m.47 vd.) önleme teorisinin dikkate alınmasını gerektirmektedir⁹⁴.

⁹² BVGE Band 45, 187: NJW 1977, 1531.

⁹³ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 83.

⁹⁴ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 84-86.

Cezanın amacındaki çelişki, cezanın belirlenmesinden öte birden fazla cezaya hükmedilmesi durumunda daha fazla önem kazanmaktadır. Birden fazla cezaya hükmet gerektiğinde her bir cezada farklı cezalandırma amaçlarına göre belirlenmeleri ne kadar mümkün olacaktır. Bu sorunun cevaplanması oldukça meşakkatlidir. Alman Ceza Kanunu (StGB) m.41'e göre hapis cezasının yanında hükmedilen para cezası açısından herhangi bir zorluk ve sorun söz konusu değildir. Hapis ve para cezası yanında, ehliyetin alınması, kusurla orantılı ceza ve uyarı fonksiyonu göz önüne alınarak belirlenmelidir. Aynı açıklamalar asıl ceza yanında Alman Ceza Kanunu (StGB) m.74'e göre eğitim tedbirine hükmedilmesi söz konusu olduğunda da geçerlidir⁹⁵.

Ceza hukuku İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ceza hukukunun temel sorunları açısından kendini yenilemiştir. Ceza hukuku, cezanın belirlenmesinde etkili ceza amaçlarını ortaya koymaya çalışmıştır. Bunun neticesi olarak içtihatlardaki ifadesini; BGH'nin *"haklı bir cezanın ölçüsü ve sınırı kusura göre belirlenir"*, şeklindeki kusur prensibinde bulmuştur. Cezanın önleme ve sosyalleştirme anlamındaki amacı; cezanın hafif tutulması, mümkünse ceza verilmemesi bunun yerine ıslah tedbirleri uygulanması anlamında kendini göstermektedir. Başka bir ifadeyle kusur ilkesi, önleme kapsamında (amacında) ve hareket alanı teorisi çerçevesinde (Spielraumteori) dikkate alınacaktır. Alman Yargıtayının (Federal Mahkeme) (BGH) 3, 179 kararı cezanın belirlenmesinin temel prensiplerini belirlemektedir. Fiilin, ihlal ettiği hukuk düzeni açısından anlamını ve failin kişisel kusurunun derecesini ortaya koymaktadır. Bu karara göre cezanın belirlenmesine ilişkin konular, cezanın amacına da uygun olmalıdır. Sonuç olarak; birinci sırada kefaret, karşılık verme (misilleme) amacı, sonra da sırasıyla caydırıcılık, eğitim ve iyileştirme (ıslah) amaçları gündeme gelmektedir⁹⁶. Ceza hukukunda ceza birçok amaca hizmet etmektedir, bunların hepsini hâkimin göz önünde bulundurması gerekir⁹⁷. Ancak bunun cezanın belirlenmesinde çelişkili olduğunu da belirtmek gerekir. Somut olayda hakim, hangi amacı

⁹⁵ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 87.

⁹⁶ BGH GA 1955, 211.

⁹⁷ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 89.

önceleyebileceğini iyi tartmalıdır. Yoksa her bir amaca hizmet edecek ve onu karşılayacak bir ceza belirlenmesi mümkün de değildir.

Özel önleme yanında, diğer potansiyel suç işleyecek kişiler açısından genel önleme (onlara ibret veya örnek olma) amacını da taşımaktadır⁹⁸. Cezanın belirlenmesinde, kusurun birinci derecede önemli olduğu düzenlemesine karşın Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme) içtihatlarını değiştirmemiştir. Mahkeme önceden de bu ilkeye dayanmaktaydı. Mahkeme bir kararında⁹⁹, hareket alanı teorisini (Spielraumtheorie) kabul etmiş ve önleme amacının uygun cezanın belirlenmesine yeterli olamayacağını vurgulamıştır. Buna göre cezanın, failin gelecekteki yaşantısı üzerindeki etkisi değerlendirilecektir. Burada kanun, buna uygun ceza amaçlarını tarif etmektedir. Bunlar; iyileştirme, tedavi etme, engelleme ve güvenlik şeklinde sıralanabilir. Özellikle cezaya bağlanan diğer tedbirler ve ek cezalar m.47 vd. gibi gündeme gelmektedir. Özel önlemenin ve doğal olarak cezanın bu anlamdaki amacının pozitif ve negatif etkileri ayrımı yapılmalıdır¹⁰⁰. Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/1'deki cezanın belirlenmesi kriterinin kabulü ve m.47 vd. sosyal entegrasyon (yeniden sosyalleştirme-ıslah) prensibi, kanun koyucunun kusur prensibi yanına koyduğu önemli bir önleme amacıdır¹⁰¹.

Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 46/1'de özel önlemenin gerekçesi, "Sosyalizasyon" (sosyalleştirme) olarak ifade edilmektedir. Sosyalizasyon yönünden bakıldığında cezanın daha hafif belirlenmesi gündeme gelecektir ve failin lehine bir durum oraya çıkar. Özel önleme hedefinin, kusur prensibinin amacını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, bu amaca engel olup olmayacağı tartışmalıdır¹⁰². Cezanın belirlenmesindeki özel önleme amacı esasında doğrudan sosyalizasyonu (sosyalleşmeyi) hedeflemez. Tam tersine Islah etme (iyileştirme), tedavi etme, suç işlemesini engelleme ve güvenlik gibi konular da dikkate alınmalıdır. Somut olayda bunlardan hangilerinin diğerlerine göre daha önemli

⁹⁸ BGH 6, 127.

⁹⁹ BGH 20, 267.

¹⁰⁰ BGH 24, 40.

¹⁰¹ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 94.

¹⁰² Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 94.

olup ön plana çıktığı araştırılacaktır. Bir ceza ile bu amaçlara ulaşıp ulaşılamayacağı ya da hangi düzeyde ulaşılabileceği, özel önleme amacı olarak cezanın miktarına etki edecektir. Bu şekilde, cezanın sürekli daha az miktarda olmasını öngördüğünden her zaman doğru sonuca götürmeyecektir¹⁰³.

Cezanın, diğer potansiyel failer açısından uyarı amacı Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/1'in açık ifadesine dayandırılmaktadır. Birincisi hukuk düzeninin korunması ve ikincisi diğer kişilerin suç işlemesinin önlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu amaç, hukuk düzenini bir bütün olarak görüp, toplumu suçtan koruma maksadını ön planda gören yazarlar tarafından savunulmuştur¹⁰⁴. Genel önleme amacı (Generalpraevention), gelecekte suç işleme potansiyeli olan kişileri engelleyecek düzeyde bir cezanın (ceza miktarının) belirlenmesini hedefler. Bu, her zaman cezanın diğer insanlara kötü etkide bulunması anlamına gelmez. Bir cezanın, sadece belli potansiyel fiillere yönelmesi yeterli olup mutlaka toplumun tamamına hitap etmesi gerekmez. Burada, genelin önlenmesinden değil diğerlerinin önlenmesinden bahsedilir¹⁰⁵. Genellikle pozitif ve negatif ayrımlarından çok, toplumun diğer kesiminin suç işlemesinin önlenmesi şeklinde, hukuk düzeninin korunmasından bahsedilmektedir¹⁰⁶.

Genel önleme amacının, kusur prensibi içerisinde değerlendirilmesi durumunda, bu amaç çoğu zaman geçersiz olmakta, kusur prensibi içerisinde erimektedir. Genel önleme amacına yönelik cezanın belirlenmesi, çoğu zaman dikkate alınmamakla birlikte bazı şartları gerektirmektedir. Özellikle somut olaydaki özel şartlar her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Cezanın, genel önleme maksadına yönelik olarak belirlenmesi noktasında ortaya çıkacak başka bir durum da o suçun yayılması tehlikesidir. O suçun, o bölgede işlenme sıklığı bu anlamda ilk akla gelmektedir. Alman Yargıtayı (Federal Mahkeme); 1980'li yıllarda verdiği kararlarla genel önleme ile de meşgul olmaya başladığını ortaya koymuştur. Genel önlemeye, somut olayın özellikleri içerisinde failin kişiliğinin değerlendirilmesi de dâhil olmaktadır. Çünkü diğerlerinin önlenmesi açısından

¹⁰³ Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 96.

¹⁰⁴ Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeine Teil Lehrbuch* (Tübingen: Mohr, 1975), 53, 59.

¹⁰⁵ BGH 17, 324.

¹⁰⁶ Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 98.

halen yargılanan ve cezalandırılan kişinin özellikleri de önemlidir¹⁰⁷. Genel önleme prensibi açısından, üçüncü kişilerin suça karşı duyarlılıkları ve hukuk düzeninin korunması konusunda, toplumun inancının sarsılmasında, failin ortak kusuru bulunmaktadır. Bu sonuç, Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/2 çerçevesinde neden olunan sonuçlar içerisinde cezanın belirlenmesine etki edecektir¹⁰⁸.

Cezanın amacı üzerine, Schmidhauser'in şu değerlendirmesi konuyu özetlemesi açısından son derece yerinde olmuştur: *"Adalet uğruna ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, mümkün olduğunca adil olmalıyız. Kefaret uğruna da ceza veriyor değiliz, ama ceza veriyorsak, kefareti algılama da olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri iyileştirmek için ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, hükümlü kendine ve başkalarına güvenini tekrar kazansın ve iyi yola girsin diye her şeyi yapmalıyız"*¹⁰⁹. Onarıcı adalet ilkesi çerçevesinde bu ifadeler *"faile, mağduru tatmin etmek için ceza vermiyoruz ancak faile ceza veriyorsak bir taraftan da mağdurun durumunu iyileştirerek bunu yapabiliriz"* tümcesi eklenebilir.

SONUÇ

Alman ceza hukukunun yaptırımlar düzeni, *"çift izli"* (die Zweispurigkeit) yaptırımlar şeklindedir. Başka bir deyişle yaptırımlar; cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşmaktadır. Ceza, çoğu zaman kendisinden özel ve genel önleme ödevini yerine getirememektedir. Bu nedenle ceza hukukunda bir başka yaptırım olan güvenlik tedbirlerine ihtiyaç duyulur. Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch-StGB) cezalar; asli ceza ve ek ceza ayrımı bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 38 ve 39'da hapis cezası; madde 40, 41, 42'de ise adli para cezası yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) 38. maddede müebbet hapis cezası düzenlenmiş, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına yer verilmemiştir. Alman Ceza Kanunu (StGB) madde 40'ta gün para cezası düzenlenmiştir. Buna göre adli para cezası gün hesabına göre belirlenir. Kural olarak adli para cezasının alt ve üst sınırları; 5 ile 360 gün arasındadır. Adli para cezası belirlenirken bir günün para miktarı olarak karşılığı, failin sosyal ve ekonomik durumuna göre tespit edilir.

¹⁰⁷ BGH NJW 1955, 30.

¹⁰⁸ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 101-104.

¹⁰⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, Ceza Hukuku, 544.

Cezanın belirlenmesi, Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB) m.46 ve 46A'da düzenlenmiştir. Mevzuatta çok detay düzenleme bulunamamasına karşın Alman ceza hukukunda cezanın belirlenmesi, çok önemli bir yer işgal etmektedir. Yargı kararlarında ve literatürde bu konuda özellikle 1980'li yıllardan bu yana daha geniş tartışmalar yapılmaktadır. Alman ceza hukukunda da evrensel diğer hukuklarda olduğu gibi cezanın belirlenmesi kusur ilkesi üzerine inşa edilmektedir.

Kanunilik ilkesi tüm ceza hukuku sistemlerinde (karşılaştırmalı hukukta) vazgeçilmez ve her zaman ilk olarak ifade edilen ilkedir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi cezanın belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB) m. 46, cezanın belirlenmesini düzenlemiştir. Bu maddede cezanın belirlenmesi, artırılıp indirilmesinin mutlaka kanuna göre olacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. TCK m. 61/10'a göre; *"Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir."* Alman Ceza Kanunu m. 46'da böyle bir hükmün bulunmaması, eksiklik değildir. Ceza hukukundaki kanunilik prensibi zaten TCK m. 61/10 hükmünü karşılamaktadır. Bu nedenle bu fıkra olmasaydı da kanuni dayanak olmadan cezaların artırılıp eksiltilmesi mümkün olmazdı.

Cezanın belirlenmesinde gerekçe gösterilmesi, Alman hukukunda cezanın belirlenmesi ilkelerindendir. Cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlerden hangilerinin açıklanmamasının temyiz nedeni kabul edilebileceği, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung-StPO) m.267/3-1'in karakterinin ve amacının ne olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Mahkemenin, cezayı belirlerken kullandığı kriterlerin önemli olanları hakkındaki görüşlerinin gerekçede yer alması gerekir.

Alman Ceza Kanunu'nun 46/3. maddesinde ilk kez 1970 yılında düzenlenmiştir. Buna göre: *"Suçun kanuni unsuru mahiyetinde olan konular cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz."* Alman Ceza Kanunu (StGB) suçun nitelikli hallerini oluşturan hususların cezanın belirlenmesinde kriter olarak yeniden kullanılamayacağını düzenlemiştir. Alman ini ve (Rechtslehre) ve uygulaması (Rechtssprechung) bu konuda çifte değerlendirme yasağının varlığını kabul etmektedir.

Ceza; failin kusuruyla orantılı olarak ödetici, korkutucu niteliğiyle suç işleme eğilimi olanı caydırıcı, yerine getirilmesiyle (infazı) diğer insanlar bakımından ibret verici, suç işleyeni iyileştirici (ıslah edici) ve yeniden suç işlemekten önleyici nitelikte olmalıdır. O nedenle ceza miktarı belirlenirken cezanın bu özellikleri gözetilmelidir. Suç ile ceza arasında belli bir oran bulunmalı ve ağır suça ağır ceza, hafif suça hafif ceza verilmelidir. Bu özellik ödetme (kefare) anlayışının bir sonucu olarak görülmekle birlikte cezada etkililik ilkesi bakımından gereklidir. Bu anlamda ceza, suç işleyen failin tekrar suç işlemesini önleyecek etkiye sahip olmaktan başka, toplumun diğer fertlerini de suç işlemekten caydırmalıdır.

Cezanın belirlenmesindeki önemli ilkelerden biri de cezanın amacına uygunluktur. Cezanın belirlenmesinde cezanın amacının önemi her zaman kabul edilmiştir. Bu sayede fiille orantılı en haklı (hakkaniyete uygun) cezanın tespitinin gerçekleştirilmesidir. Cezanın orantılılığı (hakkınlığı), ona hangi açıdan bakıldığıyla ilgili olarak değişkenlik gösterecektir. Orantılı bir cezanın belirlenmesiyle hedeflenen amacın ne olduğunun bilinmesi durumunda var olan olaya nasıl bir uygulama yapılacağına dair soruların çözümü daha kolay olacaktır. Somut olayda cezanın belirlenmesi sürecinde nelerin etkili olacağı ve bu konuların nasıl değerlendirileceği daha isabetli olarak tespit edilebilecektir

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Albrecht, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalitaet*. Berlin: Duncker and Humblot, 1994.
- Andreas Harald Aure. "Theorie Der Strafe Bei Albert Friedrich Berner." Forum Historiae Iuris, Erste Europäische Internetzeitschrift Für Rechtsgeschichte, <http://www.Rewi.HuBerlin.De/Fh1> E.T. 6.12.2024
- Arslan, Memduh. "Vergilendirmede Sahte Belge Kullanımına Verilecek Hapis Cezasının Belirlenmesi." Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2015): 29-50.
- Baba, Yasemin. *Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Baumann, Jurgen. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking, 2007.
- Bruns, Hans Jurgen. "Zur Tragweite des Verbots der Doppelverwertung von Strafmildungsgründen." *Juristische Rundschau*, 6 (1980), 226-228.
- Bruns, Hans Jurgen. *Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis*. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1985.
- Centel, Nur, Hamide, Zafer ve Özlem, Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2023.
- Çınar, Ali Rıza. "Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar." *Terazi Hukuk Dergisi* 11/118 (2016): 28-40.
- Çolak, Haluk ve Uğurtan Altun. *Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2007.
- Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Dreher, Eduard, Herbert Tröndle ve Thomas Fischer. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C.H. Beck, 2011.
- Dreher, Eduard. "Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen." *JuristenZeitung*. 5 no 6 (1957), 155-158.

- Erhard, Christopher. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in 46 StGB verwendeten System-kategorie "Sculd"*. Berlin: Duncker and Humblot, 1992.
- Exner, Franz. *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*. Leipzig: Keip, 1931.
- Götting, Bert. *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis: eine empirische Untersuchung anhand der Strafoverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*. Frankfurt am Main 1997.
- Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Heinrich Henkel. "Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe." Kuchinke K (Hrsg) *Rechtswahrung und Rechtswicklung, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Münden: Geburtstag, 1970*), 179-195.
- Hoegel, Hugo. *Gesamtreform der oesterreichischen Strafrechts*. Leipzig: W. Engelmann, 1909.
- Horn, Eckhard. "Wider die «doppelspurige Strafhöhenzumessung." Festschrift für Friedrich Schaffstein ed. Günter Grünwald. Göttingen: Göttingen Schwartz, 1975.
- Horn, Karl. *Entwicklung der Strafzumessungbestimmungen in den Entwürfen eines deutschen Reichstrafgesetzbuches Worms*. Berlin, 1932.
- İçel, Kayıhan ve Feridun Yenisey. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1994.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*. Çev. Feridun Yenisey. İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.
- Kleinknecht, Theodor ve Meyer-Gossner, Lutz. *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen (Beck'sche Kurz-Kommentare)*. München: Verlag C.H. Beck, 1997.
- Kohlschütter, Hans. *Entweder "Schuld des Täters" oder "Tatproportionalität" als Grundlage für die Strafzumessung, eine echte Alternative? : die Eliminierung der überindividuellen Denkfehler in der strafrechtlichen Irrtumslehre; ein Beitrag zur Faktorenanalyse des unwertproportionalen Quantums der strafwertigen Sanktion*. Aachen: Shaker, 2001.

- Koruculu, Irmak. "Kısa Süreli Hapis Cezasının Seçenek Yaptırımı Çevrilmesi Konusunda Hâkimin Takdir Yetkisi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/2 (2021), 275-294.
- Köhler, Michael. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Heidelberg: Springer, 1997.
- Michael Hettinger, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrah-menbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)*. Berlin: Duncker and Humblot, 1982.
- Müller-Dietz, Heinz. *Probleme des modernen Strafvollzuges Möglichkeiten und Schranken eines behandlungsorientierten Vollzuges*. Berlin: De Gruyter, 1974.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Öznur Sevdiren, "Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, 6/15 (2011), 103-129.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Sang, Gyu Im. *Operationalisierung der Strafzumessung: mit der Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldbegriffs*. Göttingen: Cuvillier, 2000.
- Sauer, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre, der Grundlagen des Strafrechts*. Berlin: De Gruyter, 1955.
- Schäfer, Gerhard, Günther M Sander ve Gerhard van Gemmeren. *Praxis der Strafzumessung*. München: C.H.Beck, 2008.
- Schäfer, Gerhard. "Referat für die strafrechtliche Abteilung des 58. Deutschen Juristentages am 19. September 1990." *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Band 2 (Sitzungsberichte), Teil L*. München, 1990.
- Schall, Hero ve Gesa Schirmacher. "Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes", *Jura* (1992): 514-519, 624-631.
- Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht Allgemeine Teil Lehrbuch*. Tübingen: Mohr, 1975.
- Schönke, Adolf, Horst Schröder, ve Stree Walter. *Strafgesetzbuch Kommentar* (München: C.H. Beck, 2001).
- Schreiber, Hans-Lüdwig. "Widersprüche und Brüche in hetigen Strafkonzeptionen", *ZStW*, 94/2 (1982): 279-298.
- Silvia Tellenbach, "Alman Hukukunda Şeriat", *Çev. Ahmet Mumcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 22/84 (2009): 298-307.

- Streng, Franz. *Strafrechtliche Sanktionen*. Berlin: Kohlhammer, 1991.
- Toroslu, Haluk. *Ceza Müeyyidesi*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2010.
- Warda, Günther. *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*. Köln: Heymann, 1962.
- Yavuz, Can. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 32/145 (2019), 13-52.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plageman. *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)* (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük). İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Yerdelen, Erdal, Mustafa Serdar Özbek, Burak Boz, Şeyda Altuntaş, Dilek Özge Erdem ve Berna Ayşen Yılmaz. *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Zipf, Heinz. *Die Strafmassrevision*. München: C.H. Beck, 1969.

İŞ İLİŞKİSİNDE KİŞİSEL VERİLERİN YAPAY ZEKA DESTEKLİ SİSTEMLER YARDIMIYLA İŞLENMESİ*

Processing of Personal Data in Working Relationship with the Help of Artificial Intelligence-Supported Systems

Sencer Metin SES**

M. Refik KORKUSUZ***

Öz

Çalışma yaşamının farklı alanlarında gelişen teknolojilerden yararlanma konusunda kaydedilen yaygınlık, iş ilişkisinin tarafları arasında bazı yeni anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Gözetim ve takip sistemlerinde son yıllarda yaşanan gelişmelere yapay zekâ teknolojilerindeki kaydedilen ilerlemelerin de eklenmesiyle birlikte iş organizasyonlarında yaşanan dijital dönüşüm özellikle işçilerin kişisel verilerinin işverenlere karşı

* Etik Beyan: Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde ikinci yazarın danışmanlığında birinci yazar tarafından hazırlanmakta olan tezden türetilmiştir.

** Arş. Gör.,Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı; Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, sencermetinsss@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4071-1400

*** Prof. Dr.,Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, rkorkusuz@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-6105-1229

Makale Gönderim Tarihi/Received: 14.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.12.2024.

Atıf/Citation: Ses, Sencer Metin ve M. Refik Korkusuz. "İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Yapay Zeka Destekli Sistemler Yardımıyla İşlenmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1000-1050.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



korunması bakımından büyük ölçekli etkileri de beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ destekli kişisel veri işlemeye yarayan uygulamalar iş ilişkisinin kurulmasında ve devamında işverenlerce kullanılabilir. Yaşanan gelişme ve yaygınlaşan uygulamalar, işverenlerin iş organizasyonunun yönetim ve denetiminde kolaylık sağlama menfaati ile işçilerin kişisel verilerin korunmasıyla bağlantılı olan mahremiyet, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü gibi hakları arasında adil bir dengenin kurulmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İş İlişkisi, Özel Hayatın Gizliliği, Yapay Zekâ, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması.

Abstract

The prevalence of using developing technologies in different areas of working life has led to the emergence of some new disagreements and disputes between the parties to the working relationship. The digital transformation in business organizations, combined with the developments in artificial intelligence technologies in recent years in surveillance and monitoring systems, brings with it large-scale effects, especially in terms of protecting workers' personal data against employers. Applications that enable artificial intelligence-supported personal data processing can be used by employers in the establishment and continuation of employment relationships. The developments and widespread practices necessitate a fair balance between the employers' interest in facilitating the management and control of business organization and the workers' rights related to the protection of personal data, such as privacy, confidentiality of private life and freedom of communication.

Keywords: Labor and Social Security Law, Labor Relationship, Right to Privacy, Artificial Intelligence, Protection of Worker's Personal Data.

GİRİŞ

Gelişen teknolojilerin işverenlere sunduğu veri işleme olanakları, temel hak ve özgürlükler açısından ihlal olarak değerlendirilebilecek müdahalelere sebebiyet verme potansiyeli taşımaktadır. Kişisel verilerin korunması konusunun sahip olduğu hassasiyet, ulusal ve uluslararası regülasyon aktörlerini devreye

sokarak konuyla ilgili¹ rehber ilke², uygulama kodu³, sözleşme⁴, direktif⁵ ve kanun⁶ metinlerinin hazırlanarak yürürlük kazandığı uzun soluklu bir hukuki sürecin

-
- ¹ Kişisel verilerin korunması konusunda yapılan düzenlemelerin temel olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesine dayandığı kabul edilmektedir. Bkz. A. Eda Manav, "İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIX, no.2 (2015): 101; Murat Volkan Dülger, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1 (2018): 84. Madde metninde özel yaşamın ve haberleşmenin gizliliği hakları düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir: "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır." Bundan başka Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlığını taşıyan 8. Maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir: "Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." Ayrıca, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Uluslararası Sözleşmesi' nin 17. maddesi uyarınca "Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Herkesin bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır.". Kişisel verilerin korunması hakkı özelinde bir tanınmanın gerçekleştirildiği uluslararası belge ise Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır. Şartın "Kişisel Bilgilerin Korunması" başlıklı 8. maddesine göre "Herkes, kendine ait kişisel bilgilerin korunması hakkına sahiptir. Söz konusu bilgiler, hukuka uygun bir şekilde, belli amaçlar için ve ilgili kişinin iznine veya yasaların koyduğu diğer haklı nedenlere dayanılarak işleme tabi tutulmalıdır. Herkes, kendisi ile ilgili olarak toplanmış verilere erişmek ve bunların düzeltilmesini sağlamak hakkına da sahiptir. Bu kurallara uyulup uyulmadığının denetimi bağımsız bir yetkili makam tarafından yapılacaktır.
- ² 14.12.1990 tarihli A/RES/45/95 sayılı "Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler" (Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files) adlı belge örnek olarak verilebilir. Bkz. Erişim Tarihi: Aralık 3, 2024, <https://digitallibrary.un.org/record/105299?v=pdf>.
- ³ ILO Çalışanların Özel Hayatına Dair Bilgilerin Kullanımı ve Korunması Hakkında Uygulama Kodu; metnin içeriği için ayrıca bkz. Emine Tuncay Kaplan, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 52, no.1 (1997): 383 – 384.
- ⁴ Kişisel verilerin korunması konusunda akla gelen ilk uluslararası sözleşme 28.01.1981 Tarihli ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi' dir. Ayrıca ILO'nun 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşmesi ile 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında Sözleşmesinde işçilerin kişisel verileri konusunda hükümlere yer verilmiştir. Kaplan, *İş Hukukunda Kişilik Hakları*, 383.

inşasına yol açmıştır. Bu doğrultuda ayrıca kişisel verilerin korunmasının önemi giderek artmış, konuyla ilgili gerek genel nitelikte ve gerekse de iş ilişkisi özelinde son yıllarda gerçekleştirilen çalışmaların öğretiye sunduğu katkılarla hukuk öğretisinin sahip olduğu bilimsel birikim zenginleştirilmiştir.

Çalışmamız kapsamında ilk olarak iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin mevcut ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri incelenmiştir. Sonrasında ise iş ilişkisinin kuruluş ve devamındaki tarafların borçlarını ifa ederken yapay zekâ teknolojileri kullanılarak gerçekleştirilen kişisel veri uygulamaları incelenmiştir. Çalışmanın izleyen bölümünde bu uygulamalarla ilgili olarak doğabilecek olası endişe ve tehlikeler irdelenmiştir. Son olarak ise kişisel verilerin işlenmesinde güvenli yapay zekâ kullanımının teminin için hassasiyetle benimsenmesi gerekli olan ilkelere ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

I. İŞ İLİŞKİSİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

A. Konunun Önemi ve Genel Çerçevesi

İş başvurusunda bulunan adaylar ve işçilerin kişisel verileri çeşitli saiklerle işverenler tarafından işlenmektedir. İşverenler, kişisel verileri işlerken iş organizasyonunda açıkta bulunan pozisyon için en uygun adayı seçmek, işçinin performansını ölçerken objektif ölçütlere dayanma yönündeki adli ihtiyacı karşılamak, ticari ve mesleki sırları korumak, işçinin ücretini belirlemek ve kendilerine yüklenen çeşitli yasal yükümlülükleri yerine getirilmek gibi hedefleri

⁵ 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi, kişisel verilerin korunması konusunda çıkarılan direktiflere örnek verilebilir. Söz konusu düzenleme, 27 Nisan 2016 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'yle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶ Kişisel verilerin korunması ulus devletlerin iç hukuk düzenlerinde hazırlayarak yürürlüğe koydukları kanunlara da konu teşkil etmektedir. Ülkemizde 2010 yılında gerçekleştirilen referandum sonucunda kişisel verilerin korunması hakkı anayasal teminata kavuşmuştur. Sonrasında ise 2016 yılında bu konuda ayrıntılı düzenlemeler barındıran Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

benimsenirler.⁷ İşçinin kişisel verilerini, onun kişilik haklarını oluşturan temel değerlerden biri olarak kabul etmek mümkündür.⁸

Dünyada ve ülkemizde kişisel verilerin korunması başlığı altında gerçekleştirilen tartışma ve çalışmaların gün geçtikçe arttığını gözlemlemekteyiz. Bu durumun ortaya çıkmasında çalışma yaşamında kişisel veri işleme uygulamalarında gerçekleşen yaygınlaşmanın etkileri göz ardı edilemeyecek seviyededir. Teknolojik ilerlemelerin ve bu ilerlemeler içerisinde de özel olarak yapay zekânın kişisel verilerin işlenmesi konusunda sunduğu imkânlar ise işçilerin ve adayların kişisel verilerinin, işverenlerin haksız menfaat temini uygulamalarına ve müdahalelerine karşı korunması ihtiyacını daha da arttırmıştır.⁹ İşçi ve adayların kişisel verileri işlenirken gerçekleştirilen usulsüzlüklerin özel hayatın gizliliği ve mahremiyet gibi temel hakların ihlali sonucunu doğurma tehlikesi, konuyu önemli hale getirmektedir.¹⁰ Konunun sahip olduğu önemi zaman içerisinde pek çok ulusal ve uluslararası nitelikli düzenlemenin hazırlanarak yürürlüğe girmesine sebep olmuştur.

İşçinin kişisel verilerinin korunmasıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası ölçekte pek çok düzenleyici işlem bulunmaktadır. Bu düzenlemeler arasında iç

⁷ Hayrunnisa Özdemir, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIV, no. 1-2 (2010): 234; Senem Değer Ermumcu, "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun İşverene Yüklediği Sorumluluklar," *Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi* 18, no.2 (2021): 443.

⁸ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 418; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: I Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Lykeion Yayıncılık, Ekim 2022) 201; İlke Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016) 54; Ayşe Merve Belge, "Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, Özel Sayı (Şeref Ertaş'a Armağan), (2017): 1029; Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019) 289.

⁹ Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, 1.

¹⁰ Erdem Büyüksağış, "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVIII, no. 2 (2021): 538; Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya ve Hande Heper, "İş Hukukunun Algoritmalarla Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi," *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 15, no. Özel Sayı (Öner Eyrenci'ye Armağan) (2023): 73.

hukuka ilişkin Anayasal ve yasal düzenlemeler öne çıkarken uluslararası hukukta ise Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan kaynaklar dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenlemeler genel nitelikli olsalar da iş ilişkisi özelinde uygulanabilmektedirler.

B. İş İlişkisinde Kişisel Verilerinin Korunması Konusunda İç Hukuk Düzenlemeleri

1. Anayasa ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Kişisel verilerin korunması konusunda ulusal nitelikli anayasal düzenlemeyi ve bu konuda çıkarılmış genel nitelikli Kanunu¹¹ önemine istinaden ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Anayasa'nın¹² 20. maddesinde yer alan düzenleme ile kişisel verilerin korunması hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın *Özel Hayatın Gizliliği* kenar başlıklı 20. maddesinin son fıkrası uyarınca *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."* Öğretide, kişisel verilerin korunması hakkının Anayasa'da güvence altına alınması ile bireylere ait olan kişisel verilerin hukuken bir sınıra tabi olmaksızın işlenmesinin sebebiyet vereceği tehlikelere karşı bir koruma mekanizmasının sağlandığı belirtilmiştir.¹³

Kişisel veriler işlenirken verisi işlenen kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi hukuki nitelikli bir gerekliliktir. Çünkü kişisel veriler işlenirken özel hayatın gizliliği hakkı başta olmak üzere pek çok temel hak ve özgürlüğün ihlal edilme ihtimali gündeme gelebilecektir.¹⁴ İşte Anayasa'da kişisel verilerin

¹¹ Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2023) 383.

¹² R. G. 09.11.1982, S. 17863 Mükerrer

¹³ Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 381 – 382; Kübra Demir, "İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması," iç. *Dijital İş Hukuku Uygulamaları*, ed.Saim Ocak (Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2024) 393.

¹⁴ Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, 155.

korunmasında uyulacak usul ve esasları belirlemek için çıkarılması öngörülen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK/Kanun)¹⁵ ve bu kanunla kurulan Kişisel Verileri Koruma Kurumu¹⁶ (Kurum), verisi işlenen bireylerin kişilik haklarının ihlale uğrama ihtimallerinin bertaraf edilmesi amacını taşımaktadır.¹⁷

KVKK'nın ikinci maddesinde kanunun kimlere uygulanacağı sorusuna cevap verilmektedir.¹⁸ Düzenleme uyarınca: "Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır." Bu doğrultuda Kanun öncelikle kişisel verileri işlenen gerçek kişilere uygulanacaktır. Veri işleyenler bakımından ise kanunun kapsamı özellik arz etmektedir. Şöyle ki, şayet kullanılan sistemde kısmen veya tamamen otomatik yollarla veri işleme gerçekleştirilmekteyse o takdirde bu sistemi kullanan gerçek ve tüzel kişiler herhangi bir şart aranmaksızın kanun kapsamına dâhil olacaklardır. Buna karşılık sistemde otomatik olmayan yollarla veri işleme gerçekleştirilmekteyse veri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin kanun kapsamına girebilmesi için işlenen verilerin herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olması gerekecektir. Bu haliyle kanunun uygulama alanının oldukça geniş olduğunu belirtebiliriz. Bundan başka maddede yer alan ifadeler, Kanunun iş ilişkisinde de uygulanacağı şeklinde bir sonuca varmamızı sağlamaktadır.¹⁹

Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde kişisel verilerin korunması konusunda birtakım temel kavramlar tarif edilmiştir. Bunlardan bazıları kişisel veri, ilgili kişi, veri kayıt sistemi, kişisel verilerin işlenmesi, veri işleyen ve veri sorumlusu şeklindedir. Kanunda yer alan bazı kavramların tanımlarının

¹⁵ R. G. 07.04.2016, S. 29677.

¹⁶ <https://www.kvkk.gov.tr/> , Erişim Tarihi: Ekim 14, 2024.

¹⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 201.

¹⁸ Ayrıca Kanunun hangi hallerde uygulanmayacağı hususu "İstisnalar" kenar başlıklı 28. Maddede açıklanmıştır.

¹⁹ Manav, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 109; Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, 161; Çelik, vd, İş Hukuku Dersleri, 383; Başak Ozan Özparlak, Büyük Veri Çağında Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2021) 159 – 160; Karsu Arslan, Evde Tele Çalışan Kişinin Kişisel Verilerinin Korunması (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2024) 99.

içeriğinde yine aynı başlık altında düzenlenen başka kavramlara yer verildiği gözlemlenmektedir. Biz çalışmamızda içeriksel anlamda uyum tesis etmek amacıyla sadece iş ilişkisi bakımından önemli gördüğümüz kavramların yasal tanımlarına yer vermeyi tercih ettik.

KVKK'nın 3. maddesi uyarınca *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi,”* kişisel veridir. *“Kişisel verisi işlenen gerçek kişi ”*ye ilgili kişi denir. Kanunun çizdiği kavramsal çerçevede veri kayıt sistemi, *“kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği... sistem”* olarak tanımlanmıştır. *Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem KVKK' nın 3. maddesine göre kişisel verilerin işlenmesi olarak adlandırılmaktadır. Veri sorumlusu kavramı *“kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek ve tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Değineceğimiz son kanuni tanım veri işleyen kavramına ilişkindir. KVKK, veri işleyeni *“veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi”* şeklinde tanımlamak yoluna gitmiştir.*

Veri işleyen madde gerekçesinde kişisel verileri veri sorumlusu adına ve kendisine verilen talimatlar doğrultusunda işleyen kişiler şeklinde belirtildiği için iş ilişkisinde veri sorumlusunun işveren²⁰, veri işleyenin ise işyerindeki diğer işçiler olacağı doktrinde ifade edilmiştir.²¹ Buna karşılık Kurum tarafından

²⁰ Belirtilmelidir ki, veri işleyen işveren olabileceği gibi kamu tüzel kişileri ile kamu görevlileri ve özellikle işçilerin sağlık verilerinin işlenmesinde etkili sağlık hizmet sunucularından biri olan ortak sağlık ve güvenlik birimleri de olabilir. Ayrıca bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2020) 364 – 365; Adem Yelmen, *“Kişisel Sağlık Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme,” Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVIII, no. 2 (2023): 767.*

²¹ Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 389; Süzek, *İş Hukuku*, 421; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 160; Ancak doktrinde işçilerin, veri sorumlusu işverenin organizasyonuna dâhil olmakla birlikte veri işleyen olarak nitelendirilemeyeceği yönünde

hazırlanan “Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi (Uygulama Rehberi)”²² kapsamında veri işleyen kavramı “*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen, veri sorumlusunun organizasyonu dışındaki gerçek veya tüzel kişiler*”²³ şeklinde tanımlanmıştır. Veri işleyen kavramının Uygulama Rehberi’nde yapılan tanımının dikkate alınması ve doktrinde bu yönde savunulan görüşlerin benimsenmesi halinde işverene bağımlı çalışan işçilerin hukuki açıdan veri işleyen olarak nitelendirilmesi söz konusu olamayacaktır. Burada Kanun ile Uygulama Rehberi arasındaki çatışmada Kanunun uygulanması gerektiğini görüş olarak belirtmekteyiz. Kişisel verileri işlenen işçi ve adaylar ise ilgili kişi kavramı kapsamında değerlendirileceklerdir.²⁴ İşçilerin ve adayların başkaca kişisel ve özel nitelikli verilerinin yanında dijital ortamda veya özlük dosyasında muhafaza edilen kimlik bilgileri, adli sicil kayıtları, meslekleri, psikolojik verileri, sendikal veya siyasi kuruluş üyelik durumları gibi verileri de KVKK kapsamında korunmaktadır.²⁵

Kişisel verilerin, KVKK’da belirtilen esas ve usullere uyulmaksızın işlenmesi halinde, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bakımından ihlal niteliğinde sonuçlar meydana gelecektir. İşçilerin kişisel verileri işlenirken benimsenmesi

görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. Elif Küzeci ve Şebnem Kılıç, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve Diğer Aktörler,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 16, no. 63 (2019): 970-971; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Ankara: Lykeion Yayıncılık Nisan 2022) 717; Esra Yiğit, *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2023) 14; Ömer Ekmekçi vd., *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2024) 87; Arslan, *Evde Tele Çalışan Kişinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 90.

²² Erişim Tarihi: Ekim 13, 2024, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>.

²³ Uygulama Rehberi, 56.

²⁴ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 160.

²⁵ Manav, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 99; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 384; Zeynep Ceren Nurata, “Hukuksal, Örgütsel ve Etik Bir Sorun Olarak İşyerinde Elektronik Gözetim,” *Gazi İktisat ve İşletme Dergisi* 7, no.3 (2021):, 216; Derya Yurteri Çetin, “6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan Adaylarına Yapılabilecek Testler,” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 4, no. 1 (2022): 15.

gereken ilkeler KVKK md. 4'te düzenlenmiştir.²⁶ Kanunun 5. maddesinde kişisel verilerin ve 6. maddesinde de özel nitelikli kişisel verilerin hangi şartlar altında işlenebileceği belirtilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri” özel nitelikli kişisel veri olarak adlandırılır. Özel nitelikli kişisel verilerin Kanunda ayrıca düzenlenmesinin sebebi, bu verilerin sahibi ilgili kişilerin bu veriler nedeniyle ayrımcılığa uğrama ihtimalinin bulunmasıdır.²⁷

KVKK, veri sorumlusu olarak işverenlere birtakım yükümlülükler getirmiştir. Aydınlatma ve veri güvenliği yükümlülükleri bu yükümlülüklerdendir.²⁸ Kanun

²⁶ KVKK'nın “Genel ilkeler” kenar başlıklı 4. Maddesi şu şekildedir:

“ (1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”

²⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 715 – 716; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 384; Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 281; Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, 115; Selen Uncular, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve AB Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2018) 114; Miray Özer Deniz, “İşçilerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 45 (Ocak 2021): 359.

²⁸ KVKK'nın “Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü” kenar başlıklı 10. Maddesi şu şekildedir:

“(1) Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,

c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,

uyarınca veri sorumlusu işverenler, verisi işlenen işçilere Kanun'da sayılan hususlarda bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur. İşçilerin KVKK kapsamında sahip olduğu haklar, veri sorumlusu ve temsilcilerinin kimlikleri, kişisel verilerinin işlenme amacı, işlenen kişisel veriler aktarılacaksa aktarılan kişilerin kimlikleri ve kişisel verilerin aktarılma amacı, kişisel veri toplamada tercih edilen yöntem ve veri toplama gerçekleştirilirken dayanan hukuki sebep hakkında bilgilendirilmeleri yasal yükümlülük olarak belirlenmiştir. Veri sorumlularının bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak Kanun'da ve Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ²⁹ de belirtilen içerikler³⁰ asgari hususlardır.³¹ Başka bir deyişle işverenlerin, bilgilendirmenin kapsamını genişletebilmeleri imkân dâhilindedir.

İş ilişkisinde aydınlatma yükümlülüğü özellikle Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında kişisel verilerin korunmasıyla bağlantılı bir hak ihlalinin gerçekleşmesi durumunun ve bu kapsamda hukuki sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir. AYM, vermiş olduğu işçinin e-posta hesabındaki iletilerin içeriğinin işveren tarafından denetlenmesiyle ilgili bir kararda söz konusu uygulamanın gerçekleştirilebileceği hususunda işçilere açık bir bilgilendirmenin yapılmaması durumunun işçilerin hak ve özgürlükleri bakımından bir müdahaleyle karşılaşmayacakları yönünde

ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,

d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları,konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.”

²⁹ R.G. Mart 10, 2018, Sayı:30356

³⁰ KVKK'nın "Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı" başlıklı 4. maddesi şu şekildedir:

(1) Kanununun 10 uncu maddesine göre; kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce, ilgili kişilerin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük yerine getirilirken veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yapılacak bilgilendirmenin asgari olarak aşağıdaki konuları içermesi gerekmektedir:

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,

c) Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği,

ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,

d) İlgili kişinin Kanununun 11 inci maddesinde sayılan diğer hakları.”

³¹ Demir, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 431.

makul sayılabilecek bir beklentiye gireceklerini belirtilmiştir.³² Karar uyarınca bilgilendirmenin gerçekleşmemesine rağmen işverenin müdahalede bulunarak kişisel veri işleme yoluna başvurması durumunda ise kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ihlal edilmiş olacaktır.³³ Buna karşılık Mahkeme, benzer konuda verdiği bir başka kararda bilgilendirmenin yazılı iş sözleşmesinin maddelerinden birinde yer alması durumunda kişisel verilerin korunması hakkı bakımından bir ihlalin gerçekleşmeyeceği yönünde içtihat geliştirmiştir.³⁴

KVKK ile işverenlere getirilen bir diğer yükümlülük veri güvenliğinin sağlanması konusundadır. Kanun'un 12. Maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *"Veri sorumlusu; a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır."* Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasına göre; işverenler, ilgili kişi işçilere ait kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinin ve verilere hukuka aykırı olarak erişilmesinin önlemesi ile verilerin korunması amacıyla uygun güvenlik seviyesinin sağlanmasına ilişkin her türlü önlemi almakla yükümlü kılınmıştır. Kanun'un 12. Maddesinin ikinci fıkrasında ise şu ifadeler yer verilmiştir: *" Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur."* Kanun, düzenlemenin ikinci fıkrasında yer alan hükümlerle veri işleyenler bakımından da bu yükümlülüklerin geçerli olacağını düzenlemektedir.³⁵ İşverenler, iş organizasyonunda takip edilen veri işleme süreçlerinin KVKK' ya uygun olarak gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak bir denetim yapma veya yaptırma yükümlülüğüne tabi kılınmıştır. Kanun ayrıca

³² AYM, E.Ü. Başvurusu, Başvuru no. 2016/13010, 17.09.2020, p. 75.

³³ E.Ü. Başvurusu, p.77.

³⁴ AYM, Celal Oraj Altunörgü Başvurusu, Başvuru no. 2018/31036, 12.01.2021, p.42; Amerikan hukukunda da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin hukuki sorumluluk bakımından işveren lehine doğuracağı etkiyle ilgili benzer nitelikte bir uygulamanın var olduğu yönünde bilgi için ayrıca bkz. Uğur Tabak ve Cenk Konukpay, "Güncel Uluslararası İchtihatlar Çerçevesinde İşyerinde İzleme Uygulamaları ve Özel Yaşamın Korunması," *Suç ve Ceza Dergisi*, no. 1 (2018): 134-135.

³⁵ Çelik vd., İş Hukuku Dersleri, 391; Demir, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 434.

veri sorumlusu işverenler ile veri işleyenler bakımından bir sır saklama yükümlülüğü öngörmektedir. Bu yükümlülük iş ilişkisi sona erdikten sonra da devam edecektir. İşlenen kişisel verilerin üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı yollarla ele geçirilmesi halinde ise veri sorumlusu işveren tarafından Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'na (Kurul) ve ilgili kişilere durumun gecikmeksizin bildirilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmektedir.³⁶

Aydınlatma ve veri güvenliği yükümlülüklerinden ayrı olarak veri sorumlusu işverenin gerektiğinde işçi ve adaylardan açık rıza almak, Kurul kararlarını yerine getirmek, veri sorumluları siciline kaydolmak ve veri ilgilileri tarafından yapılan başvurulara süresi içerisinde cevap vermek gibi başkaca yükümlülükleri de mevcuttur.³⁷ Kişisel verilerin korunması hukukunda açık rıza³⁸, veri sorumlularına kişisel verileri işlemek hususunda tanınan bir hukuka uygunluk sebebidir.³⁹ Gerek iş ilişkisini diğer borç ilişkilerinden ayırt etmemizi sağlayan bağımlılık unsurunun varlığı⁴⁰ ve gerekse de adaylar bakımından iş ilişkisinin kurulması için alım sürecinin devamlılığını sağlamak yönündeki zorunluluk bu bağlamda verilen

³⁶ Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 289; Yiğit, *Kişisel Verilerin Korunması*, 44; Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat Öztürk ve Aşikoğlu, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 309.

³⁷ Ermumcu, *İşverene Yüklediği Sorumluluklar*, 452 vd.

³⁸ KVKK'nın ilgili maddesi uyarınca açık rıza kavramı "belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza..." olarak tanımlanmıştır.

³⁹ Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, 194; Bu minvalde bilgilendirme ve açık rıza alma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin işçinin banka hesap hareketlerine erişildiği ve böylelikle de işçinin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenerek kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiği yönünde verilen AYM kararı için ayrıca bkz. AYM, Furkan Çakır Başvurusu, Başvuru no. 2020/36976, Şubat 13, 2024; İşçinin kişisel verilerinin korunması konusunda verilen AYM kararları için ayrıca bkz. AYM, Ertan Enginyurt Başvurusu, Başvuru no. 2019/37012, 23.11.2022; AYM, Fırat Gerçek Başvurusu, Başvuru no. 2019/25604, 19.07.2022;; AYM, Ramazan Şahin Başvurusu, Başvuru no. 2018/11988, 10.03.2022; AYM, Samet Ayyıldız Başvurusu, Başvuru no. 2018/34548, 28.12. 2021; AYM, A.A.Y. Başvurusu, Başvuru no. 2016/13011, 29.09.2020.)

⁴⁰ Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 174-175; Süzek, *İş Hukuku*, 235 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 83; Öner Eyrenci vd., *İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020) 63 vd.; Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016) 98 vd.

rızanın özgür iradeye dayandığı düşüncesini sorgulamayı gerektirecektir.⁴¹ Bu minvalde öğretide iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesi konusunda işçilerden alınacak rızanın mevzuatta ayrıca düzenlenmesi gerektiği yönünde görüşler savunulmaktadır.⁴² Kanunla işverene tanınan yükümlülüklerin gerekleri yerine getirilmeksizin işçi ve adayların kişisel verilerinin işlenmesi halinde Kurum tarafından idari para cezası yaptırımını uygulanabilmektedir.⁴³

KVKK ile kişisel verileri işlenen işçiler bakımından işverene karşı kullanılacak birtakım hakların tanınması da söz konusudur.⁴⁴ Bu haklar, Kanunun 11. maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁵ İlgili düzenleme uyarınca işçiler öncelikle, işverenlerine başvurmak suretiyle kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenebilirler. İşçilerin işlenen verilerle ilgili bilgi talep edebilmeleri

⁴¹ Süzek, İş Hukuku, 423; Uncular, Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisi, 1679; Ozan Özparlak, Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı, 197.

⁴² Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 199; İşçinin kişisel verilerinin işlenmesinde rızanın TBK 419 karşısındaki durumunu aşağıda "Diğer Yasal Düzenlemeler" başlığı altında inceleyeceğiz.

⁴³ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Karar no. 2020/404, Mayıs 20, 2020, (Erişim Tarihi: Ekim 13,2024, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6913/2020-404>).

⁴⁴ Belge, İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları, 1043.

⁴⁵ KVKK'nın "İlgili kişinin hakları" kenar başlıklı 11. maddesi şu şekildedir:

"(1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;

- a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,
- b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,
- c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,
- ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,
- d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,
- e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,
- f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme,
- g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,
- ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir."

de mümkün kılınmıştır. Kişisel verileri işlenen işçiler işlenme amacını, verilerin söz konusu amaç doğrultusunda işlenme durumunu ve aktarıldığı kişilerin kimlik bilgilerini de öğrenebilirler ki bunlar ayrıca işverenin aydınlatma yükümlülüğü kapsamına dâhildir.

Bundan başka, Kanun kapsamında işçilere kişisel veriler işlenirken gerçekleşen eksiklik veya yanlışlıklarla ilgili olarak sildirme ve düzelttirme talebinde bulunma hakkı tanınmıştır.⁴⁶ İşçiler bu hak kapsamında işlenen kişisel verilerinde yer alan eksik ve yanlış hususların düzeltilmesini talep edebileceklerdir. İşçiler ayrıca verilerinin otomatik sistemler aracılığıyla işlenmesi sonucunda kendileri hakkında doğabilecek olumsuz nitelikli sonuçlara da itiraz edebilme imkânına sahiptirler.⁴⁷ Kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin geçerliliğini yitirmesi halinde işçiler, işlenen kişisel verilerinin imha edilmesi noktasında işverenlerinden talepte bulunabileceklerdir. Öğretide kişisel verilerin imhasını isteme imkanının unutulma hakkı ile bağlantılı olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸ Düzeltme ve imha talepleri kişisel verilerin aktarıldığı mekanizmaya da bildirilebilecektir. Madde kapsamında son olarak işçilerin kişisel verilerinin Kanunda öngörülen usul ve esaslara aykırılık teşkil edecek şekilde işlenmesi sebebiyle zarara uğramaları halinde uğradıkları zararın tazminini talep edebilecekleri belirtilmiştir. İşçiler bu durumda genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilecekleri gibi bundan ayrı olarak İş Kanununun 24/II düzenlemesi uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmek yoluna da başvurabilir.⁴⁹ Haklı fesih sebebi olarak 24/II – b bendinde yer alan “*İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa*”⁵⁰ şeklindeki düzenleme; c bendinde yer alan “*İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı satışmada*

⁴⁶ Demir, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 438.

⁴⁷ Demir, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 440.

⁴⁸ Demir, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 439.

⁴⁹ Özdemir, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi, 248; Manav, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 131; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara, İş Hukuku Dersleri, 393-394; Ermumcu, İşverene Yüklediği Sorumluluklar, 456 vd.; Yiğit, Kişisel Verilerin Korunması, 191.

⁵⁰ Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, 420 – 421.

bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa” şeklindeki düzenleme⁵¹ ve f bendinde yer alan “... çalışma şartları uygulanmazsa” şeklindeki düzenleme⁵² ön plana çıkmaktadır. Burada ayrıca Türk Medeni Kanunu⁵³’nun kişiliğin korunmasına ilişkin 24. ve 25. maddelerinde yer alan hükümleri⁵⁴ de devreye girebilecektir.⁵⁵

2. Diğer Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda iş ilişkisinde işçinin kişisel verilerinin korunması ve işlenmesi konusuyula ilgili olarak Anayasa ve KVKK’ dan başka kanunlarda da önem arz eden düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan ilk bahsedeceğimiz kanun Türk Borçlar Kanunu⁵⁶ (TBK)dur. İşçinin kişisel verilerinin korunmasıyla ilgili önceki Borçlar Kanunu⁵⁷nda özel bir düzenleme yer almamakta idi. Yürürlükte bulunan Kanun ile bu konuda yenilik getirilmiştir. Türk Borçlar

⁵¹ Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı,420; Yiğit, Kişisel Verilerin Korunması, 191.

⁵² Yiğit, Kişisel Verilerin Korunması, 191.

⁵³ R.G. 08.12.2001, S. 24607.

⁵⁴ “Madde 24- Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Madde 25- Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.”

⁵⁵ Ermumcu, İşverene Yüklediği Sorumluluklar, 456-457.

⁵⁶ R.G. 04.02.2011, S. 27836.

⁵⁷ R.G. 22.04.1926, S. 359.

Kanunu'nun 419. maddesi uyarınca "işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilir". Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere burada kişisel verilerin kullanılması konusunda getirilen söz konusu kısıtlamaların temel amacı işçinin korunmasıdır.⁵⁸ TBK'da sayılan kısıtlamalar dışında bir sebeple işverence kişisel verilerin kullanılması halinde sözleşmeye aykırılık oluşacaktır.⁵⁹

Kanun koyucunun TBK 419' da çizdiği çerçeve, işçinin kişisel verilerinin işlenmesi konusunda genel ve sınırlayıcı niteliktedir.⁶⁰ Bu düzenlemede işçilerin kişisel verilerinin işverenlerce işlenebileceği haller, işe yatkınlık ve sözleşmenin ifası için zorunluluk olarak belirtilmiştir. Madde metninde açık rıza kavramına yer verilmemiştir. Bundan başka TBK 419'un özel hüküm olması sebebiyle iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesi konusunda KVKK'ya göre öncelikli olarak uygulanması gerekir.⁶¹ Dolayısıyla TBK 419' da belirtilen haller dışında işçilerin kişisel verilerinin açık rıza bulunsa bile işverenlerce işlenemeyeceği yönünde öğretide yer alan görüşlere katılıyoruz.⁶² Bu noktada TBK 419'un kişisel verilerin işlenmesinde açık rıza bakımından sağladığı koruma yeterlidir. Düzenlemede ayrıca özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucunun burada kullandığı özel kanun ifadesinden KVKK anlaşılmalıdır.⁶³ Burada yer alan

⁵⁸ TBK 418. Madde Gerekçesi.

⁵⁹ Özdemir, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi, 261.

⁶⁰ Yiğit, Kişisel Verilerin Korunması, 27.

⁶¹ K. Ahmet Sevimli, "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 24 (2011), 133; Ömer Ekmekçi ve Huriye Hilal Yılmaz, "Gönüllü Aşu Uygulaması ve Çalışma Hayatına Etkileri" ,*Çimento İşveren Dergisi* 35, no. 5 (2021): 22; Yiğit, *Kişisel Verilerin Korunması*, 24; Arslan, *Evde Tele Çalışan Kişinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 113.

⁶² K. Ahmet Sevimli, "İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi İçin Verdiği Rızanın Hukuki Değeri," *Toprak İşveren Dergisi*, no. 116 (2017): 10; Yiğit, *Kişisel Verilerin Korunması*, 24; Arslan, *Evde Tele Çalışan Kişinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 113 – 114.

⁶³ Manav, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 104.

düzenleme, tabi olduğu kanun fark etmeksizin tüm iş ilişkilerinde uygulanacaktır.⁶⁴

Bu başlık altında değineceğimiz ikinci kanun 4857 sayılı İş Kanunu'dur. İş Kanunu'nun "İşçi Özlük Dosyası" kenar başlıklı 75. maddesi, işçinin kişisel verilerinin korunması konusundadır. Düzenleme metni şu şekildedir: "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." Maddenin kenar başlığında her ne kadar "işçi özlük dosyası" ibaresi yer alsada madde içeriğinde veya İş Kanunu'nda özlük dosyasının tanımına yer verilmemiştir. Genel hatlarıyla özlük dosyası, her bir işçi için ayrı olarak işveren tarafından tutulan ve çalışma ilişkisi kapsamında işçilerle ilgili her türlü belge ve bilginin yer aldığı dosyadır.⁶⁵ Bu madde ile işverenlere iş sözleşmesi akdedildikten sonra işçi hakkında öğrendiği bilgileri ve hazırladığı kayıtları saklama yükümlülüğü getirilmiştir.⁶⁶ İşverenin düzenlemeye aykırı davranması durumunda hukuki durum sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecektir.⁶⁷ Ayrıca bu düzenleme ile birlikte işçinin kişisel verilerinin korunması amacıyla getirilen tüm düzenlemeler işverenin işçiyi koruma/gözetme borcunun mevzuatımızdaki izdüşümleri olarak değerlendirilmelidir.⁶⁸

Bu başlık altında değineceğimiz üçüncü ve son yasal düzenleme ise 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁶⁹'nda (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu) yer almaktadır. Kanunun "Sağlık Gözetimi" kenar başlıklı 15. maddesi ile işverenlere,

⁶⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 712-713; Uncular, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 91; Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu," *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, no. 2 (2021): 15.

⁶⁵ Ermumcu, *İşverene Yüklediği Sorumluluklar*, 444.

⁶⁶ Manav, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 106.

⁶⁷ Özdemir, *İşyerinde İşçilerin İzlenmesi*, 260; Manav, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 106.

⁶⁸ Sevimli, *Türk Borçlar Kanunu Madde 419*, 122.

⁶⁹ R. G. 30.06. 2012, S. 28339

işçilerin sağlık gözetiminden geçirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Düzenlemenin beşinci fıkrası şu şekildedir: “Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur”. Düzenleme uyarınca içeriğine işveren tarafından vakıf olunan sağlık durumu ile ilgili işçiye ait kişisel verilerin özellikle üçüncü kişilerden saklanması, işçinin özel hayatının ve itibarının korunması hakkının bir gereğidir.

C. İş İlişkisinde Kişisel Verilerinin Korunması Konusunda Uluslararası Düzenlemeler

İş ilişkisinde işçinin kişisel verilerinin korunmasıyla ilgili olarak öne çıkan üç temel uluslararası kaynak bulunmaktadır. Bunlardan ilki Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’ dir. Bu sözleşmeyle benimsenen ilkelere Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda yer verildiği gözlemlenmektedir.⁷⁰ Sözleşme metni incelendiğinde “Tanımlar” başlıklı 2. maddede yer alan “otomatik işlem” kavramı dikkat çekmektedir. Çünkü yukarıda incelediğimiz yürürlükte bulunan KVKK’nın muhtelif yerlerinde kişisel verilerin otomatik yollarla işlenmesinden söz edilmekte ise de bu kavramın tanımına söz konusu kanunda yer verilmemiştir.⁷¹ Sözleşmede yer alan tanıma göre; “otomatik işlem den tamamen veya kısmen otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen; verilerin kaydı, bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması anlaşılır. Sözleşmenin 5. maddesindeki düzenlemeler şu şekildedir:

“Otomatik işleme konu olan kişisel veriler:

a. Adil biçimde ve yasal yoldan elde edilir ve işlenir;

⁷⁰ AYM, E.Ü. Başvurusu, p. 40.

⁷¹ Bu konuda Kurum tarafından yapılan bir tanımdan bahsetmek yerinde olacaktır. “Otomatik Yolla İşleme: İnsan müdahalesini ve çabasını en aza indirgeyerek, kişisel verilerin, dijital ortamda elektronik veya bilişim sistemleriyle belirli ölçütlere göre yapılandırılmasıyla gerçekleştirilen işleme.” Tanımın yer aldığı kaynak için ayrıca bkz. Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, (Ankara: KVKK Yayınları, Mart 2019) 115; Erişim Tarihi: Aralık 26, 2024, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>.

b. Belli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılmaz;

c. Kaydedilme amaçlarına göre uygun ve yerinde olur ve aşırı olmaz;

d. Doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir;

e. Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkan veren bir biçimde saklanır.”

Madde metninde, kişisel verilerin işlenmesinde benimsenmesi gereken ilkelerle ilgili yol gösterici ifadelere yer verildiği görülmektedir. Bu haliyle sözleşme metninin, KVKK hazırlanırken dikkate alındığı belirtilebilir. Bu ilkelerin yukarıda belirttiğimiz gibi sadece AYM kararlarında değil Yargıtay kararlarında da göz önünde bulundurulduğu söylenebilir. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, işçilerin kendi aralarında kurduğu bir Whatsapp grubunda yer alan çalışma şartları ile ilgili çeşitli olumsuz ifadelerin yer aldığı yazışmaların, aynı gruptaki bir işçi tarafından işverene bildirilmesi halinde işverenin bilmemesi gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiğini belirtmiştir.⁷² Gerçekten, söz konusu durumun Sözleşmede ve mevzuatta yer alan veri işleme ilkeleriyle bağdaşmadığı söylenebilir.

İş ilişkisinde işçinin kişisel verilerinin korunmasıyla ilgili olarak öne çıkan ikinci uluslararası nitelikli kaynak, Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'dür. Tüzüğe göre özel kategorideki kişisel verilerin⁷³ işlenmesi esas itibariyle yasaklanmıştır. Ancak bu yasaklamaya birtakım önemli istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan biri de Tüzüğün 9. maddesinde “...*istihdam ve sosyal güvenlik ile sosyal koruma*

⁷² Yar. 9. HD, E. 2016/14206, K. 2017/9527, 01.06.2017; Yar. 9. HD, E. 2016/14205, K. 2017/9526, 01.06.2017; Yar. 9. HD, E. 2016/14204, K. 2017/9525, 01.06.2017; Yar. 9. HD, E. 2016/14203, K. 2017/9524, 01.06.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Salt temin edilme şekli anlaşılamayan Whatsapp konuşmalarına dayanarak iş sözleşmesinin feshini haksız bulan bir Yargıtay kararı için bkz. Yağ. 9. HD, E. 2018/10718, K. 2019/559, 10.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Farklı bir örnek için ayrıca bkz. Belge, *İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları*, 1040.

⁷³ KVKK' da yer alan özel nitelikli kişisel veri kavramıyla benzer nitelikteki verileri kapsamına almak üzere Tüzükte benimsenmiş olan kavramdır. Etnik köken, sağlık verileri, sendika üyeliği ve biyometrik veriler gibi alt veri türlerini kapsar.

hukuku alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi” olarak belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında özel kategorilerdeki kişisel verilerle ilgili getirilen kısıtlama iş ilişkisinde istisnai olarak uygulanmayabilecektir. Düzenlemede yer alan hüküm ile KVKK’da özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarına ilişkin 6. maddenin 3. fıkrasının f bendinde yer alan “*İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması*” istisnası arasında bir benzerlik bulunmaktadır.⁷⁴ Bundan başka Tüzük ile veri sorumlularına kendi sorumlulukları altında gerçekleşen veri işleme faaliyetleri ile ilgili olarak bir kayıt tutma zorunluluğu getirilmiştir. Tüzüğün 30. maddesinde tutulan kaydın içeriğinde bulunması gereken bilgilerle birlikte bu yükümlülükten belirli şartlar dâhilinde 250’den az işçinin çalıştığı organizasyon ve işletmelerin muaf kılındığı açıklanmıştır.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz üçüncü uluslararası kaynak henüz çok yeni olarak nitelendirebileceğimiz Avrupa Yapay Zekâ Tüzüğü’dür.⁷⁵(AYZT) AYZT’nin üçüncü ek belgesi (Annex III) hangi yapay zekâ sistemlerinin yüksek riskli olarak sınıflandırıldığı sorusunu cevaplandırmaktadır. Belgeye göre adayların işe alınmasında, iş ilişkisi devam ederken işçilerin görevlendirilmesinde,

⁷⁴ Bahsedilen hüküm, KVKK ile Avrupa Veri Koruma Tüzüğü arasında uyum sağlanması amacıyla KVKK’ya 2024 yılında 7499 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenmiştir. Benzer şekilde 2025 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı’nın 88. sayfasında Avrupa Veri Koruma Tüzüğü ile KVKK’nun uyumlaştırılması konusunda yapılacak çalışmaların 2025 yılında tamamlanması öngörülmektedir. 7499 Sayılı Kanun için bkz. R.G. 12.03.2024, S. 32487; Avrupa Veri Koruma Tüzüğü ile KVKK arasında uyum sağlama amacının zikredildiği 7499 sayılı Kanun’un Genel Gereçesi için bkz. Erişim Tarihi: Aralık 13, 2024, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=dfab4c12-e3cd-4d22-a085-018db209a74b&kanunNumarasi=7499#step-2>; 2025 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı için bkz. Erişim Tarihi: Aralık 13, 2024, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/11/2025-Yili-Cumhurbaskanligi-Yillik-Programi-05112024.pdf>.

⁷⁵ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi Official Journal of European Union 12.07.2024, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689, Erişim Tarihi: Ekim 11,2024; Teklif aşamasında iken AYZT’yi irdeleyen bir çalışma için ayrıca bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.51 (Temmuz 2022): 19 vd..

izlenmesinde, performanslarının ölçülmesinde, terfi ettirilmelerinde ve iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde karar verilirken, başka bir deyişle işçilerin ve adayların kişisel verileri işlenirken kullanılan yapay zekâ sistemleri “yüksek riskli” olarak sınıflandırılmaktadır. Tüzükle yüksek riskli sınıfta yer alan yapay zekâ sistemlerinden yararlanan işverenler bakımından birtakım yükümlülükler öngörülmüştür.

AYZT madde 26 uyarınca dağıtımıcılar⁷⁶, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin işleyişini kendilerine verilen kullanım talimatları doğrultusunda sağlayarak işleyiş sürecini takip edeceklerdir. İşleyiş sürecinin kullanım talimatları doğrultusunda gerçekleştirilmesinin bir zarar meydana getirme olasılığı barındırdığı yönünde kanaatin dağıtımıcılarda oluşması halinde ise sistemin kullanımı askıya alınarak sağlayıcı veya dağıtımıcılar ile ilgili piyasa gözetim ve denetim otoritelerine durum bildirilecektir. Bundan başka AYZT’ nin 26. maddesinin 6. fıkrasıyla işverenlere kişisel veri işleme kayıtlarını aksi Birlik veya üye ülke hukukunda belirtilmiş olmadıkça en az altı ay süre ile saklama yükümlülüğü getirilmiştir.⁷⁷ Ayrıca AYZT’ nin 26. maddesinin 7. fıkrası uyarınca⁷⁸ işverenler işyerinde yüksek riskli bir yapay zekâ sistemini kullanıma almadan öncesinde bu uygulama hakkında işçi temsilcileri ve işçilere bilgilendirme yapmakla yükümlü kılınmıştır. Gerçekten AYZT işçilerin kişisel verilerinin

⁷⁶ Tüzüğün “Definitions (Tanımlar)” başlıklı üçüncü maddesinde yer alan ve işverenleri kapsamına alan “deployer” terimini dilimize “dağıtımıcı” olarak çevirmeyi tercih ettik. Üçüncü madde uyarınca dağıtımıcı “*yapay zekâ sisteminin profesyonel olmayan kişisel bir faaliyet esnasında kullanıldığı durumlar müstesna olacak şekilde kendi yetkisi altında bir yapay zekâ sistemini kullanan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya bir başka organ*” olarak tanımlanmıştır.

⁷⁷ Düzenlemenin Türkçesi şu şekildedir: “Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin dağıtımıcıları, söz konusu yüksek riskli yapay zekâ sistemi tarafından otomatik olarak oluşturulan kayıtları, söz konusu kayıtlar kendi kontrolleri altında olduğu ölçüde, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin benimsenen amacına uygun bir süre boyunca, özellikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin Birlik hukukunda aksi öngörülmediği takdirde, en az altı ay boyunca saklayacaktır.”

⁷⁸ Düzenlemenin Türkçesi şu şekildedir: “İşyerinde yüksek riskli bir yapay zekâ sistemini hizmete sokmadan veya kullanmadan önce, işveren olan dağıtımıcılar, işçi temsilcilerini ve etkilenen işçileri yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kullanımına tabi olacakları konusunda bilgilendirmelidir.”

işlenmesinde yapay zekâ kullanımı konusunda daha önce söz konusu olmayan yeni uygulamaları barındırmaktadır.

II. İŞ İLİŞKİSİNDE YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİNİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA ETKİSİ

A. İş İlişkisinin Kurulmasında İş Başvurusunda Bulunan Adayların Kişisel Verilerinin İşverence İşlenmesi Uygulamaları

Yapay zekâ teknolojilerinin işverenler tarafından kullanımı, çeşitli profesyonel amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Bu amaçlardan biri de iş başvurusunda bulunan adayların kişisel verilerinin işlenmesidir.⁷⁹ Bu amaçla gerçekleştirilen kullanım, adayların özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması ve eşitlik hakları bakımından ihlal niteliğinde durumlarla karşılaşmalarına yol açabilecektir. Çünkü kullanılan algoritmik modeller inşa edilirken işverenlerin sübjektif değer yargıları ve öncelikleri iş ilişkisinin kurulma durumuna ilişkin sonuca etki edecek şekilde kaynak olabilmektedir. Eşitlik, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği haklarının anayasal niteliği göz önüne alındığında konunun önemi daha belirgin bir hal almaktadır. Bu başlık altında, iş ilişkisinin kurulması öncesinde işçi adaylarının kişisel verilerinin yapay zekâ destekli sistemler kullanılarak işlenmesi konusuna değineceğiz.

Kişisel verinin işlenmesi iş ilişkisi kurulmadan önce başlayan bir faaliyettir. Bu aşamada işverenler belirledikleri tercih ölçütlerini kullanarak ve başvuru sürecinde adayların kişisel verilerini işleyerek istihdam edeceği işçi veya işçileri belirler.⁸⁰ İşe alım aşamasında mevcut iş yükü yapay zekâ teknolojisi kullanılarak hafifletilebilmektedir.⁸¹ İş ilişkisinin kurulması aşamasında yapay zekâ sistemleri iş ilanlarının hangi bireylere gösterileceğinden başvuru sonrasında adayların ön

⁷⁹ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Gülnihal Ahter Yakacak, "Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no.4 (2023): 1708; Belge, *İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları*, 1033-1034.

⁸⁰ Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXII, no. 2 (2014): 548; Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 291.

⁸¹ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 70.

değerlendirmesine ve mülakata kadar etkili bir şekilde kullanılmaktadır.⁸² Adayların kişisel verilerini işleyen yapay zekâ destekli sistem iş organizasyonu dışındaki bir üreticiden temin edilebileceği gibi⁸³, işverenler tarafından doğrudan doğruya da inşa edilebilir.⁸⁴ İşverenler, adayların kişisel verilerini, iş mülakatlarından ve hatta başvurudan çok daha öncesinde işlemeye başlamaktadır.⁸⁵ Bu konuda özellikle adayların sosyal medya hesapları ve çeşitli platformlarda bıraktıkları “dijital ayak izleri” algoritmik değerlendirmelerde veri kaynağı olarak kullanılabilir.⁸⁶ Yapay zekâ mülakat öncesi yaptığı analiz ve değerlendirmelerle binlerce potansiyel aday hakkında veri işlemesi yoluyla bir eleme gerçekleştirerek organizasyondaki pozisyon açığından sadece “en uygun” olan işçi adaylarının haberdar olmasını sağlayabilme özelliğini bünyesinde taşımaktadır.

Gerçekten, teknolojik gelişmelerin hayatımızda günümüzdeki yaygınlığa ve hissedilir etkiye sahip olmadığı yakın geçmişe kadar işverenler, özellikle kurumsal organizasyonlarda iş ilanları için herkesin erişimine açık gazete gibi mecraları öncelikli olarak tercih ederlerdi.⁸⁷ Ancak günümüzde bu durum değişmiş, sosyal

⁸² Gülsevil Alpagut ve Aybüke Karaca Yağcı, “İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 49 (2023): 14-15; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1708; Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 70.

⁸³ Örneğin Netflix, Goldman Sachs ve xero gibi firmalar “entelo” adlı yapay zekâ destekli insan kaynakları platformunu kullanmaktadır. Ayrıca bkz. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024, <https://www.entelo.com/>; Bundan başka Hirevue adlı site de yapay zekâ destekli işe alım stratejileri konusunda işverenlere destek vaad etmektedir. Ayrıca bkz. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024, <https://www.hirevue.com/>.

⁸⁴ Örneğin ülkemizde Koç Holding kendi tasarladığı yapay zekâ sistemini işe alım süreçlerinde kullanmaktadır. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024, <https://www.koc.com.tr/medya-merkezi/haberler/2022/koc-holding-ise-alim-sureclerinde-yapay-zekayi-kullanacak>.

⁸⁵ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 161.

⁸⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1709.

⁸⁷ Ebru Çetin Güler, “İşletmelerin E – İnsan Kaynakları Yönetimi ve E – İşe Alım Süreçlerindeki Gelişmeler,” *Ege Academic Review* 6, no.1 (2006): 21; Hakan Dulkadiroğlu ve Mehmet Emin Altundemir, “Kamu Kurumlarında e-İşe Alım İçin İlk Adım: Gazete İlanlarından e-İlan’a Geçiş,” *Sosyoekonomi* 20, no. 20 (2013): 61.

medyanın önde geldiği dijital emek platformları işçi istihdamı konusunda ön plana çıkmıştır.⁸⁸ Dijital araçların kendine özgü seçenek ve imkânları ise işe alım süreçlerinde önceki dönemlerde tartışılmayan yeni ve teknoloji etkisinde gelişen konuları gündeme getirmiştir. Çünkü işe alım süreçlerinde kullanılan yapay zekâ destekli sistemlerin özellikle işçiden veri toplama konusunda diğer sistemlerle kıyaslandığında daha yüksek hacimli bir işleme gerçekleştirme ve çıktılar üretme potansiyeli bulunmaktadır.⁸⁹

İşe alım süreçlerinin insan hayatında kapladığı alan, gün geçtikçe artmaktadır. Çalışma yaşamında yapay zekâ kullanımının yaygınlaşması ile adayların kişisel verilerinin korunması konusu farklı bir boyut kazanmıştır. İlan edilen açık pozisyonlara bazen binlerce adayın başvurması kurumsal firmalarda insan kaynakları departmanlarının iş yükünü arttırmış ve bu konuda yapay zekâ desteğinden yararlanmayı gerekli hale getirmiştir.⁹⁰ Özellikle işe alım süreçlerinde gerçekleştirilen video aracılığıyla yapılan mülakatlarda adayların görsel ve işitsel yollarla elde edilen verilerinin yapay zekâ teknolojisiyle desteklenen sistemlerce işlenmesi uygulamaları, işverenlerce giderek yaygınlaşan bir şekilde tercih edilmektedir.⁹¹ Yapay zekâ destekli çevrimiçi sistemler işe alım süreçlerinde adaya yapılan çeşitli kişilik, bilgi ve yetenek testlerini⁹² analiz edebilme; gerçekleştirilen mülakatlarda adayın yöneltilen sorulara verdiği cevaplardan sergilediği mimiklere, nefes alma verme hızından kullandığı ses tonuna kadar pek çok veriyi

⁸⁸ Sami Acar ve Nimet Özgül Ünsal, "Yeni Medyada Sosyal Medya Araçları İle İş Edinimi Platformları: Officeangels Örneği," *Electronic Journal of Vocational Colleges* 7, no.2 (2017): 2; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 139.

⁸⁹ Yiğit, *Kişisel Verilerin Korunması*, 16; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1709.

⁹⁰ Bilal Hmoud and Varallyai Laszlo, "Will Artificial Intelligence Take Over Humanresources Recruitment and Selection?," *Network Intelligent Studies* VII, no.13 (2019): 24 -25; Jihad Fraijp and Varallyai Laszlo, "A Literature Review: Artificial Intelligence Impact on the Recruitment Process," *International Journal of Engineering and Management Sciences* 6, (2021): 110-111

⁹¹ Ezgi Sima Çelik, "İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği: Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 6, no.1 (2024): 2 vd.

⁹² Yurteri Çetin, *Çalışanlara ve Çalışan Adaylarına Yapılabilecek Testler*, 15.

anında işleyerek değerlendirme potansiyeli taşımaktadır.⁹³ Öyle ki, yapay zekâ destekli video aracılığıyla yapılan mülakat sistemleri 25.000 farklı değişkeni dikkate alarak veri işleyebilme imkanı sunmaktadır.⁹⁴

İşe alım süreçlerinde gerçekleştirilen yapay zekâ destekli kişisel veri işlemler konusunda kanun seviyesinde bulunan bir iç hukuk düzenlemesinden bahsederek bu başlık altındaki açıklamalarımızı sonlandıracağız. ABD'nin Illinois eyaletinde 2020 yılında yürürlüğe giren Yapay Zekâ Video Mülakat Kanunu (Artificial Intelligence Video Interview Act)⁹⁵ önemli düzenlemeler barındırmaktadır. İlgili Kanun ile işe alım mülakatlarında yapay zekâ kullanan işverenlere işçi adaylarını sistem konusunda belirli açılardan bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca Kanun, işçi adaylarının talebi üzerine videoların imha edilebilmesini de mümkün hale getirmiştir.⁹⁶

B. İş İlişkisinin Devamında İşçilerin Kişisel Verilerinin İşverence İşlenmesi Uygulamaları

İşverenler, yapay zekâ teknolojilerinden iş ilişkisinin kurulmasından sonra da yararlanmayı tercih etmektedirler.⁹⁷ İş ilişkisi devam ederken gerçekleştirilen veri işleme süreçlerinde de yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılabilmektedir. Sürecin bu aşamasında yapay zekâ ilk olarak işverenlere işçilerin performansının ölçüm ve değerlendirmesinde onları izlerken destek sağlayan bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.⁹⁸ Özellikle kurumsal firmalarda işçilerin işe giriş ve çıkış

⁹³ Geetha R and Bhanu Sree Reddy D, "Recruitment Through Artificial Intelligence: A Conceptual Study," *International Journal of Mechanical Engineering and Technology* 9, no. 7 (2018): 69; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 165; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1709

⁹⁴ Çelik, *Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları*, 3 vd.

⁹⁵ Erişim Tarihi: Ekim 11,2024, <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=4015&ChapterID=68>,

⁹⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1717.

⁹⁷ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 179 vd.

⁹⁸ Yunus Emre Gür, Cem Ayden ve Atilla Yücel, "Yapay Zekâ Alanındaki Gelişmelerin İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi," *Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 3, no.2 (2019): 144.

zamanlarının, çalışma saatleri içerisinde gerçekleştirdikleri günlük faaliyetlerin, dijital ortamlarda bilhassa ekran başında geçirdikleri süre miktarının ve iş görme borcunun ifa edilme şeklinin bu yolla izlenmesi yönünde uygulamalar gittikçe yaygın bir hal almaktadır.⁹⁹ Yapay zekâ teknolojisi, büyük veri işleme sistemlerinin sağladığı destekle işverenlere işçilerinin performanslarını gerçek zamanlı değerlendirme imkânı sunmaktadır.¹⁰⁰ İşverenler, bu tür sistemlerin kullanılmasında organizasyonun verimliliğini arttırmak gerekçesini ileri sürmektedirler.¹⁰¹

Bu başlık altında ayrıca iş sözleşmesi devam ederken işçinin kişisel verilerinin işlenmesinde işverenler arasında kullanımı yaygınlaşmaya başlayan bir uygulamadan söz etmek gerekmektedir. Yapay zekâ destekli söz konusu veri işleme uygulaması iş ilişkisinin devamlılığı açısından işçilerin verilerini işlemekte ve verisini işlediği işçilerin işverenin organizasyonuna sadakatlerini ve organizasyon bakımından önemlerini onlara puan vererek ölçmektedir.¹⁰² Bu teknolojinin boyutlarıyla ilgili şaşırtıcı örnekler bulunmaktadır. Gild adlı teknoloji firması tarafından geliştirilen yapay zekâ destekli bir model organizasyonda önemli bir konuma sahip olan işçinin iş değiştirme zamanını tahmin edebilmekte ve bu konuda müşterisi olan işverenleri uyaramaktadır.¹⁰³ Uyarılan işverenler işçinin ücretini revize ederek organizasyonda kalmaya devam etmesini sağlayabilmektedirler.¹⁰⁴ Sistem bunu yaparken işçinin işle ilgili olarak internette bıraktığı neredeyse tüm verilere erişim sağlayabilecek ölçek ve kapasitede bir büyük veri işlemesi gerçekleştirmektedir.¹⁰⁵

⁹⁹ Özdemir, *İşyerinde İşçilerin İzlenmesi*, 244; Selen Uncular, "Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme," *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi* 3, no. 66 (2020): 1675.

¹⁰⁰ Gür, Ayden ve Yücel, *İnsan Kaynakları*, 144.

¹⁰¹ Mustafa Alp ve Sevil Doğan, "Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişkisine Etkileri," *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi* 71, no. 4 (2021): 2600.

¹⁰² Cathy O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları Büyük Veri Eşitsizliği Nasıl Arttırıp Demokrasiyi Tehdit Ediyor?*, (İstanbul: Tellekt Yayınları, Şubat 2023) 131.

¹⁰³ O'neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 131.

¹⁰⁴ O'neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları* 131.

¹⁰⁵ O'neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları* 131.

Bundan başka işletmeyle ilgili faaliyetlerin optimizasyonu ve bu kapsamda devamlılığın sağlanması için ihtiyaç duyulan işgücü miktarının hesaplanması gibi amaçlarla da yapay zekâ destekli sistemlerden yararlanılabilmektedir.¹⁰⁶ Bu çerçevede işgücü ihtiyacının az ve yoğun olduğu zaman dilimlerine göre organizasyonun esnekleştirilmesi gündeme gelebilmektedir.¹⁰⁷ Yapay zekâ sayesinde işgücü talebinin yoğun olduğu zaman aralıkları tespit edilerek kısmi süreli istihdam yoluyla çalışma süreleri bu zaman aralıklarına göre belirlenebilmektedir.¹⁰⁸ Böylelikle organizasyonun işgücü maliyetinde bir azalmanın yaşanması gerçekleşecektir.

Algoritmik modeller ayrıca işçilerin performanslarının takibinde de işlevsel bir role sahip olmaktadır. Bu çerçevede gerçekleştirilen takip ve gözetim uygulamalarında performans ölçümü gerekçesine dayanılması, işverenlere işçilerin kişisel verilerini işlemek konusunda meşru bir temel sağlamaktadır.¹⁰⁹ Nesnelerin interneti ve GPS gibi teknolojilerde yaşanan gelişmeler yapay zekâyla birleşince daha önce dikkate alınmayan farklı parametrelerin ölçülebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda işçilerin iş görme borcunun ifasında işverence sağlanan araçlarla ilgili olarak geliştirdikleri kullanım alışkanlıkları, çalışma süreleri ve süreç sonunda ürettikleri çıktılar kişisel veri haline getirilerek işlenebilmektedir.¹¹⁰ Dolayısıyla algoritmalar, çalışma süreleri içerisinde işverenlere üretim süreci ve işçiler üzerinde kesintisiz bir kontrol ve anlık müdahale seçeneği sunmaktadır. Bu sebeple yukarıda bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda işçilere hangi yollarla (örneğin robotik donanım mekanizmaları veya yapay zekâ destekli

¹⁰⁶ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 56-57.

¹⁰⁷ Michael J. Shaw and Andrew B. Whinston, "An Artificial Intelligence Approach to the Scheduling of Flexible Manufacturing Systems," *IIE Transactions*, (Taylor & Francis) 21, no.2 (1989): 170; Jupiter Bakakeu vd., "An Artificial Intelligence Approach for Online Optimization of Flexible Manufacturing Systems," *Applied Mechanics and Materials* 882, (2018): 96.

¹⁰⁸ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 188 – 189.

¹⁰⁹ Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2015) 211; Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 298; Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 57.

¹¹⁰ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 57.

görüntüleme cihazları gibi) veri toplandığı ve toplanan verilerin hangi yöntemlerle işlendiği gibi konularda bilgilendirmenin yapılması önem kazanmaktadır.¹¹¹ Buna ek olarak yapay zekâ sistemleri ve giyilebilir teknolojilerde yaşanan gelişme ve ilerlemelerin kullanım konusunda gerçekleşen yaygınlaşmayla birleşmesi işverenlere işçilerin takip ve gözetimi ile işçilerden veri elde etme konularında yeni imkânlar sunmaktadır.¹¹²

C. Yapay Zekânın Kişisel Veriler Açısından Doğurabileceği Olası Endişe ve Tehlikeler

Başlık ile ilgili açıklamalara geçmeden önce belirtmek isteriz ki, çalışmamızda yeri geldikçe mevzuata ilişkin değişiklik ve geliştirme önerilerimizi sunma gayreti içerisindeyiz. Kişisel verilerin işlenmesinde yapay zekâ kullanımıyla ilgili yapılacak olan mevzuata ilişkin düzenlemeler ve değişiklikler ile geliştirilecek uygulamalar sayesinde özellikle kişisel verilerin korunmasını isteme ve mahremiyet gibi insan hak ve özgürlükleriyle ilgili etkili, yeterli ve koruyucu nitelikte bir hukuki rejimin inşa edilmesinde önemli bir ilerleme kaydedilmiş olacaktır.

Yapay zekâ kullanımının özellikle insan hakları olgusu üzerinde doğurabileceği ve ihlale sebebiyet verebilecek ağırlıktaki etkiler, bu konuda düşünce üretmeyi ve bilimsel değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.¹¹³ Mezkûr etkiler insanlık çapında ciddi endişe ve tehlikelerin muhtemelliği yönünde düşüncelerin oluşmasına yol açmaktadır. Kişisel verilerin yapay zekâ yardımıyla işlenmesi konusunun getirdiği önemli endişelerden biri imha kavramı ile doğrudan ilgilidir. Türk hukukunda gerek KVKK ve gerekse de Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik¹¹⁴ (Yönetmelik) uyarınca kişisel verilerin işlenme şartları tamamen

¹¹¹ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 188.

¹¹² Alp ve Doğan, *Giyilebilir Teknolojiler*, 2602; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 180; Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 56-57.

¹¹³ Dilara Yüzer Eltimur, "İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Aralık 2022): 567

¹¹⁴ R.G. 28.10.2017, S.30224.

ortadan kalktığı ve işlenmiş kişisel verilerin imha edilmesi konusunda ilgili kişilerden KVKK'nın 11. maddesi kapsamında bir talep geldiğinde veri sorumlularına üç farklı seçenek sunulmaktadır. Bu seçenekler, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirmektir.

Bu işlemlerin ne anlama geldiği de Yönetmeliğin 8, 9 ve 10. maddelerinde kavramsal tanımlama şeklinde açıklanmıştır. Yönetmeliğin 8. maddesinde silme işlemi, *“kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi”*; 9. maddesinde yok etme işlemi ise *“kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi”* şeklinde tanımlanmıştır. Anonim hale getirme ise yönetmeliğin 10. maddesinde *“kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesi”* olarak açıklanmıştır. Bu yöntemler arasında tercihte bulunma hakkı yönetmelik uyarınca esas itibarıyla işverenlere aittir.¹¹⁵ Kanun'da ve Yönetmelik'te kişisel verilerin imhası prosedürü bu üç işlemten birisi gerçekleştirildiği takdirde yerine gelmiş sayılmaktadır.

Hal böyle iken özellikle kişisel verilerin anonim hale getirilmesi seçeneğinin yapay zekâ destekli sistemlerin denklemde olduğu bir durumda ne ölçüde imha anlamına gelebileceği konusu sorgulanmalıdır. Çünkü silme ve yok etme işlemleri için Yönetmelik'te yer alan tanımlar birbirine daha yakın olmakla birlikte anonim hale getirme işleminin bu iki kavramdan ayrıldığı noktalar bulunmaktadır. Bundan başka yapay zekâ, büyük veri analizi ve kullandığı farklı ilişkilendirme algoritmalarıyla anonim hale getirilmiş verilerin yeniden kişisel veri haline dönüştürülebilmesini sağlayabilme imkânına sahiptir.¹¹⁶ Bu durumda ise kişisel verilerin anonim hale getirilmesinden söz edilemeyecektir.¹¹⁷

¹¹⁵ Yönetmeliğin 7. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca *“Veri sorumlusu, Kurul tarafından aksine bir karar alınmadıkça kişisel verileri re'sen silme, yok etme veya anonim hale getirme yöntemlerinden uygun olanını seçer. İlgili kişinin talebi halinde uygun yöntemi gerekçesini açıklayarak seçer.*

¹¹⁶ Hüseyin Ensari Eryılmaz, *“Yapay Zekâ Çağında Kişisel Veri Mahremiyeti,” Umay Sanat ve Sosyal Bilimler Dergisi* 1, no. 11 (Aralık 2023): 18

¹¹⁷ Gökhan Türe, *“Yapay Zekâ ve İş Hukuku: İşyerinde Algoritmik Yönetim,”* iç. *Dijital İş Hukuku Uygulamaları* içinde, Ed. Saim Ocak (Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2024) 192.

Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesinde yapay zekâ sistemlerinden yararlanan işverenlere anonim hale getirme şeklinde bir imha seçeneğini tercih etme şansı tanınmamalıdır. Bu minvalde kişisel verilerin imhası noktasında silinme veya yok edilme yönünde ilgili kişiden bir talebin gelmesi halinde yapay zekâ kullanan işverenlerden anonim hale getirme seçeneğinin tercih edildiği şeklinde bir iradenin açıklanması ihtimalinde kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edilmesi sonucu doğabilecektir.

Bu durumda işlenmiş kişisel verilerin imhasında anonim hale getirme seçeneğinin yapay zekâ destekli sistemleri kullanan veri sorumluları bakımından söz konusu olamayacağı yönünde bir mevzuat değişikliğinin gerekli olduğu kanaatini taşıyoruz. Çünkü hâlihazırdaki mevzuat uyarınca Kurulca aksi yönde verilmiş bir karar bulunmadıkça işverenler anonim hale getirme yolunu tercih ederek görünüşte anonim hale getirilmiş verileri hukuka aykırı olarak işlemeye devam edebilme imkânına herhangi bir yaptırımla karşılaşmaksızın sahip olabileceklerdir. Anonim hale getirme yoluyla imha yönteminin tercih edilemeyeceği yönünde Kurul tarafından her bir yapay zekâ kullanan işveren için ayrı ayrı karar çıkarılması büyük bir iş yükü getireceğinden bu konuda mevzuat değişikliği gerçekleştirmek daha pratik bir şekilde sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır.

Çalışma hayatı, işverenlere işçilerinden veya iş başvurusunda bulunan adaylardan davranıştan sağlığa biyometrik özelliklerden çeşitli tüketim alışkanlıklarına kadar pek çok konuda veri elde etme imkânı tanımaktadır. Bu verilerin kişisel verilerin korunması hakkına ve bu hakkın korunmasıyla ilgili hukuki müktesebatın öngördüğü düzenlemelere aykırı olarak yapay zekâ destekli sistemlerce işlenmesi ihtimal dâhilindedir. Bu durum ise özellikle kişisel veri mahremiyetinin korunması konularında çeşitli endişelerin doğumuna yol açmaktadır.¹¹⁸ Bu endişelerin giderilmesi için hukuki anlamda kişisel verilerin korunması hakkının ihlalini önleyici nitelikte tedbirlerin alınması ve bu doğrultuda veri güvenliği odaklı güvencelerin tesis edilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁸ Ozan Özparlak, Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı, 193; Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, İşverenin Algoritmik Yönetimi, 76; Eryılmaz, Kişisel Veri Mahremiyeti, 17.

¹¹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Ulusal Yapay Zekâ Strateji Belgesi, 51.

Veri işleme faaliyetinin işçilerin sahip olduğu iş ilişkisi bakımından ayrıca öneme sahip olan insan hak ve özgürlüklerini kullanmalarını zorlaştırmak amacı doğrultusunda gerçekleştirilebilmesi de mümkündür. Bu konuda küresel çapta faaliyet gösteren Amazon adlı şirketin depo işçileri tarafından ileri sürülen işverenin sendikal faaliyetleri izlemesi ve işçilerin sendikal örgütlenmeden caydırılması gibi amaçlarla yapay zekâ teknolojisinden yararlandığı yönündeki iddialar dikkat çekicidir.¹²⁰ İşçiler yapay zekâ destekli gözetim mekanizmalarının sendikal haklarının kullanılması üzerinde olumsuz potansiyel etkiler doğurabileceğini belirtmişlerdir. Yapay zekâ, işverenlere işçilerin çalışma süreleri içerisinde işyerinde birbirleri arasında gerçekleştirdikleri görüşmelerle ilgili sıklık ve süre gibi parametreler konusunda veri sağlayabilmektedir.¹²¹ Ayrıca işçilerin kesintisiz olarak çalışma süresi boyunca izlenmesi onların üzerinde bir psiko – sosyal risk unsuru olan baskıyı ve buna bağlı olarak da stres seviyesini arttırabilir.¹²²

Yapay zekânın kişisel veriyi hukuka aykırı olarak işleyen işverenler bakımından bir koruyucu kalkan işlevi üstlenmesi, bir diğer önemli tehlikeyi oluşturmaktadır.¹²³ İşlenmesi hukuka aykırı olan bir veriye işverence erişim sağlanması halinde bu durumun ilgili kişi işçi tarafından tespit edilebilir olması gerekir.¹²⁴ Aksi halde işçinin iş ilişkisinde dezavantajlı bir pozisyona sürüklenmesi sonucu doğabilir. Örneğin iş organizasyonunda kritik bir pozisyona sahip kıdemi ve performansı yüksek bir işçi olduğunu varsayalım. Bu işçinin işvereni, organizasyonda çalışan işçilerin ücretini belirlerken yapay zekâ teknolojilerinden yararlanmak noktasında bir uygulama benimsemiş olsun. İşveren, sisteme hukuka aykırı bir veri kaynağından işçinin pazarlık gücünü düşürecek nitelikte veriler

¹²⁰ Erişim Tarihi: Ekim 11,2024, <https://www.cnbc.com/2020/10/24/how-amazon-prevents-unions-by-surveilling-employee-activism.html>; Erişim Tarihi: Ekim 11,2024, <https://www.theguardian.com/us-news/article/2024/may/21/amazon-surveillance-lawsuit-union>.

¹²¹ Uncular, Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisi,1675.

¹²² Alp ve Doğan, Giyilebilir Teknolojiler, 2609.

¹²³ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 84;

¹²⁴ Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 250; Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, 256.

sağlarsa (örneğin yüklü miktarda aylık ödemesi olan ve işçinin borçlu taraf olduğu bir borcun varlığı gibi) ve bu verilerin işlenmesi sonucunda işçinin ücretinde daha düşük miktarda bir artış gerçekleşirse, işçinin maddi hassasiyeti işçiye karşı kullanılmış olur.¹²⁵ Bu durumda kapalı kutu¹²⁶ şeklinde tasarlanmış yapay zekâ sistemince gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemeden haberdar olmayan işçi, ya yasal haklarından feragat ederek istifaya ya da hakkaniyete aykırı bir ücretle çalışmaya devam etmeye zorlanacaktır.¹²⁷

Her ne kadar iş ilişkisinde esneklik olgusu değişken piyasa taleplerinin gereği olarak ve küresel rekabet ortamında bir zorunluluk haline gelse de¹²⁸ bu olgunun işgücünün örgütlenmesini zorlaştırarak pazarlık gücünü ve üretimdeki etkinliğini azalttığı yönünde sonuçlarla karşılaşılmasına da yol açtığı yönünde eleştirilerin varlığı söz konusudur.¹²⁹ İş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesinde yapay zekâ kullanımının esnekliği zamanla yaygın bir hale getirmesi ise özellikle emek ve işgücü açısından daha dezavantajlı bir durumun doğumuna yol açabilecektir.¹³⁰ Bu doğrultuda ekonomide oluşabilecek güvencesiz ve düzensiz istihdamın yaygınlaşması ile işgücü fazlalığının ve dolayısıyla işsizlik gibi durumların

¹²⁵ Benzer şekilde nitelikli personelin iş değiştirme ihtimalini algoritmaları kullanarak hesaplayıp işvereni bu konuda uyararak bir şirket örneği için bkz. O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 131.

¹²⁶ O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 40.

¹²⁷ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 79.

¹²⁸ Süzek, *İş Hukuku*, 21-23. Fevzi Demir ve Gülşen Gerşil, "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma," *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 2, no.16 (2008): 70.

¹²⁹ Ömer Aytaç ve Süleyman İlhan, "Yeni Kapitalizmin Kaotik Evreni: Belirsizlik, Sömürü ve Ahlaki Kriz," *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 10, no.1 (2008): 194; Ömer Akın, "Hızla Artan Endüstriyel Robotların Üretim Süreçlerinde Yarattığı Değişimler ve Türkiye İşgücü Piyasasında Yaratacağı Olası Etkilerin Değerlendirilmesi," *İş ve Hayat Dergisi* 6, no.3 (2017): 43; Burcu Nazlıcan Doğru ve Oytun Meçik, "Türkiye'de Endüstri 4.0'ın İşgücü Piyasasına Etkileri: Firma Beklentileri," *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 23, Endüstri 4.0 ve Örgütsel Değişim Özel Sayısı, (2018): 1587; Özlem Küçük, "Endüstri Sonrası Çalışma İlişkilerinde Yapay Zekâ, Acımasız Rekabet ve Suç Önleme Politikası," *Uluslararası Suçlar ve Tarih Dergisi*, no.20 (2019): 147

¹³⁰ Aytaç ve İlhan, *Yeni Kapitalizmin Kaotik Evreni*, 191; Küçük, *Endüstri Sonrası Çalışma İlişkilerinde Yapay Zekâ*, 130.

oluşması gibi ihtimaller, üzerinde düşünülmeyi ve bilimsel yöntemlerin gerekleri doğrultusunda sorgulama yapmayı hak etmektedir.¹³¹

Yapay zekânın yaptığı performans ölçümünün gerçeğe aykırı sonuçlar barındırabilmesi ve iş ilişkisinin sürdürülebilirliği açısından olumsuzluklara yol açması da ihtimal dâhilindedir. Makine öğrenmesine dayalı üretken yapay zekâ sistemlerinin performans ölçümünde kullanıcı ve geliştiriciler tarafından belirlenen vekil değişkenlere ve kriterlere bağlılığı da şüphesizdir ki ulaşılan sonucun güvenilirliğinde ve doğruluğunda etkilidir. İşçilerin performansını değerlendirmek amacıyla yapay zekâ teknolojilerinden yararlanırken değerlendirmede tek başına niceliksel veriler dikkate alınrsa bu durumda adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçlarla karşılaşılması beklenebilecektir.¹³²

Bu çerçevede işçilerin bireysel seviyedeki özgün yetenekleri ve organizasyona sağladıkları katkılar da bir değerlendirme kriteri olarak göz önünde bulundurulmalıdır.¹³³ Buradaki açıklamalarımıza ek olarak belirtelim ki, yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılırken benimsenmesi gereken aşağıda inceleyeceğimiz ilkelere (özellikle insani gözetim ilkesine) uyulmaması halinde sürecin sağlıklı bir şekilde işletildiğinden veya yürütüldüğünden söz edilemeyecektir.¹³⁴ Aksi durumda ise yapay zekâ, işverenlerde iş ilişkisinin sona erdirilmesinde geçerli fesih sebebi olarak performans düşüklüğünün gerçekleştiği yönünde tehlikeli olabilecek düşüncelerin gelişmesine ve dolayısıyla da bu konuda hukuki uyuşmazlıkların doğumuna yol açabilecektir.¹³⁵

Hukuka aykırı veri analizleriyle varılan sonuçların doğruluğu konusunda sorgulama yapma imkânı çoğu zaman sınırlı olduğu gibi bunların üçüncü kişilerle paylaşılması halinde işçilerin veya adayların gelecekte gerçekleştirecekleri iş

¹³¹ Kemal İnan, *Bilgi Toplumuna Geçerken Teknolojik İşsizlik* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2019) 199.

¹³² Bu konuda öğretmenlerin performansının ölçümüyle ilgili dikkate değer bir örnek için ayrıca bkz. O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 18; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 130.

¹³³ O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 144.

¹³⁴ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 90.

¹³⁵ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 61-62.

başvurularının gidişatının etkilenmesi potansiyeli de bulunmaktadır.¹³⁶ Başka bir deyişle hukuka ve gerçeğe aykırı veri analizi nedeniyle işçi ve adayların hayatları olumsuz yönde etkilenebilir.¹³⁷ Bu tür veri işleme faaliyetlerinin yapay zekâ destekli sistemler yardımıyla gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde işverenlerin özellikle hukuki yönden sorumluluğu ağırlaşmalıdır.

Bundan başka hukuka aykırı olarak işlenmiş verilerin üçüncü kişilerce işverenin iradesi dâhilinde veya haricinde ele geçirilmiş olması hallerinde işverenin sorumluluğu bakımından farklı sonuçlar doğabilecektir. Bu kapsamda işveren hukuka aykırı olarak işlediği verileri iradesi dâhilinde üçüncü kişilerle paylaşmak yoluna gitmiş ise o takdirde daha ağır bir sorumlulukla karşılaşabilecektir. Buna karşılık veri güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gerekli önlemlerin¹³⁸ veri sorumlusu işverence alınmasına rağmen veriler üçüncü kişiler tarafından işverenin iradesi hilafına (örneğin bir siber saldırı neticesinde) ele geçirilmiş ise bu ihtimalde işverenin hukuki sorumluluğu ortadan kalkmamakla birlikte hafifleyecektir.¹³⁹

Aday değerlendirmede kullanılan yapay zekâ destekli sistemsel modellerin kolay aldatılabilecek vekil değerlere¹⁴⁰ dayanması, objektifliğin ortadan kalkması noktasında birtakım endişelerin doğumuna sebebiyet verebilecektir.¹⁴¹ Örneğin moda sektöründe faal bir iş organizasyonunda pazarlama departmanı için açılmış pazarlamacı işçi pozisyonu bulunduğunu düşünelim. Bu pozisyona yapılan

¹³⁶ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 194

¹³⁷ Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 194

¹³⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 289; Yiğit, *Kişisel Verilerin Korunması*, 44; Ekmekçi, *Yücedağ, Akkanat Öztürk ve Aşıkoğlu, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 309.

¹³⁹ KVKK'nın 12. maddesinin 5. fıkrasına göre; "İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir."; Ayrıca bkz. Ekmekçi, *Yücedağ, Akkanat Öztürk ve Aşıkoğlu, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 330 vd.

¹⁴⁰ Burada vekil değer kavramı, algoritmik modelin ürettiği ölçüm çıktısında esas aldığı göstergelyi ifade etmek için kullanılmıştır. Vekil değer kavramı için ayrıca bkz. Ryan G. N. Seltzer, "The Perilous Use of Proxy Variables," *Evaluation & the Health Professions* 44, no.4 (2021): 428 vd.

¹⁴¹ O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 67.

binlerce başvurunun elenmesinde herhangi bir sosyal medya platformunda bulunan takipçi sayısını veya etkileşim miktarını vekil değer olarak kabul eden bir model, düşük takipçi ve etkileşime sahip başvuruları eliyor olsun. Bu durum başvuru sahipleri, sisteme istediğini vermek için söz konusu parametreleri satın alarak sistemi aldatmaya yönlendirebilir. Bu durumda ise objektif bir değerlendirme sürecinin yürütülmesi işverenler bakımından oldukça zorlaşacaktır.¹⁴² Değerlendirme sürecinin objektifliği ve başarısı için atanan vekil değerlerin etkililiği gereklidir.¹⁴³ Ayrıca bu kapsamda değerlendirme yapılırken ağırlığın tek bir kritere verilmemesi ve başvurularda yer alan eğitim, beceri ve tecrübe gibi bilgilerin de ilgili bağlam çerçevesinde dikkate alınmasını sağlayacak yöntemlerin algoritmik model üzerinde çalıştırılması değerlendirmenin objektifliği sorununun çözümü noktasında önerilebilir.¹⁴⁴

D. Kişisel Verilerin Yapay Zekâ Yardımıyla İşlenmesinde İlkel Yaklaşımlar

Kişisel verilerin yapay zekâ tarafından işverenlerce işlenmesi sürecinde işçilerin hak ihlallerine ve çeşitli zararlara uğrama ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁴⁵ Böylelikle işçilerin olumsuz sonuçlarla karşılaşma ihtimalini azaltacak hukuki nitelikli ilkelerin belirlenmesi ve belirlenen bu ilkelerin uygulamada izdüşümlerinin inşa edilmesi noktasında bir arayışa girilir.¹⁴⁶ Bu kapsamda yapay zekâ kullanımı ve kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili olarak ön

¹⁴² O'Neil, Matematiksel Kitle İmha Silahları, 68.

¹⁴³ O'Neil, Matematiksel Kitle İmha Silahları, 68.

¹⁴⁴ S Bharadwaj vd., "Resume Screening using NLP and LSTM," Proceedings of the Fifth International Conference on Inventive Computation Technologies (ICICT 2022), 238 – 241; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı, 1711 – 1712.

¹⁴⁵ Cumhurbaşkanlığı Yapay Zeka Stratejisi 2021 – 2025, (Erişim Tarihi: Aralık 16, 2024, <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.) 15; Büyüksağış, *Revizyon İhtiyacı*, 531; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 81 vd.

¹⁴⁶ Cumhurbaşkanlığı Yapay Zeka Stratejisi 2021 – 2025, 60 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1725.

plana dört temel ilkenin çıktığını belirtmeliyiz. Bunlar sırasıyla şeffaflık, insani gözetim, ölçülülük ve hesap verebilirlik ilkeleridir.

Yapay zekâ destekli gerçekleştirilen veri işleme sürecinin öncelikle hukuka uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yapay zekâ destekli sistemlerin geliştirilme ve kullanılma süreçlerinde verisi işlenen hiçbir işçinin anayasal nitelikli temel hak ve özgürlükleri bakımından ihlal olarak değerlendirilebilecek bir müdahaleye maruz kalması söz konusu olmamalıdır.¹⁴⁷ Bundan başka veri işleme amacının hukuka uygunluğu sağlanmalıdır. İşçilerin kişisel verilerinin yukarıda bahsettiğimiz¹⁴⁸ Amazon depo işçileri örneğinde iddia edildiği gibi sendikal örgütlenme ve faaliyetlerini önlemek amacıyla işlenmesi durumunda amacın meşruluğundan ve dolayısıyla hukuka uygunluktan söz edilemeyecektir. Bundan başka işçilerin kişisel verileri yapay zekâ destekli olarak işlenirken özellikle KVKK' da belirtilmiş bulunan kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarının gerçekleşme durumu da dikkate alınmalıdır.

Yapay zekâ destekli veri işleme modellerinin şeffaflıktan yoksun bir kapalı kutu olarak şekillenmesi ilgili kişilerin haksızlığa uğradıkları yönünde düşünceler oluşturmasına yol açabilecektir.¹⁴⁹ Bu sebeple iş sözleşmesinin kuruluş öncesinden sona ermesine kadar tüm aşamalarında gerçekleştirilen yapay zekâ destekli veri işleme uygulamalarında algoritmik şeffaflık ilkesine uyulması önem ve hassasiyete sahip bir ilkesel gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şeffaflık ilkesi yapay zekâ teknolojileri kullanımıyla işveren lehine bozulan menfaatler dengesinin¹⁵⁰ yeniden kurulmasında işlevsel bir role sahiptir.¹⁵¹ Şeffaflık ilkesi temelde veri işlemede benimsenen algoritmik modelde takip edilen yöntemin erişilebilir, açıklanabilir ve anlaşılabilir olması anlamına gelir.¹⁵²

¹⁴⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 711; Ozan Özparlak, *Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*, 194; Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, *İşverenin Algoritmik Yönetimi*, 73; Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, *Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiyeler*, (Ankara: KVKK, 2023) 10.

¹⁴⁸ Bkz. II.C. 8.paragraf

¹⁴⁹ O'Neil, *Matematiksel Kitle İmha Silahları*, 40.

¹⁵⁰ Süzek, *İş Hukuku*, 21.

¹⁵¹ Gür, Ayden ve Yücel, *İnsan Kaynakları*, 155.

¹⁵² Şermin Birtane, "Hakime Yardımcı Yapay Zekâ," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.59 (Temmuz 2024): 243

Algoritmik şeffaflık, yapay zekâ destekli veri işleme sistemlerinin ulaştığı sonuçları üretirken esas aldığı varsayım, değişken ve ölçmeye temel teşkil eden diğer unsurlara atfedilen değerlerin neler olduğunun teknik detay ve ifadelerden arındırılarak ilgili kişilerle paylaşılmasıdır. Bundan başka uluslararası düzenlemeler bahsinde değindiğimiz işverenlerin işçileri yapay zekâ kullanımı uygulaması konusunda AYZT’de yer alan bilgilendirme yükümlülüğü de şeffaflık ilkesinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Algoritmik şeffaflık ilkesi sayesinde kişisel veri koruması ve güvenliğinin gerçekleştirilmesinde ilgili kişilere hukuki nitelikli bir teminat sağlanabilecektir. Böylelikle yapay zekâ destekli karmaşık veri işleme modelleri işverenler ile işçiler arasında meçhul ve gizemli bir perde olma işlevi göstermeyecektir.

Hacmi artan verinin yönetilmesinde birtakım zorlukların gelişmesi söz konusudur. Bununla birlikte insan merkezli yapay zekâ vizyonu düşünüldüğünde kişisel verilerin güvenliği konusunda taviz verilmesi gündeme gelmemelidir. İşte burada devreye insani gözetim ilkesi girecektir. İnsani gözetim, yapay zekâ kullanımında insan merkezli yaklaşımın bir gereğidir.¹⁵³ Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından 2019 yılında yayınlanan “Daha Aydınlik Bir Gelecek İçin Çalışmak” adlı raporda teknolojik imkanların insana yakışır işler için kullanılması ve yönetilmesi bir amaç olarak benimsenirken bu doğrultuda insan kontrolü yaklaşımının, organizasyonda yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılsa bile işe etkisi bulunan nihai kararların yine insanlar tarafından alınmasını öngördüğü belirtilmiştir.¹⁵⁴

İnsani gözetim ilkesi AYZT’de de düzenlenmiştir. Tüzük yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinde dağıtımcılara insani gözetim uygulamasını bir yükümlülük olarak tanımlamıştır. Yüksek riskli olarak sınıflandırılmış yapay zekâ sistemlerinin işleyiş süreçlerinin gerçek kişiler tarafından denetlenebilmesi, amaca uygun kullanımın sağlanması ve üretilen çıktılarının sistem kullanıldığı süreç

¹⁵³ Peter Cappelli and Nikolai Rogovsky, *Artificial Intelligence in Human Resource Management: A Challenge for the Human - Centred Agenda*, ILO Working Paper 95, (Geneva: ILO, 2023)

¹⁵⁴ Uluslararası Çalışma Örgütü Çalışma Yaşamının Geleceği Küresel Komisyonu, *Daha Aydınlik Bir Gelecek İçin Çalışmak*, (Cenevre: Uluslararası Çalışma Ofisi, 2019) 13, <https://www.ilo.org/tr/publications/daha-aydinlik-bir-gelecek-icin-calismak>.

irdelenmesine imkân tanıyacak özelliklere sahip olması AYZT'de bir gereklilik olarak belirtilmiştir.¹⁵⁵

İşçilerin ve iş başvurusunda bulunan adayların kişisel verileri yapay zekâ yardımıyla işlenirken dikkate alınacak ilkelere biri de ölçülülük ilkesidir.¹⁵⁶ Ölçülülük ilkesi, KVKK' da kişisel veriler işlenirken uyulması konusunda zorunluluk tesis edilen ilkelere biridir. İnsan haklarının korunması açısından ölçülülük ilkesi, korunan hukuki menfaat ile bu menfaate yapılan müdahale arasında makul bir denge durumunun varlığını şart koşar.¹⁵⁷ Burada terazinin bir kefesinde korunan hukuki menfaat olarak işçinin kişisel verilerinin korunmasını isteme ve mahremiyet hakları yer alırken diğer kefesinde ise müdahale olarak kişisel verilerin işverence işlenmesi uygulamaları yer alır.¹⁵⁸ Kişisel verilerin işlenmesinde ölçülülük ilkesinin gereklerine uygun hareket edilmediğinin tespiti halinde terazinin diğer kefesinde bulunan kişisel verilerin korunması ve mahremiyet haklarının ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.

Temelinde hacmi fazla olan verinin iyi veri olarak kabul edildiği¹⁵⁹ ve hayatta karşılığı olan her şeyin veriye dökülerek/dönüştürülerek ölçülmeye çalışıldığı bir paradigmanın yer aldığı algoritmik sistemler bakımından hesap verebilirlik ilkesinin özel bir önemi vardır. Hesap verebilirlik ilkesi sistemde kullanılan verilerin sağlıklı ve hukuka uygun yollarla işletilen bir kaynaktan sağlandığı konusunda kullanıcılar bakımından güvenceli bir ortamın inşa edilmesini

¹⁵⁵ Regulation (EU) 2024/1689, P.72.

¹⁵⁶ Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı, (2013): 681 vd.; Yüksel Metin, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2017): 1 vd.; Philip Kunig, "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi," Çeviren: Burak Çelik, Gökçen Doğan ve Ahmet Çağrı Yıldız, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* no.1 (2019): 159 vd.; Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 63 vd.

¹⁵⁷ Yıldız, Orantılılık İlkesi, 682; Metin, Ölçülülük, 13; Kunig, Ölçülülük İlkesi, 162; Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 71

¹⁵⁸ Emine Tuncay Senyen Kaplan, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları," *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 15, no. Özel Sayı (Öner Eyrenci'ye Armağan) (2023): 213.

¹⁵⁹ O'Neil, Matematiksel Kitle İmha Silahları, 102.

öngörür.¹⁶⁰ Gerçekten, doğruluğu teyit edilemeyecek dezenformatik kaynaklardan elde edilen verilerin ilgili kişiler hakkında yapılan değerlendirmelerde esas alınması olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Hesap verebilirlik ilkesinin gereklerine uyulması halinde özellikle ilgili kişilerin yapay zekâ kullanımı dolayısıyla zarara uğrama ihtimali oldukça azalacak ve bu teknolojiden güvenli bir şekilde yararlanılması sağlanabilecektir.¹⁶¹

Hesap verebilirlik ilkesinin etkililiği, hesap verilecek bir hukuki otoritenin varlığı ile mümkün hale gelebilecektir. Bu durum ise düzenli olarak kullanılmakta olan algoritmik sistemlerin periyodik aralıklarla denetlenmesini gerekli kılmaktadır.¹⁶² Bu denetimler algoritmik teknolojiler konusunda uzman sayılabilecek seviyede eğitim almış kişilerce gerçekleştirilmelidir. Yükseköğretim Kurulu tarafından yeni kurulmuş Yapay zekâ ve veri işleme ile ilgili lisans bölümlerinden mezun olacak olan kişilerin bu konuda öncelikli olarak değerlendirilmelerinin uygun olduğu kanaatindeyiz.

Güvenli yapay zekâ kullanımının sağlanması ve yaygınlaştırılması konusunda denetimi gerçekleştirecek kuruluşların belirlenmesinin ve yetkilendirilmesinin AYZT' de belirtildiği gibi devlet tarafından yapılması uygun olacaktır. Bundan başka yetkilendirilmiş bağımsız mekanizmaların gerçekleştirecekleri üretim sonrası kullanıma ilişkin denetim sıklığı da yine devlet tarafından öngörülmelidir. Denetimin içeriği ve sıklığı konusunda belirleme yapılırken teorik birikimin ve uygulamanın gerçeklerinin birbiriyle bağdaştırılması bir gerekliliktir. Kanımızca denetim sıklığı belirlenirken ekonomik değer ve yıllık ciro gibi organizasyonun büyüklüğüne ilişkin parametreler ile organizasyonda çalışan işçi sayısı göz önünde bulundurularak hareket edilmelidir.

Bu başlık altında açıkladığımız ilkelerin gerektirdiği hassasiyet gözetilmeksizin işçilerin kişisel verilerinin işverenlerce işlenmesi halinde kişisel

¹⁶⁰ Mehmet Bedii Kaya, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 78, no. 4 (2020): 1864.

¹⁶¹ Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, *Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı*, 1728.

¹⁶² Benzer yönde bkz. Cumhurbaşkanlığı Yapay Zeka Stratejisi 2021 – 2025, 61.

verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi söz konusu olur. Mezkur kişisel verilerin işlenmesinde oluşan hukuka aykırılığın iş ilişkisinin sürmesini işçi bakımından çekilmez hale getirecek boyutlara erişmesi halinde ise İş Kanunu hükümlerine göre iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı sebeple (24/II- b, c ve f bentleri kapsamında) feshi uygulaması gündeme gelebilecektir.¹⁶³

SONUÇ

Bu çalışmanın ana iddiası hâlihazırda hukuk düzeninde yürürlükte bulunan ve kişisel verilerin korunması mevzuatında yer alan bazı hükümlerin ve eksikliklerin, kişisel verilerinin yapay zekâ yardımıyla işlenmesi ihtimalinde işçilerin birtakım mağduriyetlere uğramasına; buna karşılık işverenlerin ise haksız menfaat temin etmesine sebebiyet verme potansiyeli taşıdığıdır. Bu minvalde iş ilişkisinde özellikle kişisel verilerin korunmasını isteme ve mahremiyet hakkı bakımından menfaatler dengesinin işçi aleyhinde sonuçlanacak şekilde bozulmasının gerçekleşmesini önlemek, asıl amaç olmalıdır. Mezkûr amacın gerçekleştirilmesi için öncelikli olarak benimsenmesi gereken ana fikir yapay zekânın, işçilere sağlanan mevcut kişisel verilerin korunması rejimi çerçevesindeki hakların kullanımını zorlaştırarak işlevsiz hale getirmesinin önlenmesidir. Sonrasında ise kişisel verilerin korunması rejiminin yapay zekâ teknolojisinin karakteristik özellikleri dikkate alınarak yeniden yapılandırılması gerçekleştirilmelidir. Yapay zeka ile ilgili düzenlemeler hukuk düzenlerinde henüz tam olarak yürürlük kazanmış değildir. Ayrıca yürürlük kazansalar dahi ilgili kişiler ve özellikle işçiler bakımından yeterli korumanın sağlanması konusunda tereddütler geçerliliğini devam ettirecektir. Bu sebeple işçilerin kişisel verilerinin yapay zeka tarafından işlenmesi konusunda yaşanan belirsizlik bir süre daha varlığını koruyacak gibi görünmektedir. Ancak her halükarda yapay zekâyâ hukuki anlamda ayrı bir gerçek, tüzel veya başka türden (elektronik) kişilik statüsü tanınmadığı için yapay zekâ bakımından bir sorumluluğun doğmayacağı aşîkârdır. Bu halde gündeme veri sorumlusu olarak işverenin sorumluluğu gelecektir. Kişisel verilerin korunması hakkının ihlalinde işverenin hukuki, idari

¹⁶³ Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, 420; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 394; Süzek, İş Hukuku, 710; Yiğit, Kişisel Verilerin Korunması, 191.

ve cezai sorumluluğunun belirlenmesinde veri işleme ilkelerine ne ölçüde uyulduğu göz önünde bulundurulmalıdır. İşverenlerin yapay zekâ sistemleriyle ilgili çizdikleri veri işleme sınırları, bu sınırların aşılması ihtimaline karşı aldıkları önlemler ve bu kapsamda özellikle insani gözetim uygulamaları sorumluluğun değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesinde belirli birtakım sınırlamalar katı ölçüde uygulanmalıdır. Örneğin; işverenler işçilerin duygu – durumu veya işyerine sadakatiyle ilgili ölçümler yapamamalıdır. Ayrıca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi yoluyla veri sorumlusu işverenlerin elde ettiği menfaatler de sorumluluğun ağırlığının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

İş ilişkisinde işçilerin kişisel verilerinin işlenmesinde yapay zekâ kullanımı konusunda geline nokta insanlık olarak bir yol ayrımında değiliz. Başka bir deyişle özellikle hukuki bir değer olan mahremiyet ile iktisadi bir değer olan verimlilik arasında birini seçerse diğerinden feragat etmemizi gerektirecek bir tercihte bulunma zorunluluğumuz bulunmamaktadır. Ancak algoritmik sistemleri optimizasyon amacıyla kullananlar mahremiyete zarar vermeden verimliliği sağlamanın arayışında olan bir yolu takip etmelidirler. Aksi halde özellikle iş ilişkisinde işlev gösteren algoritmik bilgi sistemlerinin işverenlerin, işçiler üzerinde kullandığı bir tahakküm aracı haline gelmesini önlemek gittikçe zorlaşacaktır. Verimliliğin sağlanmasında mahremiyet başta olmak üzere insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve zarar görmemesi yönünde bir hassasiyetin gelişebilmesi ise yapay zekâ sistemleri kullanılırken benimsenmesi icap eden yukarıda açıkladığımız şeffaflık, insani gözetim, ölçülülük ve hesap verebilirlik ilkelerinin gereklerine riayet edilip edilmediğinin periyodik aralıklarla; üniversitelerin yapay zeka ile ilgili bölümlerinde akademik eğitimini başarıyla tamamlamış uzman kişiler tarafından denetlendiği bir hukuki zeminin inşası ile mümkün hale gelebilecektir. Mevzuatın işçilerin kişisel verilerini ve dolayısıyla mahremiyet haklarını yapay zekâ teknolojisinin sağladığı hukuki sınırları aşan işleme imkanları karşısında etkili bir şekilde koruyabilecek denetim mekanizmalarıyla güçlendirmesi bir gerekliliktir. Özellikle hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde yaptığımız açıklamalar doğrultusunda devlet tarafından yapay zekâ denetimi konusunda ruhsatlandırılmış yapılarca belirli aralıklarla işçi ve işçi adaylarına ait verilerin işlenmesini sağlayan veri sorumlularının kullandıkları yapay zeka sistemlerinin kontrolünün gerçekleşmesi ve bu yönde mevzuatın oluşturulmasını veri güvenliği açısından zorunluluk olarak değerlendirmekteyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Acar, Sami ve Nimet Özgül Ünsal, "Yeni Medyada Sosyal Medya Araçları İle İş Edinimi Platformları: Officeangels Örneği." *Electronic Journal of Vocational Colleges* 7, no.2 (2017):1 – 13.
- Alp, Mustafa ve Sevil Doğan. "Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişkisine Etkileri." *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi* 71, no. 4 (2021): 2599-2632.
- Alpagut, Gülsevil ve Aybüke Karaca Yağcı. "İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 49 (2023): 11-44.
- Akın, Ömer. "Hızla Artan Endüstriyel Robotların Üretim Süreçlerinde Yarattığı Değişimler ve Türkiye İşgücü Piyasasında Yaratacağı Olası Etkilerin Değerlendirilmesi." *İş ve Hayat Dergisi* 6, no.3 (2017): 42-71.
- Arslan, Karsu. *Evide Tele Çalışan Kişinin Kişisel Verilerinin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2024.
- Aytaç, Ömer ve Süleyman İlhan. "Yeni Kapitalizmin Kaotik Evreni: Belirsizlik, Sömürü ve Ahlaki Kriz." *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 10, no.1 (2008): 182 – 210.
- Bakakeu, Jupiter, J. Bauer, S. Tolksdorf, H. Klos, J. Peschke, A. Fehrle, W. Eberlein, J. Bürner, M. Brossog, L. Jahn, and J. Franke. "An Artificial Intelligence Approach for Online Optimization of Flexible Manufacturing Systems." *Applied Mechanics and Materials* 882, (2018): 1-16.
- Belge, Ayşe Merve. "Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, Özel Sayı (Şeref Ertaş'a Armağan), (2017): 1025 – 1051.
- Bharadwaj, S, Rudra Varun, Potukuchi Sreeram Aditya, Macherla Nikhi ve G.Charles Babu, "Resume Screening using NLP and LSTM." *Proceedings of the Fifth International Conference on Inventive Computation Technologies (ICICT 2022)*, 238 – 241
- Birtane, Şermin. "Hakime Yardımcı Yapay Zekâ." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.59 (Temmuz 2024): 233-272.

- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz ve Gülnihal Ahter Yakacak. "Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no.4 (2023): 1701 – 1757.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. "Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.51 (Temmuz 2022): 19 – 46.
- Büyüksağış, Erdem. "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVIII, no. 2 (2021): 529 – 541.
- Cappelli, Peter and Nikolai Rogovsky, *Artificial Intelligence in Human Resource Management: A Challenge for the Human - Centred Agenda*, ILO Working Paper 95, (Geneva: ILO, 2023).
- Çelik, Ezgi Sima. "İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği: Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 6, no.1 (2024): 1 – 13.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2023.
- Çetin, Evra. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2015.
- Çetin Güler, Ebru. "İşletmelerin E – İnsan Kaynakları Yönetimi ve E – İşe Alım Süreçlerindeki Gelişmeler." *Ege Academic Review* 6, no.1 (2006): 17 – 23.
- Değer Ermumcu, Senem. "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun İşverene Yüklediği Sorumluluklar." *Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi* 18, no.2 (2021): 440-461.
- Demir, Fevzi ve Gülşen Gerşil, "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma." *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 2, no.16 (2008): 68 – 89.
- Demir, Kübra. "İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması." iç. *Dijital İş Hukuku Uygulamaları*, ed. Saim Ocak, 391 – 452. Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2024.
- Doğan, Sevil. İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Doğru, Burcu Nazlıcan ve Oytun Meçik. "Türkiye'de Endüstri 4.0'ın İşgücü Piyasasına Etkileri: Firma Beklentileri." *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 23, Endüstri 4.0 ve Örgütsel Değişim Özel Sayısı, (2018): 1581 – 1606.
- Dulkadiroğlu, Hakan ve Mehmet Emin Altundemir. "Kamu Kurumlarında e-İşe Alım İçin İlk Adım: Gazete İlanlarından e-İlan'a Geçiş." *Sosyoekonomi* 20, no. 20 (2013): 59 – 78.
- Dülger, Murat Volkan. "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1 (2018): 71 – 144.
- Eryılmaz, Hüseyin Ensari. "Yapay Zekâ Çağında Kişisel Veri Mahremiyeti." *Umay Sanat ve Sosyal Bilimler Dergisi* 1, no. 11 (Aralık 2023): 6 - 24.
- Ekmekçi, Ömer ve Huriye Hilal Yılmaz. "Gönüllü Aşı Uygulaması ve Çalışma Hayatına Etkileri." *Çimento İşveren Dergisi* 35, no. 5 (2021): 8 – 33.
- Ekmekçi, Ömer, Nafiye Yücedağ, Elif Beyza Akkanat Öztürk ve Şehriban İpek Aşıkoğlu. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2024.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan. *İş Hukuku*. İstanbul: BetaYayıncılık, 2020.
- Fraijp, Jihad and Varallyai Laszlo, "A Literature Review: Artificial Intelligence Impact on the Recruitment Process." *International Journal of Engineering and Management Sciences* 6, (2021): 108 – 119.
- Göktaş, Seracettin. "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu." *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, no. 2 (2021): 1 – 55.
- Gür, Yunus Emre, Cem Ayden ve Atilla Yücel. "Yapay Zekâ Alanındaki Gelişmelerin İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi." *Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 3, no.2 (2019): 137 – 158.
- Gürsel, İlke. *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Güzel, Ali, Deniz Ugan Çatalkaya ve Hande Heper. "İş Hukukunun Algoritmalarla Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi." *Hukuk ve Adalet*

- Eleştirel Hukuk Dergisi* 15, Özel Sayı (Öner Eyrenci'ye Armağan), (2023): 25-110.
- Hmoud, Bilal and Varallyai Laszlo. "Will Artificial Intelligence Take Over Humanresources Recruitment and Selection?." *Network Intelligent Studies* VII, no.13 (2019): 21 – 30.
- İnan, Kemal. *Bilgi Toplumuna Geçerken Teknolojik İşlevsizlik*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2019.
- Kaplan, Emine Tuncay. "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 52, no.1 (1997): 367 – 386.
- Kaya, Mehmet Bedii. "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 78, no. 4 (2020): 1859 – 1897.
- Kunig, Philip. "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi." Çeviren: Burak Çelik, Gökcen Doğan ve Ahmet Çağrı Yıldız. *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.1 (2019): 159-178.
- Küçük, Özlem. "Endüstri Sonrası Çalışma İlişkilerinde Yapay Zekâ, Acımasız Rekabet ve Suç Önleme Politikası." *Uluslararası Suçlar ve Tarih Dergisi*, no.20 (2019): 121 – 161.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2020.
- Küzeci, Elif ve Şebnem Kılıç. "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve Diğer Aktörler." *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 16, no. 63 (2019):947 – 992.
- Manav, A. Eda. "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIX, no.2 (2015): 95 – 136.
- Metin, Yüksel. Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2017): 1 – 74.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayıncılık, Nisan 2022.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: I Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayıncılık, Ekim 2022.
- Nurata, Zeynep Ceren. "Hukuksal, Örgütsel ve Etik Bir Sorun Olarak İşyerinde Elektronik Gözetim." *Gazi İktisat ve İşletme Dergisi* 7, no.3 (2021): 214 – 225.
- O'Neil, Cathy. *Matematiksel Kitle İmha Silahları Büyük Veri Eşitsizliği Nasıl Arttırıp Demokrasiyi Tehdit Ediyor?*. İstanbul: Tellekt Yayınları, Şubat 2023.
- Ozan Özparlak, Başak. *Büyük Veri Çağında Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2021.
- Özdemir, Hayrunnisa. "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIV, no. 1-2 (2010): 231 – 270.
- Özer Deniz, Miray. "İşçilerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 45 (Ocak 2021): 355 – 378.
- R, Geetha and Bhanu Sree Reddy D. "Recruitment Through Artificial Intelligence: A Conceptual Study." *International Journal of Mechanical Engineering and Technology* 9, no. 7 (2018): 63 – 70.
- Seltzer, Ryan G. N. "The Perilous Use of Proxy Variables." *Evaluation & the Health Professions* 44, no.4 (2021): 428 – 435.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları." *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 15, Özel Sayı (Öner Eyrenci'ye Armağan), (2023): 169 – 240.
- Sevimli, K. Ahmet. "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 24 (2011): 120 – 139.
- Sevimli, K. Ahmet. "İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi İçin Verdiği Rızanın Hukuki Değeri." *Toprak İşveren Dergisi*, no. 116 (2017): 4-11.
- Shaw, Michael J. and Andrew B. Whinston, "An Artificial Intelligence Approach to the Scheduling of Flexible Manufacturing Systems." *IIE Transactions*, (Taylor & Francis) 21, no.2 (1989): 170 – 183.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.

- Tabak, Uğur ve Cenk Konukpay, "Güncel Uluslararası İctihatlar Çerçevesinde İşyerinde İzleme Uygulamaları ve Özel Yaşamın Korunması." *Suç ve Ceza Dergisi*, no. 1 (2018): 115-172.
- Türe, Gökhan. "Yapay Zekâ ve İş Hukuku: İşyerinde Algoritmik Yönetim." iç. *Dijital İş Hukuku Uygulamaları*. ed. Saim Ocak, 157 – 206. Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2024.
- Ugan Çatalkaya, Deniz. *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Uluslararası Çalışma Örgütü, Çalışma Yaşamının Geleceği Küresel Komisyonu, *Daha Aydınlik Bir Gelecek İçin Çalışmak*. Cenevre: Uluslararası Çalışma Ofisi, 2019.
- Uncular, Selen. *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve AB Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2018.
- Uncular, Selen. "Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme." *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi* 3, no. 66 (2020): 1673 -1700.
- Yelmen, Adem. "Kişisel Sağlık Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVIII*, no. 2 (2023): 743 - 805.
- Yıldız, Gaye Burcu. "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. Özel Sayı, (2013): 681 – 708.
- Yiğit, Esra. *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2023
- Yurteri Çetin, Derya. "6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan Adaylarına Yapılabilecek Testler." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 4, no. 1 (2022): 14-24.
- Yürekli, Sabahattin. "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXXII*, no. 2 (2014): 541 – 580.
- Yüzer Eltimur, Dilara. "İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Aralık 2022): 559 – 594.

Çevrimiçi Kaynaklar

- Entelo, Inc. "Entelo - The Talent Acceleration Platform." Entelo. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024. <https://www.entelo.com/>.
- European Parliament and of the Council. "Official Journal of the European Union." (L2024/01689). EUR-Lex. Temmuz 12, 2024. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.
- HireVue. "HireVue - Video Interviewing, Recruitment Software." HireVue. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024. <https://www.hirevue.com/>.
- Illinois General Assembly. "Illinois Compiled Statutes." Illinois General Assembly. Erişim Tarihi: Ekim 11, 2024. <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=4015&ChapterID=68>.
- Koç Holding. "Koç Holding, İşe Alım Süreçlerinde Yapay Zekâyı Kullanacak." Koç Holding Medya Merkezi. 2022. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024. <https://www.koc.com.tr/medya-merkezi/haberler/2022/koc-holding-ise-alim-sureclerinde-yapay-zekayi-kullanacak>.
- Levin, Sam. "'You Feel Like You're in Prison': Workers Claim Amazon's Surveillance Violates Labor Law." The Guardian. Mayıs 21, 2024. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024. <https://www.theguardian.com/us-news/article/2024/may/21/amazon-surveillance-lawsuit-union>.
- Palmer, Annie. "How Amazon Prevents Unions by Surveilling Employee Activism." CNBC. Ekim 24, 2020. Erişim Tarihi: Aralık 26, 2024. <https://www.cnbc.com/2020/10/24/how-amazon-prevents-unions-by-surveilling-employee-activism.html>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi. "Kanun No. 7499." TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi. Erişim Tarihi: Aralık 13, 2024. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=dfab4c12-e3cd-4d22-a085-018db209a74b&kanunNumarasi=7499#step-2>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. "Kararlar Bilgi Bankası." Anayasa Mahkemesi. Erişim Tarihi: Ekim 13,2024. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "TR Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025." Dijital Dönüşüm Ofisi. Erişim Tarihi: Aralık 26,

2024. <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı. "2025 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı." SBB. Erişim Tarihi: Aralık 13, 2024. <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/11/2025-Yili-Cumhurbaskanligi-Yillik-Programi-05112024.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı. "Yargıtay Karar Arama." Yargıtay. Erişim Tarihi: Ekim 11,2024. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.
- Türkiye Cumhuriyeti Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Kişisel Verileri Koruma Kurumu." KVKK. Erişim Tarihi: Ekim 14,2024. <https://www.kvkk.gov.tr/>.
- Uluslararası Çalışma Örgütü. "Daha Aydınlik Bir Gelecek İçin Çalışmak." ILO. Erişim Tarihi:Ekim 13, 2024. <https://www.ilo.org/tr/publications/daha-aydinlik-bir-gelecek-icin-calismak>.
- United Nations General Assembly. "Guidelines for the Regulation of Computerized Personnel Data Files." United Nations Digital Library, Aralık 14, 1990.Erişim Tarihi: Aralık 3, 2024.<https://digitallibrary.un.org/record/105299?v=pdf>.

AKIL HASTALIĞI NEDENİYLE CEZANIN İNFAZININ ERTELENMESİ

Postponement of Sentence Execution Due to Mental Illness

Berrin AKBULUT*

Öz

Akil hastalığı nedeniyle cezanın infazının ertelenmesi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (CvGTİHK) 16. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede yalnızca akıl hastalığı nedeniyle cezanın ertelenmesine yer verilmemiş, aynı zamanda diğer hastalıklarda infazın ertelenmesi (m. 16/2), gebe olanlarla ilgili infazın ertelenmesi (m. 16/4) ve ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin cezasının infazının ertelenmesi de düzenlenmiştir.

Kanun koyucu akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesi için hükümlünün akıl hastası olmasını yeterli görmüş başka bir şart aramamıştır. Akıl hastalığının varlığı halinde cezanın infazının ertelenmesi zorunlu görülmüştür. Akıl hastalığı dışındaki ruhsal rahatsızlıklar cezanın infazının ertelenmesi nedeni olarak kabul edilmemiştir.

Akil hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesi için Adli Tıp Kurumu raporu zorunlu görülmüştür. İnfazın geri bırakılması kararı Cumhuriyet Başsavcılığınca

* Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: bakbulut@selcuk.edu.tr, Orcid ID: 0000-0001-8045-2784.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.12.2024.

Atıf/Citation: Akbulut, Berrin. "Akıl Hastalığı Nedeniyle Cezanın İnfazının Ertelemesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1051-1092.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

verilmektedir. Hükümlünün sağlık durumu belirli aralıklarla kontrol edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Akıl Hastalığı, İnfaz, İnfazın Ertelenmesi, Cumhuriyet Başsavcılığı, Adli Tıp Kurumu.

Abstract

The postponement of sentence execution due to mental illness is regulated under Article 16 of the Law on the Execution of Penal and Security Measures. The article does not only involve the postponement of execution owing to mental illness but also provides for the postponement of execution in cases of other illnesses (Art. 16/2), postponement for pregnant individuals (Art. 16/4), and the postponement of execution for convicted individuals who, due to serious illness or disability, cannot maintain their life independently within the conditions of a penal institution.

The legislator has deemed it sufficient for a convict having mental illness to postpone execution, without any additional conditions. The existence of mental illness is considered a compulsory reason for postponing execution. Other psychological disorders are not accepted as reasons for postponing sentence execution.

A report from the Forensic Medicine Institute is compulsory to postpone execution due to mental illness. The decision to postpone execution is made by the Public Prosecutor's Office. The convict's health status is monitored periodically.

Keywords: Mental Illness, Execution, Postponement Of Execution, Public Prosecutor's Office, Forensic Medicine Institute.

GİRİŞ

Suç işlediği tespit edilen kişilerin cezalarını ceza infaz kurumunda çekmeleri benimsenmekle beraber, her ne olursa olsun ceza infaz kurumunda kalmaları kabul edilmemektedir. Ceza infaz kurumunda kalmaları tam tersine kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlali niteliği taşıyabilmektedir. Dolayısıyla da ülkeler ceza infaz kanunlarında cezanın infazının ertelenmesine ilişkin hükümlere yer vermektedirler. Bu şekilde uygulama yapılmakla kişilerin topluma kazandırılması

gerçekleştirildiği gibi, devletin ceza infaz kurumunda bulunan kişilere karşı sorumluluğunu yerine getirmesi de sağlanmaktadır. Cezanın amaçlarının gerçekleştirilmesinin söz konusu olmadığı durumlarda kişilerin ceza infaz kurumunda kalmaları hak ihlaline neden olmaktadır. Akıl hastalığı nedeniyle cezanın infazının ertelenmesi bu nedenle kabul edilen bir müessesedir.

Akıl hastalığı nedeniyle cezanın infazının ertelenmesi müessesesi CvGTİHK m. 116 gereğince tutuklular hakkında da uygulanabilecektir. Tutuklu olan kişi akıl hastası olduğu anlaşılmeden tutuklanmış olabilir veya tutuklandıktan sonra akıl hastası olabilir. Ayrıca belirtilmelidir ki CMK'na göre akıl hastası olan kişilerin tutuklanmasına engel bir düzenleme de bulunmamaktadır. CMK m. 144/1-d maddesi *“kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler”* düzenlemesiyle akıl hastası olup da tutuklanan kişilere tazminat verilmeyeceğini ifade ederek yapılan tutuklama işleminin hukuka aykırı olmadığını kabul etmiştir. Yine CMK m. 100/1'de *“İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez”* hükmü akıl hastalarıyla ilgili tutuklamanın mümkün olduğunu göstermektedir. Ayrıca suç işleyen ancak akıl hastası olan kişinin ceza infaz kurumunda koruma ve tedavi altına alınması hem kişi açısından hem de toplum açısından önem taşımaktadır. Yine fiilin işlenmesinden sonra akıl hastası olan kişinin iyileşme imkanı varsa yargılamanın yapılabilmesi için iyileşinceye kadar beklenmesi söz konusu olacağından yüksek güvenlikli kurumda koruma ve tedavi altına alınmaları mümkün olabilecektir.

CvGTİHK m.16 tutuklularla ilgili olarak da uygulanmakla birlikte biz tekrara yer vermemek için çalışmayı hükümlülerle bağlantılı olarak gerçekleştireceğiz.

I. CEZANIN İNFAZININ ERTELENMESİ

CvGTİHK'nın üçüncü bölüm başlığı, cezanın infazının ertelenmesi ismini taşımaktadır. Ancak bölümde yer verilen maddelere bakıldığında geri bırakma, erteleme ve durdurulma kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. CvGTİHK m. 16'da madde başlığı, hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi olmakla beraber, metin içinde infazın geri bırakılması kavramı kullanılmıştır. CvGTİHK m. 16/A ve m. 17'nin hem madde başlığında hem de metin içinde erteleme kavramına yer verilmiş, m. 17/A'da hem infazın ertelenmesi hem de durdurulması kavramı kullanılmıştır. Doktrinde infazın ertelenmesi kavramının

infazın geri bırakılması ile durdurulmasını kapsadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, infazın geri bırakılması kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infazının sonraya bırakılması, derhal infaz edilmemesini, infazın durması ise başlamış olan infazın bir süre devam etmemesini ifade etmektedir. Bu görüşe göre infazın ertelenmesi, cezanın infazına başlanmadan veya cezanın infazı esnasında mümkün olabileceği gibi, milletvekilleri, askerler, olağanüstü kanun yollarına başvurulması hallerinde de söz konusu olabilir. İnfazda tereddüt oluşması hallerinde de gerçekleşebilecektir¹. Biz çalışmamızda bölüm başlığında kullanılan infazın ertelenmesi ve madde içeriğinde yer alan infazın geri bırakılması kavramının her ikisini de kullanacağız.

İnfazın ertelenmesi², kesinleşmiş cezanın ya cezanın infazına başlanmadan veya cezanın infazına başlandıktan sonra süreli olarak veya infazın ertelenmesini doğuran neden ortadan kalkıncaya kadar infazın yerine getirilmesinin ertelenmesini ifade etmektedir. İnfazın ertelenmesi mevzuatımızda Anayasa'da (m. 83/3), Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda ve 7179 sayılı Askeralma Kanununda (m. 36) düzenlenmiştir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Birinci Kitabın İkinci Kısımında 3. bölümünde cezanın infazının ertelenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunlar, hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi (m. 16), çocuğunun hastalığı nedeniyle kadın hükümlünün cezasının infazının ertelenmesi (m. 16/A), hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesi (m. 17) ve mahkemece infazın ertelenmesi veya durdurulması (m. 17/A) şeklinde ifade edilmiştir. Hapis cezasının ertelenmesi Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m. 42, 43 ve 44' de de düzenlenmiştir. Yönetmelikte ayrıca TCK m. 51'de düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi de ertelenen hapis cezasının infazı şeklinde m. 45, 46'da aynı bölümde yer almıştır. İnfazın ertelenmesi, İnfaz

¹ İnfazın ertelenmesinin, infazın geri bırakılması ve durması hallerini kapsadığı belirtilmektedir: Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 527. Doktrinde infazın ertelenmesi yerine infazın geri bırakılması kavramı da kullanılmaktadır. Cezanın infazına ara verilen durumlarda da esasen cezanın infazının ertelendiği, madde başlığında da bu şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir: Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 369.

² İslam ve Osmanlı Hukukunda infazın ertelenmesi için bkz.: Melikşah Aydın, "İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İnfazın Ertelenmesi," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 1216 vd.

Kanununda ve İnfaz Yönetmeliğinde düzenlenmekle birlikte, ayrıca “Ceza İnfaz Kurumlarında Barındırılanların Uluslararası Standartlarda İnsan Hakları Merkezli Sağlığa Erişimi ve Tedavileri, Tedavi Nedeniyle Nakilleri, Ceza Tehiri İşlemleri” başlıklı 06.01.2020 tarihli 172 sayılı genelgenin üçüncü kısım birinci bölüm C başlığında ceza tehiri işlemleri ismiyle de hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından, hükümlü ve tutukluların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi kurumda güvenliğin temin edilmesine yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin olması durumunda sahip olunan haklara sınırlama getirilmektedir³. Uluslararası normlar çerçevesinde hükümlülerin yoksun kaldığı tek hak, özgürlük hakkıdır⁴. Kural bu olmakla beraber ceza infaz kurumunda olan hükümlü ve tutukluların bazı haklarının (örneğin sağlık hakkının) ihlal edilmemesi amacıyla kişinin ceza infaz kurumunda kalmasından vazgeçilebilmekte, cezanın infazı ertelenebilmektedir. Cezanın infazının ertelenmesi, birey veya bireylerin menfaatinin infazdan alınabilecek kamu menfaatinde daha fazla olduğu veya bireyin hukuki menfaati ile infazdaki kamu menfaati arasında adil bir dengenin bulunmadığı durumda söz konusu olabilmektedir. Yaşam hakkının, kötü muamele yasağının, sağlık hakkının, aile hayatına saygı hakkının, çocuğun üstün yararının ihlal edilmemesi için infazın ertelenmesi kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla suç işlediği sabit görülen ve ceza infaz kurumuna cezanın infazı için konulan kişilerin cezanın infazı süresince her ne olursa olsun kurumda kalmaları infaz hukukunda kabul edilmemektedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından, ceza infaz kurumunda tutulma koşulları değerlendirilirken somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte, şartların bütün olarak dikkate alınması aranmakta, bu çerçevede önlemlerin şiddeti, amacı ve bireyler için sonuçları göz önünde bulundurulmaktadır. AİHM'e göre, infazın yönteminin ve infaz sürecindeki davranışların, hükümlüleri özgürlükten yoksun

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 25.3.1983, § 99-105; Anayasa Mahkemesi, *Ersan Nazlier Başvurusu*, B. No: 2015/19917, 3.6.2020, § 36.

⁴ Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 210.

kalmanın doğal sonucundan daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerekmektedir⁵.

Cezanın infazının ertelenmesi, kural olarak hapis cezasının infazının ertelenmesiyle ilgili kabul edilmiştir. Zira ceza infaz kurumunda bulunan ve cezası infaz edilen kişiler için erteleme hükme bağlanmıştır. Adli para cezası veya güvenlik tedbirleri yaptırımları, kişiler ceza infaz kurumunda bulunmadıkları için kural olarak ertelenmeleri de söz konusu değildir. Ancak CvGTİHK'ya bakıldığında bazı hallerde infazın ertelenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesiyle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. TCK m. 50 gereğince kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesi ve seçenek tedbirin 30 günlük süre içinde gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde hapis cezası infaz edildiğinden (mahkumiyet hapis cezası olduğundan) koşulları oluştuğu takdirde bu cezanın ertelenmesi mümkündür⁶. Ancak kısa süreli hapis cezası adli para cezasına çevrildiğinde ve adli para cezası yerine getirilmediğinde bu ceza hapis cezasına dönüştürülemediğinden, Cumhuriyet Başsavcılığınca disiplin hapsine çevrildiğinden, mahkumiyet adli para cezası olarak kaldığından, infazın ertelenmesi de söz konusu değildir (CvGTİHK m. 106/9). Ancak 4/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanunun 47. maddesiyle 106. maddenin 9. fıkrasında değişiklik yapılarak ödenmeyen adli para cezalarıyla ilgili olarak uygulanan disiplin hapsinde hastalık nedeniyle (m. 16) infazın ertelenmesi kabul edilmiştir⁷. Dolayısıyla infazın ertelenmesinin kabul

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Dougoz/Yunanistan*, B. No: 40907/98, 6.3.2001, § 46; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Van der Ven/Hollanda*, B. No: 50901/99, 4.2.2003, § 51; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Piechowicz/Polonya*, B. No: 20071/07, 17.4.2012, § 162; Anayasa Mahkemesi, *Ersan Nazlier Başvurusu*, B. No: 2015/19917, 3.6.2020, § 37, 38.

⁶ Çetin Akkaya, *Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 517.

⁷ CvGTİHK'da 7242 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle teknik hapis gibi nitelendirilmekle birlikte hapis cezalarında uygulanan bazı hükümlerin uygulanması kabul edilmiştir. Birincisi 106. maddenin 9. fıkrasına eklenen ibareyle 16. madde hükmü saklı olmak üzere hapsin infazının ertelenemeyeceği belirlemesidir. Dolayısıyla 16. madde kapsamına giren bir durum varsa erteleme yapılabilecektir. Diğeri de 99. maddeye eklenen "adli para cezasından çevrilen ve ceza infaz kurumunda infaz edilme aşama-sına gelen hapis cezaları da toplama kararına dahil edilir"

edildiği ikinci hal ödenmeyen adli para cezalarıyla ilgilidir. 9. fıkraya göre, “16 ncı madde hükümleri saklı kalmak üzere, adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz”. Dolayısıyla ister kısa süreli hapis cezasından çevrilmiş isterse doğrudan uygulanan adli para cezası olsun bu ceza ödenmediğinde çevrilen disiplin hapsinin 16. maddede belirtilen hastalık nedeniyle (şartlar gerçekleşmiş olmak kaydıyla) infazı ertelenebilecektir. Ancak çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse dönüştürülemediğinden infazın ertelenmesi de uygulanamayacaktır. Bu çocuklar hakkında hem hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hem de kısa süreli hapis cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi açısından geçerlidir. İnfazın ertelenmesinin kabul edildiği üçüncü hal CvGTİHK m. 16/A’da düzenlenmiştir. 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanunun 23. maddesiyle CvGTİHK’ya eklenen 16/A maddesiyle kadın hükümlünün ödenmeyen adli para cezasının disiplin hapsine dönüştürülmesi halinde bu ceza çocuğunun hastalığı nedeniyle ertelenebilmektedir. Belirtilen hükümler ödenmeyen adli para cezalarının hapse dönüştürülmesiyle ilgili olarak kabul edilmiş olup güvenlik tedbirlerinde infazın ertelenmesi söz konusu değildir. Zaten güvenlik tedbirlerinin niteliği gereği (tehlikelilik hali nedeniyle uygulanması nedeniyle) erteleme yoluna gidilmesinin kabul edilmesi de söz konusu değildir. Diğer infazın erteleme nedenlerinin düzenlendiği CvGTİHK m. 17 (hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesi) ve 17/A maddeleri (mahkemece infazın ertelenmesi veya durdurulması) ise, gerek hükümlünün ödenmeyen adli para cezasının disiplin hapsine dönüştürülmesinde gerekse güvenlik tedbirlerinde

hükmüdür. Bu belirtilen düzenleme hem 9. fıkradaki bunun infazında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanamayacağı hükmüne aykırılık niteliği taşımakta hem de disiplin hapsi niteliğine uymamaktadır. Üçüncüsü ise CvGTİHK’nın 110. maddesinin 3. fıkrasına eklenen hükmüdür. Bu hükme göre, toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden 16. maddenin üçüncü fıkrasında belirlenen usule göre maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezası da infaz hakiminin kararıyla konutunda çektirilebilmektedir. Dolayısıyla konutta infaz, adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle Cumhuriyet savcısı tarafından disiplin hapsine dönüştürülen hapis için de infaz hakiminin kararıyla kabul edilmiştir.

uygulanamayacaktır. CvGTİHK m. 17'de⁸ bu madde hükümlerinin disiplin veya tazyik hapsine mahkûm olanlar hakkında uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir. CvGTİHK m. 17'de ayrıca bazı suçlardan mahkûm olanlar ve mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasına karar verilenler hakkında da hükümlünün talebiyle erteleme mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. CvGTİHK m. 17'de yer verilen sınırlamalar açıkça 17. maddede ifade edildiği ve hükümde “*bu madde hükümleri*” denildiği için diğer maddelerde düzenlenen erteleme nedenleri açısından uygulanmayacaktır. Aksine uygulama aleyhe olacağı, hak ihlali yaratacağı için de sınırlamalar diğer maddeler açısından geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla inceleme konumuz akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesinde de sınırlamanın uygulanması söz konusu değildir⁹. CvGTİHK m. 17/A ise, hükmü veren ilk derece mahkemesinden infazın ertelenmesine veya durdurulmasına ilişkin karar verilmesinin ertelenmesiyle ilgilidir. Hükmün sanık lehine bozulması halinde (Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından), bu hususların kanun yoluna başvurmamış diğer kişilere de uygulanması mümkün olduğundan ceza infaz kurumunda bulunan kişilerle ilgili infazın ertelenmesine veya durdurulmasını isteme imkanı getirilmiştir. Dolayısıyla hapis cezasının ertelenmesiyle ilgili olup diğer yaptırımlarla ilgisi bulunmamaktadır. TCK m. 53'te güvenlik tedbirleri kapsamında düzenlenen ve hapis cezasıyla ilgili olarak uygulanan hak yoksunluğu ise hapis cezasından bağımsız olarak uygulanmadığı için infazın ertelenmesi kapsamında değildir.

⁸ CvGTİHK m. 17/6: (6) Bu madde hükümleri;

- a) Terör suçları, örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar,
- b) Mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasına karar verilenler,
- c) Disiplin veya tazyik hapsine mahkûm olanlar, hakkında uygulanmaz.

⁹ Feridun Yetgin, *Şemalı Pratik İnfaz Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 272.

II. AKIL HASTALIĞI

A. Sağlık Hakkı

Ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin özgür kişiler gibi sahip bulunduğu temel hak ve hürriyetlerden biri de sağlık hakkıdır. Sağlık hakkı, toplumda uygulananla eşit düzeyde uygun sağlık hizmetleri alma hakkını ve hastalık ve ruh sağlığını bozmayacak veya kötüleştirmeyecek çevrede yaşama hakkını kapsamaktadır¹⁰.

Devlet, ceza infaz kurumunda bulunan kişilerle ilgili olarak koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahiptir. Devlet hem ceza infaz kurumunda bulunan kişiyi korumakla hem de bu kişinin diğer kişilere zarar vermesini engellemekle yükümlüdür. Devlet koruma yükümlülüğü kapsamında kişinin sağlığını ve yaşamını korumak yükümlülüğü altındadır. Devletin, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yaşamlarını ve sağlıklarını koruma konusundaki pozitif yükümlülüğü, bu kişilerin tıbbi tedavilerine özen gösterilmesini ve yaşamı üzerinde oluşabilecek olası tehditleri engellemeyi de içermektedir¹¹. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü tarafından hazırlanan “*Cezaevleri ve Sağlık*” raporunda ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin gerek salgın hastalığı yakalanma oranı gerekse psikolojik hastalığa tutulma oranı bakımından kurumda bulunmayan, hayatına normal olarak devam eden kişilere oranla daha fazla olduğu ifade edilmiştir¹².

Hükümlünün sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerine erişimi Anayasanın 56. maddesinde, CvGTİHK’da (m. 71, 72, m. 78-82, m. 27) ve uluslararası metinlerde düzenlenmiştir. Anayasanın 56. maddesine göre ise, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet,

¹⁰ *Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı: Akıl Sağlığı İhtiyaçları Olan Mahpuslar*, (Çev.: Ömer B. Albayrak), *Birleşmiş Milletler Yayını*, (2013), Erişim Tarihi: 25.10.2024, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Prisoners_with_special_needs_HB_Turkish.pdf, 13.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, Murat Karabulut, B. No: 2013/2754, 18.2.2016, § 43.

¹² Bkz. Çağdaş Yurt, *Ceza İnfaz Kurumlarında Sağlık Hakkı, Sağlık Hizmetlerine Erişim ve İdarenin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 21.

herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir". CvGTİHK m. 71'de hükümlünün muayene ve tedavi istekleri, m. 72' de hükümlünün beslenmesi, m. 78'de hükümlünün muayene ve tedavisi, m. 79'da sağlık denetimi, m. 80'de hastaneye sevk, m. 81'de infazı engelleyecek hastalık hâli, m. 82'de hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi ve m. 27'de sağlığın korunması kurallarına uyma hükümlerine yer verilmiştir.

Uluslararası metinlerden 2015 tarihli BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallarının (Mandela Kuralları) 24 vd. kurallarında sağlık hizmetleri düzenlenmiştir. 24. kurala göre, *"Mahpuslara sağlık hizmeti sağlanması devletin bir sorumluluğudur. Mahpuslar, toplumda mevcut olan sağlık hizmet standartlarına sahip olmalıdır ve yasal statüleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaksızın ücretsiz olarak gerekli sağlık hizmetlerine erişebilmelidir. 2. Sağlık hizmetleri genel kamu sağlığı idaresi ile yakın ilişki içerisinde ve HIV, tüberküloz ve diğer bulaşıcı hastalıklar ile uyuşturucu bağımlılığı da dahil olmak üzere, tedavi ve bakımın sürekliliğini sağlayacak şekilde düzenlenmelidir"*. 25. kurala göre, her ceza infaz kurumunda, rehabilitasyonunu engelleyen sağlık sorunları veya özel sağlık ihtiyaçları bulunan hükümlüler dikkate alınarak, hükümlülerin fiziksel ve zihinsel sağlıklarını değerlendirmek, geliştirmek, korumak ve iyileştirmekle görevli bir sağlık hizmeti bulundurulacaktır. Sağlık hizmeti, tam bir klinik bağımsızlık içinde hareket eden disiplinler arası bir ekipten oluşacak ve psikoloji ile psikiyatri alanlarında yeterli uzmanlığı kapsayacaktır. 30. maddeye göre özellikle dikkat edilecek hususlardan biri de *"intihar, kendine zarar verme ve uyuşturucu, ilaç veya alkol kullanımından kaynaklanan geri çekilme semptomları da dahil ancak bunlarla sınırlı olmayan, hapsedilme olgusunun yol açtığı psikolojik veya diğer stres belirtilerini tespit etme ve uygun tüm bireysel tedbirleri veya tedavileri uygulama"* dır. 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kurallarında¹³ da sağlık hakkı düzenlenmiştir. 3. Bölümde 39 vd. kurallarda sağlık hizmetleri düzenlenmiştir. 39.

¹³ Bakanlar Komitesi tarafından, 11 Ocak 2006 tarihinde kabul edilmiş ve Bakanlar Komitesi tarafından 1 Temmuz 2020 tarihinde gözden geçirilerek değişiklik yapılmıştır.

kuralda, cezaevi yetkililerinin sorumlulukları altında bulunan hükümlülerin sağlığını korumakla yükümlü olduğu, 40.4'te cezaevlerindeki sağlık servislerinin, hükümlülerin yakalanmış olabileceği herhangi bir bedensel veya ruhsal hastalık ya da rahatsızlığı ortaya çıkarmak ve tedavi etmek için çaba göstermeleri gerektiği, 40.5'te bu amaçla hükümlülere gerekli tüm tıbbî, cerrahî ve psikiyatrik hizmetlerin sağlanması hükme bağlanmıştır. Hekimlerin görevleri arasında, bedensel veya ruhsal bir hastalığın teşhis edilmesi, hastalığın tedavisi için ve mevcut tedavinin devamının sağlanması için gerekli tüm tedbirlerin alınması; özgürlükten yoksun bırakılma sonucunda ortaya çıkan herhangi bir psikolojik veya farklı bir nedene bağlı stresin tespit edilmesi de sayılmıştır (42.3). 47. kuralda ise akıl sağlığına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu kurala göre, "12. kuralda düzenlenen hallerin dışında bir akıl hastalığı veya anormallığı olan mahpusların gözlem ve tedavilerinin sağlanması için, özel cezaevleri ya da cezaevlerinin içerisinde tıbbî kontrol altında olan bölümler oluşturulmalıdır. Cezaevi sağlık servisi, ihtiyacı olan tüm mahpuslara psikiyatrik tedavi sağlamalı ve intiharın önlenmesine özel dikkat göstermelidir".

Ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin sağlık hakları kapsamında ceza infaz kurumu yetkililerin, hekimlerin, sağlık görevlilerinin yükümlülükleri bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi hükümlülerin fiziksel ve zihinsel sağlıklarını değerlendirmek, geliştirmek, korumak ve iyileştirmekle görevli bir sağlık personelinin ceza infaz kurumlarında bulundurulması gerekmektedir. Bu hizmet kapsamında psikoloji ile psikiyatri alanlarında da yeterli uzmanlığa sahip kişiden yararlanılması gerekmektedir. Fiziksel veya ruhsal sağlığın korunması, bunun için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği gibi, fiziksel veya ruhsal rahatsızlığın bulunduğu durumda bu rahatsızlığı ortaya çıkarmak ve tedavi etmek için gerekli tüm tedbirlerin alınması da gerekmektedir. Bir hükümlünün bedensel veya zihinsel sağlığının devam eden hapis veya hapis şartlarından olumsuz olarak etkilendiği veya etkileneceğinin düşünüldüğü durumda da durum kurum yönetimine bildirilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Hükümlünün sağlık hakkıyla ilgili AİHM ve Anayasa Mahkemesi de kararlar vermektedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi, başvuruları işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı, insan haysiyetine uygun infaz ilkesi ve özel

hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde incelemektedir. Anayasa Mahkemesi, hasta bir kişinin uygun olmayan fiziki ve tıbbi koşullarda tutulmasını Anayasa m. 17/3'e aykırı bir muamele olarak değerlendirmektedir¹⁴. AİHM ve Anayasa Mahkemesi hükümlünün kötü muameleyle maruz kaldığının kabulü için fiilin, muamele yasağı için aranan asgari ağırlık derecesine ulaşması gerektiği, hükümlünün tedavisi için imkanlar sağlanmış ve gerekli tedbirler alınmışsa yalnızca "sağlık durumu uygun olmamasına rağmen tutukluluk halinin devam ettirilmesi"nin kötü muamele kapsamına girmeyeceğini kabul etmektedir¹⁵. Devletin hükümlünün sağlık hakkıyla ilgili pozitif yükümlülüğünün iki boyutu olduğu kabul edilmektedir. İlk olarak hükümlülerin fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunması için gereken önlemleri alma ve sağlık hizmetlerini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. İkinci olarak cezanın infazının, hükümlünün ceza infaz kurumunda kalmasından kaynaklanan kaçınılmaz sıkıntılara sağlık sorunları nedeniyle yeni sıkıntılar ekleyen koşullar altında çektirilmemelidir¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin sağlıkla ilgili şikâyetlerini üç başlık altında incelenmektedir: a) Sağlık durumunun ceza infaz kurumunda tutulmasına kesin olarak uygun olmamasına rağmen kişinin tutukluluğunun/hükümlülüğünün devam ettirildiğine ilişkin iddia, b) Sağlanan

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, Murat Karabulut Başvurusu, B. No: 2013/2754, 18.02.2016, § 65. "Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin hasta olmaları durumunda devletin kontrolü altında tuttuğu bu kişilere gerekli tıbbi yardımı sağlama yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi sonucunda kişinin yaşamı veya vücut bütünlüğü bakımından tehlike arz eden acil bir duruma, ağır veya uzun süreli bir acı çekmesine sebebiyet verilmesi, belirtilen sonuçlar ortaya çıkmamakla birlikte kişinin tıbbi yardımdan mahrum kalmış olması nedeniyle yaşadığı stres, huzursuzluk veya aşışılma hissinin -olayın kendine has koşulları çerçevesinde- insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele düzeyine ulaşacak ciddiyette olması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiği kabul edilebilir. Bu kapsamdaki değerlendirmede kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına bağlı dezavantajlı konumunun da dikkate alınması gerekir", Anayasa Mahkemesi, Faruk Öçal Başvurusu, B. No: 2020/27467, 11/7/2024, § 22.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, H.G. Başvurusu, B. No: 2018/32199, 29.6.2021; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cöcain/Fransa, B. No: 32010/07, 03.02.2012, § 74; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mouisel/Fransa, B. No: 67263/01, 14.11.2002, § 38-40.

¹⁶ Emine Eylem Aksoy Retornaz, "Cezaevinde Sağlık Hizmetlerine Erişimde Güncel Sorunlar," *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi* 12, no. 4 (2019): 28.

tibbi bakımların yetersiz olduğuna ilişkin iddia, c) Ceza infaz kurumlarındaki tutma koşullarının kişinin sağlık durumuna uygun olmadığına ilişkin iddia¹⁷.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda (m. 71, 72, m. 78-82, m. 27) sağlık hakkıyla ilgili hükümlere yer verilmiş olmakla birlikte ruhsal sağlıkla ilgili 71. madde dışında belirleme yer almamaktadır. 71. maddeye göre, *“Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilir”* (aynı düzenleme Yönetmelik m. 79). Ancak Yönetmeliğin ceza infaz kurumlarında bulunan psiko-sosyal yardım servisine ilişkin 12. maddesinde, *“Psiko-sosyal yardım servisi; personel ve hükümlülerin ruh ve beden sağlığı ve bütünlüğüne ilişkin koruyucu, geliştirici programları araştıran, uygulayan ve gerektiğinde tedavi sürecine katılarak psikolojik destek ve müdahalede bulunan, ayrıca hükümlülerin bireysel özelliklerini, yaşam koşullarını ve suç işleme nedenlerini belirleyerek bireysel gelişmelerine yardımcı olan, kurum yaşamına uyumlarını ve toplumsal yaşamla uyumlaşmalarını sağlayan ve bireyin yeniden suç işlemesini engelleyecek önlemleri alan ve bu amaçla gerektiğinde kurum en üst amirinin bilgisi dahilinde, aileler ve sosyal çevreyle görüşme yapan servistir. Psiko-sosyal yardım servisinde; psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve çocuk gelişimi uzmanı görev yapar”* hükmüyle ruh sağlığına ilişkin belirleme yapılmıştır. 71. madde dışında ruhsal sağlıkla ilgili kanunda bir düzenlemenin olmaması eksiklik teşkil etmektedir. Ceza infaz kurumunda kalan kişiler için önemli bir sorun olan bu rahatsızlığın tespiti, kontrolü ve gerekli tedavinin yapılmasının daha ayrıntılı düzenlenmesi gerekir. Örneğin cezanın infazının tamamlanmasına rağmen akıl hastalığı iyileşmemiş kişilere yönelik düzenleme yapılmalıdır.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, Faruk Öçal Başvurusu, B. No: 2020/27467, 11/7/2024, § 20.

B. Akıl Hastalığı

1. Genel Olarak

Ceza mahkumiyeti olan kişilerin akıl hastalığı mevcut olabileceği gibi, ceza infaz kurumuna girdikten sonra da kişiler akıl hastalığına yakalanabilmektedirler¹⁸.

Ceza hukukunda fiili işlediği sırada akıl hastalığı TCK'nın 32. maddesinin 1. fıkrası kapsamında olanların ceza sorumluluğu kabul edilmemekte, güvenlik tedbiri uygulanmakta, dolayısıyla da ceza infaz kurumuna girmeleri söz konusu olmamaktadır. Akıl hastalığı TCK m. 32/2 kapsamında olanlar için indirilmiş ceza verilip bu mahkumiyette ceza mahkumiyeti olduğu için bu cezanın CvGTİHK m. 16 çerçevesinde ertelenmesi mümkündür¹⁹. Mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabildiğinden dolayısıyla cezanın akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak yerine getirilmesi TCK m. 32 gereğince gerçekleştirildiğinden CvGTİHK m. 16 kapsamında cezanın ertelenmesi söz konusu değildir. Bu halde infaz hakimliği tarafından TCK m. 57/6 kapsamında yerine getirilen ve güvenlik tedbiri olarak infaz edilen bir ceza bulunmaktadır. İnfaz hakiminin bu kişiler hakkında ceza yerine güvenlik tedbirine karar verebilmesi için akıl hastası olan kişilerin yerleştirdikleri yüksek güvenlikli sağlık kuruluşu tarafından düzenlenen raporda, kurumda kalmasının tehlikelilik ve tedavi açısından gerekli olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu rapor üzerine infaz hakimi süresi aynı kalmak şartıyla cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verebilmektedir. Mahkum olunan hapis cezasının kısmen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infazına karar verilmişse yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda geçirilmesi gereken süre dışındaki mahkumiyet süresi ceza infaz

¹⁸ Öğretide bu kavram yerine “*zihinsel bozukluk*” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Mehmet Ali Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019), 26.

¹⁹ TCK m. 34'te de kusurluluğu kaldıran bir hal olarak geçici nedenler düzenlenmiştir. Ancak bu durumlar da algılama ve/veya irade yeteneğini etkilese de geçici nedenler akıl hastalığı dışında kalan, etkisi geçtiğinde failin normale döndüğü durumlar olarak ifade edilmektedir. Bkz. Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017), 382.

kurumunda çekilmek suretiyle cezanın infazı gerçekleştirilecektir. Hapis cezasının tamamının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infazına karar verilmişse cezanın tamamı yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda geçirilecektir. Güvenlik tedbiri olarak infaz, infaz hakiminin kararıyla infazın başlangıcında söz konusu olabileceği gibi cezanın infazı sürecinde de kalan kısmının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanması şeklinde de gerçekleştirilebilir. Belirtilen durumlarda cezanın infazının ertelenmesi değil kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanması şeklinde infaz edilen ceza bulunmaktadır.

Fiilin işlenmesinden sonra kişi akıl hastası olmuşsa bu kişiyle ilgili olarak dava açılmakta, ancak hastalığı, savunmasını esaslı bir şekilde yapmaya engel teşkil edecek derecede ve iyileşmesi de mümkün değilse yargılama yapılamamakta, düşme kararı verilmekte, dolayısıyla da ceza verilememektedir. Ceza verilmediği için de ceza infaz kurumuna girmesi ve cezasının ertelenmesi söz konusu değildir. Akıl hastalığının yargılama yapılmasına engel olacak nitelikte bulunmadığı hallerde yargılama yapılması ve cezanın verilip ceza infaz kurumuna girilmesi söz konusu olacağından CvGTİHK m. 16 gereğince cezanın infazının ertelenmesi müessesesi uygulanabilecektir.

Hükümlüler, yargılamadan sonra veya ceza infaz kurumuna girdikten sonra da akıl hastası olabilmektedir. Ceza infaz kurumuna giren kişilerde hapsedilme olgusunun ortaya çıkardığı psikolojik ve stres söz konusu olabilmekte, ruhsal sağlıkları bozulabilmektedir. Hükümlüler, aşırı kalabalık, iyi havalandırılmayan ve hijyenik olmayan ortamda, şiddet ve kötü muamele yapılan veya yapılacağı algısı olan bir ortamda barındırıldıkları için stres, depresyon ve kaygı yaşamaktadırlar²⁰. Psikolojik sorunları olanlar daha fazla akli yönden zarar

²⁰ “Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezayı Önleme Komitesi (CPT) 2015 yılında mahpus başına düşmesi gereken asgari yaşam alanına ilişkin görüşünü ve standartlarını net bir şekilde açıklamaya karar vermiştir. Bu standartlar çok sayıda CPT ülke ziyareti raporunda sıkça kullanılmakla birlikte ilk defa “Cezaevlerinde Mahkum Başına Düşen Yaşam Alanı: Cpt Standartları” başlıklı belgede (CPT/Inf (2015) 44, 15 Aralık 2015) bir araya getirilmiştir. Bu belgenin ilgili kısmı şöyledir:

“4. Bu belgede bahsedilen odalar disiplin, güvenlik tecrit veya tefrik odalarının yanı sıra mahpusların kalması için tasarlanan sıradan odalardır. Bununla birlikte çok kısa süreler için kullanılan bekleme odaları ya da benzer alanlar burada ele alınmamıştır. (İnsanların özgürlüklerinden mahrum bırakılabilecekleri

diğer mekanlardaki (polis karakolları, psikiyatri kurumları, mülteci kampları vb.) yaşam alanı meselesi bu belgenin kapsamında değildir.)

9. CPT 1990'larda bir mahkuma bir odada sağlanması gereken asgari yaşam alanı için temel bir "pratik kural" standardı geliştirmiştir.

- tek kişilik oda için 6 m² yaşam alanı
- çok kişilik oda için mahkum başına 4 m² yaşam alanı

10. CPT'nin son yıllarda açıkça belirttiği gibi asgari yaşam alanı standardına oda içindeki banyo ve tuvalet alanı dahil değildir. Sonuç olarak tek kişilik bir oda 6 m² olmalı, ayrıca (genellikle 1 m² ila 2 m² tutarında) bir banyo/tuvalet eklentisi bulunmalıdır. Aynı şekilde çok kişilik odalardaki banyo/tuvalet bölümü de kişi başına düşen 4 m² hesabından ayrı tutulmalıdır. Ayrıca bir mahkumdan fazlasını barındıran her odada banyo ve tuvaletler tamamen ayrılmış olmalıdır.

11. Ayrıca CPT mahkumları barındırmak amacıyla kullanılan her odanın duvarları arasında en az 2 m, zemini ile tavanı arasında da en az 2.5 m mesafe olması gerektiğini düşünmektedir.

16. Bu nedenlerle CPT, dört mahkuma kadar olan çok kişilik odalarda, tek kişilik oda için geçerli olan 6 m²'lik asgari yaşam alanına her ilave mahkum için 4 m² ekleyerek, arzulanan bir standardı teşvik etmeye karar vermiştir:

- 2 mahkum: en az 10 m² (6m² + 4m²) yaşam alanı + banyo ve tuvalet
- 3 mahkum: en az 14 m² (6m² + 8m²) yaşam alanı + banyo ve tuvalet
- 4 mahkum: en az 18 m² (6m² + 12m²) yaşam alanı + banyo ve tuvalet

21. CPT hiçbir zaman oda boyutu standartlarının mutlak olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmemiştir. Bir başka deyişle CPT, özellikle mahpusların her gün önemli miktarda bir vakti oda dışında geçirebilmeleri (atölyelerde, sınıflarda veya diğer aktivitelerde) gibi hafifletici faktörler bulunduğu süreçte, asgari standartlarından küçük bir sapmanın otomatik olarak söz konusu mahkum(lar)ın insanlık dışı ve onur kırıcı muamele gördükleri anlamına gelebileceği görüşünü benimsememektedir. Bununla birlikte CPT böyle durumlarda bile hâlâ asgari standarda bağlı kalınmasını tavsiye etmektedir.

22. Diğer yandan Komite için alıkonma koşullarının insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak sayılması için odaların aşırı kalabalık olması ya da birçok vakada olduğu gibi, bütün mahkumlar için yeterli sayıda yatak olmaması, yetersiz hijyen, parazit salgını, yetersiz havalandırma, ısıtma ya da aydınlatma, odada tuvalet/banyonun bulunmaması ve doğal ihtiyaçlar için kova ya da şişe kullanılması gibi birçok olumsuz unsurun bir arada bulundurulması gerekmektedir. Aslında bir alıkoyma merkezinin hem aşırı kalabalık olma hem de iyi havalandırılma, temiz olma ve yeterli sayıda yatak bulundurma ihtimali oldukça düşüktür. Dolayısıyla CPT'nin sadece yetersiz yaşam alanına atıfta bulunmak yerine sıklıkla ağır tutukluluk şartlarını oluşturan faktörleri sayması şaşırtıcı değildir. Ayrıca CPT –her vakada olmasa da– özel bir durumu değerlendirirken koşullarla doğrudan doğruya bağlantısı olmayan başka faktörleri de dikkate almaktadır. Bu faktörler oda dışında az zaman geçirilmesi ve genellikle kötü bir cezaevi rejimi; açık hava egzersizlerinin azaltılması; yakınlarla yıllarca görüşme mahrumiyeti vb. içerir.

uğrama riskleri altındadırlar. Depresif, intihara meyilli olmaktadır, kendilerine veya başkalarına zarar verme veya başkalarından ciddi oranda zarar görme

23. Bu belgenin sonundaki Ek cezaevinde alıkoyma koşulları değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken faktörlerin (mahkum başına düşmesi gereken yaşam alanı miktarı dışında) kısmi bir listesini içermektedir.

24. Bu belge, CPT'nin belirli bir odada mahkûm(lar) açısından uyulması gereken asgari yaşam alanı standartlarını açıkça belirterek, uygulayıcılara ve diğer ilgili taraflara kılavuz ilkeler sağlamaya çalışmaktadır. Nihai olarak, belirli bir kişinin, o kişinin kişilik yapısı da dahil olmak üzere bütün faktörleri dikkate alarak AİHS'nin 3. maddesi çerçevesinde insanlık dışı ve onur kırıcı muamele eşiğine varacak kadar acı çekip çekmediğine karar vermek mahkemelerin işidir. Kişi başına düşen metrekaresi miktarı, çoğunlukla anlamlı ve belirleyici olmakla birlikte sadece bir faktördür."

17. Söz konusu belgenin ekinde yer alan ceza infaz kurumundaki tutulma koşulları değerlendirilirken gözönünde bulundurulması gereken diğer faktörlerin listesi ilgili olduğu ölçüde aşağıdaki gibidir:

"Onarım ve temizlik durumu

- Hücreler, mobilyalar da dahil olmak üzere, iyi bir onarım durumunda olmalı ve yaşam alanlarının temiz ve hijyenik kalması için her türlü çaba gösterilmelidir.

- Herhangi bir haşere istilası şiddetle mücadele edilmelidir.

- Mahpuslara gerekli kişisel hijyen ürünleri ve temizlik malzemeleri sağlanmalıdır.

Doğal ışığa, havalandırmaya ve ısıtmaya erişim

- Mahpuslar için tüm yaşam mekanları (hem tek kişilik hem de çok kişilik hücreler), okuma amaçları için yeterli olan yapay aydınlatmanın yanı sıra doğal ışığa da erişebilmelidir.

- Aynı şekilde, hücrelerin içindeki havanın sürekli yenilenmesini sağlamak için yeterli havalandırma olması gerekir.

- Hücreler yeterince ısıtılmalıdır.

Sıhhi tesisler

- Her hücrede en az bir tuvalet ve lavabo bulunmalıdır. Birden fazla kişinin bulunduğu hücrelerde, sıhhi tesisler tamamen bölünmelidir (yani tavana kadar).

Açık hava egzersizi

- CPT, her mahpusa her gün en az bir saat açık havada egzersiz teklif edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Açık hava egzersiz alanları geniş olmalı ve mahkûmlara kendilerini fiziksel olarak efor sarfetmeleri (örneğin spor yapmaları) için gerçek bir fırsat verecek şekilde uygun şekilde donatılmalıdır; ayrıca dinlenme araçları (örneğin bir bank) ve sert hava koşullarına karşı bir barınak ile donatılmalıdır.

Belli bir amaca yönelik etkinlikler

- CPT uzun süredir mahkûmlara çeşitli amaçlı faaliyetler (iş, meslek, eğitim, spor ve eğlence) sunulmasını tavsiye etmektedir", Anayasa Mahkemesi, Cengiz Yetgin [GK] Başvurusu, B. No: 2019/39068, 14.6.2023.

olasılıkları bulunmaktadır²¹. Anayasa Mahkemesine göre, *“Tutuklanan veya hürriyeti bağlayıcı cezasının infazına başlanan kişilerin daha önce sahip oldukları pek çok özgürlükten mahrum kalmaları ve günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir sonucu olarak psikolojik sağlıkları bozulabilmekte, dolayısıyla kırılğan ve korumasız bir konumda bulunan bu kişilerin intihar etme riski artabilmektedir. Bu nedenle yasal ve ikincil düzenlemelerin ceza infaz kurumu yetkililerine bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklemesi, tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler alınmasını sağlaması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle ceza infaz kurumunda kalan kişilerin davranışlarının ve sağlık durumlarının takip edilmesi, gerektiğinde doktor muayenesine başvurulması, diğer yandan bu konuda meyli olduğu anlaşılanlar açısından kendileri için en uygun yerlerde kalmalarının temin edilmesi, intihar eylemlerinde kullanılacak kesici/delici eşyalara, kemer, çamaşır ipi veya ayakkabı bağcıkları gibi eşyalara el konması şeklinde bu tip risklerin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir”*²².

2. Akıl Hastalığı

Dünya Sağlık Örgütü tahminlerine göre Avrupa’da hükümlülerin % 40’ında akıl hastalığı bulunmakta olup, bu kişilerin ceza infaz kurumu dışındaki kişilere oranla 7 kat fazla intihar etme olasılığı bulunmaktadır. Başka ülkelerde gerçekleştirilen araştırmalarda da oranlar farklı olsa da ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerde akıl hastalıklarının bulunduğu görülmektedir²³.

Akil hastalığı fiziksel hastalık gibi bir sağlık sorunudur. Dünya Sağlık Örgütü’ne göre, *“Sağlık; bedensel, ruhsal ve sosyal olarak tam bir iyilik halidir”*. İyilik bozulduğunda hastalık söz konusu olmaktadır. Ruhsal hastalıklar; *“konjenital veya sonradan gelişen ruh ve beden sağlığını tehdit eden sağlık sorunlarıdır”*. Ruhsal rahatsızlıklarda, kişinin toplumsal, mesleki işlevselliği bozulmakta, kendine bakmada sorun yaşamakta, kendine yetememekte, düşünme, planlama, sorun çözme, iş yapma, sosyalleşme

²¹ Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, 13.

²² Anayasa Mahkemesi, Sibel Duymaz Doğan Başvurusu, B. No: 2017/4785, 16.6.2021, § 78.

²³ Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, 10.

ve uyum göstermede beceri kaybı oluşmakta, bilişsel olarak zarar görmektedirler²⁴. Ruhsal hastalıklar akıl hastalığını kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bir başka ifadeyle her ruhsal rahatsızlık akıl hastalığı değildir. Nitekim CvGTİHK, akıl hastalığı (m. 16) ile akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlığı olan hükümlüler (m. 18) ifadesini kullanarak akıl hastalığının ruhsal rahatsızlık kapsamında olduğunu, ancak aynı anlama gelmediğini ifade etmiştir. Akıl hastalığı, ruhsal rahatsızlıklardan ağır olan, ciddi, kronik rahatsızlıkları ifade etmektedir. Diğer ruhsal rahatsızlıklar ise, akıl hastalığına göre daha hafif olan anksiyete bozukluğu, depresyon, travma sonrası stres bozukluğu gibi duygusal ve davranışsal sorunları belirtmektedir²⁵.

Akletmek, insanın algılama yeteneğiyle ilgili bir fonksiyon olup, belli verilerden belli sonuçlar çıkarabilme yeteneğidir²⁶. Bu hastalıklar kişinin düşünme, algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde etkileyen rahatsızlıklardır. Şizofreni, bipolar bozukluk, major depresyon, disosiyatif bozukluk, obsesif-kompulsif bozukluk, zeka geriliği, demans, alzheimer gibi psikiyatrik rahatsızlıklar bu kapsamdadır. Akıl hastalığı²⁷ "kişinin

²⁴ Nuray Soykal, *Ruhsal Bozukluk Tanılı Hastaların Bildirdikleri Sorunlar ile İşlevsellik ve Stresle Başa Çıkma Tarzları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019), 6.

²⁵ Bkz. Erişim Tarihi: 23.10.2024, https://embracementalhealth.org.au/sites/default/files/2019-04/Turkish_mental.pdf. Akıl hastalığı bundan farklı olarak kişinin gerçekte olan bağlantısının kalkması veya sıradan patolojik tekniklerle beyindeki fiziksel tahribatın tespit edilemediği rahatsızlıklar olarak da ifade edilmiştir. Bkz. Abdülbaki Giyik, *Akıl Hastalığı ve Türk Ceza Muhakemesi Bakımından Sonuçları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019), 20.

²⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları 2022), 475.

²⁷ Akıl hastalığının tarihsel süreçte kavramsallaştırılmasıyla ilgili olarak bkz.: Ayça Gelgeç Bakacak, Aslıhan Öğün Boyacıoğlu, "Bireylerin Akıl/Ruh Sağlığı Tanımlamalarına İlişkin Nitel Bir Araştırma," *Sosyoloji Dergisi* 27, (2012), 3, 4; Öğretide yaygın olarak kabul edilen akıl hastalıkları sınıflandırılması şu şekildedir: 1- Zeka geriliği, 2. organik sebeplere bağlı akıl hastalıkları, 3- Fonksiyonel (işlevsel) akıl hastalıkları. Bkz. Yıldız, *Ceza Hukukunda*, 25. Dünya sağlık Örgütü tarafından da akıl hastalıkları şu şekilde sınıflandırılmıştır: 1- Organik Akıl hastalıkları, 2-Madde kullanımına bağlı akıl hastalıkları, 3- Şizofreni, şizotipal ve delüzyonel akıl hastalıkları, 4- Duygulanım akıl hastalıkları, 5- Nörotik, stresle bağlantılı ve somatoform akıl hastalıkları, 6- Psikolojik sıkıntılar ve fiziksel faktörlerden kaynaklanan davranışsal sendromlar, 7- Yetişkin kişiliği ve davranışlarına ilişkin hastalıklar, 8- Mental retardasyon, 9- Psikolojik gelişime ilişkin

ayırddedicilik gücünü kaldıran ruhsal bozukluk, us sayrılığı" olarak tanımlanmaktadır²⁸. TDK'na göre, "Düşünme, anlama, kavrama, karar verme, önlem alma insanlarla ilişki kurma vb. yeteneklerdeki eksiklik veya bozuklukla kendini gösteren hastalıkların genel adı; ruh hastalığı'dır²⁹. Akıl hastalığının oluşmasında, "yas, cinsiyet, iklim, kalıtım, sosyal faktörler (kültür, medeniyet, evlilik, meslek, tahsil, vb.), kişinin bünyesi ve karakteri, gebelik, hapis ve esaret, savaş, toksik maddeler, enfeksiyon hastalıkları, hormonlar ve ruhi faktörler" gibi nedenler rol oynamaktadır³⁰.

DSÖ (Dünya Sağlık Örgütü) ve UKK (Uluslararası Kızılhaç Komitesi), hükümlülerin akıl sağlığını olumsuz etkileyen faktörler olarak, "özellikle aşırı kalabalıklaşmayı, zorunlu tecrit veya mahremiyet eksikliğini, çeşitli şiddet biçimlerini, anlamlı etkinliklerden mahrumiyeti, sosyal dayanışma ağlarından kopuşu ve özellikle akıl sağlığı servisleri başta olmak üzere yetersiz sağlık hizmetlerini" göstermektedirler. Ayrıca diğer nedenler olarak "akli engelleri bulunan tüm insanların topluma birer tehdit oluşturduğuna dair yaygın önyargı; çoğü toplumun zor veya rahatsız eden davranışlara karşı genel olarak hoşgörüsüz oluşu; tedavi, bakım ve onarıcı işlevlerin geliştirilmemesi ve hepsinden önemlisi çoğü ülkede akıl sağlığı hizmetlerinin bulunmaması veya bu hizmetlere erişimin mümkün olmaması" belirtilmektedir³¹.

III. AKIL HASTALIğI NEDENİYLE İNFAZIN ERTELENMESİ

A. Genel Olarak

Akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesinin düzenlendiği 16. maddede, akıl hastalığıyla ilgili infazın ertelenmesi (m. 16/1), diğer hastalıklarda infazın

bozukluklar, 10- Çocukluk veya gençlik dönemlerindeki saldırılara dayalı davranışsal ve duygusal bozukluklar, 11- Bu kategorilere dahil olmayan diğer hastalıklar. Bkz. Hande Ulutürk, *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi* (Ankara: Seçkin Yayınları 2014), 80 vd.

²⁸ Erişim Tarihi: 23.10.2024, <http://terim.tuba.gov.tr>.

²⁹ Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: 23.10.2024, <https://sozluk.gov.tr>.

³⁰ Candan Yılmaz, "Kriminolojik Açıdan: Akıl Hastalığı ve Suç," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 2 (2018), 744.

³¹ *Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı*, 11.

ertelenmesi (m. 16/2), gebe olanlarla ilgili infazın ertelenmesi (m. 16/4) ve ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin cezasının infazının ertelenmesi düzenlenmiştir.

CvGTİHK'nın 16/1. maddesinde akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesi, hükümlü olan kişinin sahip olduğu akıl hastalığıyla ilgili olarak kabul edilmiştir. Hükümlünün dışındaki kişilerin (hükümlünün on sekiz yaşını doldurmamış çocuğunun veya ana, baba, eş veya çocuklarının) akıl hastalığının bulunması halinde m. 16 uygulanmayıp, şartlar gerçekleşmiş olmak kaydıyla m. 16/A ve m. 17'nin uygulanabilmesi mümkündür.

Uluslararası kurallarda da akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesi düzenlenmektedir. 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kurallarında (12.1), *"akıl hastaları ile ruh sağlığı durumları nedeniyle cezaevlerinde hapsedilmesi uygun olmayan kişiler bu amaca uygun olarak kurulmuş, bir kurumda tutulmalıdır."*

12.2 Buna rağmen, söz konusu kişiler, istisnai olarak cezaevlerinde tutuluyorsa, onların statü ve ihtiyaçlarını gözeterek özel düzenlemeler yapılmalıdır" hükümlerine yer verilerek akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesi kabul edilmiştir.

2015 tarihli BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallarında (Mandela Kuralları), Zihinsel Engelli Mahpuslar ve/veya Sağlık Koşulları başlığında yer alan Kural 109'a göre: *"1. Cezai ehliyeti olmayan veya daha sonra ciddi zihinsel engel ve/veya sağlık durumu teşhisi konulan, ceza infaz kurumunda kalması durumunda durumu daha da kötüleşecek olan mahpuslar ceza infaz kurumlarında tutulamaz ve en yakın zamanda ruh sağlığı hastanesine nakledilmeleri için gerekli düzenlemeler yapılır."*

2. Gerekli görüldüğü takdirde, zihinsel engelli ve/veya sağlık sorununa sahip olan diğer mahpuslar yetkin sağlık uzmanlarının gözetiminde uzmanlaşmış tesislerde gözlemlenebilir ve tedavi edilebilir.

3. Sağlık hizmeti, ihtiyaç duyan tüm mahpuslara psikiyatrik tedavi sağlar". Yine Kural 110'a göre, *"Gerekli olması halinde tahliyeden sonra psikiyatrik tedaviye devam edilmesi ve sosyal psikiyatrik bakımın sağlanması için ilgili kuruluşlarla birlikte gerekli adımlar atılır"*.

AİHM ise, özgürlüğü kısıtlanan herkesin insan onuruna uygun koşullarda ceza infaz kurumlarında bulundurulma hakkı olduğunu kabul etmektedir. Ancak

Mahkeme, Sözleşmenin ceza infaz kurumunda bulunan bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması yönünde hiçbir genel zorunluluk getirmediğini kabul etmektedir. Bununla beraber doğal olarak ortaya çıkan fiziksel ya da ruhsal rahatsızlıklardan kaynaklanan acının ceza infaz kurumunda bulunmadan dolayı artması veya artma riski bulunmasının Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebileceğini belirtmektedir. AİHM, ceza infaz kurumu koşullarında tutulmanın hükümlünün sağlık durumu açısından uygun olup olmadığını değerlendirirken üç durumun, yani hükümlü/tutuklunun sağlık durumunun, sağlanan bakımın kalitesinin ve sağlık durumu açısından başvurucunun tutulmasına devam edilmesinin gerekip gerekmediğinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir³². Anayasa Mahkemesi de aynı yönde belirleme yapmaktadır³³.

B. Akıl Hastalığı Nedeniyle İnfazın Ertelenmesi

1. İnfazın Geri Bırakılma Şartları

Akıl Hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesinin düzenlendiği CvGTİHK'nın 16. maddesine/1. fıkrasına göre, “Akıl hastalığına tutulan hu'ku'mlu'nu'n cezasının infazı geriye bırakılır ve hu'ku'mlu'nu'n iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır”.

Yukarıdaki düzenlemeden anlaşıldığı gibi hükümlü akıl hastalığına tutulmuşsa cezasının infazının geriye bırakılması zorunlu kılınmıştır. 16. maddenin. 1. fıkrasında, akıl hastalığının kişi üzerindeki etkisine ilişkin belirleme yapılmamıştır. Önemli olan kişinin akıl hastası olduğunun tespit edilmesidir. Kişinin yalnız başına hayatını devam ettiremeyecek olup olmaması önemli değildir. Yalnız başına hayatını devam ettiremeyecek olsa da eğer kişi akıl hastası

³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sławomir Musiał/Polonya, B. No: 28300/06, 20.01.2009, § 88.

³³ Anayasa Mahkemesi, Fatih Hilmioğlu Başvurusu, B. No: 2014/648, 18.09.2014, § 66; Anayasa Mahkemesi, H.G. Başvurusu, B. No: 2018/32199, 29.6.2021, § 29.

ise akıl hastalığı nedeniyle infazın geri bırakılması uygulanacak olup diğer erteleme nedenine veya nedenlerine gidilmesi söz konusu değildir³⁴.

Akıl hastası olan kişinin akletmesinde, yani doğruyu yanlış, tehlikeyi zararı anlamasında sorun olduğu için ceza uygulamasının farkında olamayacağından

³⁴ Anayasa Mahkemesi de akıl hastası olan kişinin m. 16/6 nedeniyle infazın geri bırakılmadığı, m. 16/1 gereğince infazın geri bırakıldığı olayda hak ihlali görmemiştir: “70. Somut olayda başvuru, akıl hastası olduğu için hürriyetinden yoksun bırakılmamış, “mahkûmiyet kararına bağlı olarak” cezaevinde iken akıl hastalığına yakalanmıştır. Kanuna uygun şekilde “mahkûmiyet kararına bağlı olarak” cezaevinde tutulan başvuru, sağlık durumuyla ilgili Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporunda başvuru, durumunun sürekli hastalık, sakatlık ve kocama hâli kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Anılan raporda başvuru, rahatsızlığının tedavisi ve poliklinik kontrollerinin sağlanması hâlinde hayati tehlike yaratmayacağı belirtilmekle birlikte başvuru, “yüksek güvenilirlikli sağlık kuruluşunda koruma ve tedavi altına alınmasının uygun olduğu” hususuna da yer verilmiştir (bkz. § 13).

71. Başvuru alınan raporlar doğrultusunda 25/04/2014 tarihinde Metris R Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan tahliye edilerek Bakırköy Hastanesi Baştabipliği Yüksek Güvenlikli Sivil Sağlık Servisi Bölümüne yatırılmıştır (bkz. § 15). Anılan Hastane tarafından düzenlenen 10/9/2014 tarihli raporda, hastalığının remisyon (klinik belirtilerde düzelme) hâlinde olduğunun, bu durumuyla hastaneden çıkarılabileceğinin, hastalığının düzenli psikiyatrik tedavisi ve tıbbi kontrol muayeneleri gerektiğinin, R tipi Ceza İnfaz Kurumunda tutulmasının ve bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda tedavisi sürdürülerek düzenli aralıklarla (ayda bir) ve gerektiğinde bulunduğu Kuruma en yakın hastanedeki psikiyatri polikliniğinde kontrol muayenelerinin yapılmasının uygun olduğunun bildirilmesi üzerine başvuru, 17/9/2014 tarihinde tekrar Metris R Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna alındığı anlaşılmaktadır (bkz. § 20).

72. Öte yandan akıl hastalığının bulgularının ağırlaştığı koşullarda hükümlüler için mevzuatta öngörülen seçeneğin ilgilinin serbest kalması değil bir sağlık kuruluşuna yatırılmak suretiyle cezaevinden tahliye edilmek alternatifi olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa ile sağlanan koruma sistemi içinde bir suç isnadına veya mahkûmiyet kararına bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması yönünde genel bir zorunluluk öngörülmediğine göre insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak değerlendirilebilecek bir olgunun tespit edilmediği maddi olayda “mahkûmiyet kararına bağlı olarak” cezaevinde tutulan başvuru, bu süre zarfında cezaevinde tutulma nedeniyle ilgili olarak gerek cezaevi koşullarından kaynaklanan gerekse yetkililerce yapılan uygulamalarda keyfi uygulamaya yol açacak nitelikte herhangi bir unsurun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

73. Açıklanan nedenlerle başvuru, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin şikâyetleri yönünden açık bir ihlal tespit edilmediğinden başvuru, bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmesizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”, Anayasa Mahkemesi, İmam Çelikdemir Başvurusu, B. No: 2014/20289, 5.12.2017.

ceza infaz kurumunda kalması kabul edilmemiştir. Ceza uygulamasının amacı kişinin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması olduğu için cezadan beklenen amacın gerçekleştirilmesinin söz konusu olmadığı bu durumda kişinin ceza infaz kurumunda kalması doğru değildir. Cezanın infaz edilmesiyle güdülen amaç, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştiren kişinin işlediği suçtan dolayı uyarılması, etkin bir pişmanlık duymasının sağlanması, ileride de sosyal sorumluluğa sahip, suçsuz bir hayat sürmeye yatkın bireyler haline getirilmesi, tekrar topluma kazandırılmasıdır³⁵. Cezaevinde gösterilen çabalar bu amaçları gerçekleştirmek ve kişinin yeniden sosyalleşmesini (tretman, iyileştirme, rehabilitasyon) sağlamak içindir. Yeniden sosyalleşmenin temel işlevi, suç işlemek suretiyle kanunları ihlal eden kişileri kanunlara riayet eden bireylere dönüştürmektir³⁶. Akıl sağlığı yerinde olmayan kişide cezanın infaz edilmesindeki bu amaçların gerçekleştirilmesi söz konusu değildir. İnfazın gerçekleştirilebilmesi ve bir anlamının olması için infazın başından sonuna kadar kişinin akıl sağlığının yerinde olması gerekir. Akıl hastası olan hükümlünün sahip olduğu sağlık hakkı, sağlık hizmetleri alma hakkını ve hastalık ve ruh sağlığını bozmayacak veya kötüleştirmeyecek çevrede yaşama hakkını içerdiği için devlet pozitif yükümlülüğünün gereği olarak kişinin bu haktan yararlanmasını sağlamak amacıyla da 16. madde düzenlemesine gitmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, *“Cezaevinde tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde mahkûmların sağlık ve esenlikleri gibi hususların yeterli bir şekilde güvence altına alınması ve gerekli tıbbi yardımın sağlanması da insan onuruna yakışır koşulların sağlanması için gereklidir (Turan Günana, § 39). Bu çerçevede hasta bir kişinin uygun olmayan fiziki ve tıbbi koşullarda tutulması da Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı bir muamele olarak*

³⁵ Bkz.: Özgenç, *Ceza Hukuku*, 781 vd; CvGTİHK m. 3'te *“İnfazda Temel Amaç”* başlıkla 3. maddesi şu şekildedir: *“Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır”*. Doktrinde Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazının genel amacı, önleme amacı ve yeniden topluma kazandırma amacı olmak üzere iki başlık altında da ifade edilmiştir. Bkz. Özbek, *İnfaz Hukuku*, 43 vd.

³⁶ Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 275.

kabul edilebilir”³⁷. Dolayısıyla kişinin ceza infaz kurumunda kalması nedeniyle sağlık hakkı yükümlülüğünün “hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi sonucunda kişinin yaşamı veya vücut bütünlüğü bakımından tehlike arz eden acil bir duruma ya da ağır veya uzun süreli bir acı çekmesine sebebiyet verilmiş olması veya belirtilen sonuçlar ortaya çıkmamakla birlikte kişinin tıbbi yardımdan mahrum kalmış olması nedenleriyle yaşadığı stres, huzursuzluk veya aşağılanma hissinin -olayın kendine has koşulları çerçevesinde- insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele düzeyine ulaşacak ciddiyette olması”, hastalığının artması veya artma tehlikesinin bulunması halinde Anayasanın 17. maddesinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır³⁸. Düzenlemeyle hükümlünün sağlık hakkı sağlanmak istendiği gibi, ayrıca kişinin kendisine ve ceza infaz kurumunda bulunan kişilere zarar vermemesi, başkalarının da akıl hastasına zarar vermesi engellenmek istenmiştir. Devletin ceza infaz kurumunda kalan kişilere karşı koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmesi de hedeflenmektedir.

CvGTİHK'nın 16. maddesinin uygulanması için akıl hastalığına neden olan etkenin ne olduğu önemli değildir. Kendisinin yaptıklarından, genetik faktörlerden, yaşadıklarından veya ceza infaz kurumunda kalmaktan vb. nedenlerden kaynaklanması önemli değildir. Nitekim AİHM³⁹, “başvuranın uzun

³⁷ Anayasa Mahkemesi, İmam Çelikdemir Başvurusu, B. No: 2014/20289, 5.12.2017, § 53.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, İmam Çelikdemir Başvurusu, B. No: 2014/20289, 5.12.2017, § 55.

³⁹ Olayda “açlık grevinin 69. gününde İstanbul Üniversitesi Hastanesinin nöroloji bölümüne sevk edilen başvuran hakkında 10 Eylül 1996 tarihinde Wernicke-Korsakoff Sendromu (WK-S) tanısı konmuştur. Başvuranda özellikle oküler felç, amnezi, halüsinasyonların eşlik ettiği ruhsal depresyon ile uzak hafıza ve öğrenmede bozukluk bulgulanmıştır. Aynı gün başvuran psikoz semptomlarının tedavisi için Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi'ne sevk edilmiş ve burada üç ay tedavi görmüştür. Başvuranın avukatının talebi üzerine Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi hekimleri tarafından hazırlanan 27 Eylül 1996 tarihli görüşte, başvuranda tespit edilen psikozların tam anlamıyla tedavisinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. 17 Aralık 1997 ve 24 Haziran 1998 tarihlerinde başvuran, İstanbul Üniversitesi Hastanesi nöroloji birimi tarafından muayene edilmiş ve ilgili kişide apati, hafıza bozukluğu ve ataksinin yanı sıra genel olarak hafif bir iyileşme tespit edilmiş, fakat hastanın genel sağlık tablosunda daha fazla bir düzelmeye beklenmediği ve ilgili kişinin fiziksel ve bilişsel tedavi görmesi gerektiği belirtilmiştir. İstanbul Üniversitesi Hastanesi nöroloji bölümü tarafından hazırlanan 18 Mayıs 1999 tarihli raporda, hafıza bozukluğu, nistagmus ve ataksinin devam ettiği, fakat hastanın günlük işleri yardım almadan yerine getirebildiği belirtilmiştir. Bununla birlikte raporda kaydadeğer bir iyileşmenin sözkonusu olmadığı eklenmiştir. 2 Aralık 1999 tarihinde başvuranın talebi üzerine İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Hastanesi

Adli Tıp Servisi tarafından düzenlenen raporda, başvuranın herhangi bir cezai yargılamaya tamamen bilinçli bir şekilde katılmayacağı ve sağlık durumunun cezaevi koşullarında yaşamaya müsait olmadığı belirtilmiştir...16 Ağustos 2001 tarihinde İstanbul DGM başvurusu yasadışı TİKB adlı terörist örgüte üye olmak suçundan oniki yıl altı ay ağır hapis cezasına mahkum etmiştir. Silahlı saldırı suçlamasına ilişkin olarak ise başvuran delil yetersizliğinden serbest bırakılmıştır. 4 Mart 2002 tarihinde bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. İstanbul DGM 10 Nisan 2002 tarihinde mahkumiyet kararının infaz edilmesi için kararı Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı'na göndermiştir. Başvuran Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı'na giderek cezasının infazının ertelenmesini talep etmiş ve Cumhurbaşkanı affından yararlanmak istediğini belirtmiştir. Başvuranın sağlık öyküsünü gözönünde bulunduran Bakırköy Cumhuriyet Savcısı, ilgili kişinin hapsedilmeyip, devlet hastanesinde muayene edilmesine karar vermiştir. Bakırköy Devlet Hastanesi'nin 30 Haziran 2002 tarihli raporunda, başvuranda Wernicke ansefalopatisi teşhis edildiği ve sözkonusu kişinin Adli Tıp Enstitüsü'ne sevk edilmesine karar verildiği belirtilmiştir. Başvuran 27 Kasım 2002 tarihinde Adli Tıp Enstitüsü 3. ve 4. İhtisas Kurulu tarafından muayene edilmiştir. Muayene sonucuna göre hazırlanan 18 Aralık 2002 tarihli raporda, hastanın beyincisinde atrofi, başta titremeler, görüşte sola doğru nistagmus, dismetri, disdiadokokinezi, ataksi, baston desteğiyle yürüme, izhar hafızasında bozukluk, uzak hafızada laküner amnezi, bilişsel fonksiyonlarda değişim ve organik semptomlar tespit edilmiştir. Sonuçta 3. ve 4. İhtisas Kurulu WK-S tanısı koymuş ve hasta iyileşinceye kadar cezasının infazının ertelenmesi yönünde görüş bildirmiştir. Raporda ayrıca, bu hastalık sonsuza dek sürebileceği için Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen Cumhurbaşkanı'nın af yetkisi kapsamına girdiğinden bahsedilmiştir. 27 Aralık 2002 tarihinde Bakırköy Cumhuriyet Savcısı bu rapora dayanarak CMUK'un 399Ş2. maddesi uyarınca başvuranın cezasının infazını, 16 Haziran 2003 tarihine kadar ertelemiştir. 7 Mart 2003 tarihinde CMUK'un 399. maddesinin uygulanması hususundaki görüş ayrılıkları üzerine Adalet Bakanlığı bir genelge yayımlamış ve Adli Tıp Enstitüsü'nün hazırladığı raporlarda erteleme süresini somut olarak bildirmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvuran 17 Mart 2003 tarihinde Cumhuriyet Savcılığı'na giderek Cumhurbaşkanı affından yararlanmak istediğini dile getirmiştir. Cumhuriyet Savcısı Adalet Bakanlığı nezdinde Cumhurbaşkanlığı affı için gerekli işlemleri başlatmıştır.

10 Eylül 2003 tarihinde Cumhuriyet Savcısı cezanın infazının ertelenmesini re'sen 13 Aralık 2003 tarihinde kadar uzatmıştır. 6 Ekim 2003 tarihinde Adalet Bakanlığı Cumhuriyet Savcısı'na erteleme kararının, yakın tarihli bir sağlık raporuna dayanmadığı için yukarıda belirtilen genelgeye aykırı olduğunu bildirmiştir. Başvuranın Cumhurbaşkanı'ndan af talebine ilişkin olarak ise Adalet Bakanlığı, yine yukarıda belirtilen genelgeye ve 3 Haziran 2003 tarihli polis soruşturmasında elde edilen bilgilere atıfta bulunarak, ilgili kişinin halen aynı terörist örgütteki faaliyetlerini sürdürdüğünü bildirmiştir. Sonuçta Adalet Bakanlığı'nın Cumhuriyet Savcısı'ndan yakın tarihli bir sağlık raporu istemesi üzerine Cumhuriyet Savcısı ilgili kişiyi Adli Tıp Enstitüsü'ne göndermiştir.

14 Kasım 2003 tarihinde 3. İhtisas Kurulu tarafından muayene edilen başvuranda baş titremesi, yürüme bozukluğu ve reflekslerde canlılık tespit edilmiştir. İhtisas Kurulu izhar hafızasındaki yetersizlik semptomlarına rağmen, ilgili kişide herhangi bir nörolojik bozukluğa ve hapis cezasının infazını aksi yönde etkileyecek psikopatolojik rahatsızlığa rastlanmadığını belirtmiştir. İhtisas Kurulu 21 Kasım 2003 tarihli raporunda başvuranın sağlık durumunun artık cezasının ertelenmesini gerektirmediği ve Cumhurbaşkanı

sürelî açlık grevine başlama kararı verirken kendisine yapmış olabileceği kötülük her ne olursa olsun, bu hiçbir şekilde, AİHS'nin 3. maddesi bakımından Devletin sözkonusu kişiler karşısındaki yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz" belirlemesini yapmıştır. Mahkeme, akıl hastalığına tutulmasında hükümlünün kendisinin etkisi de olsa yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğine, aksine uygulamanın Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edeceğine karar vermiştir.

Akıl hastalığı, hakkında kesinleşmiş karar bulunan hükümlünün ceza infaz kurumuna alınırken ileri sürülebileceği gibi akıl hastalığı ceza infaz kurumuna alındıktan sonra da ortaya çıkabilir⁴⁰. CvGTİHK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Haklarında kesinleşmiş hapis cezasını içeren mahkûmiyet ve ödenmeyen adlî para cezalarının hapse çevrilmesine ilişkin karar bulunanlar, Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı emriyle ceza infaz kurumuna gönderilirler. Üstleri ve eşyaları arandıktan sonra kabul odalarına konulur ve hekim muayenesinden sonra kuruma yerleştirme işlemleri yapılır".

affına lüzum olmadığı sonucuna varmıştır. Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı bu sağlık raporunu dikkate alarak, 15 Aralık 2003 tarihinde başvuran hakkında mahkumlara mahsus yakalama müzekkeresi çıkarmıştır. Başvuran ise firar etmiştir.

15 Ocak 2004 tarihinde başvuranın avukatı Cumhuriyet Savcılığı'nda son verilen sağlık raporuna itiraz etmiş ve müvekkilinin yeniden muayene edilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcısı İhtisas Kurulları tarafından hazırlanan raporlar arasındaki iddia edilen çelişkiye dikkat çekerek, Adli Tıp Enstitüsü Genel Kurulu'na sözkonusu talebi bildirmiştir. Genel Kurul başvuranın yeniden muayene edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Adli Tıp Enstitüsü başvuranın gerekli tetkiklere katılmasının sağlanması için Cumhuriyet Savcılığı'na başvurmuş fakat başvuran polis tarafından yapılan aramada bulunamadığı gibi Adli Tıp Enstitüsü'ne gitmemiştir. İstanbul Tabip Odası belirtilmeyen bir tarihte başvuranın talebi üzerine belirttiği istişari görüşünde Adli Tıp Enstitüsü'nün raporları arasında bilimsel açıdan çelişki bulunduğunu ifade etmiştir. Başvuran 31 Mayıs 2004 tarihinde, AİHM önündeki başvurusunu desteklemek üzere yakın tarihli bir sağlık raporu almak üzere İstanbul Üniversitesi Hastanesi nöroloji bölümüne gitmiştir. Yapılan muayene ve tetkiklerin sonucunda hazırlanan raporda bilişsel fonksiyonlarda yavaşlama ve hatırlamada güçlük bulunduğu belirtilmiştir. Bu rapor ne Adli Tıp Enstitüsü'ne ne de Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilmiş görünmemektedir. 20 Ağustos 2004 tarihinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi CMUK'un 402. maddesi uyarınca, AİHM tarafından belirtilen geçici tedbir ışığında yeni bir karara kadar başvuranın cezasının ertelenmesine karar vermiştir". Mahkeme başvuruda, başvuranın değişmeyen sağlık durumunun gözardı edilerek 15 Aralık 2003 tarihinde başvuranın yeniden ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmesinin, AİHS'nin 3. Maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gürbüz - Türkiye Başvurusu, B. No:26050/04.

⁴⁰ Abdulkadir Akın, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları 2016), 221.

Yine Yönetmeliğin 55. maddesinin 2. fıkrasında, “Hükümlüler kuruma kabul edilirken kurum hekimi veya aile hekiminden; bunların bulunmaması durumunda hastaneden alınacak sağlık durumunu belirleyen mahsus rapor ile birlikte kuruma kabul edilir” hükmü yer almaktadır⁴¹. Ayrıca 55. maddeye göre, bu esnada psiko-sosyal yardım servisi görevlileri tarafından hükümlüye ilişkin ilk bilgiler alınmaktadır⁴². Ya da

⁴¹ “Bilindiği üzere; Ceza infaz kurumuna ilk kez alınan hükümlü ve tutuklunun, kabul odasında geçen sürede, tıbbi gizliliğe uygun olarak, kendisinin ve çevresindekilerin ruhsal ve bedensel iyiliği için, ilk kabul muayenesi yapılarak sağlık bilgileri kaydedilmektedir. Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi hekim tarafından yapılmaktadır. Hükümlü ve tutukluların, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için, ilk muayene ve tedavi hizmetleri kurumda verilmekte; ileri tetkik, tedavi ve rehabilitasyon gerekenler devlet hastanelerine, daha ileri sağlık hizmeti gerekenler ise üniversite hastanelerine sevk edilmekte; tüm muayene ve tedavi sonuçları kişinin sağlık dosyasına kaydedilmektedir. Yasa gereği gerekli olan her türlü muayene ve tedavi, devletin teminatı altında ve ücretsizdir”: Anayasa Mahkemesi, Ergin Aktaş Başvurusu, B. No: 2014/14810, 21.9.2016, § 44.

⁴² “Psiko-sosyal yardım servisi

MADDE 12- (1) Psiko-sosyal yardım servisi; personel ve hükümlülerin ruh ve beden sağlığı ve bütünlüğüne ilişkin koruyucu, geliştirici programları araştıran, uygulayan ve gerektiğinde tedavi sürecine katılarak psikolojik destek ve müdahalede bulunan, ayrıca hükümlülerin bireysel özelliklerini, yaşam koşullarını ve suç işleme nedenlerini belirleyerek bireysel gelişmelerine yardımcı olan, kurum yaşamına uyumlarını ve toplumsal yaşamla uyumlaşmalarını sağlayan ve bireyin yeniden suç işlemesini engelleyecek önlemleri alan ve bu amaçla gerektiğinde kurum en üst amirinin bilgisi dahilinde, aileler ve sosyal çevreyle görüşme yapan servistir. Psiko-sosyal yardım servisinde; psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve çocuk gelişimi uzmanı görev yapar.

(2) İyileştirme programları kapsamında spor alanları, çok amaçlı salon, kütüphane ve iş atölyelerinden yararlanma, meslek edinme kursları gibi faaliyetlere katılabilecek durumdaki hükümlüler ile kurumun iç hizmetlerinde çalıştırılacak hükümlüleri belirleyerek idare ve gözlem kuruluna sunar.

(3) Psiko-sosyal yardım servisi, hükümlülerin gözlem değerlendirme raporu veya gelişim değerlendirme raporunu düzenler, ayrıca servisin çalışmalarıyla ilgili olarak üç ayda bir raporla kurum en üst amirine bildirir.[5]

(4) (Ek:RG-12/11/2021-31657-CK-4773/4 md.) Psiko-sosyal yardım servisi görevlilerince hükümlüler ile yapılan görüşmeler sonucunda; hükümlülerin dışarıda bulunan bakmakla yükümlü bulunduğu kişilerin sosyal yardım veya sosyal desteğe ihtiyaç duyduklarının öğrenilmesi hâlinde; bu durum ceza infaz kurumu idaresince sosyal hizmet sunan ilgili kamu kurumu veya yerel yönetimlere yazı ile bildirilir.

(5) (Ek:RG-12/11/2021-31657-CK-4773/4 md.) Ceza infaz kurumunda anaları ile birlikte kalan sıfır-altı yaş grubundaki çocukların psiko-sosyal gelişimleri psiko-sosyal yardım servisi görevlilerince takip edilir.

kişinin kendisi veya yakınları tarafından söylenebilir. İlamın gönderildiği Cumhuriyet Başsavcılığına söylenebileceği gibi kurum hekimine veya cezaevi idaresine de iletilebilir. Kişi kuruma alındıktan sonra da akıl hastası olduğu belirlenebilir. CvGTİHK'nın 79. maddesine göre, "kurum hekimi kurumu ayda en az bir kez denetleyerek genel ve özel önlem alınması gereken hastalıklar ile kurumda sağlık koşulları yönünden alınması gereken önerileri içeren bir rapor düzenler ve kurum yönetimine verir". Dolayısıyla belirtilen hallerde kurum hekimi, hükümlünün akıl hastalığının bulunduğundan şüphelenmişse durumu kurum yönetimine bildirmesi gerekmektedir. Zira CvGTİHK'nın 81. maddesine göre, "Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir".

Akıl hastalığına tutulan hükümlünün mahkum olduğu hapis cezasının türü ve miktarı bakımından CvGTİHK m. 16'da bir belirleme veya sınırlama yapılmamıştır. Akıl hastalığına tutulan hükümlünün süreli, müebbet veya ağırlaşmış müebbet hapis cezasına mahkum olması durumunda da cezanın infazı kanunda özel bir düzenleme olmadıkça ertelenebilecektir⁴³. Yine tazyik hapsi veya adli para cezasından çevrilen hapis cezaları hakkında da akıl hastalığı sebebiyle cezanın infazının ertelenmesine kara verilebilecektir⁴⁴. Buna karşın CvGTİHK m. 25'te ağırlaşmış müebbet cezasının infazı düzenlenirken 1. fıkranın I bendinde "Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbî tetkik ve zorunluluklar hariç ceza infaz kurumlarında, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü Devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenli mahkûm koşullarında uygulanır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Ağırlaşmış müebbet hapis cezasına söz konusu hükümde

(6) (Ek:RG-12/11/2021-31657-CK-4773/4 md.) Psiko-sosyal yardım çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

⁴³ Akın, *İnfaz Hukuku*, 222

⁴⁴ Akın, *İnfaz Hukuku*, 222; Zeki Yıldırım, "Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi," *Ceza Hukuku Dergisi* 12 no. 34, Ağustos 2017, 73; Akıl hastalığına yakalanan hükümlünün cezasının türüne bakılmaksızın cezasının infazının ertelenmesine kara verileceği hususunda bkz. Yarg. 9 CD, 12.7.2006, E. 3324, K. 4240. Karar için bkz. Nimet Özkavalcı, *İnfaz Hakimliği* (Ankara: Seçkin Yayınları 2021), 201-202.

ara verilmeyeceği düzenlense de Yargıtay Ağırlaşmış müebbet hapis cezasına mahkum olan kişinin cezasının infazının ertelenmesi hakkında verilen red kararında CvGTİHK m. 16/1 ve CVGİTHK m. 25/1-ı hakkında şu belirlemeleri yapmıştır⁴⁵: "5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı 25'inci maddenin (1) "aklında arasında Kanununun bir çelişki 16'ncı olmayıp maddesinin her iki 1'inci maddede fıkrası infaza ile ara verilmeyeceği hususunun açık bir şekilde düzenlendiği, anılan Kanununun 16/1. fıkrasının özel olarak akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazını düzenlemiş olup, akıl hastalığına tutulan hükümlü bakımından, mahkum olunan cezanın türüne yönelik bir ayrıma gidilmeksizin "cezanın infazının geriye bırakılacağını", iyileşinceye kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 57. maddesinde belirtilen yüksek güvenli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınacağını ve sağlık kurumunda geçen sürelerin cezaevinde geçmiş sayılacağını (bir başka deyişle hastanede geçen sürenin infazdan sayılacağını) öngördüğü, fıkra geçen "infazı geriye bırakma kararından" akıl hastalığına tutulan hükümlü yönünden infaza ara verme değil, infazın ceza infaz kurumlarında yapılamayacağını anlaşılması gerektiği; Nitekim, maddenin ikinci fıkrasında diğer hastalıklar yönünden hapis cezasının infazının mahkumun hayatı için kesin bir tehlike teşkil edeceğinin anlaşılması halinde, cezasının iyileşinceye kadar geri bırakılacağını belirtilmiş olmasına karşın, hükümlünün sağlık raporunda belirtilen sürelerle ya da süre belirtilmediği takdirde üçer aylık periyotlarla Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tabi olacağı yükümlülükler belirtmek suretiyle takibi ve incelenmesi dışında, akıl hastalığına tutulan hükümlülerde olduğu gibi "bu sürenin cezaevinde geç- miş sayılacağına" dair bir hükme yer verilmediği, Anılan Kanununun 25. maddesinin ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazını özel olarak düzenlediği, maddenin (1) bendinin "akıl hastalığına" ilişkin özel ve istisna bir hüküm olmayıp, tüm sağlık tedbirlerinin öncelikle ceza infaz kurumlarında, bunun mümkün olmaması halinde firara imkan vermeyecek güvenli olanaklarına sahip tam teşekküllü devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenli mahkum koşullarında uygulanmasına yönelik, güvenliği ön plana çıkaran bir hüküm olup, infaza ara verilme yönünden 16/1. fıkrasına istisna olarak düzenlenen bir hüküm olmadığı," gerekçeleriyle red kararı kanun yararına bozulmuştur.

Hükümlünün akıl hastası olduğunun tespit edilmesi ve infazın geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, m. 16/1 gereğince bu kişi iyileşinceye kadar

⁴⁵ Yarg. 9. CD, 12.07.2006, E. 3324, K. 4240, karar için bkz. Akın, *İnfaz Hukuku*, 222

TCK'nun 57. maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmaktadır. 57. maddeye göre bu kurum yüksek güvenliqli sağlık kurumudur. Yüksek güvenliqli sağlık kurumunun neyi ifade ettiği veya hangi özellikleri taşıması gerektiği düzenlemede yer almamaktadır. TCK m. 57 kapsamında ilk Yüksek Güvenliqli Adli Psikiyatri Hastanesi 2018 yılında Adana'da hizmete girmiştir. Yüksek Güvenliqli Adli Psikiyatri Hastaneleri, adli psikiyatri işlemleri amacıyla adli mercilerce gönderilen kişilerin tıbbi hizmetlerinin, raporlama işlemlerinin ayaktan veya yatırılarak sürdürüldüğü, koruma-tedavi ve gözlem amaçlı kapalı psikiyatri servislerini barındıran şehir hastaneleri kampüsü içerisinde güvenlik seviyesi artırılmış genel hastane binasından ayrı olarak konumlandırılan birimlerdir⁴⁶. Bu hastanelerde koruma ve tedavi altına alınan hastalar, hastaların kendilerine zarar vermemeleri için her türlü önlemin ve dizaynın yapıldığı tek kişilik odalarda kalmakta ve sürekli gözetim altında tutulmaktadır. Hastalar için spor, sinema salonun yanı sıra hobi bahçeleri, dinlenme alanları, uğraş atölyeleri bulunmaktadır⁴⁷. Daha önceleri TCK m. 57 kapsamında kuruma yerleştirilecek akıl hastaları Akıl ve Ruh Sağlığı Hastanelerinde tedavi ve koruma altına alınıyorlardı.

CvGTİHK m. 16 gereğince akıl hastalarının yüksek güvenliqli sağlık kurumunda iyileşinceye kadar kalması gerekmektedir. Kanun koyucu TCK m. 57/2'de olduğu gibi toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığının veya önemli ölçüde azalığının belirlenmesini istememiş, ceza infaz kurumuna geri dönmesi için iyileşme şartını kabul etmiştir. Ancak tamamen iyileşme olmasa bile yüksek güvenliqli sağlık kurumlarında (veya ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde) tutulmaları gerekli görülmeyenlerin CvGTİHK m. 18 gereğince infaz kurumlarına geri gönderilerek cezaları, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilmesi sağlanır. Yüksek güvenliqli sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınan kişinin bu kurumda geçirdiği süreler cezaevinde geçirilmiş sayılmaktadır. Sağlık kurumunda geçirilen süreler cezaevinde geçirilmiş sayıldığından koşullu salıverme tarihinden önce hükümlü

⁴⁶ Erişim Tarihi: 25.10.2024, <https://khgmsehirhastaneleridb.saglik.gov.tr/TR,54440/ygap-hastaneleri-nedir.html>.

⁴⁷ Erişim Tarihi: 25.10.2024, <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/adli-psikiyatri-hastalarina-yuksekguvenlikli-odalar/1259158>; <https://www.haberler.com/adli-psikiyatri-hastalarina-yuksekguvenlikli-11246908-haberi/>.

iyileşmişse koşullu salıverme tarihine kadar ceza infaz kurumunda kalmaya devam edecektir. Koşullu salıverme tarihinde hala iyileşmemişse koşullu salıverme gerçekleştirilmeyecek sağlık kurumunda koruma ve tedavi altında kalmaya devam edecektir. Her ne kadar CvGTİHK m. 100'de "(1) Cezanın infazına başlandıktan sonra hastalık nedeniyle hükümlünün ceza infaz kurumundan hastaneye kaldırılması hâlinde burada geçirdiği süre, cezadan indirilir.

(2) Ancak, cezanın infazını durdurmak için hükümlü, hastalığına kasten neden olmuşsa bu hükümden yararlanamaz. Bu hâlde Cumhuriyet savcısı infaz hâkimliğinden bir karar verilmesini ister" yer alsada bu hükmün akıl hastaları için uygulanmayacağını düşünürüz.

2. İnfazın Geri Bırakılma Usulü

İnfazın geri bırakılması usulü CvGTİHK'nın 16. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, "Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkroda yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkroda yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir".

İnfazın akıl hastalığı nedeniyle geri bırakılması, talep üzerine veya CvGTİHK m. 81 uyarınca kurum hekiminin veya görevli hekimin cezaevi yönetimine bildirmesi üzerine resen de söz konusu olabilir. Akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesi kararı, Adli Tıp Kurumunda düzenlenen veya Adalet Bakanlığınca

tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilmektedir (CvGTİHK m. 16/3). CvGTİHK m. 16/1 gereğince işlem başlatılanlar hakkında ilgili tam teşekküllü hastaneden rapor aldırma sürecinde hastane yönetimiyle irtibata geçilerek ertelemeye ilgili sağlık kurulu raporuna öncelik verilmesi sağlanacaktır. İnfazın geri bırakılmasına ilişkin sağlık kurulu raporu dosyayla birlikte ivedilikle Adli Tıp Kurumuna gönderilecektir. Adli Tıp Kurumunun talebin ret veya kabulüne ilişkin kararı üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı infazın geri bırakılması kararı veya infazın geri bırakılmaması kararını verecektir (*Ceza İnfaz Kurumlarında Barındırılanların Uluslararası Standartlarda İnsan Hakları Merkezli Sağlığa Erişimi ve Tedavileri, Tedavi Nedeniyle Nakilleri, Ceza Tehiri İşlemleri* başlıklı 06.01.2020 tarihli 172 sayılı Genelge C-Cezanın Tehiri İşlemleri). Doktrinde akıl hastalığının belirlenmesinde Adli Tıp Kurumunun yetkili kılınması eleştirilmiştir⁴⁸. Adli Tıp Kurumunun sağlık raporunu onaylaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından akıl hastalığı nedeniyle infazın geri bırakılması kararı verilecektir⁴⁹. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen kararlar birlikte hükümlünün tabi olacağı yasal yükümlülükler de belirlenecek, hükümlüye ve yasal temsilcisine tebliğ edilecektir⁵⁰ (CvGTİHK m. 16/3). Akıl hastalığı tespit edilen kişiyle ilgili yasal temsilci tayin edilmesi gerektiğinden 16. madde hükmünde Cumhuriyet

⁴⁸ Yazar Adli tıp kurumu kararlarını verirken siyasi otoritenin etkisi altında kalabileceğini ifade etmektedir. Özbek, *İnfaz Hukuku*, 373.

⁴⁹ Bu durumda kanunda CvGTİHK m. 16’da akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı hükümlü iyileşinceye kadar geri bırakılacağı “geri bırakılır” ifadesiyle düzenlenmiş, öğretide de adli tıp tarafından akıl hastalığının tespit edilmesiyle Cumhuriyet Başsavcılıklarınca cezanın infazının ertelenmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Akın, *İnfaz Hukuku*, 222.

⁵⁰ Örneğin, aşağıdaki durumda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hükümlünün infazı ertelenmiştir: Diyarbakır D Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmakta iken Diyarbakır Gazi Yaşargil Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi ve Onkoloji Hastanesi tarafından yapılan tetkikler sonucunda akciğer kanseri teşhisiyle tedavi altına alınmıştır. Anılan rapor üzerine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı (Savcılık) tarafından Adli Tıp Kurumundan infazın ertelenmesi hususunda rapor istenmiştir. 13. Adli Tıp Kurumunun 7/3/2016 tarihli raporunda; başvurucunun hayatını yalnız idame ettiremeyeceği, infazının altı ay süreyle ertelenmesinin uygun olacağı, erteleme sonunda hastanın tekrar muayeneye gönderilmesi durumunda Anayasa’nın 104. maddesi bakımından değerlendirme yapılabileceği belirtilmiştir: Anayasa Mahkemesi, Mecit Gümüş Başvurusu, B. No: 2016/5991, 16.1.2020.

Başsavcılığı tarafından verilen infazın geri bırakılması kararının hükümlü yanında yasal temsilcisine de tebliğ edilmesi aranmıştır. İnfazın geri bırakılması kararı üzerine hükümlü ceza infaz kurumu müdürlüğüne yüksek güvenlikli sağlık kurumuna teslim edilecek, ayrıca ilgili kuruma hükümlüye ait ilam, müddetname ve ilgili evraklarının birer suretinin gönderilmesi gerekecektir.

Hükümlünün sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkra yazılı usule uygun olarak incelettirilmelidir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilecektir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkra yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir (CvGTİHK m. 16/3). Kanunda hükümlünün kendisine bildirilen yükümlülüklerle aykırı davranırsa kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bu kararın kaldırılacağı ve hükümlünün bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurabileceği ifade edilmiştir. Ancak yükümlülüklerle aykırı davranılmaması durumunda da erteleme kaldırılabilmesi mümkündür. Hükümlünün tedavi sürecinin belli aralıklarla sağlık durumunun incelettirilmesi neticesinde geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine Cumhuriyet Başsavcılığınca karar verilmekte, bu yolla da erteleme kaldırılabilir. Madde metninde yükümlülüklerle aykırılık dolayısıyla verilen kaldırma kararlarına karşı kanun yolu öngörülmüşken ikinci durum için maddede bir belirleme yapılmamıştır. Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen bu karar hakkında herhangi bir kanun yolu öngörülmediğinden verilen bu kararın kesin olduğu ifade edilmiş⁵¹ bu konuda hapis cezasının infazı bakımından tereddüt dolayısıyla CvGTİHK m. 98 kapsamında hükmü veren mahkemeye başvurulabileceği ifade edilmiştir⁵². Ancak 7242 sayılı kanunla infaz hâkimliğinin görevlerinde yapılan

⁵¹ Özbek, *İnfaz Hukuku*, 373.

⁵² Yetgin, *İnfaz Hukuku El Kitabı*, 282.

değişiklikle Cumhuriyet savcıları tarafından verilecek ceza ve güvenlik tedbirleri hakkındaki kararlara karşı da şikâyet yoluna başvurulabilecektir. Dolayısıyla burada da Cumhuriyet savcısının kararına karşı infaz hâkimliğine şikâyet yoluna başvurulabilir.

Akıl hastalığı nedeniyle rapor alınması gereken hükümlüler, infaz ertelenmesinin gerçekleştirilmesine kadar CvGTİHK'nın 18. maddesinden yararlandırılmakta ve R tipi ceza infaz kurumlarında kalmaktadırlar. Doktrinde Adli Tıp Kurumundan raporun çok geç gelmesi nedeniyle tam teşekküllü hastaneden cezanın infazının geri bırakılması raporu alınması halinde, bu raporun Adli Tıp Kurumu tarafından onaylanması beklenmeden hükümlünün yüksek güvenliğin sağlığı kurumuna yerleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Rapor kurum tarafından onaylanmazsa da yeniden hükümlünün ceza infaz kurumuna gönderileceği ifade edilmektedir⁵³. Ancak bu görüşe katılmadığımızı belirtmek istiyorum. Akıl hastası olmadığı Adli Tıp Kurumunca belirlenen, raporu onaylanmayan bir kişinin, bu kişilerin bulunduğu yüksek güvenliğin sağlığı kurumuna konulması kişinin temel hakları, kişisel verileri açısından sorun teşkil edecektir.

Hükmün infazına başlanmadan daha önce de belirtildiği gibi, kişinin akıl hastası olma ihtimali söz konusu olmaktadır. Doktrinde bu durumda hastaneden rapor gelinceye kadar yakalama kararı çıkarılmayacağı, cezanın yerine getirilmesinin fiilen erteleneceği belirtilmektedir. Daha önce yakalama kararı çıkarılmışsa da infaz işleminin başlayacağı ve normal prosedürün uygulanacağı ifade edilmektedir⁵⁴. Ancak hükümlüler arasında böyle bir ayırımın yapılmasının doğru olmadığı belirtilmelidir. Kanaatimizce ister infaza başlanmadan isterse infaza başlandıktan sonra olsun akıl hastası olma ihtimali bulunan kişilerin, tehlikeliliği söz konusu değilse sağlığı raporu alınıncaya veya rapor onaylanıncaya kadar infaz hukukuna özgü özel hükümler (konutta infaz gibi) getirilip (CvGTİHK m. 110'a hüküm koyulabilir) ceza infaz kurumunda bulundurulmama yoluna gidilebilir. Zira bu kişilerin ceza infaz kurumuna

⁵³ Kemal Mecit, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 597.

⁵⁴ Mecit, *İnfaz Hukuku*, 596, 597.

alınmaları veya kalmaları olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir⁵⁵. Nitekim AİHM, akıl hastası olan hükümlülerin cezalarının infazının geri bırakılması

⁵⁵ “Başvurucuların müşterek çocukları olan M.B. Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi kararı uyarınca, uyuşturucu madde ticareti suçlamasıyla 9/12/2010 tarihinde tutuklanarak Sincan L Tipi Ceza İnfaz Kurumunda (Kurum) C1 Blok 1 No.lu koğuşa geçici olarak yerleştirilmiştir. M.B. hakkında Kuruma alınırken düzenlenen 9/12/2010 tarihli genel adli muayene raporunda darp ve cebir izi izlenimi veren bulguya rastlanmadığı belirtilmiştir. M.B. Kuruma yerleştirildiği tarih itibarıyla 24 yaşındadır. Aynı tarihlerde M.B.nin bulunduğu koğuşa başka mahpuslar da geçici olarak yerleştirilmiştir. Kuruma alındığı gün M.B. hakkında düzenlenen Hükümlü/Tutuklu Tanıma Formu’nda M.B.nin bekâr olduğu, daha önce de suç isnadıyla hakkında işlem yapıldığı belirtilmiş; belirgin fiziksel özellik (bedensel engel, yara izi, dövme vb.) olarak self mutilasyon (intihar amacı olmaksızın kendine zarar verme) durumu olduğu kayıt altına alınmıştır. M.B. hakkında Kuruma alınmasını takiben düzenlenen 10/12/2010 tarihli Psikososyal Değerlendirme Formu’nda M.B.nin aile ilişkilerinin normal olduğu, ailesinin suçu üzüntü ile karşıladığı ve Kurum yaşamını olumlu gördüğü açıklanmıştır. Formda ayrıca M.B.nin iyimser, konuşkan, dışa dönük, girişken, gerçekçi, dikkatinin yoğun, belleğinin güçlü olduğu değerlendirilmiştir. 3. M.B. bulunduğu koğuşa (toplam üç kişinin kaldığı anlaşılan) 10/12/2010 tarihinde saat 14.10 civarında -tanık ifadeleri ve olay tutanaklarından anlaşıldığı kadarıyla- yatak çarşafından yırttığı parçayı pencerenin demir korkuluklarına bağlayarak ası suretiyle intihar etmiştir. Kuruma yeni gelen mahpusların kurum kimlik kartlarının dağıtımını esnasında mahpusların bağırarak yardım istemesi üzerine Kurum personeli durumdan haberdar olarak M.B.yi revire götürmüştür. Öncelikle, olay yerine mahpusların haberdar etmesi üzerine gelen ve Kurumda mahpus olarak bulunan hekimin ardından Kurumun sağlık ekibi M.B.ye müdahale etmiş, CPR (yaşam desteği) uygulanmış ancak M.B. hayatını kaybetmiştir. Olayı takiben Sincan Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) inceleme başlatmıştır. Bu kapsamda olay yeri krokisi çıkarılmış, Olay Yeri İnceleme Tutanağı düzenlenmiştir. Olay yeri krokisine göre koğuşa iki kişilik iki ranza ve bir metal dolap bulunmaktadır. 10/12/2010 tarihli olay yeri inceleme raporunda; koğuşa sağ tarafta duran ilk ranzanın üst kısmında yatağın dağılık, çarşafın yırtık olduğu, çarşafın bir kısmının pencere demirlerine asılı durduğu, çarşafın düğümü ile zemin arasında 215 cm, düğüm ile tavan arasında 80 cm mesafe olduğu, revirde M.B.nin sedye üzerinde yatar vaziyette olduğu ifade edilmiştir. Başsavcılık tarafından yapılan yazışmalardan Kurum içinde kamera bulunmakla beraber koğuşların içinde kamera kaydı yapılmadığı anlaşılmıştır...13. Yaşam hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri açısından benimsenen temel yaklaşıma göre devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa’nın 17. maddesi devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçeveyi yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulaması, etkili idari ve yargısal tedbirleri alması görevi yüklemektedir. Bu kapsamda bazı özel koşullarda devletin kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Ceza infaz kurumlarında gerçekleşen ölüm olayları için de geçerli olabilecek bu yükümlülüğün ortaya çıkması için ceza infaz kurumu yetkililerinin kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir durum söz konusu ise bu riski ortadan kaldırmak için makul

değerlendirmesinin süre yönünden önemli olduğunu belirtmekte, işlemin uzun sürmesinin özellikle intihara meyilli kişilerde geri dönüşümü olmayan sonuçlara neden olacağını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca hükümlülerin psikiyatrik kontrollerinin çok uzun aralıklarla yapılmaması gerektiğini, şizofreni hastalarının değerlendirilmeleri aralığının makul ve kabul edilebilir bir süre kapsamında olması gerektiğini belirterek iki konsültasyon arasında geçen 1 aylık sürenin uzun ve makul olmadığına dikkat çekmektedir⁵⁶.

R tipi ceza infaz kurumları rehabilitasyon merkezi olarak kullanılmaktadır. Türkiye’de İzmir Menemen R Tipi Ceza İnfaz Kurumu ve İstanbul Metris R tipi ceza infaz kurumu olmak üzere iki adet R tipi ceza infaz kurumu bulunmaktadır⁵⁷. R Tipi Ceza İnfaz Kurumları TBMM Raporunda, “akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunup da ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmeyerek infaz kurumlarına geri gönderilen mahpusların cezasının infazını sağlamak üzere kurulan rehabilitasyon merkezleri bulunduğu, 5275 sayılı Kanun’un 18.

ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekir. Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi dikkate alınarak pozitif yükümlülük yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır (alınılana ilkeler için bkz. T.A. [GK], B. No: 2017/32974, 29/9/2021; Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23/1/2014; Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20/5/2015)...21. Diğer taraftan kısa bir süre de olsa Kurumda kaldığı süre zarfında M.B. psikolojik yardım veya herhangi bir konuda destek talebinde bulunmamıştır. Ayrıca başvuru formunda M.B.nin daha önce psikolojik rahatsızlıkları olduğuna, tedavi gördüğüne ve/veya daha önce benzer şekilde intihar girişiminde bulunduğu dair somut veri ile desteklenen bir iddia da yer almamaktadır. Bu bağlamda Kuruma kabulü esnasında yapılan self mutilasyon tespitinin de bu duruma bağlı bir rahatsızlık/risk teşkil eden hâl olduğunu destekleyen başka bir tespit olmayışı, M.B.nin iyimser konuşkan, dışa dönük kişilik yapısı ile tanımlanması ve olayı çevreleyen koşullar karşısında riskin öngörülebilirliği açısından tek başına yeterli kabul edilmeyeceği, tek başına intihar eyleminin öngörülebilirliğini sağlayacak bir veri teşkil etmediği değerlendirilmiştir. 22. Tüm bu hususlar birlikte ele alındığında M.B.nin intihar ederek yaşamına son vermesinin Kurum yetkilileri bakımından öngörülebilir olmadığı ve koruma yükümlülüğü bağlamında yaşam hakkına yönelik ihlal iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşılmıştır”, Anayasa Mahkemesi, K.B. ve Y.B. Başvurusu, B. No: 2020/38081, 12/6/2024.

⁵⁶ Pınar Memiş Kartal, “Cezanın İnfazının Ertelenmesi Sebeplerinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi,” *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi* 14, no. 1, (2021): 14, 15.

⁵⁷ Erişim Tarihi: 25.10.2024, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/haritaliste>.

*maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilen hükümlü ve tutukluların tedavilerinin, bu rehabilitasyon merkezlerinde görevli uzman personelce takip edilmek suretiyle yapıldığı tespitine yer verilmiştir*⁵⁸. Bu kurumlar aynı zamanda Adli Tıp Kurumu raporu için bekletilen hükümlüler için de kullanılmaktadır⁵⁹.

Akıl hastalığı dışında kalan ruhsal rahatsızlıklar infazın ertelenmesini gerektiren başka nedenler yoksa cezanın infazının geri bırakılması nedeni değildir. Adli Tıp Kurumu tarafından verilen raporda akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlığının olup olmadığının belirtilmesi gerekir. Hükümlünün akıl hastalığı değil de ruhi rahatsızlığının bulunduğu tespit edilmişse CvGTİHK m. 18 gereğince cezanın infaz edilmesi gerekir.

SONUÇ

Kanun koyucu uluslararası çalışmaların da gereği olan ve ceza infaz kurumunda kalması akıl sağlığını olumsuz etkileyecek ve cezanın infaz edilmesinin amaçları gerçekleştirilemeyecek olan akıl hastası hükümlülerin cezasının infazının ertelenmesini CvGTİHK m. 16'da hükme bağlamıştır. Bugün ceza infaz kurumunda kalan kişilerin bu yerde kalmaları nedeniyle psikolojilerinin olumsuz yönde etkilendiği, akıl hastalığının bulunduğu kabul

⁵⁸ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) "Ceza İnfaz Kurumlarında Bulunan Tutuklu ve Hükümlülerin Sağlık Hizmetlerine Erişimi Hakkında İnceleme Raporu" nda (Adalet Bakanlığı yetkililerince Metris R Tipi Ceza İnfaz Kurumları ile ilgili belirlemeye yer vermişlerdir) R tipi ceza infaz kurumları, "5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 18. maddesinin 1. bendinde yer alan 'Hapsedilme ve diğer nedenlerden kaynaklanan akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunup da ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmemek infaz kurumlarına geri gönderilenlerin cezaları, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilir.' hükmü doğrultusunda hizmet veren, yurt çapında beş adet rehabilitasyon merkezi (Elazığ, Samsun, Manisa, Adana ve Metris) bulunduğu, sağlık kurulu raporu ile ilgili kanun maddesi kapsamında değerlendirilen tutuklu ve hükümlülerin bu rehabilitasyon merkezlerinde uzman personelce takip edilerek tedavilerinin yapıldığı" şeklinde ifade edilmiştir: Anayasa Mahkemesi, Ergin Aktaş Başvurusu, B. No: 2014/14810, 21.9.2016, § 37, 38.

⁵⁹ Aynı zamanda tek başına öz bakımını yapamayan, başkasının bakım ve yardımına muhtaç tutuklu veya hükümlülerin barındırılması ile rehabilitasyon ve tedavilerinin sağlanması amacıyla kurulmuş bakımevi niteliğinde ceza infaz kurumlarıdır: Anayasa Mahkemesi, Ergin Aktaş Başvurusu, B. No: 2014/14810, 21.9.2016, § 88.

edilmekte, ceza infaz kurumu dışındaki kişilere oranla daha fazla intihar etmeye meyilli oldukları illeri sürülmektedir.

Akıl hastalığı da fiziksel hastalık gibi bir sağlık sorunudur. Her ruhsal rahatsızlık akıl hastalığı teşkil etmemektedir. Kanun koyucu da akıl hastalığı ile ruhsal rahatsızlığı ayırmış ve farklı hükümlerde düzenlemiştir. Kişinin akıl hastası olduğu belirlenmişse infazın ertelenmesi zorunlu kılınmıştır. İnfazın ertelenmesine Cumhuriyet başsavcılığınca karar verilmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle infazın ertelenmesine talep üzerine veya resen karar verilebilmektedir. Akıl hastası olan kişiler serbest bırakılmamakta, yüksek güvenli sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmaktadırlar. Kurumda iyileşinceye kadar kalmaları kabul edilmektedir. Hükümlünün yüksek güvenli sağlık kurumunda geçirdiği süreler cezaevinde geçirilmiş sayılmaktadır. Sağlık kurumunda geçirilen süreler cezaevinde geçirilmiş kabul edildiğinden koşullu salıverme tarihinden önce hükümlü iyileşmişse koşullu salıverme tarihine kadar ceza infaz kurumunda kalmaya devam edecektir. Koşullu salıverme tarihinde hala iyileşmemişse koşullu salıverme gerçekleştirilmeyecek sağlık kurumunda koruma ve tedavi altında kalmaya devam edecektir. Akıl hastası olan hükümlü, iyileşmemişse cezanın infazı süresince ceza infaz kurumunda kalabilecektir.

Mevcut hükümler değerlendirildiğinde CvGTİHK' da (m. 71, 72, m. 78-82, m. 27) sağlık hakkıyla ilgili hükümlere yer verilmiş olmakla birlikte ruhsal sağlıkla ilgili 71. madde dışında belirleme yer almamaktadır. Bunun bir eksiklik olduğu belirtilmelidir. Önemli bir sorun olan bu rahatsızlığın tespiti, kontrolü ve gerekli tedavinin uygulanması için daha ayrıntılı düzenleme yapılması gerekmektedir. Örneğin cezanın infazının tamamlanmasına rağmen iyileşmesi gerçekleşmemiş hükümlülere yönelik düzenlemeye gidilmelidir. Ya da akıl hastası olma ihtimali olan kişilerin ceza infaz kurumunda kalmanın olumsuz sonuçlarından etkilenmemeleri için infaz hukukuna özgü özel hükümler (konutta infaz gibi) getirilip (CvGTİHK m. 110'a hüküm koyulabilir) ceza infaz kurumunda bulundurulmamaları yoluna gidilebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akın, Abdulkadir. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Aydın, Melikşah. "İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İnfazın Ertelenmesi." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 1213-1242.
- Akkaya, Çetin. *Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aksoy Retornaz, Emine Eylem. "Cezaevinde Sağlık Hizmetlerine Erişimde Güncel Sorunlar." *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi* 12, no. 4 (2019): 25-40.
- Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Gelgeç Bakacak, Ayça ve Aslıhan Öğün Boyacıoğlu. "Bireylerin Akıl/Ruh Sağlığı Tanımlamalarına İlişkin Nitel Bir Araştırma." *Sosyoloji Dergisi* 27, (2012): 1-15.
- Giyik, Abdülbaki. *Akıl Hastalığı ve Türk Ceza Muhakemesi Bakımından Sonuçları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019.
- Mecit, Kemal. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Memiş Kartal, Pınar. "Cezanın İnfazının Ertelenmesi Sebeplerinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi* 14, no. 1, (2021): 1-24.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017.
- Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı: Akıl Sağlığı İhtiyaçları Olan Mahpuslar, (Çev.: Ömer B. Albayrak), *Birleşmiş Milletler Yayını*, (2013), Erişim Tarihi: 25.10.2024 https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Prisoners_with_special_needs_HB_Turkish.pdf.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Özkavalcı, Nimet. *İnfaz Hakimliği*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Soykal, Nuray. *Ruhsal Bozukluk Tanılı Hastaların Bildirdikleri Sorunlar ile İşlevsellik ve Stresle Başa Çıkma Tarzları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019.

- Ulutürk, Hande. *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Yetgin, Feridun. *Şemalı Pratik İnfaz Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Yıldırım, Zeki. "Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi." *Ceza Hukuku Dergisi* 12, no. 34, Ağustos 2017.
- Yıldız, Mehmet Ali, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019.
- Yılmaz, Candan. "Kriminolojik Açıdan: Akıl Hastalığı ve Suç." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 2 (2018): 743-765.
- Yurt, Çağdaş. *Ceza İnfaz Kurumlarında Sağlık Hakkı, Sağlık Hizmetlerine Erişim ve İdarenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

MECELLE’NİN KÜLLİ KAİDELERİ BAĞLAMINDA ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN İŞLEVLERİ

Functions of Customary Law in the Context of Majalla’s General Principles

Süleyman TEPE*

Veysel K. BİLGİÇ**

Öz

Osmanlı’nın son zamanlarında İslâm hukukuna göre oluşturulan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, bünyesinde hukukun genel prensipleri mesabesinde görülen çok sayıda külli kaide barındırmaktadır. Bu kaidelerin çoğu evrensel olma vasfı dolayısıyla günümüz hukukuna değerli katkılar sunma potansiyeli taşımaktadır. Mecelle’de serdedilen bu prensiplerden önemli bir kısmı örf ve âdet hukukuna dairdir. Toplum içerisinde yaşayan hukuku ifade eden örf ve âdet kuralları haiz olduğu mühim işlevleri sayesinde insanların uymakla yükümlü oldukları hukuk kurallarını muhtelif yönlerden etkilemektedir. Bu açıdan örf ve âdetlerin hukuk normlarının kaynağını teşkil etmesi, kanun ve sözleşmelerdeki açık ya da hüküm

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı,) suleyman.tepe@asbu.edu.tr, 0000-0002-6674-8738.

** Prof. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, (Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü,) veyselbilgic@hotmail.com, 0000 0001 8279 8500.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.01.2025.

Atıf/Citation: Tepe, Süleyman ve Veysel K. Bilgiç. “Mecelle’nin Külli Kaideleri Bağlamında Örf ve Âdet Hukukunun İşlevleri.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1093-1145.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial

4.0 International License.”



içi boşluğu doldurması ve hukuk metinlerinin yorumlanmasını sağlaması gibi mühim işlevlerinin olduğu söylenebilir.

Bu makalede Mecelle'nin külli kaideleri ışığı altında örf ve âdetlerin çeşitli fonksiyonları ele alınmış, içerik İslâm hukuku ve hukuk tarihi uygulamaları ile zenginleştirilmiştir. Bu yönüyle makalenin mevcut örf ve âdet hukuku hakkında yapılan diğer çalışmalardan ayrıştığı söylenebilir. Çalışmaya konunun daha iyi anlaşılması adına öncelikle örf ve âdet hukukuyla ilgili kavramların açıklanması ile başlanmış daha sonra örf ve âdetlerin hukuk kuralı seviyesine çıkabilmesi için taşıması gereken vasıflar incelenmiş, son bölümde ise örf ve âdet hukukunun işlevleri izah edilerek çalışma sona erdirilmiştir. Çalışma hazırlanırken temelde Mecelle'nin ilk dönem şerhlerinden istifade edilmiş ve gerektiğinde İslâm hukukunun klasik kaynaklarına müracaat edilmiştir. Modern Türk hukuku örnekleri için hukuk başlangıcı ve Türk medeni hukuku ders kitaplarından yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku, Mecelle, Kaide, Örf ve Âdet.

Abstract

Majalla al-Ahkam al-Adliyyah, which was created in the late Ottoman period according to Islamic law, contains many general rules considered as general principles of law. Most of these principles have the potential to make valuable contributions to contemporary law due to their universal nature. A significant portion of these principles in Majalla are related to customary law. Customary rules, which express the law that lives within the society, affect the official legal rules that people are obliged to comply with in various ways thanks to their important functions. In this context, it is known that customary rules have important functions such as constituting the source of legal norms, filling the gap in the law or contract, and ensuring the interpretation of the legal text. This study examines customary rules in terms of various functions in the light of the general principles of Majalla, which have current value, with the idea that it will make valuable contributions to contemporary law.

This article discusses the various functions of customs and traditions in the light of Majalla's universal rules. This study, which is enriched with Islamic law and legal history applications, differs from existing studies on customary law. In order to better understand the subject, the study started by first explaining the concepts related to customary and customary law, then the qualifications that customary and customary rules must have in

order to be legal rules were examined, and in the last section, the study was concluded by explaining the functions of customary and customary law. While preparing the study, Majalla's early commentaries were mainly used and when necessary, classical sources of Islamic law were consulted. For examples of modern Turkish law, beginning of law and Turkish civil law textbooks were used.

Keywords: İslamic law, Ottoman Law, Majalla, General Principle, Customary Law.

GİRİŞ

Tanzimat devrinde yaşanan birtakım sosyal, siyasi ve iktisadi gelişmeler neticesinde Osmanlı hukuk mevzuatı kanunlaştırılmıştır. Bu süreçte oluşturulan kanunlardan en dikkat çekeni Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki Mecelle Cemiyeti tarafından 1869-76 yılları arasında peyderpey tanzim olunan Mecelle, mukaddime ile 16 kitap halinde 1851 maddeden oluşmaktadır. İçerisinde temelde borçlar, eşya, ticaret ve yargılama hukukuna dair hükümler olan bu mümtaz eserin en mühim vasıflarından biri hukukun genel ilkeleri mesabesindeki külli kaideleri içermiş olmasıdır.

Külli kaideler, Mecelle'nin mukaddime kısmında 2 ila 100. maddeler arasında 99 ilke olarak düzenlenmiştir.¹ Hâlâ güncelliğini koruyan bu kaidelerin vecize üslubu ile yazılmış felsefe ve mantık düsturları olduğu bilinmektedir.² Her ne kadar külli kaideleri ifade eden kelimeler bölgesel olsa da öz itibarıyla dünyanın her yerinde geçerli, kimsenin inkâr edemeyeceği, kendi zamanını aşmış, birer matematik ya da mimari sahadaki kurallar gibi cihanşümul ilkeler olduğu

¹ Külli kaidelerin Mecelle'nin baş tarafında yer almasının temel nedeninin fûru mevzularla ilgili diğer Mecelle hükümlerinin tatbikini kolaylaştırıp hâkimlerin hukuki meselelere yatkınlığını arttırmak olduğu belirtilmektedir. S. Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'ı Mecelle," *İÜHF* 20, no. 1-4 (1955): 65; Ali Himmet Berki "Mecelle," *İslâm Medeniyeti*, no. 28 (1967): 29; Mecelle'nin külli kaideleri pek çok hadisenin hükümlerinin belirlemede hukukçulara bir rehber ve fener mesabesinde idi. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhîyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi), 1:254; Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku* (Ankara: Örnek Matbaası, 1955), 15.

² Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1977), 116.

söylenbilir.³ Bundan dolayı Mecelle'nin külli kaidelerinin modern hukukun ulaştığı genel hükümlerle uyumlu olduğu ve bu kaidelerin günümüz hukukunun kavranması için önemli katkılar sunacağı söylenebilir.⁴

Örf ve âdetler, şer'î hukukun tali kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Yaşanan kanunlaştırma süreci ile birlikte günümüzde kısmen örf ve âdetlerin öneminin azaldığı görülse de hâlâ yeni ihdas edilen kanunların kaynağını teşkil etme, kanun boşluğunu doldurma ve hukuk normlarının yorumlanmasını sağlama gibi önemli fonksiyonları icra ettiği bilinmektedir. Bu noktada âlemşümül hukuk ilkelerinden oluşan ve içerisinde yaklaşık on madde⁵ örf ve âdet ile ilgili hukuk kuralı barındıran Mecelle'nin külli kaidelerinin gerek İslam ve Osmanlı hukukundaki gerekse Türk hukukundaki örf ve âdetlerin işlevlerinin ne olduğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynayacağı düşünülmektedir.

I. TEMEL KAVRAMLAR

Örf kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup "arefe"(عرف) fiilinden türemiştir."arefe" fiilinin manası bilmek, tanımaktır.⁶ "Örf", akl-ı selim sahibi kimselerin şehâdetiyle yaygın bir hal alan ve insanlar tarafından benimsenip iyi görülen şeylerdir.⁷ Bozulmamış akıl tarafından benimsenene ve maruf olgu

³ Cengiz İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (İstanbul: Tarih Vakfı, 2003), xxi.

⁴ Mustafa Reşit Belgesay, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk," *İÜHFD*, no.12 (2011): 564; Bu görüşe paralel olarak Berki, bu kaidelerin günümüz hukukunun ve hukukta yorum ilminin anlaşılması için zaruri olduğunu belirtmektedir. Berki, "Mecelle," 29.

⁵ Mecelle'nin 36 ila 45. maddeleri arasında serdedilmiş örf ve âdete dair kaideler şunlardır: "Âdet muhakkemdir" (m.36), "Nâsım isti'mali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur" (m.37), "Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir" (m. 38), "Ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz" (m. 39), "Âdetin delaletiyle ma'nayı hakiki terk olunur" (m.40) "Âdet ancak muttarid yahut galip olduğunda muteber olur" (m.41), "İtibar gâlib-i şâyi'a olup nâdire değildir" (m.42), "Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir" (m.43), "Beyne't-tüccar ma'ruf olan şey beynerinde meşrut gibidir"(m. 44), "Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir" (m.45). Bkz. Ahmed Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* (İstanbul: OSAV, 2017), 58.

⁶ Heyet, *Türk Hukuk Lüğati* (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991), 275.

⁷ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005), 464; Elmalılı Hamdi Yazır, *İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*, haz. Sıtkı Güllü (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 4:108; "Örf şehâdet-i ukul ile iştihar edip tebayi-i selimenin kabul ve tasdik eyledikleri şeylerdir."

anlamında kullanılan örf, günlük yaşantıda toplumun ekseriyeti tarafından kabul edilip itiyat haline getirdiği eylemler veya işitildiğinde akla başka bir anlam gelmeyecek şekilde bilinen sözlü anlatım biçimleridir.⁸ Örf kelimesinden türeyen “*ma'ruf*” kelimesi ise aklın idrak, şer-i şerifin müsaade ettiği ve güzel gördüğü fiil ve muameledir.⁹

Âdet kelimesi Arapça “*muâvede*”(معاود) veya “*avd*” (عود) kelimelerinin isim şeklidir.¹⁰ “*Muâvede*” tekrarlamak, alışmak anlamındadır. “*Avd*” ise dönüş, tekrar ve sürdürme manalarında. Âdet, itiyat edilen, işlenegelen şey demektir. Bir şeyin âdet olduğunun göstergesi birbiri ardınca yani çok defa tekrar etmesi ve insanların o şeyi devamlı yapmalarıdır.¹¹ Başka bir deyişle âdet, işlene işlene tabii veya zaruri hükmüne girmiş olan fiil veya hale denir.¹²

Kullanımı yaygın olan manasındaki¹³ “*teamül*”, sözlükte bir yerde ya da bir şeyde öteden beri cari olagelen ve itibarca usul ve âdet mertebesine varan

Kal'a-yı Sultaniyeli Türzkade Hafız Mehmed Ziyaeddin, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü*, haz. Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 198; Diğer bir ifadeyle örf, insanların sürekli olarak işlediği ve çok defa başvurduğu selim akıl sahibi kimselerin nezdinde kötü karşılanmayan ve ayıplanmayan âdetlerdir. Ömer Hilmi Efendi, *Külli Kaideler Şerhi Mir'âtü'l-Mecelle*, ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 78; Bilmen, *Kamus*, 1:197.

⁸ Saffet Köse, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015), 133-134; Ahmet Yaman ve Halit Çalış, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: İFAV, 2019), 50; Benzer bir tanım için bkz. Ali Aslan Topçuoğlu, “Örf ve Âdetin İslâm Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefi Mezhebi Özelinde,” *Turkish Studies*, no. 20 (2017): 228.

⁹ Mehmed Salâhi, *Kâmûs-ı Osmânî* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, h.1322), 4:361.

¹⁰ Âdet kelimesi “*muavede*” den gelmektedir. İbn Âbidin Muhammed Emîn b. Ömer, “*Neşru'l Arf fi Binâi ba'di'l Ahkâm ale'l-Urf*,” *Mecmuatü'r-Resaili'l-Alâmeti* (İstanbul: ed-Daru's-Şamiyye, 2023), 1624; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm* (İstanbul: DİB Yayınları, 2017), 94-95.

¹¹ Süleyman Hasbi, *Tafsîl* (İstanbul: Matbaa-yı Osmaniye, h.1299), 98; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle'nin Külli Kaideler Şerhi Tafsîl*, ed. Mustafa Avcı, Mehmet Barutçu, Süleyman Tepe (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 118; Âdet, tekrar ile meydana gelen ve çok defa insanın düşünmeden otomatik olarak tekrarladığı hareketlerdir. Gür, *Mecelle*, 148.

¹² Mehmed Salâhi, *Kâmûs-ı Osmânî*, 4:128; “*Âdet, nüfusta takarrür eden ve selim tabiatler indinde makbul bulunan herhangi mütekerrir şeydir.*” Bilmen, *Kamus*, 1:197.

¹³ Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantiği ve Tefsir* (Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 2018), 96.

muamele olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle teamül, “bir şeyin çok defa kullanılması, bir şey hakkındaki muamelenin mutad hal almasıdır.”¹⁴ Teamülün âdet ile eş anlama geldiği söylenmekle¹⁵ birlikte örf ve âdet kadar kendisine uyulma zorunluluğu hissedilmeyen kurallar olduğu da belirtilmektedir.¹⁶

Örf, daima iyi olan şeydir. Fakat âdet ve teâmül iyi veya kötü olabilir.¹⁷ Benzer şekilde örf, akl-ı selime dayanır yani makuldür. Ancak âdet ve teâmülün makul olup olmadığı değerlendirmeye tabi tutulmaz.¹⁸ Âdet ve teâmül sadece fiilî durumlarla ilgiliyken örf, fiilî durumların yanı sıra sözlü ifadelerde de kendini gösterebilir.¹⁹ Mesela hukukçuların aslı, hapis olan “vakıf” kelimesini hukuki anlamda kullanmaları buna örnek olarak gösterilebilir. Teamül, âdet ve örf kuralları müeyyide bakımından da farklılıklar içermektedir. Teamül diğerlerine göre daha az önemli davranış kuralı kabul edildiğinden ihlali halinde; kınama, teamüle göre daha önemli kabul edilen bir âdetin terki halinde; gruptan dışlanma, ikisinden de daha üst mertebede görülen örfü ihlal eden kimse ise bir toplum kuralını ihlal ettiği için; linç edilmek gibi cebri bir müeyyideyle karşı karşıya kalır.²⁰

Neticede örf, âdet ve teamül mefhumları arasında bazı farklar olduğu görülmektedir. Ancak bu kavramlar temelde benzer şeyleri ifade etmektedir.²¹ Bu

¹⁴ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 552.

¹⁵ Elmalılı, *Kamus*, 1:44; Heyet, *Türk Hukuk Lügati*, 326; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 59-60.

¹⁶ Halil Kalabalık ve Doğa E. Doğan, *Temel Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 85

¹⁷ Heyet, *Türk Hukuk Lügati*, 275; Şer' ve akla muhalif olmayan açıkça faydası olan bir âdet iyidir ve fakihler bu tür âdetleri kabul ederler. Bilmen, *Kamus*, 1:197.

¹⁸ Örneğin bazı yerlerde cevizin kilo, bamyanın tane ile satılması âdettir.

¹⁹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 96; Heyet, *Türk Hukuk Lügati*, 275.

²⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, 62.

²¹ Mecelle'nin “âdet muhakkemdir” (m.36) kaidesinde âdet, örfe atıfla aynı manada kullanılmıştır. Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den Kavaid-i Külliye Şerhi* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1327), 66; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 96.

nedenle hukuk dilinde birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.²² Özellikle bu ifadelerin gerek Mecelle'de gerek modern Türk hukukunda "örf ve âdet" şeklinde bir kalıp olarak kullanımı meşhurdur.²³ Binaenaleyh örf, âdet ve teamül kavramları gerek literatürde gerekse bu çalışmada tek başına kullanılsa da "örf ve âdet" şeklinde bir bütün halinde telakki edilmelidir.

II. ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN TEMEL VASIFLARI

Bir örf ve âdet kuralının alelâdelikten çıkıp hukukun konusu olabilmesi ve birtakım işlevleri yerine getirebilmesi için bazı temel özellikleri taşıması gerekmektedir.²⁴ Bunlar sürekli, yaygın olması, halk arasında yaşaması, insanlar nezdinde bağlayıcı olması, mevcut hukuk kurallarına aykırı olmaması, aynı beldedeki başka bir örf ve âdet kuralıyla çatışmaması şeklinde sıralanabilir.²⁵

A. Süreklilik Arz Etmesi ve Yaygın (Şayi') Olması

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de, örf ve âdet hukukunun sürekli ve yaygın olma özelliğine 41. maddede geçen "*âdet ancak muttarid yahut gâlip olduğunda muteber olur*" külli kaidesinin işaret ettiği söylenebilir. "*Muttarid*" aralıksız devam eden demektir, "*gâlip*" ise yaygın demektir.²⁶ Bir yerde bir ara âdet olmuş sonra

²² Her ne kadar örf ile âdet terimlerinin manalarında ihtilaf edilse de aynı bağlamda kullanılmaktadır. İbn Âbidîn, "*Neşru'l Arf*," 624; "*Örf ile 'âdet' mefhum açısından farklı olsalar da mâsadakları noktasından bir manadadırlar.*" Elmalılı, *Kamus*, 1:4.

²³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Kamus*, 1:197; Fakihler nazarında âdet ile örf aynı manadadır. İkisinin ayrı ayrı zikredilmesinin amacı yeni bir mana ortaya koymak değil var olan örf manasını güçlendirmek içindir. Abdülkerim Zeydan, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh* (Dımeşk: Risale, 2015), 237; Mecelle'de, modern kanunlarda olduğu gibi örf ve âdet terimleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Belgesay, "*Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk*," 585.

²⁴ Alelâde örf ve âdet kuralları için devamlı olma ve genel inanış vasıfları taşıması yeterlidir. Gözler, *Hukuka Giriş*, 58.

²⁵ Abdülkerim b. Ali b. Muhammed En-Nemle, *El-Câmiu Li-Mesâili Usuli'l-Fıkhî ve Tatbikatihâ ale'l-Mezhebi'l-Râcih* (Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2000), 394.

²⁶ Gözler, galip olma ifadesinin örfe uyulmanın zorunlu olduğu inancına işaret ettiğini söyler. Gözler, *Hukuka Giriş*, 59.

unutulmuş veya vazgeçilmiş bir husus, kesintiye uğramasına rağmen örf ve âdet olduğu ileri sürülerek hukukun kaynağı haline getirilemez.²⁷

Mecelle'nin 42. maddesinde belirtilen "*itibar galib-i şayia olup nadire değildir*" kaidesi de hükmün ancak şayi' yani herkesçe bilinen ve insanlar arasında yaygın olup nadir olmayan kurallara göre verilebileceğine işaret etmektedir. Buradan da örf ve âdetin yaygın olması şartıyla muteber tutulacağı sonucu çıkarılabilir.²⁸

Örf ve âdet kurallarının hukuk kuralı haline gelmesinde aranan süreklilik ve yaygın olma şartı gerek müçtehitlerin hüküm elde etmesi sırasında gerekse yasama faaliyeti yani hukuk normu oluşturulması esnasında sıkça başvurulmuş bir kıstastır. Örneğin İslâm hukukuna göre; bir kişide buluştan sonra sefihlik vasfı olması onun reşid olmasına engeldir. Böyle bir durumda kişi kısıtlanarak kendi malında tasarruf etmesi engellenir. Kişinin malında tasarruf etmesi engeli Ebu Hanife'ye (ö. 150/767) göre en fazla 25 yaşına kadar devam ettirilebilir. Zira Ebu Hanife, ister rüşdüne dair alametler görülsün ister görülmesin 25 yaşındaki kişinin genel anlamda reşid olacağını belirtmektedir.²⁹ Zira rüşd, genellikle o yaşlarda olur ve çoğunlukta görüldüğü üzere ondan ayrılması düşünülemez. 25 yaşına ulaşmış olup da nadiren reşid olamamış kimseler mevcut olsa da nadir olan şey yok gibi kabul edilir.³⁰ Zira itibar gâlib-i şayia göredir.

Hanefi mezhebindeki mefkud³¹ hakkındaki hükmî ölüm kararının hangi yaşta verileceği hususu yine toplumdaki yaygın duruma göre belirlenmiştir. Buna göre;

²⁷ Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 122

²⁸ Ömer Hilmi Efendi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 87.

²⁹ Zeydan, *el-Veciz*, 111; Saffet Köse, "Rüşd," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.35 (İstanbul: TDV Yayınları, 2008): 299.

³⁰ Süleyman Hasbi, *Tafsîl*, 116; Atf Bey, *Mecelle*, 77.

³¹ Mefkud, kaybolmuş ve yaşayıp yaşamadığı hususunda malumat olmayan kimseye denir. Beşir Gözübenli, "Mefkud," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.28 (İstanbul: TDV Yayınları, 2003): 353; İslâm hukukunda nerede olduğu ve hayatta olup olmadığı bilinmeyen demek olan mefkudun bu türüne Türk özel hukukunda "gaib", hayatta olduğu bilinen ancak nerede olduğu bilinmeyen kimse demek olan mefkudun ikinci türüne ise Türk özel hukukunda "evi terk eden" ifadesi kullanıldığı söylenebilir. Ali Aslan Topçuoğlu, "İslâm Hukukunda Gâibin/Kayıp Kişinin

mefkud hakkında hükmî ölüm kararı verilebilmesi için kişinin yaşlarından hiç kimsenin hayatta kalmayınca kadar³² ya da 90 yaşına gelinceye kadar beklenilmesi gerekir.³³ Zira Hanefi mezhebine göre; toplumdaki yaygın ölüm yaşı 90 olarak kabul edilmektedir.³⁴ Doksan yaşından fazla hayatta kalmak nadirdir, nadir olana ise itibar edilmez.³⁵

Benzer bir durum "hidane" bahsinde görülmektedir. Bir kimsenin bakım ve terbiyesini üstelenmek manasındaki hidane, hak sahibinin bir çocuğu himaye altına almak suretiyle koruması ve terbiye etmesine denir.³⁶ Çocuğun beslenmesini, bakımını, korumasını belli bir yaşa kadar en güzel şekilde şefkatli olması nedeniyle annesi yerine getireceği kabul edildiğinden İslâm hukukunda hidane hakkı öncelikle anneye tanınır.³⁷ Boşanan annenin himayesi altında bırakılan çocuk, belirli ihtiyaçlarını kendi başına karşılayabilecek yaşa kadar annesinin yanında bırakılır.³⁸ Bu kudret her çocukta farklı yaşlarda hâsıl olabileceğinden fukaha genelin durumuna bakmak suretiyle erkek çocukların 7, kız çocukların 9 yaşına ulaşmaları halinde annelerinden ayrılabilir.

Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi Türk Medenî Kanunu ile Mukayeseli Olarak," *Dini Araştırmalar*, no.19 (2004): 298-299.

³² Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsi, *Mebcut*, ed. M. Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık 2008), 11:57.

³³ Bilmen, *Kamus*, 7:221.

³⁴ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 88.

³⁵ Elmalılı, *Kamus*, 3:130.

³⁶ Hidane, çocukların veya çocuk hükmünde olan mecnun, matuh gibi acizlerin korunması ve terbiye edilmesi, gıda temin edilmesi, temizlenme ve dinlenme imkanının sağlanması ile çocukların zarar verici şeylere karşı himaye edilmesi demektir. Bilmen, *Kamus*, 2:425.

³⁷ Hanefilerde anne vefat etmişse ya da anne dinden çıkmış, zina etmiş veya ahlaksız hayat süren bir kimse olması halinde hidane hakkına anneanne sahip olur. O da yoksa hidane hakkı annenin anneannesine geçer ve anne tarafında kimse kalmazsa bu durumda hidane babaanneye geçer. Babaanne yoksa çocuğun ablası, o da yoksa teyzesi hidane hakkına sahip olur ve bu hak kadın tarafından kimse kalmayınca kadar devam eder. Kadın tarafından kimse kalmamışsa bu halde hidane hakkını asabe olan erkekler elde ederler ki bu durumda ilk hak sahibi baba olur. Detaylı bilgi için bkz. Samed Atasoy, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Hidane* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 56-69.

³⁸ Vecdi Akyüz, "Kur'an ve Sünnette Ebeveyn ve Çocuk Hakları," *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları Tartışmalı İlmi Toplantı* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014), 326-328.

hükmetmiştir.³⁹ Zira erkek çocukların kendi başına yiyip içmesi, giyinme ve kişisel temizliğini yapması genelde 7 yaşında erişilen bir kudret olup kızların ise evlenme çağının genelde 9 yaş ile başlaması çocukların annelerinden mezkûr yaşlarda ayrılmaları yönünde hüküm verilmesine neden olmuştur.⁴⁰

B. Hukuk Kurallarına Aykırı Olmaması

İslâm hukukunda örfe dair kuralların fikhî hükümlere kaynaklık edebilmesi için zahir ve sabit olan şer'î hükümlere mugayir olmaması icap eder.⁴¹ Zira Mecelle'nin "*mevrid-i nassta içtihadı mesağ yoktur*" (m. 14) kaidesi gereği bir konuda nass denilen açık şer'î hukuk kuralı varsa orada içtihat yapılması caiz değildir. Dolayısıyla hal-i hazırdaki açık şer'î hüküm varlığında örf ve âdet kuralına binaen yapılan içtihat da caiz değildir. Mesela toplumda yaygın olan kumar oynamak, içki içmek, kız çocuklarını diri diri gömmek gibi⁴² şer-i şerife açıkça aykırı olan örf ve âdet kurallarına itibar edilmesi İslâm şeriatının ortadan kalkmasına neden olur.⁴³

Örf ve âdetin açık nass ya da kanun hükmünün yanı sıra tarafların kanunu mesabesinde olan akitteki irade beyanlarına da aykırı olmaması gerekir.⁴⁴ Mevcut hukuk kuralları karşısında nasıl örf ve âdete itibar edilmiyorsa "*tasrih mukabelesinde delaletle itibar yoktur*" (Mecelle m.13) külli kaidesi gereği bir hukuki işlemde açık irade beyanı karşısında örf ve âdet kurallarının geçerli olmayacağı da

³⁹ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 87-88; Hanefi mezhebinde ağırlık kazanan görüşe göre kız çocuklarında hidanenin sınırı dokuz yaştır. Ali Bardakoğlu, "*Hidane*," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.17 (İstanbul: TDV Yayınları, 1998): 471.

⁴⁰ Elmalılı, *Kamus*, 3:130.

⁴¹ Zeydan, *el-Veciz*, 240.

⁴² Cahiliye devrindeki örf ve âdetler hakkında detaylı bilgi için bkz. Selahattin Kıyıcı, *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet* (Ankara: İşaret Yayınları, 1989), 19-125.

⁴³ Şaban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları Usulü'l-Fıkh*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: TDV Yayınları, 2017), 264; "*Eğer hak onların keyfi arzularına uysaydı muhakkak ki gökler, yer ve bunlarda bulunanların düzeni bozulurdu.*" Mü'min, 23/71.

⁴⁴ Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 263-64.

aşikardır. Örneğin bir beldede her ne kadar mehrin peşin (mehr-i muaccel)⁴⁵ ödenmesi örf ve âdet kuralı olarak kabul edilse de eğer tarafların iradesi mehrin sonradan (mehr-i müeccel)⁴⁶ ödenmesi yönünde oluşmuşsa, taraflar arasındaki hukuki ihtilafı hâkim, örf ve âdet kurallarına müracaat ederek çözümleyemez. Zira bir hukuki işlemdeki şer'î hukuka aykırı olmayan açık irade beyanı karşısında örf ve âdete itibar edilemez.⁴⁷

Benzer bir anlayış Türk hukukunda da mevcuttur. Buna göre Türk hukukunda alelâde örf ve âdet kurallarının hukuk kuralı düzeyine çıkıp muteber sayılabilmesi için câri kanun hükümlerine ya da bir sözleşmedeki tarafların iradelerine aykırı olmaması gerekir. Geçmişten gelen bir yaşam alışkanlığının, bir geleneğin ve göreneğin hukuk kuralı düzeyine çıkabilmesi için ilgili örf ve âdetin mutlaka temel hak ve ilkelerle uyumlu olması gerekmektedir. Zira bu, insan onuruna aykırı başlık ve berdel benzeri töreler yürürlük kaynağı olarak hukuk kuralı seviyesine çıkamasın diye yapılmalıdır.⁴⁸

C. Kadîm Olması

Örf ve âdet kadîm olmalı yani çok eski zamandan beri var olmalıdır. Öyle ki kuralın ne zaman ortaya çıktığını yaşayan herhangi bir kimse hatırlamamalıdır.⁴⁹ Nitekim Hanefi mezhebine ait olan bu görüş Mecelle'nin 166. maddesinde "*kadim*

⁴⁵ İslâm hukukunda mehrin akit öncesinde ya da sırasında ödenmesi kararlaştırılmışsa buna mehr-i muaccel (peşin mehir) denir ki bu halde karı kocasından mehrini almadan kocasının evine gitmeme, yolculuk yapmama ve kendisinden faydalanmasını men etme hakkına sahiptir. Mehrin tamamının peşin olarak kararlaştırılması mümkün olduğu gibi bir kısmının da peşin ödenmesi kararlaştırılabilir. Şükrü Şirin, *İslâm Aile Hukukunda Mehir*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Sakarya: Sakarya Üniversitesi, 1997), 40-41.

⁴⁶ Mehr-i müeccel, nikâh akdi taraflarının mehrin ödenmesini bir tarihe bağlamamaları ya da nikâhtan sonraki bir tarihte ödeneceğini kararlaştırmalarında halinde söz konusu olur. Eğer taraflar mehrin ödenmesini herhangi bir tarihe bağlamamışlarsa mehir borcu boşanma ya da ölüm olaylarının biriyle muaccel hale gelir. Şirin, *İslâm Aile Hukukunda Mehir*, 41.

⁴⁷ Açık beyan karşısında örf ve âdete itibar edilmez. Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 70; Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 82.

⁴⁸ Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 102.

⁴⁹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014), 11.

odur ki evvelini bilir kimse olmaya" şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁰ Malikilere göre bir uygulamanın kadim olması için 4, 10 ya da 20 yıl gibi belirli bir sürenin geçmesi yeterlidir.⁵¹

Örf ve âdetin kadimden beri var olup bir hukuk kuralı olarak itibar edileceği zamana kadar uygulanıyor olması gerekir.⁵² Ancak "*zarar kadim olmaz*"⁵³ (Mecelle m.7) külli kaidesi gereği kişilere zarar veren uygulamalar örf ve âdet olarak değerlendirilemez. Mesela bir yerde komşuya zarar verecek düzeyde kanalizasyon giderlerinin yoldan akıtılması âdet haline gelmiş olsa bile zarar gören komşu tarafından hâkime müracaat edildiğinde pis suyu akıtanlar "bizim örf ve âdetimiz böyledir" dediklerinde hâkim bu âdeti hakem kılarak davada karar veremez.⁵⁴ Ancak bir kimse kadimden beri varolan bir binanın yanına ev yapıp kendi evinin içinin görüldüğünden bahisle mahkemeden o binanın penceresinin kapatılmasını talep edemez.⁵⁵ Burada zararı, atik hane sahibi değil, sonradan ev inşa edeninin def etmesi gerekir.

D. Diğer Vasıfları

-Örf ve âdet kesin olmalıdır. Bu ilke, örf ve âdetin anlam ve içeriği konusunda tartışma olmaması gerektiğini ifade eder. Yani örf ve âdetin manası toplum üyeleri tarafından tartışma götürmeyecek şekilde bilinmeli ve benimsenmelidir.⁵⁶

⁵⁰ Akgündüz, *Mecelle*, 78.

⁵¹ Heyet, "Mesil," *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye* C.37 (Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, 1997): 305.

⁵² Zeydan, *el-Veciz*, 241.

⁵³ Umuma yönelik meşru olmayan bir iş eskiden beri yapılıyor olsa da bu işe itibar edilmez. Geçmişten beri devam eden fahiş zarar giderilir. Burada zararın kamuya açık bir alanda umuma yönelik olması gerekir, aksi halde geçmişten beri devam eden uygulama zarara sebep olsa dahi kıdemi üzere devam ettirilir. Şimşirgil ve Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 95.

⁵⁴ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 81.

⁵⁵ Akgündüz, *Mecelle*, 78; Komşuluk hakkına dair başka misaller için bkz. Mustafa Ünal, "İslam Hukukunda Mülkiyeti Kısıtlayan Bir Sebep Olarak Komşuluk Hakkı (Hakku'l-Civar)," *Adalet Dergisi*, no.68 (2022): 354.

⁵⁶ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 11.

-Örf ve âdetin hukuk kuralı seviyesine çıkabilmesi için akl-ı selim kimseler tarafından iyi görülüp kınanmaması gerekir. Mesela “adalet” iyi görülen bir şey “zulüm” ise kötüdür. Zira akl-ı selim kimseler adaleti güzel, zulmü çirkin addetmişlerdir.⁵⁷

-İnsanların kendilerini örf ve âdetlere uymak zorunda hissetmesi gerekir.⁵⁸ Bir gelenek-göreneğin alelâde örf ve âdet olmaktan çıkıp, bir hukuk kuralı haline dönüşebilmesi için öncelikle toplumda bu gelenek-göreneğe tabi olunmasının zorunlu olduğu kanaatinin (*opinio necessitatis*) yerleşmiş olması gerekir.⁵⁹ Daha sonra ise manevi yaptırımdan öte kanuni bir yaptırıma tabi tutulması icap eder. Bazı yörelerde aksi kararlaştırılmadıkça yürürlükte olan TBK 357/2'nin yollamasıyla “yarıcılık” ya da “ortakçılığa” ilişkin örf ve âdetlere hiç kimsenin uymama gibi bir tercih hakkı söz konusu olamaz. Hâkimler bu kuralı uygulayarak ve bir kimse, mahkemenin kararını yerine getirmeyecek olursa devletin yaptırımını karşı karşıya kalır. Bu sebeptir ki yarıcılık ve ortakçılığa ilişkin kurallar bir örf ve âdet hukuku kuralı halini almıştır.⁶⁰ Mesela yeni evlenen kimselere evlilik hediyesi götürmek örf ve âdettir. Ancak birisi, arkadaşına evlendiği zaman ona hediye götürmese, belki toplum o kişiyi ayıplar, fakat devlet olaya müdahale edip kişiyi hediye götürmeye zorlayamaz ya da bir yaptırım tatbik edemez.⁶¹

⁵⁷ Berki, *Hukuk Mantiği ve Tefsir*, 95.

⁵⁸ Bu zorunluluk kanuna uyma zorunluluğundan daha öndedir. Zira kanunu kanun koyucu koymuşken örfleri kişinin üyesi olduğu toplum koymuştur. Yusuf Ziya Binatlı, “Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri ve Ticari Hayattaki Önemi,” *Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İktisat Fakültesi Dergisi*, no.2 (1981): 12-13.

⁵⁹ Buna örf ve âdet hukukunun manevi (psikolojik) unsuru denilmektedir. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 106; Mecelle'nin 41. maddesindeki “Âdet ancak galip ... olduktaki muteber olur” ifadesi ilgili örf ve âdetin zorunlu olduğunu inancını ifade eder. Gözler, *Hukuka Giriş*, 59.

⁶⁰ Remzi Demir, “Türk Medeni Hukukunun Yazılı Olmayan Kaynağı; Örf ve Âdet Hukuku,” *ÇÜHFD* 1, no.5 (2020), 1008.

⁶¹ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 106; Yasemin Işıkaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, Yayımlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1991), 64.

III. ÖRF VE ÂDETİN İŞLEVLERİ

Mecelle'nin ilk yüz maddesinde yer alan örf ve âdete dair külli kaidelere bakıldığında örf ve âdetin şer'î hükmün doğrudan kaynağı olma, hakkında şer'î hüküm düzenlenmeyen bir mevzu için hukuk boşluğunu doldurma, şer'î kuralların örf ve âdete atıf yapması nedeniyle belirtme ve hukuk metnindeki lafızların anlamlandırılmasında yorumlama işlevinin olduğu görülmektedir.

A. Örf ve Âdetlerin Hukukun Kaynağı Olma İşlevi

Mecelle'nin külli kaidelerine bakıldığında hukuk kuralları oluşturulurken örf ve âdetlerin dikkate alınmasının gerekli olduğuna işaret eden "*âdet muhakkemdir*" (m.36), "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (m.37) ve "*örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir*" (m.45) kaideleri karşımıza çıkmaktadır. Bu kaideler bir hukuk normu oluşturulurken toplumun benimsediği kurallara başvurulmasının kaçınılmaz olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca mezkûr kaidelerin toplum nezdinde uygulanabilirliği kalmayan kanunların örf ve âdetler ile değiştirilmesi gerektiği anlamına geldiği de söylenebilir. Buna örf ve âdetin zorlayıcı fonksiyonu denmektedir.⁶²

1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda örf ve âdet delil değerini asli kaynak olan Kur'an ve Sünnette uyulmasının istendiği toplum içinde önceden yerleşmiş örf ve âdet misallerinden almaktadır. Örneğin Kur'an'da nafakanın ölçüsünün belirlenmesinde Bakara suresi 233'te "*Onların (annelerin) yiyeceği, giyeceği, örfe uygun olarak babaya aittir.*" denilmek suretiyle örfe atıf yapıldığı; boşanmış kadınlara verilecek hediye miktarının tayininde de Bakara suresi 241'de "*Boşanmış kadınlara örfe uygun bir şekilde faydalanma vardır*" şeklinde geçtiği üzere yine örf ölçülerine yollama (atıf) yapıldığı görülmektedir. Ayrıca kısıtlının vasisinin, fakir ise kısıtlının mallarından ne miktarda alabileceği ya da vasisinin ücretinin ne olacağı Kur'an'da "*Kim fakir ise örfe göre yesin*" (Nisa, 4/6) ayeti ile

⁶² Işıқтаç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 121.

belirlendiği görülmektedir. Yine bu minvalde kocasının kendisi ve çocuklarına yeteri kadar nafaka temin etmediğinden şikayet eden ve bunun için haber vermeden kocasının malından almak için izin isteyen Hind'e Hz. Peygamber'in "örf ve âdet ölçüleri içinde kendine ve çocuklarına yetecek miktar alabilirsiniz"⁶³ şeklindeki hadisi de örfün İslâm hukukunun kaynakları arasında olduğunu gösteren delillerdendir.⁶⁴ Örf ve âdet delil değerini Kur'an ve Sünnet dışında icma, mesalih-i mürsele ve sedd-i zerâi gibi diğer tali kaynaklardan da almaktadır.⁶⁵

İslâm hukukundaki hükümlerin konulmasındaki ana gaye insanları ıslah etmek, aralarında adaleti tesis etmek ve onlara sıkıntı veren şeyleri gidermektir.⁶⁶ Örf ve âdetler göz ardı edilerek şer'î hükümlerin oluşturulduğunu düşünmek ise bu gayeye ters düşer. Zira örf ve âdetler zaten insanların uymayı kendiliğinden kabul ettiği ve kendisine tâbi olunmak suretiyle adaletin gerçekleştiği inancının olduğu kurallardır. Bundan dolayıdır ki fikhî hükümlerin teşekkülünde örf ve âdetlerin önemli bir rolü vardır.⁶⁷ İslâmiyet öncesi dönemdeki toplum ihtiyaçlarından kaynaklı pek çok sahih örf ve âdet şer'î hukuk kapsamına alınmıştır.⁶⁸ Bunların başında "selem akdi" gelmektedir. Hz. Peygamber Medine'ye hicret ettiğinde Medinelilerin tarım ürünlerini peşin bedelle üç yıla kadar vadeyle sattıklarını müşahade etmiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber onlara "kim bir şeyde 'selem' yaparsa belirli ölçüde, belirli tartıda ve belirli zamana kadar

⁶³ Bkz. Müslim, Akzıye, 7-9; Buhârî, Büyû', 95; Ahmed b. Hanbel, Müsned, VI/39; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât, 65.

⁶⁴ Bazı alimler "Sen af yolunu tut, örf ile emretmeyi terk etme ve cahillerden yüz çevir" (A'raf, 7/199) ayetini; diğer bazıları ise "Müslümanların güzel görüp uyguladığı bir şey Allah katında da güzeldir" (Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/379) hadis-i şerifini, örfün delili olarak görürler. Gerek ayet-i kerimedeki örfün ıstılâhî anlamdaki örfe işaret etmediği ve gerekse mezkûr hadisin mevkuf olması dolayısıyla her iki delilin de örf ve âdetin şer'î hukukun bir kaynağı olamayacağı söylenmektedir. Zeydan, *el-Veciz*, 239.

⁶⁵ Hayreddin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019), 1:122

⁶⁶ Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 261.

⁶⁷ Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 260.

⁶⁸ Fıkhın gelişmesinde İslâm'ın ruh ve esaslarına aykırı olmayan örf ve âdet kurallarının belirli ölçüde etkisi olmuştur. Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 16.

yapsın"⁶⁹ şeklinde buyurarak unsurları belirli hale getirilen selem akdinin kurulmasına cevaz vermiştir. Burada "*madumun beyi batıldır*" kuralına rağmen selem akdi; çiftçilerin acil paraya ihtiyaçları sebebiyle birtakım şartlara riayet edilmek koşuluyla meşru kılındığı anlaşılmaktadır.⁷⁰ Toplumdaki zaruri ihtiyaca binaen meşru kılınan diğer bir hukuki müessese ise "istisna akti"dir. Hanefi hukukçuları eser sözleşmesi anlamındaki istisna akti hakkında Hz. Peygamber'in meşit için minber ve kendisi için yüzük yaptırdığını delil göstererek "*madumun bey'i batıldır*" kuralına rağmen istisna akdinin insanların ihtiyacı ve örf sebebiyle istisnâen caiz olduğunu söylemişlerdir.⁷¹ Buna paralel olarak Mecelle'nin 388'inci maddesinde istisna aktinin sahih olacağı belirtilmiştir.⁷² Selem ve İstisna akdi dışında kısas cezası, buyu' nikâh,⁷³ mudarebe, kira, kasame, arâyâ⁷⁴ akdi gibi sahih örfler de İslam hukukunda meşru kabul edilmiştir.

Örf ve âdetlerin fikhî hükümlere kaynaklık edebilmesi için nasslara aykırı olmaması gerekmektedir. Zira dinin insanlara değil, insanların dine uyması icap eder.⁷⁵ Buna binaen içki, riba, kumar, kız çocuklarının diri diri gömülmesi,

⁶⁹ Buhârî, "Selem," 1, 2, 7; Müslim, "Müsâkât," 128.

⁷⁰ Zeydan, *el-Veciz*, 239; Bilal Aybakan, "Selem," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.36 (İstanbul: TDV Yayınları, 2009): 403; Hamza Aktan, "İstisna," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.23 (İstanbul: TDV Yayınları, 2001): 393.

⁷¹ Aktan, "İstisna," 394

⁷² Akgündüz, *Mecelle*, 133; Hanefi hukukçu Serahsi, eser sözleşmesinde (istisna akdinde) örf ve âdetin mühim olduğunu ve insanların örf ve âdet haline getirdikleri her uygulama üzerine eser sözleşmesi yapmanın caiz olduğunu belirtmektedir. Serahsi, *Mebcut*, 15:127; Diğer yandan elbiselik gibi halk içinde örf ve âdet olmayan mevzularda sipariş verilmesi sahih değildir. İbrahim b. Muhammed Halebî, *Me'vukufat Mülteka Tercümesi*, çev. Ahmed Davudoğlu. (İstanbul: Sağlık Yayınevi, 2013), 3:153.

⁷³ Kısas toplumda cinayetin önlenmesi için, nikâh neslin devamı için, ticaret malın nemalandırılması için uygulanan âdetlerdir. En-Nemle, *El-Câmiu Li-Mesâilî Usulî'l-Fıkh*, 394.

⁷⁴ İslâm hukukunda hurmanın hurmayla satışı yasak olmasına rağmen ağaçtaki yaş hurma ile kuru hurmanın tahmine dayalı olarak satışı anlamındaki arâyâ akdine ruhsat verilmiştir. Zira burada da insanların örf haline gelmiş ihtiyaçları söz konusudur. Serahsi, *Mebcut*, 12:326-27; Zeydan, *el-Veciz*, 239.

⁷⁵ Taha Yılmaz, "İslâm Hukuk Düşüncesinde Örfün Yeri, İşlevi ve Güncel Fikhî Meselelere Etkisi," *Akademik Us 15-16* (2024): 152.

kadınlara mirastan pay verilmemesi, evlatlık edinme gibi İslâm hukukuna aykırı olan fâsit örf mahiyetindeki cahiliye örf ve âdetleri ilga edilmiştir.⁷⁶ Mesela maktulün velisinin talebi halinde âkıl ve bâliğ olan kâtilin kısas edilmesi nass ile sabittir.⁷⁷ Buna binaen bir beldede kısas ile insan öldürmek örf ve âdet icabı yasak olsa da bu uygulama muteber addolunmayarak kısas gerçekleştirilir. Zira örf ve âdet nass ile sabit olan İslâm hukuku kuralını ortadan kaldıramaz.⁷⁸ Bir kimse ölmeden önce vasiyetini “akraba” topluluğuna yönelik yapmış olabilir. Bu noktada her ne kadar örf ve âdet gereği “varisler”, “akraba” mefhumu içerisinde mütalaa edilse bile Hz. Peygamber’in “*varise vasiyet yoktur*”⁷⁹ hadisi gereği bu değerlendirme yerinde olmayacaktır.⁸⁰ Örneğin yumurta ve civcivinde ortak olmak üzere tavukta; sütünde ve yağında ortak olmak üzere inek veya koyunda; ipeğinde ortak üzere ipek böceğinde şerikliğe dair halk nezdinde örf olmasına rağmen bu uygulama şer-i şerifte caiz görülmemiştir.⁸¹

Ebu Hanife ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybani'ye (ö. 189/805) göre; halkın örfü başka türlü olsa bile Hz. Peygamber'den gelen hadis yani nass gereği bir satışta altın ve gümüşün ölçümünün “tarti” ile; buğday, arpa, tuz ve hurmanın ölçümünün ise “ölçek” ile yapılması gerekir.⁸² Sadece hakkında nass olmayan yağ,

⁷⁶ Zeydan, *el-Veciz*, 239; Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 261.

⁷⁷ “Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı.” Bakara, 2/178; Bkz. Manastırlı İsmail Hakkı, *İslâm Hukuku Kişilere Karşı Suçlar Mi'yar-ı Adalet Şerhi*, haz. Mustafa Avcı ve Mansur Karadağ (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 78 vd.; Mustafa Avcı, *İslâm-Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 421 vd.

⁷⁸ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 83.

⁷⁹ Ebû Dâvûd, *Vesâyâ*, 6/2870; Tirmizî, *Vesâyâ*, 5/2120.

⁸⁰ Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair Hanefî Fıkımın Esasları*, haz. Osman Bayder (İstanbul: Türkiye Yazma Eserleri Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2022), 298.

⁸¹ Serahsi, *Mebcut*, 23:25.

⁸² Burhanuddin Ali b. Ebi Bekr el-Mergmani, *Hanefî Mezhebinde Temel Kaynak Bidayetu'l-Müptedi Şerhi el-Hidaye Tercümesi*, çev. Hüsamettin Vanlıoğlu, Abdullah Hiçdönmez, Fatih Kalender ve Emin Ali Yüksel, (İstanbul: Yasin Yayınevi, 2017), 4:311.

şeker ve un gibi maddelerin satışı sırasında ise ölçüm aleti örf ve âdete göre belirlenebilir.⁸³ Zira yalnızca nass olmayan alanda örf ve âdet etkili olabilir.⁸⁴

2. Türk Hukuk Tarihinde

İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnete muğayir olmayan genel örf mahiyetindeki⁸⁵ milli örf ve âdetlere itibar edilmesi caiz kabul edilmektedir.⁸⁶ Türk hukuk tarihine bakıldığında da İslam hukukuna aykırı olmayan örf ve âdetlerin hukuk kurallarının asli kaynakları arasında yer aldığı ve devletin resmi hukuk kurallarının belirlenmesinde önemli bir fonksiyonu icra ettiği müşahade edilmektedir.

İslâmiyet öncesi eski Türk hukukunda toplum hayatını düzenleyen, halkı ve devlet başkanını bağlayıcı, sosyal ve objektif hukuk kurallarına "töre" denilmekteydi.⁸⁷ Anayasa normu mesabesinde olan bu kuralların kaynağına bakıldığında kağan iradesi ve kurultay kararlarının yanında toplum içinde kendiliğinden ve peyderpey oluşan "yusun" denilen örf ve âdetler olduğu görülmektedir.⁸⁸ Eski Türklerde örf ve âdetlere zaman içinde sosyal müeyyidelerin yanı sıra hukuksal yaptırımlar eklenerek hukuki karakter kazandığı bilinmektedir.⁸⁹ Eski Türklerde bilhassa aile, mülkiyet, miras ve borçlar hukuku

⁸³ Bkz. İbrahim b. Muhammed Halebî, *Mülteka*, 3:139; Elmalılı, *Kamus*, 4:111.

⁸⁴ Ebu Yusuf (ö. 182/798) ise örf ve âdetler üzerine bina edilen şer'î hükümleri tefrik etmiş, zamanla değişen örf ve âdetle birlikte; örf ve âdete üzerine bina edilen şer'î hükmün değişeceğini beyan etmiştir. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 288.

⁸⁵ Hanefi ekolünde şer-i şerife aykırı olmayan genel örfün hükme konu olmasında ihtilaf yokken özel örf hakkında ihtilaf vardır. Ancak ilgili beldede geçerli olmak üzere şeriata muğayir olmayan özel örfün de itibara alınacağı hakkında çok sayıda fetva verilmiştir. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 316.

⁸⁶ Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, 247; Kanaatimizce bu tür milli örf ve âdetler tüm ülke sathında geçerli olduğu için örf-i am (genel örf) olarak değerlendirilebilir. Zira milli örfler, örf-i hass (özel örf) gibi bir yöre halkının, bir kabilenin veyahut bir esnaf kesimi gibi özel topluluklara münhasır değil tüm ülke çapındaki yaygın uygulamalardır.

⁸⁷ Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947), 287.

⁸⁸ Heyet, *Türk Tarihinin Ana Hatları* (İstanbul: Devlet Matbaası, 1930), 433.

⁸⁹ M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 15-16.

gibi özel hukuk alanında örf ve âdetler hakim idi.⁹⁰ Dolayısıyla eski Türk hukukunda törenin oluşmasında örf ve âdetlerin etkili olduğu görülmektedir.

Osmanlı Devleti'nde mahkemelerde tatbik edilen hukuk kurallarına bakıldığında İslâm hukukunun ve onun boş bıraktığı alanlarda ise örfî hukukun etkili olduğu görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde padişah buyruğuna dayanan örfî hukuk kurallarının da temelde nesilden nesile halk tarafından benimsenip tatbik edilen örf ve âdetlere dayanmakta olduğu bilinmektedir.⁹¹ Âşıkpaşazâde'nin⁹² aktardığı bilgiye göre Germiyan'dan gelen birisinin "bac"ın yani pazara getirilen ürünlerden vergi alınması hakkının kendisine verilmesi isteğine karşı Osman Bey, ilk başta "bu Tanrı buyruğu ve Peygamber sözü müdür?" diyerek karşı çıkmıştır. Ancak sonradan "bac"ın âdet üzere alınan bir vergi olduğu anlaşılınca Osman Bey örf ve âdete dayalı bu vergi çeşidine izin vermiştir.⁹³ Bu olaydan henüz Osmanlı devletinin kuruluş devrinden itibaren örf ve âdetin hukuk normlarının oluşturulmasında etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin fethettiği topraklarda kalıcı olmasının temel sebebi olarak yerel örf ve âdetlere dayanan hukuk kurallarının aynen tatbikine izin vermesi gösterilmektedir.⁹⁴ Osmanlı Devleti fethettiği bölgelerdeki kanunlar üzerinde gerekli değişiklikleri yapıp baş tarafına bir ferman ekleyerek geri kalan hukuk kurallarının aynen uygulanmasını temin etmiştir.⁹⁵ Örneğin ilhak ettiği topraklarda uygulanan Akkoyunlu Beyi Uzun Hasan'ın, Memlük Sultanı

⁹⁰ Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 288; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16.

⁹¹ Halil İncalcık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet* (İstanbul: Kronik Yayınları, 2017), 52,58.

⁹² Müellif, 15. asırda Amasya Sancağında dünyaya gelmiştir. Âşıkpaşazâde ününü *Tevârih-i Âl-i Osmân* eseriyle kazanmıştır. Eser, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan Fatih Sultan Mehmed devri sonlarına kadar gerçekleşen tarihi olayları ele almaktadır. Abdulkadir Özcan, "Âşıkpaşazâde," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.4 (İstanbul: TDV Yayınları, 1991): 6-7.

⁹³ Âşıkpaşazâde, *Osmanoğullarının Tarihi*, çev. Kemal Yavuz ve Yekta Saraç (İstanbul: K Kitaplığı, 2003), 73.

⁹⁴ Halil İncalcık, Osmanlı hükümdarının gayrimüslim tebaayı kazanmak ve devlet işlerini düzene koymak için kendi iradesiyle vaz ettiği nizam anlamına gelen ve "istimale" adı verilen bir politika ile kendi egemenliğini, fethettiği topraklarda kabul ettirip kalıcı hale getirdiğini belirtmektedir. Halil İncalcık, "Halil İncalcık ile Türk Hukuk Tarihi Üzerine," *TALİD* 3, no. 5 (2005): 479.

⁹⁵ Erol Özbilgen, *Bütün Yönleriyle Osmanlı Adab-ı Osmaniye* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 133.

Kayıtbay'ın (ö. 901/1496) ve Dulkadiroğlu hükümdarı Alaüddeve Bey'in (ö. 754/1353) kanunnameleri ile fethedilen Dubrovenedik, Eflak, Boğdan gibi yerlerdeki yerel kanunların kamu düzeniyle alakalı olmayan ve şer'î şerife aykırı olmayan çoğu hükümleri fetihten sonra da tatbik edilmeye devam edilmiştir.⁹⁶ Dolayısıyla Osmanlılarda gerek örfi hukukun bir parçası olması ve gerekse fethedilen yerlerdeki halkın örf ve âdetine dayanan hükümlerin geçerliliğinin devam ettirilmesi Mecelle'nin "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (m.37) kaidesinin bir sonucu olarak örf ve âdet kurallarının Osmanlı hukukunda önemli bir mevkide olduğunu göstermektedir.

Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren şer'î hukuk sahasında Hanefi mezhebi merkezli bir hukuk politikası yürütmüştür. 16. asra gelindiğinde birtakım sebeplerden dolayı Anadolu ve Rumeli topraklarıyla sınırlı kalmak üzere kadı ve müftüler atanırken yalnızca Hanefi mezhebinin kendi içinde tercihe layık olan içtihadına (esahh-ı akvaline) göre hüküm vermeleri istenmiştir.⁹⁷ Bu karardan itibaren her ne kadar mahkemelerde uygulanan şer'î hukuk kuralları tek tipleşse de Osmanlı devletinin zaman zaman halkın zaruri ihtiyaçlarını gözeterek Hanefi mezhebinin esahh-ı akvalinden vazgeçtiği gözlemlenmiştir. Örneğin Osmanlı hukukunda evlenme akdi Hanefi mezhebinin en sahih görüşü olan şahitler ve erkeğin icabının yanında veli izin veya rızasına bağlı olmaksızın temyiz yaşına gelmiş olmak kaydıyla yalnızca kızın kabul beyanıyla kurulmaktaydı. Ancak 16. asırda kızların evden kaçarak velisinden izinsiz evlenmesi vakıalarının artış göstermesi üzerine; Ebussuud Efendi'nin fetvasının Padişah tarafından onaylanması neticesinde artık nikâh akdinin kurulabilmesi için genç kızın rızasının yanında velisinin izninin de gerekli olduğu kuralı getirilmiştir.⁹⁸ Yine aynı dönemde toplumda yaygın hale gelmiş para vakıflarının icazeti konusunda devrin ihtiyaçları gözetilerek Hanefi Mezhebi içerisinde azınlık görüşü olan Züfer

⁹⁶ E. Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (İstanbul: Arısanat, 2017), 180-181; Özbilgen, *Bütün Yönleriyle Osmanlı*, 133.

⁹⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 92-93.

⁹⁸ Sual: "... Kadıhan meseleleriyle hükmeden hâkimin hükmü nafiz olur mu?" El-Cevap: "*Sene ihda ve hamsin ve tis'a miete (951 h.) tarihinde kudat veli izinsiz nikâhı kabul etmemekle memurlardır.*" (Maruzat, Mesele 8) Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (İstanbul: OSAV, 1992), 4:38.

b. Huzeyl'in (ö. 158/775) kavlinin Ebussuud Efendi'nin fetvası aracılığıyla Padişah tarafından bütün Osmanlı ülkesinde resmi hukuk kuralı haline getirildiği görülmektedir.⁹⁹

Tanzimat devriyle birlikte gelişen ve değişen ticaret hayatındaki ihtiyaçların karşılanması için yeni kurulan Nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere başta Ticaret kanunu gibi batı menşeli kanunlar daha sonra İslâm hukuku kaynaklı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi ihdas edilmiştir. Mecelle'nin esbab-ı mûcibesine bakıldığında her ne kadar Hanefi mezhebi dışına çıkılmasa da mezhep içinden zamanın ihtiyaçlarına ve toplumun örf ve âdetlerine uygun (nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak) olan diğer müçtehitlerin görüşlerinden istifade edilerek¹⁰⁰ 207, 220, 300, 313, 392, 447, 596, 682, 692 ve 714. maddelerin buna göre tanzim edildiğinden bahsedilmektedir.¹⁰¹ Yine 1917 yılında çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile o zamana kadar Osmanlı hukukunda yerleşik hukuk kuralları olan Hanefi mezhebi hükümleri devrin sosyal ihtiyaçları

⁹⁹ Halil İnalçık, *Osmanlıda Devlet, Hukuk ve Adalet*, 51; Ahmed Akgündüz, "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'î Sınırları," iç. *Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı*, Ed. Güler Eren, (Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999), 6:406; Ahmed Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, (İstanbul: OSAV, 2011), 1:142; Para vakıfları halk arasında yaygınlık kazanmaya başlayınca önce Çivizâde Muhyiddin Mehmet Efendi'nin (ö. 954/1547) etkisiyle Hanefi mezhebinin tercih edilen görüşüne uygun olarak para vakıflarının yasaklanmış ancak sonradan Ebussuud Efendi'nin etkisi ile serbest bırakılmıştır. M. Akif Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli* (Ankara: İSAM Yayınları, 2020), 279.

¹⁰⁰ *...fukahây-ı Hanefiyeden bazı fühûl-i eimmenin akvâl-i muteberesi nasa erfak ve maslahat-ı asra evfak olmak hasebiyle ihtiyâr olunmuş idüğünden... naşı bu misillü örf ve âdetlerinden geçirmek kabil olamayıp...* Mecelle Esabab-ı Mucibe Mazbatası. Bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 45.

¹⁰¹ Ancak Osmanlı borçlar hukukundaki bu az sayıdaki değişim devrin ihtiyaçlarını karşılamakta yeterli olmamıştır. Bilhassa menfaatin mal sayılmaması ve bağımsız hukuki işlemlere konu edilememesi, irtifak hakkının ayrıca bir hukuki işleme konu edilememesi, taşınmazların gasp hükümlerine tabi olmaması, menkullerin kabzdan evvel satılmasının engellenmesi gibi zamanın ihtiyaçlarına uygun olmayan hükümlerin varlığı Mecelle'nin diğer mezheplerden istifadesini zorunlu hale getirmiştir. Bu minvalde kanunların oluşturulması adına 1916, 1923 ve 1924 yıllarında tadilat komisyonları oluşturulmuş ancak bu çalışmalar netice vermemiştir. M. Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.28 (Ankara: TDV Yayınları, 2003): 234.

gözetilerek pek çok konuda terk edilip başka mezhep ve müçtehitlerin görüşleri kanunlaştırılmıştır.¹⁰²

Sonuç olarak zamanın değişimi insan ihtiyaç ve âdetlerinin değişmesini sağlamış buna bağlı olarak da Osmanlı'nın hukuki tercihlerinin de değiştiği müşahede edilmiştir. Zira "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" ve "*ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz*".

3. Modern Türk Hukukunda

Hukuk kurallarının uygulandığı toplumun dini ve milli değerlerine, genel ahlak ilkelerine ve ayrıca örf ve âdetlerine uygun bir şekilde oluşturulması gerekmektedir. Halkın hukuk normlarını benimseyip o normlara riayet etmesi için bu anlayış çok önemlidir. Doğal hukuka, halkın ihtiyaçları ile örf ve âdetlere uygun tanzim edilen kanun, toplumun ortak vicdanına da uygun demektir.¹⁰³ Bu vasıfları haiz olmayan kanunların eninde sonunda kendisine uyulmak mecburiyetinden çıkacağı söylenebilir.¹⁰⁴ Zira toplum, kanunları değil kanunlar toplumu takip eder.¹⁰⁵

İlahi kaynaklı olmayan hukuk düzenlerinde bir mevzudaki resmi hukuk kuralının aksine örf ve âdet oluşmaya başlamışsa sonradan zuhur eden bu örf ve âdet kuralına kolay kolay karşı çıkılamaz. Çünkü böyle bir durum artık yazılı hukuk kuralının değiştirilmesi zamanının geldiği anlamına gelir. Binaenaleyh toplumda düzen ve güveni sağlamakla görevli olan kanun koyucu da yürürlükteki kanun hükümleriyle çelişmemesi ve hukuk politikasına aykırı olmaması şartıyla

¹⁰² Bkz. Süleyman Tepe, "İslâm Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Değerlendirilmesi," *ASBÜHFD*, no.4 (2022): 253-327.

¹⁰³ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 12.

¹⁰⁴ Ömer Hilmi Efendi, hakkında yasa olmayan bir husus ile ilgili kanun oluşturulurken o kanunlara tâbi olan halkın veya o hususu tatbik edecek kimselerin örf ve âdetlerinin dikkate alınması gerektiğini aksi halde yapılan kanunun insanlar üzerinde manevi etkisinin olmayacağını ve bu nedenle yasama faaliyetinden elde edilmesi düşünülen başarının gerçekleşmeyeceğini belirtir. Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 78.

¹⁰⁵ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 12.

oluşan bu örf ve âdeti kanunlaştırmalıdır.¹⁰⁶ Örneğin 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde erkek 18, kadının 17 yaşını itmam etmedikçe evlenmesi yasak idi. Ancak toplumda yaygın şekilde kızların daha genç yaşta evlilikler yapıyor olması kanun koyucuyu harekete geçirmiş 1938 yılında 88. maddede yapılan değişiklikle kızların evlenme yaşında alt sınır 15'e indirilmiştir.¹⁰⁷

Bir hukuk kuralı toplum mevcut örf ve adetlerine aykırı şekilde tanzim edilirse mezkûr normlar metruk hale gelerek meşruiyetini kaybedecektir.¹⁰⁸ Örneğin Cumhuriyet'in ilanı sonrası yürürlüğe giren "Efendi, Bey, Paşa Gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun", "Tekke ve Zaviyelerin Kapatılmasına Dair Kanun" ve "Şapka Kanunu" gibi halkın örf ve yaşam değerlerine ters olan kanunların kısa süre sonra metruk hale geldiği görülmektedir.¹⁰⁹ Bazen de kanuna aykırı bir örf ve âdetin varlığını sürdürmesinin kanunun uygulanmasını fiilen engellediği görülmüştür. Bunlara "ölü yasa" da denilmektedir.¹¹⁰ Örneğin Anayasa Mahkemesinin 20.9.1966 tarih ve E.1963/156, K.1966/84 sayılı kararı ile iptal edilmiş olan 25.11.1936 tarihli ve 55 sayılı "Düğünlerde Men'i İsrifat Kanununun"un uygulanmasının insanların örf ve âdetleri gereği fiilen engellendiği söylenebilir.¹¹¹

1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'un gerekçesini de oluşturan dönemin Adalet Bakanının mecliste yaptığı konuşmada; bir yandan bu kanunda Türk ulusunun duygularına ters düşecek hiçbir hususun yer almadığı söylenirken diğer yandan örf ve âdet ile gelenek ve göreneklere bağlı kalmanın ilkel bir

¹⁰⁶ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 108-109.

¹⁰⁷ Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, *Şematik Medeni Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 41; Erkeklerin evlenme yaşı ise aynı değişiklikle 18'den 17'ye indirilmiştir. Bu kural 2002 yılında Türk Medeni Kanunu'nun ihdas edilmesine kadar yürürlükte kalmıştır. 743 s. Türk Kanunu Medenisi için bkz. erişim tarihi Ekim 25, 2024 <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743>.

¹⁰⁸ Furkan Aydın, "Hukukta Metrukiyet Meşruiyet İlişkisi: Anayasa Örneği," *TYB Akademi Dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi*, no.35 (2022): 125.

¹⁰⁹ Bkz. Aydın, "Hukukta Metrukiyet Meşruiyet İlişkisi: Anayasa Örneği," 125.

¹¹⁰ Şevki Özbilen, *Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 44.

¹¹¹ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 110.

davranış olduğu belirtilmiştir.¹¹² Kanun maddelerine bakıldığında Türk toplumundan farklı hayat tarzına sahip İsviçre toplumuna tatbik edilen İsviçre Medeni kanununun genel olarak Türk örf ve âdetlerinin gözetilmeden tercüme edilerek oluşturulduğu görülmektedir.¹¹³ Örf ve 'âdetin dikkate alındığı nâdir mevzulardan biri malların idaresi mevzusudur. Me'haz kanun olan İsviçre Medeni Kanununda karı-kocanın mallarının idaresi konusunda "mal birliği" rejimi mevcut olmasına rağmen Türk Kanun-ı Medenisi'nde halkın örf ve adetine uygun olarak "mal ayrılığı rejimi" benimsenmiştir.¹¹⁴ Süt kardeşliği mevzusunda ise kanunun ilk halinde toplumun örf ve inanç değerlerine uygun şekilde süt kardeşleri arasında evlenme engeli olduğu hususu düzenlense de Medeni kanunun yürürlük tarihinden yaklaşık bir ay sonra ilgili düzenlemenin ilga edildiği bilinmektedir.¹¹⁵ Dolayısıyla "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (Mecelle m.37) kaidesi gereği Medeni Kanun hazırlanırken toplumun kültür değerlerinin hukuk normlarına kaynaklık etmesi beklenirken pek de öyle olmadığı görülmektedir.

¹¹² Bu kanunda milletimizin duyguları ile istinas etmeyecek hiçbir nokta tasavvur etmemektedir. ... Örf ve âdete suret-i mutlakada bağlı kalmak davası, en iptidai vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. ... Cumhuriyet Gazetesi, 14 Şubat 2005 Pazartesi, 6; TBMM, "Zabit Ceridesi," erişim tarihi Ekim 21, 2024, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c022/tbmm02022057.pdf>.

¹¹³ Akgündüz, bu kanunun boşanma engellerini düzenleyen hükümleri incelendiğinde tercüme sırasında "kilise" ifadelerinin "mahkeme" ifadeleriyle değiştirilerek İslami esaslar hiçe sayılarak Katolik Hıristiyanlığında olan boşanma sebeplerinin aynen tercüme edildiğini söylemektedir. Mustafa Baktır, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Cevdet Paşa," *Ahmed Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan* (Ankara: TDV Yayınları, 1997), 328.

¹¹⁴ Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 121.

¹¹⁵ Şöyle ki; 04/04/1926 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan TMK m. 92/1: "Aşağıdaki kimseler arasında evlenmek memnu'dur... süt ana ve kardeşler arasında" ve TMK m.112/3: "Aşağıdaki hallerde evlenme batıldır...karı koca arasında...süt analığı ve kardeşliği varsa" hükümleri 08/05/1926 tarihli Resmi Gazete'de tashihler başlığı altında "Kanun-ı Medeni madde 92, sayfa 12, satır 5 ile madde 112, sayfa 15, satır 6 zaid olduğundan silinmiştir" ifadesiyle kaldırılmıştır. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Medeni Hukuk Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973), 98.

B. Örf ve Âdetlerin Açık Nass/Kanun Boşluğunu Doldurma İşlevi

Açık nass ya da gerçek kanun boşluğu Mecelle'de yer alan “Âdet muhakkemdir”, “Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir” ve “Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir” kaideleri gereği örf ve âdet aracılığıyla doldurulmalıdır. Zira mezkûr kaideler bir hukuk normunda ya da sözleşme hükmünde¹¹⁶ düzenlenmemiş bir husus hakkında örf ve âdet varsa o kuralın o işte şart kılınmış olduğu ve ilgili örfe, kanun hükmü gibi uyulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁷ Buradaki boşluk kavramı gerçek boşluk olarak telakki edilmektedir. Örf ve âdet ile hüküm içi (intra legem) boşlukların doldurulması ise bir sonraki bölüm olan “örf ve âdetin belirtme işlevi” ana başlığı adı altında incelenecektir.¹¹⁸

1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda ümmete kolaylık ve rahmet olması için “meskutun anh” diye isimlendirilen kasten bırakılan boşlukların olduğu görülmektedir.¹¹⁹ Nassların sınırlı, olayların sınırsız olması ve bunun neticesinde oluşan bilinçli boşlukların içtihat ile doldurulması gerektiği kabul edilir. Zira Muaz hadisinde, Muaz b. Cebel (ö. 18/639) Kur'an ve Sünnette hüküm bulamadığında kendi re'yiyle (görüşüyle) amel edeceğini beyan ederek Hz. Peygamber'i memnun

¹¹⁶ Roma hukukundaki “in contractis tacite insunt quae sunt moris et consuetudinos” (örf ve âdet kuralları sözleşmelere zımnen dahil sayılır) kuralı da bu hususa işaret etmektedir. İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 44.

¹¹⁷ Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri* (İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965), 59; Ali Ulvî, *Telhis*, 55.

¹¹⁸ Yasemin Işıktaç, örf ve âdetlerin her türlü boşluk doldurma işlevini örf ve âdetin “tamamlayıcı fonksiyonu” olarak isimlendirmektedir. Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 117-119

¹¹⁹ “Afv” da denilen bu boşlukların bırakılmasından gaye genel maslahatı temin edip makâsıd-ı şer'iyeyi gözetmektir. Yusuf el-Karadavi, *el-Hasaisu'l-Amme li'l-İslâm* (Kahire: Mektebtü'l-Vehbe, 1989), 223-25; Bu boşlukların modern hukuktaki gibi bilinçsiz olarak bırakıldığı düşünülemez. Kanun boşluğu ifadesi Allah Teala'nın bilerek düzenlemediği çözümünü içtihadı bıraktığı durumlardır. İbrahim Kafi Dönmez, “İslâm Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese,” *Fıkıh Usulü İncelemeleri* (İstanbul: 2018, İSAM), 142.

etmişti.¹²⁰ Buradan uygulanacak hüküm bulunamadığında içtihat yapılmasının gerektiği anlaşılmaktadır.¹²¹ İctihat denilince akla ilk kıyas gelmektedir. Ancak örf ve âdet kurallarının varit olduğu bir mevzuda kıyas delili kullanılmaktansa¹²² daha çok örf veya örf müstenit istihsan, istislah ve istislah gibi diğer tali deliller tercih edildiği belirtilmektedir.¹²³

Hız. Peygamber'den değirmencinin öğüteceği buğdaydan yaptığı iş karşılığı belirli oranda buğday ya da undan pay almasının veya bunu sözleşmede şart koşmasının caiz olmadığına dair hadis rivayet edilmektedir.¹²⁴ Bu olay değirmencinin ölçüğü anlamına gelen "kafiz-i tahhan" olayı olarak bilinmektedir. Bir beldede dokumacının elbise yapmak üzere kendisine verilen kumaştan belli bir pay almak karşılığında işi yapmayı kabul etmesi "kafiz-i tahhan" olayına kıyas edilirse caiz olmaması gerekir.¹²⁵ Ancak Belh ve Harezmi fukahası mezkûr mevzu hakkında doğrudan nass olmadığı için kıyasın terk edilip mevcut örfü göre hüküm verileceğini söylemişlerdir.¹²⁶ Benzer şekilde taşınır malların vakfedilmesi

¹²⁰ Ebû Dâvûd, "Ağzıye," 11; Tirmizî, "Aşkâm," 3.

¹²¹ Yapılacak olan içtihadın hangi metotla icra edileceği müctehitlerin hukuki anlayışlarına bırakılmıştır. Dönmez, "İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu," 142,144.

¹²² Kıyasın terk edilmesi nassın terk edildiği anlamına gelmez. Hatta nass varit olmadığı durumda genel ya da özel örf ayrımı yapılmaksızın örfün kıyas deliline önceleneceği söylenir. Özel örfün dikkate alınarak hüküm verilmesi halinde o hüküm sadece örfün has olduğu çevrede geçerli olur. İbn Âbidîn, "Neşru'l Arf," 660-661.

¹²³ Dönmez, "İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu," 144; Bazı sınırlar korunmak şartıyla bilinçli boşluklar kıyas, istihsan, istislah veya örf delilleri ile doldurulabilir. el-Karadavi, *el-Hasaisu'l-Amme li'l-İslâm*, 225; Hüküm elde etmedeki (ictihat) ve hüküm vermedeki (kaza) önemi nedeniyle müctehit, müftü ve hâkimlerin yaşadığı dönemdeki örf ve âdetleri bilmesi elzendir. Serahsi, *Mebcut*, 16:90; Merginani, *el-Hidaye*, 4:534; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 97; İbn Âbidîn, *Hanefilerde Mezhep Usulü*, 254-260; Ebû Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi*, çev. Abdulkadir Şener (Ankara: Fecr Yayınları, 1986), 238.

¹²⁴ Dârekutnî, Sünen, III, 468; Beyhakî, Sünen, V, 554.

¹²⁵ Kamil Yelek, "Hanefi Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi," *AİBU İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no.6 (2015): 94.

¹²⁶ Dönemin Belh ve Harezmi âlimleri örf nedeniyle kumaşçı ile bu tür bir akdin caiz olduğunu söyler. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 314-16; Bu mevzuda nassın terki değil, nassın örf ile tahsisi söz konusu olduğu söylenmektedir. İbn Âbidîn, *Hanefilerde Mezhep Usulü*, inceleme-çev. Şenol Saylan (İstanbul: Klasik Yayınları, 2016), 262.

mevzusunda da bazı müçtehitler örf delilini tercih etmiştir. İslâm hukukunda ana kural; ebedilik unsuru taşımadıkları için menkul eşyaların vakfedilmesinin caiz olmamasıdır.¹²⁷ Ancak Allah yolunda olmak üzere at ve silahların vakfedilmesi hakkında nass¹²⁸ varit olduğu için menkul olmasına rağmen at veya silahın vakfedilmesi caiz kılınmıştır. Bu noktada kıyasın ancak nass ile mümkün olduğunu söyleyen Ebu Yusuf'a göre hakkında nass varit olan at ve silahın vakfedilmesinin caiz olduğu hükmü diğer menkuller için geçerli değildir.¹²⁹ Muhammed b. Hasan eş-Şeybani ise at ve silah dışındaki balta, kürek, testere, tabut ve örtüsü, kazan, tencere ve Mushaf gibi halk arasında vakfedilmesi örf haline gelen taşınır eşyaların nass olmasa da vakfının caiz olduğunu söyler.¹³⁰

Örf ve âdetler hukuki işlemlerdeki boşlukların doldurulmasında da etkilidir. Bir sözleşmede, düzenlenmeyen her husus hakkında akdin doğuracağı hak ve borçların sınırının belirlenmesi adına örf ve âdet belirleyici rol oynar.¹³¹ Örneğin şehirde bulunan bir evin kiralanmasında taraflar kira sözleşmesine evin banyo ve tuvaletinin dahil olmasını yazmasalar bile örf ve âdet gereği kiralanan evin banyo ve tuvaletinin olması şart kılınmış sayılır.¹³² Ya da evin mutfak ve kilerinin satış sözleşmesine dahil edilmesine gerek olmayıp sözleşme metnindeki bu boşluk örf ve âdete göre doldurulur.¹³³ Araba satış sözleşmesinde yedek lastiğin satışa dahil

¹²⁷ Hacı Mehmet Günay, "Vakıf," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.42 (İstanbul: TDV Yayınları, 2012): 476.

¹²⁸ Halid b. Velid silahını ve zırhlarını vakfetmiş Hz. Peygamber de bunu onaylamıştır. Zeylaî, *Nasbur-Râye*, 3/478; Ayrıca Hz. Peygamber'in "Ben ölürsem atımı ve silahımı Allah yolunda vakfediniz" şeklinde bir vasiyeti olduğu söylenmektedir. Buhârî, "Veşâyâ," 1.

¹²⁹ "Kıyasa aykırı olarak sabit olan bir hüküm başka bir hükme esas olamaz" (Mecelle m.15) kuralı gereği istisnalar dar yorumlanarak at ve silahın vakfedilmesi hakkındaki istisnai izin diğer menkul mallara teşmil edilemez. Ahmed Akgündüz, "Osmanlı Hukukunda Vakıf Malları ve Kitap Vakfı," erişim tarihi Aralık 3, 2024 <https://osmanli.org.tr/osmanli-hukukunda-vakif-mallari-kitap-vakfi/>.

¹³⁰ Serahsi, *Mebcut*, 12:80; Merginani, *el-Hidaye*, 4:74-75 ve 465; İbrahim b. Muhammed Halebî, *Mülteka*, 3:71.

¹³¹ Saffet Köse, "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili," *NEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no.6 (1996): 272.

¹³² İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 45.

¹³³ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 89.

olup olmadığı yazılı olmasa da buradaki boşluk örf ve âdet kurallarına göre doldurulur.¹³⁴ Bir kimse tatlı yapılması için mutfağını kiraya vermesi halinde mal sahibinin mutfaktaki kap kacağı kullanması için kiracıya izin verdiği anlaşılır. Kaplar kullanılırken kırılrsa her ne kadar kiracı açıkça zararı tazmin edeceğini beyan etmese de örf ile bilinen şey şart kılınmış gibi olduğundan kiracı sanki zarar vermesi halinde zararı tazmin edeceğini açıkça beyan etmiş olur.¹³⁵ Başka bir misalde Hanbelî mezhebine göre bir erkeğin eşi üzerine nikâh yapmayan bir aileden olduğu kabul ediliyor ve o ailenin âdetleri bu minval üzere devam ediyorsa bu âdet açık bir şekilde şart koşulmuş gibi geçerli olduğu ve aynı şekilde soyu, makamı ve toplumdaki yeri bakımından üzerine nikâhlanılamayacağı maruf olan bir kadının da üzerine eş alınamayacağı belirtilmektedir.¹³⁶ Zira hukuki ilişkilerde kararlaştırılmayıp boşluk bırakılmış hususlarda “*örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*”.¹³⁷

Mecelle'nin 43. maddesi tüm sözleşmeler için geçerli olmasına rağmen kanun koyucu Mecelle'nin 44. maddesindeki “*beyne't-tüccar maruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir*”¹³⁸ kaidesiyle ticari alanda yaygın olan örf ve âdetlerin boşluk doldurma işlevini ayrıca vurgulamak istemiştir. Mezkûr madde tacirler arasındaki örf ve âdetlerin ticari sözleşmelerde tarafların boş bıraktığı hususlarda geçerli olduğuna işaret etmektedir. Örneğin altının ödeme aracı olarak kullanıldığı bir ticaret çevresinde sözleşmeye bu konuda ayrı bir hüküm eklenmemişse ödemenin

¹³⁴ Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 119.

¹³⁵ Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 304.

¹³⁶ İbn Kayyim Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebibekr el-Cevziyye, *Zâdü'l me'âd fi Hedy Hayr'il İbad*, (Beyrut: Dârü İbni Hazm, 2019), 5:165.

¹³⁷ Örfen maruf olan şeyin muhalifi olan durum sözleşme metninde tarafların açık beyanı ile belirlenebilir. Açık beyanın olduğu hallerde tasrih mukabelesinde delaletle itibar olunmayacağından zahir beyan varsa örf dikkate alınmaz. Bilmen, *Kamus*, 1:269; Nasıl ki açık nass örften akva ise aynı şekilde tarafların açık beyanı (nass-ı ibad) da örften akvadır. Mesela kişi önüne açılan sofradan âdet üzere izin almadan yiyebilir ise de sofranın sahibi kişiyi açtığı sofradan yemekten men edebilir. Böyle açık beyan karşısında âdete itibar edilmez. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 95.

¹³⁸ Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 109-110; Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 120.

para ile yapılması talep edilemez.¹³⁹ Zira örf ve âdetin boşluk doldurma işlevi devreye girer.

Kanun veya sözleşme hükümlerinde boşluk olması halinde bu boşluğun örf ve âdet kurallarıyla doldurulacağına işaret eden diğer bir kaide ise; Mecelle madde 45'teki "*Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir*" ilkesi olduğu söylenebilir. Burada örf ve âdet hukuku kuralları nass yani uyulması zorunlu olan İslâm hukuku kuralları ile bir tutulmuştur. Dolayısıyla mezkûr kaide gereği bir vakıada örf ve âdet hukukunun uygulanma şartları oluşmuşsa artık o duruma o örf ve âdet hukuk kuralının uygulanması -tıpkı yasanın tatbiki gibi- zorunludur. Bu kaidenin Roma hukukundaki karşılığının "*Consuetudo est altere lex*" yani "*örf ve âdet de bir nev'i kanundur*" ilkesi olduğu söylenebilir.¹⁴⁰ Mesela her ne kadar kanunda veya bir akitte açıkça belirtilmese de ödünç alınan bıçakla -örfe göre bıçağa zarar vereceği için- odun kesilemez. Çadır kiralayan birisi çadır içinde aydınlanma için kandil, ısınma için ateş yakabilir bunlar örf ve âdet uygun davranışlardır. Ancak bu fiiller neticesinde çadırın yanması ya da kararması gibi örfte belirlenen sınırı aşan durumların kira sözleşmesinde kararlaştırılmasına bile örf hakem kılınarak o boşluk doldurulup mezkûr zararın kiracı tarafından tazmin edilmesi icap eder.¹⁴¹ Örneğin herhangi bir kayıt olmadan ödünç alınan bir odaya ödünç alan isterse oturur, isterse eşya koyar ancak örf ve âdete aykırı olarak odada demircilik gibi odaya zarar veren bir iş yapamaz.¹⁴² Bu kural âdet kanun hükmü ya da tarafların kanunu olan sözleşmenin bir maddesi mesabesinde dir.

2. Modern Türk Hukukunda

Örf ve âdetler tarafından icra edilen en önemli işlevlerden biri kanun boşluklarının doldurulmasıdır. Kanun koyucunun her şeyi bir kanun maddesi olarak düzenlemesi çok güç olduğu gibi sosyal şartların değişmesiyle hakkında hukuk kuralı olmayan yeni durumların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Hâkimin yazılı norm olmayan bir vakıayı çözümsüz bırakması düşünülemez. İşte bu

¹³⁹ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 91.

¹⁴⁰ İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 46.

¹⁴¹ Serahsi, *Mebcut*, 16:34-35.

¹⁴² Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle*, 71.

noktada örf ve âdetlerin kanun boşluklarının doldurulmasında hâkimler için önemli bir yardımcı araç olduğu müşahede edilmektedir.

Modern Türk hukukunda -bilhassa özel hukuk alanında- örf ve âdetlerin boşluk doldurma işlevinin olduğu bilinmektedir. Gerçekten de, TMK m.1/2'ye göre, "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim örf ve âdet hukukuna göre ... karar verir*" denilmek suretiyle hâkimin kanun boşluğu olması halinde örf ve âdet hukukunu tatbik edeceği belirtilmiştir. Hâkimin örf ve âdet hukukunu uygulayabilmesi için ilk araştıracağı şey kanunda gerçek boşluğun bulunup bulunmadığıdır. Bunu yaparken de bakılacak ilk husus, hiçbir uygulanabilir hükmün bulunmamasının gerçekte bir boşluk mu oluşturduğu yoksa kanun koyucunun bu konuda hiçbir hüküm getirmemesinin bir negatif çözüm mü olduğudur. Eğer kanunda hüküm bulunmaması, kanun koyucunun bu konuda bilerek hüküm koymamasından kaynaklanıyorsa, kanunda bir boşluktan değil negatif çözümden söz edilir, bu halde hâkim TMK 1/2'ye göre boşluk olduğunu kabul edip örf ve adeti devreye alamaz.¹⁴³

Eski Medeni Kanun m.148'de boşanma halinde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı, sadece kendisine velayet verilmemiş olan ana ya da babaya tanınmıştı. Aynı düzenleme İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) eski 156. madde de vardı. Bu konuda velayet kendisine verilmemiş olan tarafın ana ve babasının çocuk ile (torunlarıyla) kişisel ilişki kurmayı isteme hakkının bulunup bulunmadığı meselesi ortaya çıkmıştır. İsviçre Federal mahkemesi İsviçre Medeni Kanun'u madde 156'daki düzenlemenin, münhasır bir düzenleme olduğunu kabul ederek bu konuda bir negatif çözüm bulunduğu sonucuna vararak büyük ana ve büyük babaya kişisel ilişki kurma hakkını tanımamıştır.¹⁴⁴ Çünkü mahkeme, burada kanun koyucunun o konuyu düzenlemeyerek negatif bir çözümü benimsediği ve dolayısıyla boşluk olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay ise 18.11.1954 tarih ve 12/29 sayılı içtihadı birleştirme kararında¹⁴⁵ tam aksi sonuca vararak, kanunda büyük ana ve büyük babaların bu haklarının olup olmadığı hakkında bir boşluk bulunduğunu bunun örf ve âdetlere uygun olarak doldurulması gerektiğini ve bu sebeple büyük ana ve babaların boşanma halinde

¹⁴³ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 107-108.

¹⁴⁴ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 136.

¹⁴⁵ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 136.

torunları ile kişisel ilişki kurma haklarının bulunduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak dede-nine bakımından kanun boşluğu olan bu husus örf ve âdetlere göre çözüme kavuşturulmuştur.

TTK 1/2'ye göre; "*Mahkeme hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*" Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, hâkim, bir ticari uyuşmazlık hakkında pozitif hukuk normu bulamazsa bu boşluğu TBK ve TMK'daki genel hükümlere gitmeden önce ticari örf ve âdet hukuk kurallarıyla dolduracaktır.¹⁴⁶ Mesela bir yargıtay kararında açık-kapalı fatura türünün TTK'da düzenlenmemesine rağmen ticari örf ve âdet ile yerleşik Yargıtay içtihatlarında kapalı faturanın ödemeye karine teşkil etmesine vurgu yapılarak bu ticari örf dolayısıyla ilgili somut olayda ispat yükünün yer değiştirerek borcun ödenmediğini iddia eden davacı alacaklıya geçtiği belirtilmiştir.¹⁴⁷

TMK 1/2 ve TTK 1/2 gereği kanun boşluğu halinde hâkim Türk hukukunun bir parçası olan örf ve âdet kurallarını re'sen araştırıp bulmalı ve somut olaya tatbik etmelidir.¹⁴⁸ Zira HMK 33'te belirtildiği üzere hâkim Türk hukukunu re'sen uygulamakla yükümlüdür. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu 12/f maddesinde belirtildiği üzere kendi bölgeleri içerisindeki örf ve âdet kurallarına belirleme görevi odalara yüklenmiştir.¹⁴⁹ Hâkim bu odalardan

¹⁴⁶ Şebnem Akipek Öcal ve Süleyman Yılmaz, *Uygulamalı Hukuka Giriş* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 53.

¹⁴⁷ Yargıtay 15. HD, E. 2014/3377, K.2015/1718, 02.04.2015.

¹⁴⁸ Yargıtay bir kararında senetlerde görülen yırtılmanın nedeni üzerinde durulması ve gerektiğinde TTK 1 ve 2. maddeler gereğince ilgili işlemin ödeme bakımından bir teamül ya da örf ve âdet olup olmadığının usulen tahkiki gerekirken eksik inceleme ve bilirkişi mütalaasına dayanılarak yazılı şekilde hüküm verilmesini isabetsiz görmüştür. Yargıtay 11. HD, E. 1976/3837, K. 1976/3840, 21.9.1976.

¹⁴⁹ TOBB'nin belirlediği bazı ticari örf ve âdetler için bkz. Muhammed Sulu, "Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2022): 234-237.

yardım olarak bilirkişi marifetiyle ticari örf ve âdet kurallarına vâkîf olup somut olayı çözüme kavuşturmalıdır.¹⁵⁰

Ceza hukukundaki boşlukların kanunilik ilkesi gereği örf ve âdetler ile doldurulması düşünülemez. Suç ve cezalar sadece kanun ile ihdas edilebilir. Ancak ceza kanununun idari kanunlara ya da Medeni Kanun'a atıf yapması halinde bu kanunların atıf yapılan maddelerinin örf ve âdet hukukunu yetkilendirdiği durumlarda örf ve âdetin dolaylı olarak ceza hukukunun kaynağı halini alacağı söylenebilir.¹⁵¹

Milletlerarası genel hukukunda devletlerarası problemlerde tatbik edilecek bir kural ya da antlaşma hükmü bulunmadığında örf ve âdetlere müracaat edilir. Buna ilaveten belirtmek gerekir ki devletlerarası genel hukukunda mevcut olan ilkelerin ekserisi örf ve âdet hukuku mahiyetindedir.¹⁵²

C. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Belirtme İşlevi

Kanun koyucu, bazı meseleleri ayrıntılı olarak kanun hükümlerinde tanzim etmeyip o meselenin çözümünü bir örf ve âdet hukuk kuralına havale eder. İşte bu mahiyetteki, hukuk kurallarının belirlenmesinde görev alan örf ve âdetin belirtici bir rol üstlendiği söylenmektedir.¹⁵³

1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunun -Kur'an ve Sünnet gibi- asli kaynaklarında bazı hukuki mevzularda örf ve âdete atıf yapıldığı veya doğrudan bazı hukuki müesseselerin örf ve âdete göre düzenlendiği görülmektedir. Yukarıda geçtiği üzere; Kur'an'da

¹⁵⁰ Kalabalık ve Doğanç, *Temel Hukuk Bilgisi*, 87; HUMK zamanında HMK'nun 33. maddesi gibi bir maddenin olmaması hâkime boşluk karşısında örf ve âdet kurallarını re'sen araştırma görevi yüklemiyordu. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 41.

¹⁵¹ Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 86.

¹⁵² Kalabalık ve Doğanç, *Temel Hukuk Bilgisi*, 88.

¹⁵³ Akipek Öcal ve Yılmaz, *Uygulamalı Hukuka Giriş*, 63.

yeme-içme ve giyinme gibi nafaka miktarının tayininde¹⁵⁴ ve boşanmış kadınlara verilecek hediyein ölçüsünün belirlenmesinde;¹⁵⁵ Sünnette ise nafakası temin edilmeyen karının kocadan habersiz malından ne kadar alabileceği hususunda¹⁵⁶ örf'e atıf yapıldığı görülmektedir.

Mecelle'nin 45. maddesinde belirtilen “*örf ile tayin nass ile tayin gibidir*” külli kaidesi; bir şer'î hüküm örf ve âdet hukuku üzerine bina edilmişse ya da bir şer'î hükümde örf ve âdet hukukuna atıf yapılmışsa mezkûr örf ve âdet kuralının nass gibi şer'î kaynaklı olduğuna işaret eder. Zira o örf ve âdetin tatbik edilme sebebi nasstır. Böylece mezkûr örf ve âdet, kendisi üzerine bina edilen şer'î hukuk mesabesinde bir uygulanma gücüne sahip olur. Ayrıca “*Örf ile tayin nass ile tayin gibidir*” kaidesi gereği atıf yapılan bir örf ve âdet kuralı tıpkı bir kanun maddesi ya da tarafların kanunu olan bir sözleşme hükmü gibidir. Dolayısıyla atıf yapılan örf ve âdete aykırı davranmak yasaya ya da sözleşme hükümlerine aykırı davranmak gibi olur.

Mecelle'nin pek çok hükmünde örf ve âdetlere atıf yapılmaktadır. Örneğin Mecelle'nin 291. maddesinde odun ve kömür gibi hayvan gücüyle taşınması gereken ürünlerin müşterinin evine nasıl taşınacağı hususu örf ve âdete göre belirleneceği belirtilmiştir.¹⁵⁷ Mecelle'nin 353. maddesinde buğday ve emsali hububatın topraklı çıkması halinde örf ve âdete göre az kabul edilmesi halinde satış sözleşmesinin sahih ve lazım olduğu ve eğer örfen bu durum ayıp derecesinde kabul ediliyorsa müşterinin muhayyer olduğu yani dilerse malı kabul edeceği dilerse malı iade ederek parasını geri alacağı beyan edilmektedir.¹⁵⁸ Mecelle'nin 495. maddesinde bir gün çalışmak üzere tutulan işçinin güneşin doğuşundan ikindiye kadar mı yoksa güneşin batışına kadar mı çalışacağı hususunun o mahallin örfüne göre belirleneceği belirtilmiştir.¹⁵⁹ Mecelle'nin 555.

¹⁵⁴ “...Onların (annelerin) yiyeceği, giyeceği, örf'e uygun olarak babaya aittir...” Bakara, 2/233.

¹⁵⁵ “...Boşanmış kadınların örf'e göre geçimlerinin sağlanması onların hakkıdır...” Bakara, 2/241

¹⁵⁶ Bkz. Müslim, Akzıye, 7-9; Buhârî, Büyû', 95; Ahmed b. Hanbel, Müsned, VI/39; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât 65.

¹⁵⁷ Akgündüz, *Mecelle*, 109.

¹⁵⁸ Akgündüz, *Mecelle*, 127.

¹⁵⁹ Akgündüz, *Mecelle*, 157.

maddesine göre eğer azami yükün miktarı taraflarca belirlenmemişse kiralanan hayvana yüklenecek ağırlık örf ve âdete göre belirlenecektir.¹⁶⁰ Mecelle'nin başka bir maddesinde baba çocuğuna bir sanat öğrenmesi için ücret tayin etmeden bir hoca tutsa ve çocuk o mesleği öğrendikten sonra hocası ücret talep etse bu durumda örf ve âdet neyi gerektiriyorsa ona göre hareket edileceği belirtilmiştir.¹⁶¹

Mecelle'nin örf ve âdetlere atf yaptığı bir diğer husus ise emek-sermaye ortaklığı (mudarebe) ile ilgilidir. 1415. maddede belirtildiği üzere; herhangi bir anlaşma yapılmadığı halde ortaklardan biri kendi malını sözleşmeye konu olan mal ile karıştıramaz iken eğer o sözleşmenin akdedildiği belde böyle bir işlem âdet haline gelmişse sözleşme metninde belirtilmese bile emek-sermaye ortağı kendi malını şirket malıyla karıştırabilir.¹⁶² Mecelle'nin 829. maddesine göre ariyet alanın ariyete konu olan eşyayı ariyet verene aksi kararlaştırılmamışsa örf ve âdette teslim yeri nereyse orada teslim edilmesi gerekir. Mecelle'nin 1509. maddesinde geçen amire rücu meselesinde de örf ve âdete yollama yapılarak mezkûr mevzunun örf ve âdete göre çözümlenmesi tercih edilmiştir.¹⁶³ Mecelle'nin 816. maddesinde herhangi bir şart koşulmaksızın akdedilen ariyet sözleşmesinde; ariyet veren ariyete konu malı örf ve âdetteki zaman ve mekanda, örf ve âdetteki kullanım şekline göre kullanılabileceği hükmü düzenlenmiştir.¹⁶⁴

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bazı maddelerinde de örf ve âdet hukukuna atf yapıldığı görülmektedir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 84. maddesinde müt'anın¹⁶⁵ mehr-i mislin yarısını geçmemek üzere örf ve âdete göre tayin edileceği belirtilmiştir.¹⁶⁶ Kararnamenin 87. maddesine göre başta belirlenen

¹⁶⁰ Akgündüz, *Mecelle*, 166.

¹⁶¹ Mecelle m.569 için bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 167; eğer örf, sanat sahibi olanın ücret almasını gerektiriyorsa ustanın çocuğa ücret vermesi icap eder. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 308; Elmalılı, *Kamus*, 4:115.

¹⁶² Akgündüz, *Mecelle*, 304.

¹⁶³ Akgündüz, *Mecelle*, 213-214.

¹⁶⁴ Akgündüz, *Mecelle*, 211-212.

¹⁶⁵ Müt'a, zıfâf veya halvet-i sahiha gerçekleşmediği için mehir hakkı doğmayan kadınlara boşandıktan sonra verilen hediyein ismidir. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 436.

¹⁶⁶ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, haz. Orhan Çeker (Konya: Mehir Vakfı Yayınları, 2017), 41.

mehrin (mehr-i müsemma) miktarında taraflar ihtilaf etmiş ve koca da örf ve âdete uygun bir mehir miktarı iddia etmişse kocanın iddiası kabul edilir.¹⁶⁷ Kararname'nin 109'uncu maddesinde örf ve âdete göre talak esnasında kinayeli lafız (elfaz-ı kinevi) olduğu meşhur olan bir söz kullanılması halinde boşamanın tıpkı sarih lafızla icra edildiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁸

Eskiden beri var olan toplumun örf ve âdetleri uzun yıllar sonucunda yavaş yavaş oluşmakla birlikte zamanla değişim de gösterebilmektedir. Örf ve âdet kurallarının değişmesi doğal olarak örf ve âdet hukuk kurallarına atfedilen hükümlerin de değişmesini beraberinde getirecektir.¹⁶⁹ Bu durum Mecelle'nin 39. maddesinde “*ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷⁰ Örneğin İslâm'ın ilk dönemlerinde evlerin tüm odalarının aynı vasıfta olması âdeti nedeniyle; müşterilerin evin sadece bir odasını görmesiyle görme muhayyerliği düşmekteydi. Ancak sonraları evlerin odalarının farklı tarzda yapılması âdet haline gelmesiyle müşterilerin görme muhayyerliğinin düşmesi için alıcının evin tüm odalarını görmesi gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁷¹ Benzer şekilde önceden dürülmüş ve bükülmüş olan elbisenin her tarafı görülmesi bile tek tarafının görülmesiyle görme muhayyerliği düşerken sonraları Züfer b. Huzeyl'in görüşüyle görme muhayyerliğinin düşmesi için gerek hanenin her odasının gerekse elbisenin her tarafının görülmesi gerektiği görüşü kabul edilmiş ve fetva da bu görüşe göre verilmeye başlanmıştır.¹⁷² Burada âdetin değişmesine

¹⁶⁷ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 41.

¹⁶⁸ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 49.

¹⁶⁹ Örf ve âdete dayanan hükümler, içtihatla elde edilen hükümlerdendir. Elde edilen bu hüküm zamanla dayanağı olan o örf ve âdetin değişmesiyle değişecektir. Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü* (İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2014), 132; Zeydan, *el-Veciz*, 242.

¹⁷⁰ Mecelle'de yer almasa da mekânın tebeddülü ile hükümlerin değişmesi de bu kaidenin içerisinde mütalaa edilebilir. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 102.

¹⁷¹ Elmalılı, *Kamus*, 4, 112; Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 112-113; Mecelle'nin 326'ncı maddesinde de bu duruma işaret edilerek han ve hane gibi yerlerin satın alınmasında eğer odaların her biri aynı özellikte değilse her odanın ayrı ayrı görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 123.

¹⁷² Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefi, *ed-Dürrü'l Muhtâr*, 1 (Beyrut: Dâru'l Kütübi'l İlmîyye, 2002), 405; Zeydan, *el-Veciz*, 243; Bu konudaki hükümler Kufe ve Bağdad gibi yerlerdeki halkın âdetine üzerine bina edilmiştir. Bu diyarlarda o zamanda evlerin büyüklük-

bağlı olarak hükmün tatbikinin de değiştiği açıkça görülmektedir. Şunu belirtmekte fayda vardır ki; burada şer'î hükmün aslı değişmemekte yalnızca zamanın değişmesiyle mezkûr şer'î hükmün olaylara tatbiki değişmektedir.¹⁷³ Zira bu tür hükümlerdeki değişim delil kaynaklı olmayıp gerek inşaat ve gerekse konfeksiyon alanındaki örf ve âdetin değişmesinden kaynaklıdır.¹⁷⁴ Hükümler, örf ve âdet kurallarına bina edildiği için örf ve âdet değiştikçe; hükmün örf ve âdete bakan yönü değişmektedir. Dolayısıyla bu durumda hükmün aslı değişmediği için şer'î hükümlerde bir nesih işlemi söz konusu değildir.¹⁷⁵

Ebu Yusuf'a göre; eşya-yı erbaa olarak isimlendirilen buğday, arpa, hurma ve tuzun alışverişinde keylin; altın ve gümüşün alışverişinde ise veznin nass tarafından ölçü aleti olarak belirlenmesi insanların örf ve âdetine binaendir. Dolayısıyla örf ve âdete mebni nass ile belirlenen kural örfle beraber insanların alışverişlerinde kullandığı ölçü aletinin değişmesiyle değişecektir.¹⁷⁶ Burada da görülmektedir ki Ebu Yusuf'a göre; örf ve âdet kurallarına bina edilen hukuk kurallarının her ne kadar özü değişmese de örfe bina edilen yönü zamanın değişmesiyle değişmektedir.

küçüklük ile eskilik-yenilik dışında başka farkı yok idi. Bu evlerin her odası aynı biçimde inşa edildiğinden evin iç tarafını ve bir odasını görmek evin tamamını anlamak için kafi idi. Ancak sonradan bu memleketlerde evlerin odalarının kışlık-yazlık, alçak-yüksek, mutfak gibi her birinin farklı farklı yapılması âdet haline gelmesiyle satış sırasında evin her tarafını görmek gerekli hale gelmiştir. Süleyman Hasbi, *Tafsîl*, 110-111.

¹⁷³ Atf Bey, *Mecelle*, 72.

¹⁷⁴ Süleyman Hasbi, *Tafsîl*, 110; Nass örften akva olduğu için nass ile sabit olan ahkâm zamana ya da mekâna bağlı olarak âdetin değişmesiyle değişmez. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 102-103.

¹⁷⁵ Zeydan, *el-Veciz*, 243-244.

¹⁷⁶ Merginani, *el-Hidaye*, 4:311; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde, *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. (Beirut: Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, t.y), 2:86; Bu altı şeyin alışverişinde örf ve âdet değiştikçe ölçüm biriminin de değişeceği hakkındaki görüş İmam Ebu Yusuf'a ait olup bu konu fakihler arasında ihtilafıdır. Ancak zikrolunan altı nesnenin dışında hangi ölçü aleti ile ölçülüp satılacağı nass tarafından belirlenmeyen zeytin, sabun ve üzüm gibi şeylerin alışverişinde kullanılacak ölçü biriminin örf ve âdet ile belirlenmesi gerektiği kuralı hakkında fakihler ittifak etmiştir. Muhammed b Ferâmurz Molla Hüsrev (*Dürrü'l-hükkâm fi şerhi Ğureri'l-ahkâm* (Beirut: Dâru İhyâi'l-kutubi'arabiyye), 188; Süleyman Hasbi, *Tafsîl*, 100; Atf Bey, *Mecelle*, 67.

Önceleri kullanılacak suyun miktarı ve içerisinde ne kadar kalınacağı belirsiz olduğu için hamamda yıkanmak için yapılan anlaşma fasit kabul edilirken zamanla insanların ihtiyaç, örf ve âdetleri değiştiği için sonraları mezkûr akid caiz sayılarak hukuka uygun kabul edilmeye başlanmıştır.¹⁷⁷ Başka bir misal olarak önceleri bir malı gasp edenin gasp ettiği malın menfaatlerini tazmin etmesi gerekmez idi. Ancak son dönem Hanefî fakihleri; insanların vakıf ve yetim mallarını haksız yere ele geçirmeye hırs ve isteklerini müşahede edince vakıf ve yetim mallarını muhafaza etmek gayesiyle bu tür gasp edilen malların tazmin ettirilmesi yönünde fetva vermişlerdir.¹⁷⁸ Hükümdeki bu değişim zamanın değişmesiyle insan ahlak ve tutumun değişmesine ve bu da hükümlerin değişmesine örnek kabilindedir.

Zamanın değişmesiyle insan davranış ve alışkanlarının değişmesi ve bunun neticesinde hukuk kurallarının da değişmesi durumuna başka bir misal olarak şahitlerin tezkiyesi meselesi verilebilir. İslâm hukukunda önemli bir ispat vasıtası olan şahitlikte İslâm'ın ilk devrinde insanların genel olarak iyi ahlaklı olması nedeniyle davanın tarafları istemedikçe sabıkası olmayan şahitler hakkında güvenilirlik araştırması (tezkiye) yapılmasına gerek yoktu.¹⁷⁹ Ancak ilerleyen zamanlarda toplumdaki ahlakın yozlaşması neticesinde taraflar istemese de hâkimin re'sen şahitler hakkında güvenilirlik araştırması yapması gerektiği anlayışı kabul edilmiştir.¹⁸⁰ Burada hükmün değişmesi bir şer'î delile dayanılarak

¹⁷⁷ Hayreddin Karaman, "Âdet," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.1 (İstanbul: TDV Yayınları, 1988): 372.

¹⁷⁸ Atf Bey, *Mecelle*, 73; Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 85; Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 111; Elmalılı, *Kamus*, 3:129.

¹⁷⁹ "En hayırlı asır benim asrımdır sonra bu asrın peşinden gelen asır (asr-ı sahabe) sonra bu asrın peşinden gelen asırdır (asar-ı tabiin). Sonraki gelen dönem ise yalanın yaygın olduğu asırdır." (İbni Hacer, *Camiu'l-Ulüm ve'l-Hikem*, 2/477.) Bu hadise binaen tabiin devrinde yaşamış olan Ebu Hanife o asırda yaşayan insanların ahlaklı olduklarını göz önünde tutarak karşı taraf talep etmeden kısas ve had suçları dışında şahitlerin tezkiye edilmesine lüzum olmadığına hükmetmiştir. İmameyn ise tabiin devrinden sonraki devirde yani hadis-i şerifin işaret ettiği yalanın yaygın ve zahir olduğu devirde yaşadıklarından o devirdeki şahitlerin yalan söyleme âdetlerine binaen ister davanın karşı tarafı talep etsin ister talep etmesin re'sen şahitlerin tezkiyesinin yapılması gerektiğine hükmetmişlerdir. Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2, 372; Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 112.

¹⁸⁰ Tuncay Başoğlu, "Tezkiye," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.41 (İstanbul: TDV Yayınları, 2012): 77; Karaman, "Âdet," 371-372; Şahitler hakkındaki sonradan değişen bu uygulama İmam

değil zamanın değişmesine yani insan ahlakının (udul vasfının) değişmesi nedeniyle söz konusu olmuştur. Zira bu mevzuda hüküm âdil kimselerin üzerine bina edilmiştir.¹⁸¹ İnsanların udul vasfı değiştiğinden hüküm de değişmiştir. İmameyn devrinden sonra da zamanın değişmesiyle insan ahlakı bozulmaya devam etmiştir. İlerleyen dönemlerde şahitlerin rüşvet alması gibi genel ahlakın bozulmaya devam etmesi sonucu fakihler, şahitler hakkında re'sen güvenilirlik soruşturmasını yeterli görmeyip davanın karşı tarafının talep etmesi halinde şahitlere yalan yere şehâdet etmediklerine ve şahitliklerinde sadık olduklarına dair yemin teklif olunmasını ve bu yeminden kaçınmaları halinde şehâdetlerinin kabul edilmemesi gerektiği şeklinde yeni bir hüküm ortaya koymuşlardır.¹⁸² Zira insan ahlakı üzerine bina edilen şahitlik mevzusundaki bu hüküm zamanın değişmesiyle birlikte insan ahlakının yozlaşması neticesinde değişmiştir.¹⁸³ Zira "ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz".

2. Modern Türk Hukukunda

Türk özel hukukunda birçok kanun hükmünde örf ve âdet hukuk kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir. Öncelikle Medeni kanundaki örneklerle bakıldığında TMK m.367/1'e göre aile halinde yaşayan birden fazla kişinin oluşturduğu topluluğun kanun, sözleşme ya da örfeye göre tayin edilen bir başkanı varsa evi yönetme yetkisinin ona ait olduğu belirtilmektedir. TMK m. 684'te bir eşyanın bütünüyle parçalarının yerel âdetlere göre asıl eşyanın temel unsuru kabul edilen şey olduğu belirtilmektedir. TMK m. 751'in ilk cümlesinde yetkili kamu otoritesince yasaklanmadıkça herkesin başkasının orman ve merasına girebileceği

Muhammed ve İmam Ebu Yusuf'un görüşleri dolayısıyladır. Atıf Bey, *Mecelle*, 72; Sonradan İmameyn hazretleri devrinde insanlar yalan ve fesada meyletmeye başladığından halkın ahlakı bozulmuşdur. Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 84; Şahitlerin tezkiiyesi mevzuu için bkz. *Mecelle* m.1716 vd.

¹⁸¹ Süleyman Hasbi, *Tafsîl*, 113.

¹⁸² Bu husus, *Mecelle*'nin 1727. maddesinde şöyle yer almıştır: "Meşhudun-aleyh kable'l-hüküm şahitlere şehâdetlerinde kâzib olmadıklarına yemin ver diye hâkime ilhah edip de şehâdetin yemin ile takviiyesine dahi lüzum görüldüğü takdirde, hâkim o şahitlere yemin ettirebilir. Ve hâkim şahitlere yemin ederseniz şehâdetinizi kabul ederim ve illa etmem diyebilir." Bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 363.

¹⁸³ Zamanın değişmesiyle birlikte zaruret, örf ya da çağın şartları nedeniyle ortaya çıkan yeni içtihatlar mezhep dışından sayılmaz zira mezhep sahibi sonraki zamanda yaşasaydı aynı şekilde içtihat ederdi. İbn Âbidîn, *Hanefilerde Mezhep Usulü*, 252.

ve oralarda yetişen ürünleri yerel âdetlerin müsaade ettiği oranda toplayabileceği belirtilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'na bakıldığında pek çok mevzuda kanun koyucunun sözleşmenin unsurlarının belirlenmesinde örf ve âdet hukuk kurallarına yollama (atıf) yaptığı görülmektedir. Mesela Borçlar Kanunu'nun 15. maddesinde sözleşmelerde imzanın el yazısı dışında bir araçla atılmasının ancak örf ve âdetle meşru görülen durumlarda mümkün olduğu belirtilmektedir. TBK m. 177'de kaporanın sözleşmede aksine hüküm veya bu konuda yerel âdet yoksa esas alacaktan olduğu; TBK m.207'de yine sözleşmede aksine bir anlaşma veya bu konuda bir âdet yoksa satıcı ve alıcının borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlü oldukları; TBK m. 378'de tarafların aksine bir anlaşması veya yerel âdet olmadıkça belirsiz süreli sözleşmeleri tarafların her birinin dilediği zaman feshedebileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde TBK m. 314'te aksine bir anlaşma ya da yerel âdet olmadığı sürece kira bedelinin her ayın sonunda ve en son kira süresinin sona ermesinde ödemekle yükümlü olduğu beyan edilmektedir. Başka bir misalde TBK 406. maddede âdetle aksine bir hüküm yoksa işçiye ücretinin her ayın sonunda ödenmesi kuralı getirilmiştir. Mezkûr kanun maddelerinde görüldüğü üzere kanun koyucunun öncelikle o konuda varsa örf ve âdet hukuk kurallarına göre hüküm verilmesini istemekte yani mezkûr mevzuları örf ve âdet kurallarına atfederek çözümüne kavuşturmayı tercih etmektedir. Bu durumda kanun tarafından kendisine atıf yapılan örf ve âdetler tıpkı kanun gibi uyulması zorunlu kurallar haline gelir. Zira "*örf ile tayin nass ile tayin gibidir.*" (Mecelle m.45).

İş hukukunda işçilerin ara dinlenmesinin belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu 68. maddesinde işin gerekleri ve o yörenin geleneklerine göre belirlenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun 68. maddede ara dinlenmesinin ne kadar olacağını belirlenmesinde çalışılan yerin örf ve âdetine yollama yaptığı görülmektedir.

Türk Ticaret Kanun'unun sigorta sözleşmesinin süresine ilişkin 1410. maddesinde sigorta süresi sözleşme ile kararlaştırılmamış ise mahkemenin süreyi taraf iradelerinin yanında yerel teamülü gözeterek belirleyeceği esası düzenlenmiştir. Bu maddede de kanunun sigorta süresinin belirlenmesi hususunda örf ve âdetle atıf yaptığı anlaşılmaktadır.

D. Örf ve Âdetlerin Yorumlama İşlevi

Yorum (tefsir), bir yazılı metnin ya da sözün anlaşılması, zor taraflarının izah edilerek açıklığa kavuşturulması demektir.¹⁸⁴ Hukukta yorum, bir hukuk kuralı ya da kavramının hukuk dünyasındaki değer taşıyan manasının ortaya çıkarılmasıdır.¹⁸⁵ Bir başka açıdan ise kanun, karar ve her türlü sözleşmelerdeki ibarelerin anlamlarının belirlenmesine denir.¹⁸⁶ Yorumun temelde kanun ve irade açıklamalarının (hukuki işlemlerin) tefsiri şeklinde iki türü vardır. Hukuki işlemlerde yorum bu işlemlerin hukuken varlığını ve taşıdığı anlamı izhar etme faaliyeti olarak ifade edilebilir.¹⁸⁷ Hukuk metnlerinin yorumcuya göre değişmemesi ve kim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaştırması için bir takım objektif yorum kurallarına ihtiyaç duyulmuştur.¹⁸⁸ Hâkimin dürüst yorum ilkesi, sarih hukuki kural karşısında yorum yapılmaması ilkesi ve yorum yapılırken kanun sözünden uzaklaşmaması ilkesi bu ilkelerden ilk akla gelenleridir.¹⁸⁹ Bunlara ek bazı yorum ilkeleri örf ve âdete göre belirlenmiştir. Bu minvaldeki ilkelerin bazıları Mecelle'nin külli kaidelerinde kendine yer bulmuştur.

Mecelle'nin 60. maddesinde “*bir kelamın i'mali ihmalden evladır*” denilmiştir. Bu ilke akıl sahibi bir insandan sadır olan sözlerin anlamsız olmayıp mutlaka bir manasının olduğunun kabul edilmesine dayalıdır.¹⁹⁰ Bu kabulden sonra insan mahsulü kanun ya da sözleşmelerin manasının araştırılması gerekir. Mecelle'nin 12. maddesindeki “*kelamda aslolan mana-yı hakikidir*” kaidesi gereği kelamın yani kanun ya da sözleşme hükümlerindeki lafızların yorumunda ana kural sözün gerçek anlamında kullanılmasıdır. Ancak ana kuralın bir istisnası olarak Mecelle'nin 40. maddesindeki “*âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur*” kaidesi

¹⁸⁴ Bkz. “Türk Dil Kurumu Sözlükleri,” erişim tarihi Aralık 31, 2024, www.tdk.gov.tr.

¹⁸⁵ Çiğdem Kırcı, “Yorum,” *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, C.4 (İstanbul: MATSİS Matbaa, 2022): 404.

¹⁸⁶ Heyet, *Türk Hukuk Lüğati*, 329.

¹⁸⁷ Murat Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 5.

¹⁸⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, 326.

¹⁸⁹ Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 326-331.

¹⁹⁰ “*Âkılın kelâmının sıhate hamli vaciptir.*” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 128.

dolayısıyla¹⁹¹ bir sözün gerçek manada kullanılması örf ve âdet kuralı nedeniyle mümkün değilse o sözün gerçek manası terk edilmeli ve Mecelle'nin 61. maddesindeki “*mana-yı hakiki müteazzir oldukta mecaza gidilir*” kaidesi mucibince de o sözün örf ve âdetteki mecaz anlamı dikkate alınmalıdır. Bu husus Roma hukukundaki “*Consuetudo est optimus interpres legum*”¹⁹² (örf ve âdet, kanunların en iyi tercümanıdır) ilkesiyle de ifade edilmektedir.

Mecelle'nin 40. maddesindeki “*âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur*” ilkesi örf ve âdet hukukunun hukuki işlemlerdeki iradenin yorumlanmasını sağlaması bakımından önemli bir ilkedir. Örneğin “et yemeyeceğim” diye yemin eden bir kimse balık yese yemini bozulmaz. Çünkü balık için et sözünü kullanmak âdet değildir.¹⁹³ Mesela bir kimse kömür yüklü deveye işaret ederek “şu devenin 12 kilosunu sana 40 kuruşa sattım” dese burada âdeten satılan şey deve değil kömürdür.¹⁹⁴ Örneğin şarta bağlı ibra geçerli olmadığı halde, “ben ölürsem sendeki alacağımdan berisin” şeklindeki bir ibra, örf ve âdet gereği vasiyet şeklinde yorumlanarak muteber tutulmalıdır. Bir vakıf kurulurken vakfeden (vâkıf) “şu malımı evladıma vakfettim, falan malımı falanın veledine vasiyet ettim” dese bu kişinin örfünde “veled” kelimesinin hakiki manası ne ise o manaya göre hüküm verilir.¹⁹⁵ Bir kişi bir evi “oturmak için kiralyorum” diyerek kiralsın o evde yemek yeme, uyuma, ibadet yapma gibi günlük rutin işlerini de örf ve âdet gereği yapabilir, burada ev sadece “oturmak” üzere kiralanmış değildir.¹⁹⁶ Bir kişi

¹⁹¹ Usul-ı fıkıh alimleri de örf ve âdet kurallarının “karine-i mania”dan olması dolayısıyla kelamdaki hakiki manayı engelleyip mecaza yönlendirdiğini söylemişlerdir. Süleyman Hasbi, *Tafsıl*, 113-114.

¹⁹² İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 43.

¹⁹³ Kur'an'da “İçinden taze et yemeniz için denizi emrinize veren O'dur” (Nahl, 16/14) ayetinde “et” kelimesi her ne kadar balık için kullanılmış olsa da yemin sırasında kişinin kullandığı “et yemeyeceğim” ifadesindeki etin anlamı örf ve âdete göre belirlenerek balık yemekle işbu kişinin yemininin bozulmayacağına hükmedilir. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 296; Şimşirgil ve Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 121.

¹⁹⁴ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 86.

¹⁹⁵ Musa Carullah Bigiyev, *Kavaid-i Fıkhîyye*, haz. Ferhat Koca, Fatih Karataş ve Ahmet Yasin Küçüktiryaki (Ankara: Ankara Okul Yayınları, 2018), 142.

¹⁹⁶ Merginani, *el-Hidaye*, 5:440.

hizmetçisine “feneri yak” dese bu sözden âdetin delaletiyle fenerin kendisini yakmak değil fenerin düğmesine basıp ışığını açığa çıkartmak anlaşılır. “Feneri yak!” emri karşısında hizmetçi hakikaten fenerin kendisini ateşle yaksa verdiği zararı tazmin etmekle mükellef olur.¹⁹⁷

Mecelle'nin 1584'üncü maddesinde şarta bağlı ikrarın batıl olduğu ancak her ne kadar şart anlamı taşıyan kelimelerle ikrar yapılmışsa da o kelimelerden örf ve âdet gereği borcun doğacağı gün anlaşılıyorsa bu tür şartlarla yapılan ikrarın geçerli olduğu beyan edilmektedir. Örneğin birisi “kasım ibtidası (ilk günü), ruz-ı hızır (Hıdırellez günü) ya da ruz-ı kasım (9 Kasım) gelirse sana şu kadar kuruş borcum vardır” dese bu kişinin müeccel borcu olduğunu ikrar ettiği kabul edilerek belirtilen vaktin gelmesiyle borcunu ödemesi gerekir. Zira her ne kadar ikrarın şarta bağlanması batıl ise de örf ve âdet gereği ikrarda kullanılan kelimelerin borcun gelmesi kesin olan belirli günleri belirtmesi dolayısıyla kişinin müeccel borcunu ikrar ettiği kabul edilir.

Yukarıdaki misallerde örf ve âdet kurallarının devreye girerek yemin ve sözleşme metinlerinin içeriğinin belirlenmesinde önemli bir fonksiyonu icra ettiği anlaşılmaktadır.

Modern Türk özel hukukunda da örf ve adetlerin kanun maddelerinin yorumlanarak içeriğinin belirlenmesinde kayda değer bir fonksiyon icra ettiği görülmektedir.¹⁹⁸ TMK m.129'a göre, “Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında” evlenme yasaktır. Ancak burada yarım kan amca dayı, hala ve teyze ile evlenmenin yasak olup olmadığı hususuna değinilmemiştir. Öğretideki baskın görüş, Türk hukukundaki örf ve âdet hukukunun yorumlayıcı rolü gereği, yarım kan amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasında evlenmenin yasak olduğu yönündedir.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 86.

¹⁹⁸ Yorumlama işlevi yerine getiren örf ve âdet kuralı, hukuki değil sıradan bir örf âdet kuralı olabilir. Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 198.

¹⁹⁹ Örf ve âdet kuralları hukuk kuralı olma seviyesine çıkmasa da yorumlama işlevine sahiptir. Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 109; Böyle olduğu için hukuk kuralı haline gelmiş olan örf ve âdet hukuku öncelikle (evleviyetle) uygulanır. Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 108.

Örf ve adetlerin sözleşmede taraf iradelerinin yorumlanmasında göz ardı edilmemesi gerektiği hususunda tereddüt yoktur.²⁰⁰ Türk Ticaret Kanunu 2/1'de "irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır" ifadesiyle sözleşmede taraf iradelerinin yorumunda örf ve adetin dikkate alınacağını açık şekilde tanzim etmiş bulunmaktadır.²⁰¹ Taraflar sözleşme yaparken karşı tarafın mensubu olduğu çevrede mevcut olan örf ve adetin sözleşme yorumunda kullanılmasına katlanmak mecburiyetindedir.²⁰² Örneğin 1984 yılında verilen bir Yargıtay kararına göre evlenme sırasında geline takılan ziynet eşyaların her ne kadar davalıların başışlama iradesi olmadığı iddiasına rağmen oradaki gelenek kuralı gereği düğün sırasında geline takılan ziynetin başış niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir.²⁰³

Örf ve âdetin Türk ceza hukukundaki sınırlı kullanım alanı vardır. Bunlardan biri TCK 125'te tertip edilen hakaret suçunda "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden..." ifadesinde geçtiği üzere hâkim somut vakıada kullanılan ifadelerin kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edip etmediğine karar verirken örf ve âdet kurallarından istifade etmelidir. Dolayısıyla örf ve âdet kurallarında kişinin saygınlığını zedelemeyen ya da tahkir edici olmayan eylemler hakaret suçunu oluşturmayacaktır.²⁰⁴ Yine TCK madde 26'da düzenlenen hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının örf ve âdet kurallarınca tayin edilebileceği belirtilmektedir. Örneğin toplum içinde yaygın bir uygulama olan sünnet ettirme ilgilinin rızası olarak kabul edilip hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilir.²⁰⁵

²⁰⁰ Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 215.

²⁰¹ Bir ticari işte tarafların ortak amaçları anlaşılamiyorsa, buradaki maksadı hâkim bu mevzudaki ticari örf ve adetlere göre belirler. Binatlı, "Örf ve Adetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri," 14.

²⁰² Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 216.

²⁰³ Yargıtay 4. HD, E. 1984/7125 K. 1984/8253 T. 8.11.1984.

²⁰⁴ Ersan Şen ve Sefa Eryıldız, *Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 62; Şu da belirtilmelidir ki örf ve âdet kuralları ceza hukuku sahasında sadece yorumlayıcı işlev icra etmektedir. Kalabalık ve Doğanç, *Temel Hukuk Bilgisi*, 89; İsmail Kayar ve İlhan Üzülmöz, *Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 93.

²⁰⁵ Böyle durumlarda kanuna bakarak rıza gösteren ya da failin belirlilik ilkesi gereği hukuka uygun olan fiilin ne olduğunu net bir şekilde anlaması gerekir. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 274; Yargıtay 9. CD, E. 2022/13166 K. 2024/3654, 25.4.2024.

SONUÇ

Mecelle'nin külli kaideleri perspektifinden, örf ve âdetler İslâm, Osmanlı ya da modern Türk hukuku fark etmeksizin hukuk kuralları üzerinde muhtelif açılardan birtakım işlevler icra ettiği anlaşılmaktadır. Örf ve âdetlerin bu işlevleri yerine getirebilmesi için öncelikle birtakım vasıflar taşıması gerekmektedir. Mecelle'nin "*âdet ancak muttarid yahut gâlip olduğunda muteber olur*" (m.41) kaidesi örf ve âdetlerin aralıksız, sürekli tatbik edilme ve yaygın olma vasfına; "*mevrid-i nassta içtihadı mesağ yoktur*" (m.14) kaidesi örflerin kanun ya da nass hükümlerine aykırı olmama özelliğine; "*tasrih mukabelesinde delaleti itibar yoktur*" (m.13) ilkesi ise örf ve âdetlerin hukuki işlemlerdeki açık irade beyanlarına ters düşmemesi gerektiğine işaret etmektedir. Bunun yanında Mecelle'nin külli kaidelerinde zikredilmeyen örf ve âdetlerin anlamının açık olması, akl-ı selimce kabul edilmesi, kadimden beri uygulanıyor olması, toplum nezdinde ayıplama veya kınama benzeri manevi yaptırıma sahip olması gibi diğer başka vasıfları da taşıması gerekir.

Örf ve âdetlerin en önemli işlevlerinden biri hukuk kurallarına kaynaklık etme işlevidir. Bu işlevin Mecelle'de "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (m.37) ve "*örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir*" (m.45) kaideleriyle ifade edildiği anlaşılmıştır. İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnet gibi temel deliller aracılığıyla geçmiş dönemdeki buyu, mudarebe, kira, kasame, arâyâ ve kısas gibi sahih örf niteliğindeki uygulamalara şer'îlik vasfı kazandırılmış selem ve istisna gibi akitler caiz kabul edilmiştir. Dolayısıyla ilahi kaynaklı bir hukuk sistemi olan İslâm hukuku kuralları oluşturulurken örf ve toplum gereksinimlerinin göz ardı edilmediği söylenebilir. Ayrıca örf ve âdetlerin eski Türklerdeki törenin ve Osmanlı Devletindeki örfî hukukun kaynağını oluşturduğu ve Osmanlı'da bazı dönemlerde şer'î hukuktaki içtihat tercihinde toplum örf ve ihtiyaçlarının etkili olduğu müşahede edilmiştir. Modern Türk özel hukukuna bakıldığında ise 1926 yılındaki kanun iktibası yapılırken genel anlamda toplumun örf-âdet ve alışkanlıklarının yeterince gözetilmediği anlaşılmıştır.

Örf ve âdetlerin diğer fonksiyonu ise açık hukuk boşluklarını doldurma fonksiyonudur. Mecelle'nin "*âdet muhakkemdir*" (m.36) ve "*örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*" (m.43) kaideleri nass, kanun ya da akitlerdeki açık boşlukların örf ve âdet ile doldurulmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Bu fonksiyonun

gerek İslâm gerekse modern Türk hukukunda etkili olduğu belirlenmiştir. İslâm hukukunda "*meskutun anı*" diye isimlendirilen Şâri Teala tarafından bilinçli olarak hakkında nass vaz edilmeyen, boş bırakılan alan içtihat faaliyeti aracılığıyla temelde kıyas delili kullanılarak doldurulmaktadır. Ancak bazı İslâm alimlerine göre zahir nass varid olmayan bir mevzu hakkında örf ve âdet mevcut olması halinde kıyas yerine örf delilinin tercih edileceği beyan edilmektedir. Modern Türk hukukundaki açık boşlukların örf ve âdet ile doldurulması faaliyetine daha çok özel hukuk alanında rastlanmaktadır. TMK 1/2'de hâkimin somut vakiya uygulayacak kanun hükmü bulamaması halinde açık kanun boşluğunun örf ve âdet ile doldurulacağı belirtilmiştir. Benzer bir durum tarafların kanunu olan sözleşme hükümlerindeki boşluklarda da geçerlidir.

Örf ve âdetlerin hukuk dünyasındaki diğer bir rolü ise kendisine atıf yapıldığında ilgili hükmü belirtme işlevidir. İslâm hukukunda bir yandan nafaka miktarının tayini ve boşanmış kadınlara verilecek hediyeğin ölçüsü gibi mevzularda doğrudan âyet ve hadis beyanıyla örfe atıf yapılarak; diğer yandan gaspçının gasp ettiği malın menfaatini tazmin etmesi, görme muhayyerliğinin evin tüm odalarının görülmesiyle düşmesi ve şahitlerin tezkiyesinin resen gerekli olması gibi mevzularda toplum ahlak ve örfüne bina edilerek şer'î hükümlerin belirlendiği görülmektedir. Bu gibi örfe müstenit olan şer'î hükümlerin Mecelle'nin "*ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz*" (m.38) kaidesi gereği örf ve genel ahlakın değişmesiyle değişeceği anlaşılmıştır. Modern Türk hukukunda ise bilhassa borçlar, medeni ve ticaret kanunlarında birçok hükmün örf ve âdetlere gönderme yapılmak suretiyle örf ve âdet hukukuna göre tayin edildiği müşahede edilmiştir.

Örf ve âdet hukukunun mühim işlevlerinden biri de nass, kanun ya da hukuki işlemlerdeki ifadeleri yorumlama işlevidir. Yorumlamaya dair ilkeler hâkimin keyfi davranmasını önleyerek adaletin tesisine hizmet eder. Bu konuda örf ve âdetin işlevi "*âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur*" (m.40) kaidesi gereği örf gerektiriyorsa hakiki manaya gidilemeyeceğinin anlaşılmasından ibarettir. Böyle bir durumda "*mana-yı hakiki müteazzir oldukta mecaza gidilir*" (m.61) kaidesi gereği hukuki ifadeler gerçek anlamına göre değil mecaz anlamına göre yorumlanır. Örf ve âdetlerin mezkûr işlevi İslâm hukukunda kendisini daha çok yemin ve akit beyanlarında hissettirmektedir. Türk özel hukukunda ise gerek kanun lafızlarının gerekse hukuki işlemlerdeki taraf ifadelerinin yorumunda örf ve âdetlerin etkili

olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca Türk Ceza Kanununda hakaret suçu ile hukuka uygunluk sebeplerinin belirlenmesinde sınırlı da olsa örf ve âdetlerin etkili olduğu görülmüştür.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde. *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-ebhur*. Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabî, t.y.
- Akgündüz, Ahmed. "Osmanlı Hukukunda Vakıf Malları ve Kitap Vakfı." erişim tarihi Aralık 3, 2024. <https://osmanli.org.tr/osmanli-hukukunda-vakif-mallari-kitap-vakfi/>.
- . "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'î Sınırları." iç. *Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı*. Ed. Güler Eren. Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- . *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. İstanbul: OSAV, 2011.
- . *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*. İstanbul: OSAV, 2017.
- . *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*. İstanbul: OSAV, 1992.
- Akipek Öcal, Şebnem ve Süleyman Yılmaz. *Uygulamalı Hukuka Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Aktan, Hamza. "İstisna." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.23, 393-396. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Akyüz, Vecdi. "Kur'an ve Sünnette Ebeveyn ve Çocuk Hakları." *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları Tartışmalı İlmi Toplantı*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm*. İstanbul: DİB Yayınları, 2017.
- Arsal, Sadri Maksudi. *Türk Tarihi ve Hukuk*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Âşıkpaşazâde. *Osmanoğullarının Tarihi*. çev. Kemal Yavuz ve Yekta Saraç. İstanbul: K Kitaplığı, 2003.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usulü*. İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2014.
- Atasoy, Samed. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Hidane*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Avcı, Mustafa. *İslâm-Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Medeni Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybakan, Bilal. "Selem." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.36, 402-405. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.

- Aydın, Furkan. "Hukukta Metrukiyet Meşruiyet İlişkisi: Anayasa Örneği." *TYB Akademi Dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi*. no. 35 (2022): 106-134.
- Aydın, M. Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.28, 231-35. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- . *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*. Ankara: İSAM Yayınları, 2020.
- . *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Baktır, Mustafa. "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Cevdet Paşa." *Ahmed Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan*. Ankara: TDV Yayınları, 1997.
- Bardakoğlu, Ali. "Hidane." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.17, 467-471. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Başoğlu, Tuncay. "Tezkiye." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.41, 77-79. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Belgesay, Mustafa Reşit. "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk." *İÜHFD* 12, no. 2-3 (2011): 561-608.
- Berki, Ali Himmet. "Mecelle." *İslâm Medeniyeti*. no. 28 (1967): 27-29.
- . *Hukuk Mantığı ve Tefsir*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 2018.
- . *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*. Ankara: Örnek Matbaası, 1955.
- Bigiyev, Musa Carullah. *Kavaid-i Fikhîyye*. haz. Ferhat Koca, Fatih Karataş, Ahmet Yasin Küçüktiryaki. Ankara: Ankara Okul Yayınları, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fikhîyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi.
- Binatlı, Yusuf Ziya. "Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri ve Ticari Hayattaki Önemi." *Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İktisat Fakültesi Dergisi*. no.2, (1981):5-27.
- Demir, Remzi. "Türk Medeni Hukukunun Yazılı Olmayan Kaynağı; Örf ve Âdet Hukuku." *ÇÜHFD* 1, no.5. (2020): 1001-1020.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "İslâm Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese." *Fıkıh Usulü İncelemeleri*. İstanbul: 2018, İSAM.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

- Ebû Zehra. *İslâm Hukuk Metodolojisi*. çev. Abdulkadir Şener. Ankara: Fecr Yayınları, 1986.
- Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arısanat, 2017.
- el-Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed. *ed-Dürrü'l Muhtâr*. Beyrut: Dâru'l Kütübî'l İlmiyye, 2002.
- el-Karadavi, Yusuf. *el-Hasaisu'l-Amme li'l-İslâm*. Kahire: Mektebtü'l-Vehbe, 1989.
- el-Mergınani, Burhanuddin Ali b. Ebi Bekr. *Haneî Mezhebinde Temel Kaynak Bidayetu'l-Müptedi Şerhi el-Hidaye Tercümesi*. çev. Hüsamettin Vanlıoğlu, Abdullah Hiçdönmez, Fatih Kalender ve Emin Ali Yüksel. İstanbul: Yasin Yayınevi, 2017.
- en-Nemle, Abdülkerim b. Ali b. Muhammed. *El-Câmiu li-Mesâili Usuli'l-Fıkh ve Tatbikatiha ale'l-Mezhebi'l-Râcih*, Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2000.
- Ercöşkun Şenol, Hatice Kübra. *Şematik Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005.
- Ergüney, Hilmi. *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri*. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Medeni Hukuk Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübenli, Beşir. "Mefkud." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.28, 353-56. İstanbul: TDV Yayınları, 2003.
- Günay, Hacı Mehmet. "Vakıf." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.42, 475-479. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Gür, Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil Yayınevi, 1977.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014.
- Halebî, İbrahim b. Muhammed. *Mevkufat Mülteka Tercümesi*. çev. Ahmed Davudoğlu. İstanbul: Sağlam Yayınevi, 2013.
- Heyet. "Mesil." *el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*. C.37, 300-308. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, 1997.

- Heyet. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. haz. Orhan Çeker. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017.
- Heyet. *Türk Hukuk Lüğati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Heyet. *Türk Tarihînin Ana Hatları*. İstanbul: Devlet Matbaası, 1930.
- İşıktaç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1991.
- İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer. "Neşru'l Arf fi Binâi ba'di'l Ahkâm ale'l Urf." *Mecmuatü'r-Resaili'l-Alâmeti*. İstanbul: ed-Daru'ş-Şamiyye, 2023.
- . *Hanefilerde Mezhep Usulü*. inc-çev. Şenol Saylan. İstanbul: Klasik Yayınları, 2016.
- İbn Kayyim Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebibekr el-Cevziyye. *Zâdü'l me'âd fi Hedy Hayr'il İbad*. Beyrut: Dârü İbni Hazm, 2019.
- İbn Nüceym Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî. *el-Eşbah ve'n-Nezair Hanefî Fıkhının Esasları*. haz. Osman Bayder İstanbul: Türkiye Yazma Eserleri Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2022.
- İlhan, Cengiz. *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*. İstanbul: Tarih Vakfı, 2003.
- İnalçık, Halil. "Halil İnalçık ile Türk Hukuk Tarihi Üzerine." *TALİD* 3, no. 5 (2005): 477-488.
- . *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*. İstanbul: Kronik Yayınları, 2017.
- Kalabalık, Halil ve Doğa E. Doğancı. *Temel Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Karaman, Hayreddin. "Âdet." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.1, 369-73. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- . *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019.
- . *İslâm Hukuk Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kayar, İsmail ve İlhan Üzülmöz. *Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kırca, Çiğdem. "Yorum." *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi* C.4, 404-406. İstanbul: MATSİS Matbaa, 2022.
- Kıyıcı, Selâhattin. *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*. Ankara: İşaret, 1989.

- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Köse, Saffet. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015.
- . "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili." *NEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*. no.6 (1996): 255-295.
- . "Rüşd." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.35, 298-300. İstanbul: TDV Yayınları, 2008.
- Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den Kavaid-i Külliye Şerhi*. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, h.1327.
- Manastırlı İsmail Hakkı. *İslâm Hukuku Kişilere Karşı Suçlar Mi'yar-ı Adalet Şerhi*. haz. Mustafa Avcı ve Mansur Karadağ. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Mehmed Salâhi. *Kâmûs-ı Osmânî*. 4 İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, h.1322.
- Molla Hüsrev, Muhammed b Ferâmurz. *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Ğureri'l-ahkâm*. Beyrut: Dâru İhyâi'l-kutubi'arabiyye, ty.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat kitapçılık, 2014.
- Onar, S. Sami. "Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle." *İÜHFM* 20. no. 1-4. (1955): 57-85.
- Ömer Hilmi Efendi. *Külli Kaideler Şerhi Mir'âtü'l-Mecelle*. ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbilen, Şevki. *Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özbilgen, Erol. *Bütün Yönleriyle Osmanlı-Adab-ı Osmaniye*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- Özcan, Abdulkadir. "Âşıkpaşazâde." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.35, 6-7. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Sarıkaya, Murat. *Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed. *Mebcut*. ed. M. Cevat Akşit. İstanbul, Gümüşev Yayıncılık 2008.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Sulu, Muhammed. "Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9. no. 1 (2022): 217-241.

- Süleyman Hasbi Efendi. *Mecelle'nin Külli Kaideler Şerhi Tafsil*, ed. Mustafa Avcı, Mehmet Barutçu ve Süleyman Tepe. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- . *Tafsil*. İstanbul: Matbaa-yı Osmaniye, h.1299.
- Şaban, Zekiyuddin. *İslâm Hukuk İlminin Esasları Usulü'l-Fıkh*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2017.
- Şen, Ersan ve Sefa Eryıldız. *Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şimşirgil, Ahmet ve Ekrem Buğra Ekinci. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2008.
- Şirin, Şükrü. *İslâm Aile Hukukunda Mehîr*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Sakarya: Sakarya Üniversitesi: 1997.
- Tepe, Süleyman. "İslâm Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Değerlendirilmesi." *ASBÜHFD* 4, no. 1 (2022): 253-327.
- TDK. "Türk Dil Kurumu Sözlükleri." erişim tarihi Aralık 31, 2024. www.tdk.gov.tr.
- Topçuoğlu, Ali Aslan. "İslâm Hukukunda Gâibin/Kayıp Kişinin Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi Türk Medenî Kanunu ile Mukayeseli Olarak." *Dini Araştırmalar*. no.19 (2004): 297-309.
- . "Örf ve Âdetin İslâm Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefi Mezhebi Özelinde." *Turkish Studies* 12. no. 20 (2017): 223-260.
- Ünal, Mustafa. "İslam Hukukunda Mülkiyeti Kısıtlayan Bir Sebep Olarak Komşuluk Hakkı (Hakku'l-Civar)." *Adalet Dergisi*. no. 68 (2022): 339-63.
- Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yaman, Ahmet ve Halit Çalış. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: İFAV, 2019.
- Yazır, Elmalılı Hamdi. *İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*. haz. Sıtkı Gülle. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Yelek, Kamil. "Hanefi Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi." *AİBU İlahiyat Fakültesi Dergisi* no.6 (2015): 85-99.
- Yıldırım, Mustafa. *Mecelle'nin Külli Kaideleri*. İzmir: İİFY Yayınları, 2009.
- Yılmaz, Taha. "İslâm Hukuk Düşüncesinde Örfün Yeri, İşlevi ve Güncel Fıkıhî Meselelere Etkisi." *Akademik Us* 15-16 (2024): 139-166.

Zeydan, Abdülkerim. *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*. Dımeşk: Risale, 2015.

Ziyaeddin, Kal'a-yı Sultaniyeli Türközade Hafız Mehmed. *Osmanlı Hukuk Sözlüğü*, haz. Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat, İstanbul: On İki Levha, 2017.

CEZA MUHALEMESİNDE SON KARAR (HÜKÜM) DEVRESİ

Final Judgment Phase in Criminal Procedure

Ahmet GÖKCEN*

Öz

Ceza muhakemesinde; delillerin ikame edilmesi, tartışılması ve nihayet son sözün sanık veya sanıklara verilmesinden sonra mahkemenin; başkanın idaresinde duruşmada ileri sürülüp tartışılmış delillerden edineceği vicdani kanaate göre iddianamede gösterilen suçta ve bu suçun sanığı bulunan kişilere hasredilecek bir hüküm vermek (son karar) üzere müzakereye çekilmesi ile başlayan, hükmün verilmesi, verilen hükmün (son karar) tefhimi ile sona eren kovuşturmanın devresine “son karar (hüküm) devresi” denmektedir. Bu çalışmada da ceza muhakemesinde hüküm devresi ayrıntılı olarak anlatılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hüküm, Son Karar, Ceza Muhakemesi, Hakim, Gerekçeli Karar.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı, ORCID: 0000-0002-0849-7432, ahmet.gokcen@marmara.edu.tr.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 30.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.12.2024.

Atıf/Citation: Gökçen, Ahmet. “Ceza Muhakemesinde Son Karar (Hüküm) Devresi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1146-1175.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

Abstract

In criminal procedure, after the submission and discussion of the evidence, and finally after the last word has been given to the defendant or defendants, the court, under the direction of the presiding judge, is called the “final decision (judgment) phase”, which starts with the deliberation of the court to render a verdict (final decision) specific to the crime shown in the indictment and the persons accused of this crime, according to the conscientious opinion to be obtained from the evidence put forward and discussed in the hearing, and ends with the pronouncement of the verdict (final decision). In this study, it is attempted to explain the final judgment phase in criminal procedure in detail.

Keywords: Judgment, Verdict, Criminal Procedure, Judge, Reasoned Decision.

I. TANIM, TERİM

Anayasalarda temel hak ve hürriyetler ile devletin rejimi düzenlenir. Anayasada düzenlenen hak ve hürriyetleri ihlal eden ya da devletin müesses nizamına yönelik davranışlardan hangilerinin suç olduğunu ve müeyyidelerini ise ceza kanunları gösterir. Devlet, toprak bütünlüğüne bağlı olarak siyasal örgütlü bir milletin oluşturduğu hükmi (tüzel kişi) şahıstır. Bir devletten bahsedebilmek için bu yapının; yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel fonksiyonu haiz olması ve bunları icra edecek güce sahip bulunması gerekir.

Devlet, suçların işlenmesini; yasama organının çıkardığı kanunlar vasıtasıyla yürütme organı (idare) eliyle önlemeye çalışır, bu faaliyetler sonucu birçok suç, daha işlenmeden önlenir. Bu anlamda yürütme organının görevi suçun işlenmesinin önlenmesidir. Ancak yine de suç işlenir.¹ İşlenmiş suç, işlenmemiş hale getirilemeyeceği için suç işlendikten sonra Devletin görevi, suçun failini bulup adil bir muhakeme yaparak kişiyi kusuruyla orantılı olarak cezalandırmak, mağdur veya suçtan zarar görenlerin mağduriyetini veya zararını gidermek suretiyle bozulan kamu düzenini yeniden tesis ederek yargı organı vasıtasıyla

¹ Bkz: Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 31 vd.

adaleti sağlamaktır. Başka bir anlatımla işlenmiş suçların aydınlatılması görevi yargı organına aittir.²

İşte bir suçun³ işlenip işlenmediği, işlenmişse kim ya da kimler tarafından işlenmiş olduğu ve müeyyidesinin ne olacağı konusunda istisnalar dışında⁴ CMK'ya göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete⁵ ceza muhakemesi, bununla ilgilenen hukuk dalına da Ceza Muhakemesi Hukuku denir.⁶

II. CEZA MUHAKEMESİNİN YÜRÜYÜŞÜ

5271 sayılı CMK'nın düzenlemesine göre, ceza muhakemesi soruşturma ve kovuşturma evresi olmak üzere iki safhaya, bu safhalar da kendi içlerinde çeşitli

² Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 31 vd.

³ Suç olarak düzenlenmemiş ancak kabahat sayılan fiillere ilişkin muhakeme ise kural olarak Kabahatler Kanunu ve CMK'ya göre yürütülür.

⁴ Milletvekillerinin, hakim ve savcıların ve bütün kamu görevlilerinin görev suçları ile ilgili soruşturma ve yargılama usulü, bu istisnalar arasında zikredilebilir.

⁵ Kişinin suçu işlendiğine ilişkin yeterli delil elde edildiğinde Cumhuriyet savcısı, şüphelinin suçu işlediği görüşünü ileri sürer. Buna "iddia" denilir. İddianın yöneltildiği şüpheli ve şüphelinin müdafii tarafından iddiaya karşı verilen cevaplar ise "savunma" olarak adlandırılır. Daha sonra mahkemece, iddia ve savunma makamlarının görüşlerinin sentezi yapılarak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılır ve bir hüküm tesis edilir. Bu faaliyet ise "yargılama" olarak adlandırılır. Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2017), 4.

⁶ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 31 vd; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) s. 27 vd; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 4; Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 37; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 2.

devrelere ayrılır.⁷ Soruşturma evresi, basit şüphe⁸ oluşturacak tarzdaki delile dayalı suç haberinin alınmasıyla başlar (m.160), iddianamenin kabulü ile sona erer (m. 2/1-e).

5271 s.lı CMK; mülga 1412 s.lı CMUK'dan farklı olarak, soruşturma evresinde, kural olarak bütün yetkiler savcıda toplanmış olduğundan soruşturma evresi bir bütündür. Bu sebeple yeni sistemde, -CMUK'da olduğu gibi- kolluk araştırması, savcı araştırması şeklinde bir ayırım yapılmaz.⁹

Soruşturma evresi içerisinde değerlendirilen "ara muhakeme devresi"nden de bahsedilmelidir. Kanunda dava açmak için gerekli bütün hususlar mevcut olduğunda, savcı bir iddianame düzenleyip bunu yetkili ve görevli mahkemeye gönderir. Doktrinde bu anda başlayan ve iddianamenin kabulüne kadar devam eden "ara muhakeme" diye isimlendirebileceğimiz ayrı bir safhadan isabetli olarak söz edilir (m.174).¹⁰

⁷ Belirtelim ki CMK'nın 158/6'ncı maddesindeki; "ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez" hüküm dikkate alınarak "soruşturmaya yer olmadığına dair karar" (SYOK) verilen hallerle sınırlı olmak üzere bir "soruşturma öncesi evre"den de bahsetmek gerekir. Bkz: Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 70 vd.

⁸ Şüphenin derecesini tayinde, eldeki deliller belirleyici olmaktadır. Basit şüphe, şüphenin en hafif derecesidir. Kriminalistik biliminin verilerine göre, fiilin soruşturulabilir bir nitelik arz etmesi halinde, "basit şüphe"nin varlığından söz edilir. Bu ise ancak belli ve somut olayların bu fiilin suç olduğu yolunda bir şüphe ortaya koyması ile mümkündür. Olaylara dayanmayan ve sadece basit bir tahminden ibaret bulunan, ya da akla ve mantığa aykırı olan (gölgemi çaldılar şeklindeki bir ihbarda olduğu gibi) iddialarda basit şüphenin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu hal CMK'nın 160 ncı maddesinde "(...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez" şeklinde ifade edilmiştir. Burada basit şüphe adeta tarif edilmektedir. Gbi. bkz. Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, (Ankara: 1994), 68 vd.

⁹ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 575 vd.

¹⁰ Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 598; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 575 vd; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 518. Doktrinde Yenisey-Nuhoğlu bu evreyi "ara soruşturma" olarak adlandırmaktadır.

İddianamenin kabulüyle başlayıp (m. 175), yargılama neticesinde verilen hükmün¹¹ kesinleşmesine kadar devam eden safhaya ise “kovuşturma evresi” denir (m.2/1, f). Eğer hüküm mahkumiyet yönünde ise kesinleşme ile birlikte infaz aşamasına geçilir. Kovuşturma evresine geçilmesi ile iş; savcının sorumluluğundan çıkıp ihtilafı çözecek mahkemeye intikal etmiş olur. Kovuşturma evresi; “duruşma hazırlığı, duruşma, hüküm (son karar) ve kanun yolları (denetim muhakemesi)” evrelerinden meydana gelir. 1412 sayılı CMUK’dan farklı olarak CMK’nın 2’nci maddesindeki tanıma göre kanun yolları süreci de kovuşturma evresine dahildir.

Bilindiği gibi, suç haberinin alınmasıyla birlikte konu hemen mahkemeye intikal etmez. Öncelikle suç haberinin ciddi olup olmadığı araştırılır ki, bu araştırmanın yapıldığı evre soruşturma evresidir. Soruşturma evresinin en yetkili organı olan savcılık makamı, suç haberinin ciddi olmadığı kanaatine varırsa, uygulamada “takipsizlik” denilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verir (m. 172).¹² Böylece ceza muhakemesi daha soruşturma evresinde sonlanmış olur. Buna karşılık delilleri toplayıp değerlendiren savcılık, suçun işlendiğine ilişkin şüphelerin yeterli düzeye ulaştığını düşünürse, kamu davasını açar. Savcılık makamı bütün bu işlemleri yaparken şüphelinin haklarını korumakla da mükelleftir (m. 160/2).¹³

Kanunda dava açmak için gerekli bütün hususlar mevcut ise savcı bir iddianame düzenler ve bu iddianame, yetkili ve görevli mahkemeye gönderilir. Bu andan itibaren ara muhakeme diye isimlendirebileceğimiz yeni bir safha başlar. Ara muhakeme esnasında iddianamenin mahkeme tarafından değerlendirilip on

Bkz; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 570.

¹¹ “Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı” hükmüdür. (m. 223/1).

¹² CMK’nın 172 nci maddesinin ilk fıkrasında da belirtildiği üzere Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

¹³ Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 42; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 494; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 69 vd; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 637.

beş gün içinde kabul ya da iadesine karar verilir. On beş gün içerisinde iade edilmeyen iddianame, kabul edilmiş sayılır (m.174).

Yetkili mahkemenin iddianameyi kabulü ile ceza muhakemesinin kovuşturma evresi başlar. Kovuşturma iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir (m. 2/1-f).

Kovuşturma evresi; duruşma hazırlığı, duruşma, hüküm ve kanun yolları devresi olarak dört başlık altında incelenebilir. Bu sebeple yaptığımız açıklamalar, CMK'nın 282/1'inci maddesi hükmü gereğince Bölge Adliye Mahkemelerinin Ceza Dairelerinde yapılan yargılamalar¹⁴ bakımından da geçerlidir.¹⁵

Kovuşturma evresinde özellikle de duruşma devresinde mahkeme tarafından iddia ve savunmanın ışığında yargılama yapılır ve muhakeme bir hükümlerle sona erer (m.223). Bunu, kural olarak denetim muhakemesi, şayet kurulan hüküm mahkûmiyet yönünde ve kesinleşmişse ise, infaz aşaması takip eder.

İfade edelim ki makalemiz kovuşturma evresinin sonunda mahkeme tarafından verilen "hüküm verme" süreci ile ilgilidir

¹⁴ Bu vesileyle belirtelim ki Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinde savcılık müessesesinin etkin bir biçimde yer almaması yerinde değildir.

¹⁵ Nitekim CMK'nın BAM'ne ilişkin hükümlerin yer aldığı 282'nci maddesinin 1'inci fıkrasında "Duruşma açıldığında aşağıda gösterilen istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır a) Duruşma, bu Kanunun öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu anlatılır. b) İlk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü anlatılır. c) İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları ve bilirkişi raporu anlatılır. d) Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur. e) Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır. f) Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, 195 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere, sanık hakkında verilecek ceza, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise, her hâlde sanığın dinlenmesi gerekir" denilmektedir.

III. CEZA MUHALEMESİNDE SON KARAR (HÜKÜM) DEVRESİ

A. Genel Açıklamalar, Hüküm, Karar

Ceza muhakemesinde; delillerin ikame edilmesi, tartışılması ve nihayet son sözün sanık veya sanıklara verilmesinden sonra mahkemenin; başkanın idaresinde duruşmada ileri sürülüp tartışılmış delillerden edineceği vicdani kanaate göre iddianamede gösterilen suçta ve bu suçun sanığı bulunan kişilere hasredilecek bir hüküm vermek (son karar) üzere müzakereye çekilmesi ile başlayan, hükmün verilmesi, verilen hükmün (son karar) tefhimi ile sona eren kovuşturmanın devresine “son karar (hüküm) devresi” denmektedir.¹⁶

Bilindiği gibi ceza muhakemesi iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete denir. Burada hâkim veya hâkimler; iddia ve savunmanın duruşmada ileri sürülüp tartışılmış delillerden edineceği vicdani kanaate göre bir sonuca ulaşır. Bazı hallerde iddia ve savunma aynı tezi ileri sürmüş olsa da mahkeme bununla bağlı değildir, tezi değerlendirerek bir sonuca varır. Başka bir anlatımla ceza muhakemesi sistemimizde hüküm kolektif bir çalışmanın ürünü olarak ortaya çıkar.

CMK'nın Duruşmanın sona ermesi ve hüküm başlıklı 223'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında; “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür*” denilmektedir. Bunların dışında verilen bir

¹⁶ Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 646 vd; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 608 vd; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 827 vd; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 452 vd; Bahri Öztürk vd., *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2024), 692; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 546; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 608 vd; Murat Balcı, *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 7 vd; Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 760 vd; İhsan Baştürk, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2021), 14 vd; Günal Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 23 vd.

karar, hüküm niteliği taşımaz¹⁷ ve bu sebeple de istinaf veya temyiz kanun yolunun konusunu oluşturmaz.¹⁸

Hüküm, Arapça asıllı bir kelime olup konumuzla ilgili anlamı; “karar, bir dava veya meseleyi dinleyip iyice tahkik ve muhakeme ettikten sonra verilen kat’i karar ve netice” anlamlarına gelmektedir.¹⁹ Doktrinde; “hüküm” yerine “son

¹⁷ Mesela “tefrik” kararı hüküm değildir. Bu sebeple tefrik kararı, istinaf ve temyiz edilemez: “Sanıklar hakkında Nitelikli Hırsızlık, Resmi Belgede Sahtecilik, Rüşvet Almak, Vermek ve Aracılık Etmek Suçlarından Verilen Hükümlere Yönelik Katılan Vekilleri ile Şikayetçi Adalet Bakanlığı Vekilinin Temyizleri Bakımından; Ön inceleme bölümünün (2) numaralı paragrafında belirtilen nedenlerle hüküm niteliğinde olmayan tefrik kararının temyizi mümkün olmadığından temyiz istemlerinin 5271 sayılı Kanun'un 298 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca reddine karar verilmiştir” (Yar. 11. CD, E. 2023/2007, K. 2023/6491, 26.09.2023). Ayrıca bkz: Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 452.

¹⁸ “Sanık hakkında, adam öldürme suçundan 13.01.2005 gün ve 2004/192 esas, 2005/4 karar sayılı mahkumiyet kararının verildiği, kararın sanık vekilince temyiz edildiği, Yarg. Cum. Başsavcılığınca, lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünden değerlendirme yapılması ve duruşma yapılarak yeniden karar verilmesi için dava dosyasının mahkemesine iade edildiği, mahkemesince, 23.08.2005 gün ve (...) sayısı ile, yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığına, karar verildiği, bu kararın vekilince temyiz edildiği cihetle 13.01.2005 günlü kararın ortadan kalktığı ve temyiz incelemesine tabi olamayacağı, 23.08.2005 günlü kararın hüküm sayılan ve temyiz yasa yoluna tabi kararlardan olmadığı anlaşıldığından; CMK.nun 223.madde kapsamında hüküm sayılan yeni bir karar verilmesi için, temyiz, incelemesi yapılmayan dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere” (Yar. 1. CD, 4780/4629, 31.10.2006; “Sanık müdafininin temyizinin, kararın CMUK.nun 253. (CMK.nun 223.) maddesinde tanımlanan davayı sonuçlandıran bir hüküm niteliği taşımayan ve dolayısıyla temyizi olanaklı olmayan “Vergi Usul Kanununa aykırılık suçundan suç duyurusunda bulunulmasına” ilişkin bölümüne yönelik olduğu anlaşılmalı; sanık müdafininin temyiz isteminin CMUK.nun 317.maddesi uyarınca (REDDİNE).” (Yar. 8. CD, 2779/7369, 09.10.2006).

¹⁹ Bkz: Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Hayat Yayınları, İstanbul, btbd. s. 542; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 609 vd.

karar” teriminin de kullanıldığı görülmektedir.²⁰ Ceza muhakemesinde “hüküm” kavramı üzerine çeşitli tanımlar yapılmıştır.²¹

CMK'daki düzenlemelere bakarak hükmü; “ceza davasına konu uyuşmazlığı esastan veya usulden çözen, yargılamayı sonlandıran ve istinaf veya temyize tabi olan; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi ve adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı şeklinde çeşitleri bulunan nihai karar olarak tanımlayabiliriz.²²

Hükümlerin tamamı kanun yoluna tabi değildir. Bazıları verildikleri anda kesindir.²³ Bu hükümlere *kesin hüküm* denir.²⁴ Hüküm, olağan kanun yoluna tabi ise bu süreç sonuçlandığında kesinleşir.²⁵ Buna *kesinleşmiş hüküm* denir. Kanun

²⁰ Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 645 vd; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 608 vd; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 805, Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 558; Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 12 vd; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 857; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 430, 439; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2023), 442; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 671.

²¹ Öztürk, “Delillerin dinlenmesinden ve nihayet son sözün sanığa verilmesinden sonra, mahkemenin, duruşmada ileri sürülüp tartışılmış delillerden edineceği kanaate göre (m. 217/1), yalnız iddianamede beyan olunan suçta ve bu suç şüphesi altında bulunan sanığa hasredilerek (m. 225) verilecek karar hükmüdür. Bkz: Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 645; Ayrıca bkz: Koray Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 7 (2008): 172 vd.

²² Hükümle birlikte hâkim artık davadan elini tamamen çeker, dava ile ilgili yanlış yapmış olduğunu fark etse bile, bu hüküm üst mahkeme tarafından bozulmadığı sürece, dosyayı ele alamaz, dosyanın içine girerek dava ile ilgili karar alamaz, hükmü değiştiremez. Mustafa Artuç ve Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 4 vd; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 610.

²³ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 610; Ayrıca bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 70 vd; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 709.

²⁴ Bkz: CMK. m 272, 5320 s.lı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Geçici m. 2.

²⁵ Bazı yargı mercileri, mahalli mahkemelerin veya istinaf mahkemesi kararlarını doğru bulduklarında “onama” kararı verebilmektedir. Belirtelim ki mahkemelerin verdiği kararların onanmaya ihtiyacı yoktur. Doğrusu “istinaf veya temyiz davasının esastan reddi” olmalıdır.

yoluna başvuru hakkı olan kişi, başvuru hakkını kullanmazsa veya kullanmasına rağmen bu haktan vazgeçerse hüküm kesinleşir.

Karar; bünyesinde hükmü de barındıran bir üst kavram, genel bir terimdir. Her hüküm bir karardır ancak her karar, "hüküm" niteliği taşımaz. Anayasada; "karar" kelimesi, kimi zaman hükmü de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmış (Ay m. 138/4), bazen de karar yerine "hüküm" denilmiştir (Ay m. 138/1). Kararın CMK'da tanımı yapılmamıştır. CMK'nın 223'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında hüküm olduğu belirtilenler dışında, uyuşmazlıkla ilgili mahkemece ulaşılan her sonuca "karar" demek mümkündür.²⁶

B. Hükümün Konusu, Fiili Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi, Suçun Niteliğinin Değişmesi, Ek Savunma Hakkı (m. 224-226)

Hâkim iddia ve savunmanın duruşmada ileri sürdüğü ve tartışılmış delillerden edineceği vicdani kanaate göre bir sonuca ulaşır.

Hükümün konusuna ilişkin düzenleme CMK'nın 217'nci maddesindedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre hâkim, "kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere" dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Bu husus delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi olarak adlandırılır.²⁷ Ancak hemen belirtelim ki "Yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" (m, 217/2).

CMK'nın 225'inci maddesinde; "(1) Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir. (2) Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde

²⁶ Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 611; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 442.

²⁷ Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 646; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 282 vd; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 820; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 827 vd.; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 430 vd; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 546.

iddia ve savunmalarla bağlı değildir" denilmektedir.²⁸ Şu halde hakim, kararını iddianamede anlatılan olay, unsurları gösterilen suç ve faili hakkında vermelidir.²⁹

Belirtelim ki iddianame gösterilen suçun hukuki niteliği müzakere esnasında değişirse (iddianamede hırsızlık olarak tavsif edilmiş olan fiilin sonradan dolandırıcılık olduğu anlaşılırsa) sanık bu durumdan haberdar edilip savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça iddianamede unsurları ve sevk maddesi gösterilenden başka bir suç ile cezalandırılmaz.

Cezanın artırılmasını veya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller³⁰ ilk defa duruşma esnasında ortaya çıkarsa usul ekonomisi

²⁸ "İzmir C, Başsavcılığı'nca düzenlenen ... tarihli iddianamede hükümlü ... hakkında "suç üstlenme" suçundan dava açıldığına dair bir anlatım ve sevk maddesi bulunmadığı gözetilmeden, CMK'nun 225/1. maddesi uyarınca "hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir" şeklindeki düzenlemeye aykırı olarak, açılmayan davadan ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması" (Yar. 8. CD, E. 2019/13085, K. 2019/14935, 12.12.2019).

²⁹ Hükümün sadece iddianamede belirtilen fiil ve fail hakkında verilmesi kuralı adil yargılama ilkesi ile bağlantılıdır. Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için sanığa isnat edilen suçların bilinebilir olması ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin sağlanması gerekir. Hükümün konusunun iddianameyle sınırlanması ile sanık kendisine isnat edilen suçun ne olduğunu önceden öğrenme ve buna göre savunmasını hazırlama imkânına sahip olmaktadır. Eğer mahkeme duruşmada sonradan ortaya çıkan bir suç hakkında karar verirse savunma hakkı kısıtlanır. Zira sanık yargılama boyunca ne ile karşı karşıya geleceğini tam olarak öngöremeyecek ve savunmasını yeterli ve etkili şekilde hazırlayamayacaktır. Bkz. Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 611.

³⁰ Cezanın artırılmasını veya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller "Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede kasten yaralama suçundan sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinin uygulanması istenilmiş, atılı suç ve sevk maddeleri uyarınca savunmasını yapan sanığın iddianamede kanuni unsurları gösterilen kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir. Görüldüğü üzere, CMK'nın 226 . maddesinde öngörüldüğü biçimde suçun hukuki niteliği değişmemiş, sanık hakkında uygulama şartları gerçekleşmediği için uygulanmayan TCK'nın 29 . maddesiyle cezanın artırılmasını gerektiren başka bir durum da ilk kez duruşmada ortaya çıkmamıştır. Sanık hakkında düzenlenen iddianamede yanılı ile sanık hakkında uygulanması istenen bir indirim hükümünün sanık aleyhine olacak şekilde uygulanmaması sanığa ek savunma hakkı verilmesini gerektirmeyecektir. Bu bağlamda sanık TCK'nın 29. maddesinin mahkemece uygulanıp uygulanmayacağı yönünden duruşmanın başından beri savunma yapma imkânına sahip olmuştur. Dolayısıyla savunma hakkının

gereği yeni bir iddianame hazırlanması yerine sanığa ek savunma hakkı verilmesi yeterli olacaktır.³¹

CMK'ya göre suçun niteliğinin değişmesine ilişkin bildirimler, varsa bu müdafie yapılmaktaydı (m.226/4). Bu bildirim doğrudan sanığa değil de müdafie yapılması, savunma hakkının ihlali sonucunu doğurabilmekte idi. Bu sebeple düzenleme eleştirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 05/04/2024 tarihli RG'de yayımlanan kararıyla³² bu hükmü iptal etmiştir.³³

sınırlandırılması söz konusu olmayıp sanık hakkında TCK'nun 29 . maddesinin uygulanmaması nedeniyle ayrıca ek savunma hakkı vermeyen Yerel Mahkeme hükmünde usul ve kanuna aykırılık bulunmamaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 17.12.2013 tarihli ve 1479–611 Sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır. Bu itibarla, haklı nedene dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, hükmün esasına ilişkin inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmiştir". (Yar. CGK, E. 2019/443, K. 2021/327, 01.07.2021). Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Zahit Yılmaz, *Hükmün Konusunun Belirlenmesinde Mahkemenin Yetkisi ve Ek Savunma Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 256.

³¹ CMK'nın "Suçun niteliğinin değişmesi" başlıklı 226 ncı maddesi; "(1) Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez. (2) Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır. (3) Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir" "(4) Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır" şeklindedir.

³² CMK'nın 226 ncı maddesinin 4'üncü fıkrası hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 22/2/2024 t. ve E: 2023/163, K: 2024/57 s.lı Kararı ile iptal edilmiştir.

³³ Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde şu açıklamalar mevcuttur: " (...) Ceza muhakemesi hukuku sistemine bakıldığında feragat edilmesi mümkün olan adil yargılanma güvencelerinden olan duruşmada bizzat hazır bulunma ve bizzat savunma yapma haklarından ilk savunma yönünden feragat edilebilmesi imkânı tanınmamışken ek savunma hakkı yönünden tam aksi yönde sanığın bu haktan feragat edip etmediğine dahi bakılmaksızın savunmanın müdafii vasıtasıyla yapılması yeterli görülmüştür. Hâlbuki yargılama sırasında değişen isnada karşı sanığın savunma hakkı kapsamında ortaya çıkan menfaatlerinin ilk isnada karşı savunma yapma hakkı çerçevesinde ortaya çıkan menfaatten daha az olduğu söylenemez. Hatta verilecek cezanın artması ve daha ağır bir suçtan mahkûmiyet ihtimalinin ortaya çıktığı hâllerde ek savunma hakkı kapsamında ortaya çıkan menfaatin daha fazla olduğu bile söylenebilir. Öte yandan bazı durumlarda isnadın niteliğinde yapılan değişikliğin isnadın sebebinde de değişikliğe yol

İptal kararı üzerine kanun koyucu 14/11/2024 t.li ve 7532 sayılı Kanununun 16 maddesi ile 226'ncı maddenin 4'üncü fıkrasına üçüncü bir cümle ekleyerek ortaya çıkan haksızlığı gidermiştir. Yeni getirilen son cümle şöyledir: “*Sanığın dosyada var olan son adresine bildirim yapılamaması veya bildirimle rağmen duruşmaya gelmemesi halinde müdafie yapılan bildirimler yeterli kabul edilir*”.

İfade edelim ki sanığa ek savunma hakkı tanınmadıkça cezanın ağırlaştırılması yoluna gidilemez (m. 226/2).³⁴ Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde talep üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre de verilmelidir (m. 226/3). Görüldüğü gibi burada sanığa ek savunma hakkı verilerek mahkemeye de değişen suç vasfını dikkate alarak karar verme imkanı sağlanmaktadır. Bu

açabileceği, isnadın sebebine ilişkin bilgi konusunda ise sanığın en iyi konumdaki kişi olduğu açıktır. İsnadın niteliğinde yapılacak değişiklikten sanığın haberdar olmaması ve yargılamaya katılamaması ise olayı en iyi bilebilecek durumda olan sanığa, mahkemenin vereceği kararı etkileme imkânının sunulmaması anlamına gelecektir. Kural, ek savunma hakkı yönünden sanığın bu haktan feragat edip etmediğine bakmaksızın savunmanın müdafii vasıtasıyla yapılmasını yeterli görmüş, hatta sanığa isnadın dahi bildirilmesine gerek görmemiştir. İsnadın hukuki niteliğinde meydana gelen değişiklik konusunda sanığın müdafiiine bildirim yapılmasının öngörülmesi, müdafiiin hukuki konuda teknik bilgiye sahip olması nedeniyle makul görülebilir. Ancak sanığın müdafii tayin etmiş olması, kendisini bizzat savunma hakkında vazgeçtiği anlamına gelmediği gibi isnadı öğrenme hakkında feragat ettiği anlamına da gelmez. Kural, isnatta değişiklik meydana geldiği durumlarda buna ilişkin bildirim müdafiiye yapılmasına, duruşmada hazır bulunma ve savunma haklarının müdafii tarafından kullanılmasına ve bu şekilde isnat değişikliğine ilişkin savunması alınmadan sanık hakkındaki davanın bitirilebilmesine imkân tanımaktadır. Ancak kural, sanığın anılan haklarından feragat etmediğini öne sürmek suretiyle yeniden değerlendirme yapılmasına dair herhangi bir güvence sunmamaktadır. Böylece kural, sanığa isnatta meydana gelen değişikliğe ilişkin olarak mahkemenin vereceği kararı etkileme imkânı sunmamakta, adil yargılanma hakkına, meşru amaca ulaşma bakımından gerekli olmayan ve orantısız, bu itibarla ölçüsüz bir sınırlama teşkil etmektedir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir”.

³⁴ “Sanıklar hakkında bir kez 227/2. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı halde ek savunma hakkı tanınmadan aynı Kanun maddesi gereğince iki ve üç kez hüküm kurularak, CMK'nın 226. maddesine aykırı davranılması” (Yar. 18. CD, E. 2017/4356, K. 2017/12474, 07.11.2017); Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, 53 vd.

düzenlemeden de anlaşılmaktadır ki mahkeme suçun vasfını tayinde iddia ve savunma ile bağlı değildir.³⁵

Dava açıldıktan sonra sanığın yeni suçlarının ortaya çıkması durumunda, savcılık tarafından yeni bir iddianame düzenlenmelidir.³⁶ Ayrıca, CMK'nın 205'inci maddesi uyarınca bir kimse, duruşma sırasında suç işlerse mahkeme olayı tespit eder ve bu hususta düzenleyeceği tutanağı savcılığa gönderir; gerek görürse failin tutuklanmasına da karar verebilir.

C. Hüküm Vermek Üzere Müzakereye Katılacak Hakimler, Müzakerenin Yönetimi ve Oyların Toplanması (m. 227-229)

Son karar devresinin; delillerin ikame edilmesi, tartışılması ve nihayet son sözün sanığa verilmesinden sonra mahkemenin; duruşmada ileri sürülüp tartışılmış delillerden edineceği vicdani kanaate göre bir hüküm vermek (son karar) üzere müzakereye çekilmesi ile başladığını yukarıda belirtmiştik. Burada müzakereye katılacak hakimler, müzakerenin yönetimi ve oyların toplanması hakkında kısa bilgiler verilecektir.

³⁵ Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 646; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 608 vd.; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 818; Yılmaz, *Hükmün Konusunun Belirlenmesinde Mahkemenin Yetkisi ve Ek Savunma Hakkı*, 231; Balcı, *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri*, 93; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 856; Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 435-437; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 460 vd.; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 662 vd.

³⁶ "İddianame içeriğine göre sanıklar Ramazan ve Musa haklarında nitelikli cinsel saldırı (ırza geçme) suçundan kamu davası açılmadığı, dava konusu edilen diğer suçların açıklanması sırasında bu olaydan söz edilmesinin kamu davası açıldığı anlamına gelmeyeceği, iddianamede dava konusu yapılan fiilin bir başka olaya dayalı olmadan bağımsız olarak açıklanıp belirtilmesinin gerektiği, aksine uygulamanın hangi eylemden dolayı dava açıldığı ve hangi iddiaya karşı savunma yapılacağı hususunda karışıklığa neden olacağı nazara alınmadan ve CMK'nın 225/1. maddesinin "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir" hükmüne aykırı biçimde anılan suçtan usulen kamu davasının açılması sağlanmadan ek savunma hakkı verilmekle yetinmek suretiyle mahkûmiyet kararı verilmesi" (Yar. 5. CD, E. 2006/13156, K. 2010/7375, 11.10.2010); Ayrıca bkz. Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 436; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 669.

Mahkeme tek hâkimden oluşuyorsa burada hâkim; hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan deliller ikame edildikten ve duruşmada tartışıldıktan sonra, vicdani kanaatine göre bir sonuca ulaşarak hüküm vermelidir.³⁷ Birden çok hâkimin görev yaptığı mahkemelerde ise hükmün oluşum safhası CMK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun sebebi hâkimlerin aynı olay hakkında farklı sonuçlara varma ihtimalinin bulunmasıdır. Buna göre mahkeme başkanı müzakereyi yönetmekle mükelleftir (m.228). Başkan ayrıca düzeni sağlamak ve çözülmesi gerekli sorunları belirleyerek müzakerenin yapılmasını temin etmekte görevlidir.

Hüküm verilmeden önce hâkimler kendi aralarında müzakere etmelidir. Hüküm verilmeden önce yapılan müzakere, hükmün belirlenmesi için hâkimlerin kendi aralarında yapmış olduğu düşünce açıklamaları ve açıklanan düşüncelerden hangisine üstünlük tanınarak onun tercih edileceğine yöneliktir.

Müzakere yalnızca hükme ve karara katılacak hâkimler arasında yapılabilir (m. 227/1).³⁸ Cumhuriyet savcısının müzakerede bulunması usule aykırı olur.³⁹ Yani müzakerelerde gizlilik esastır. Kanunda ilk derece mahkemelerinde müzakerelerin gizli olduğu açıkça ifade edilmemiş⁴⁰ olmakla birlikte düşüncemize

³⁷ Vicdani kanaat için bkz: Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2002), 125 vd.

³⁸ "05.08.2013 tarihli oturumda kürsüde 6 hakim olduğu halde hükmün tefhim edildiği, gerek kararın tefhime katılan hakimlerin basına yaptıkları açıklamalar gerekse gerekçeli karardaki anlatımdan müzakereye sadece karara iştirak eden hakimlerin değil, mahkemenin diğer hakimlerinin de katıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; Mahkemenin karar müzakeresi usulü CMK'nın 227. maddesine açıkça aykırı olduğu gibi bu aykırılığın aynı Kanun'un 289/1-a maddesi uyarınca kesin hukuka aykırılık hallerinden bulunmasına rağmen yazılı şekilde müzakere yapılarak hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur" (Yar. 16. CD, E. 2015/4672, K. 2016/2330, 21.04.2016).

³⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 668; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 445; Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, 99.

⁴⁰ Temyiz aşamasındaki müzakerelerin gizli yapılması gerektiği 2797 s.lı Yargıtay Kanunu'nun 40 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilmiştir. 2797 s.lı Yargıtay Kanunu'nun 40 ncı maddesinin 1 inci fıkrası; "*Daireler heyet hâlinde çalışır, heyet bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanır. Üye sayısının yeterli olması halinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, oluşturulan diğer heyetlere, heyette yer alan en kıdemli üye başkanlık eder. Heyetler işi müzakere eder ve salt çoğunlukla*

göre bu husus işin mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte mahkeme başkanı, hakim ve savcı yardımcılarını ile mahkemesinde staj yapmakta olan avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir (m.227/2).

Müzakerede görüşülmesi ve çözülmesi gereken her konu görüşülür. Bunlar, olayların ve yargılamanın doğal gelişim çizgisine ve öncelik sonralık sırasına göre ortaya çıkabilir. Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise ceza mahkemesi bu konuyla ilgili olarak da CMK hükümlerine göre karar verebilir. Doktrinde buna nisbi muhakeme denilmektedir (m.218/1) ⁴¹. Bu ihtimalde, asıl ceza uyuşmazlığından önce, ortaya çıkan bu tali sorunun nispi muhakeme yoluyla çözümlenmesi amaçlanmaktadır.

Hüküm, yargı mercilerince gerekli ve yeterli araştırma, inceleme, kovuşturma ve soruşturma yapıp tamamlandıktan sonra, müşahhas olayın hukuk normları karşısındaki durumunun tespiti yoluyla uyuşmazlığı ve davayı sonuçlandırmak demektir. Mahkemece karar ve hükümler oybirliği veya oyçokluğuyla verilir (m. 224/1). Müzakerede hükmün oybirliği ile verilmesi, tüm hâkimlerin verilen hüküm yönünde oy kullandıklarını gösterir. Bununla birlikte hâkimler müzakere esnasında farklı görüş bildirmiş olabilir.

Oyçokluğu ile verilen hükümden, müzakere hâkimlerinden azınlıkta kalan kısmın verilen hüküm haricinde bir görüşü benimsediği anlaşılır. Bu halde karşı oy hükümle birlikte gerekçesi de belirtilmek suretiyle duruşma tutanağında gösterilir (m. 224/2).

Mahkeme başkanı, kıdemsiz üyeden başlayarak oyları tek tek sorar ve en sonunda kendi oyunu açıklar.⁴² Mahkeme başkan ve üyelerin herhangi bir konuda

karar verirler. Müzakereler gizli cereyan eder” şeklindedir. Bkz: Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 613.

⁴¹ Bkz: Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 165; Gökçen vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 186, Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 151.

⁴² “Konuyla yakından ilgili diğer düzenleme CMK’nın ‘Oyların toplanması’ başlıklı 229/1. maddesidir. Bu madde ‘Mahkeme başkanı, kıdemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve en sonra kendi oyunu verir’ hükmünü içermektedir. Bu düzenlemenin amacı, kıdemsiz üyenin mahkeme başkanından ve kendisinden kıdemli bulunan üyenin oyundan etkilenmemesini

azınlıkta kaldığından bahisle oy vermektan istinkaf edemez. Oylar dağılırsa sanığın en çok aleyhine olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine daha yakın olan oya eklenmek suretiyle çoğunluk oyuna ulaşılması sağlanmasındır (m. 229).⁴³

Müzakere sonrası varılan sonuç (Hüküm) açıklanmadan önce duruşmanın bittiği taraflara bildirilir. Hükümün kurulabilmesi için gerçekten bu düşünme ve müzakere aşamasının gereği gibi yapılmış olması zorunludur.⁴⁴

sağlamaktır. Hukuk eğitimi almış ve önemli tecrübeye sahip hakimlerin, başkanın veya kendisinden kıdemli üyenin oyundan etkilenmesinin pratikte olanaklı olmadığı ileri sürülerek anılan hüküm görmezlikten gelinemez. Çünkü yasa koyucu bu olasılığın varlığını kabul edip açıkça oylama biçimini belirlemiş, heyete katılanların rastgele ve düzensiz oy kullanmalarını yasaklamıştır. Somut olayda seçilmiş başkan veya kıdemli üye yerine, kıdemsiz üyenin başkanlık yapması oylama sırasını tamamen değiştirmekte ve anılan düzenlemeye aykırılık oluşturmaktadır. Bu aykırılığın oylama sonucuna etkisinin olduğu yasa koyucu tarafından kabul edilmiş, uygulayıcının takdir ve değerlendirmesine bırakılmamıştır. Açıklanan nedenlerle Özel Dairece yapılan yargılama sırasında Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından seçilmiş daire başkanı veya kıdemli üye yerine, kabul edilebilir yasal bir neden yokken kıdemsiz üyenin yargılamayı yapan heyete başkanlık etmesinin 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 24, 30, 31 ve 40. maddeleri ile 5271 sayılı CMK'nın 229/1. maddesine aykırı olduğu, bu aykırılığın sonuca etkisinin bulunduğu ve CMK'nın 289/1-a maddesinde belirtilen hukuka kesin aykırılık hâlini oluşturduğu nazara alınarak bozma nedeni yapılması gerektiği düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilememiştir" (Yar. CGK, E. 2019/623, K. 2020/524, 17.12.2020).

⁴³ Nurullah Kunter, "Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu", *Yargıtay Dergisi* 9, no. 3, 354 vd; Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 617; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 445; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 668; Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, 102 vd.

⁴⁴ "Gerek Yargıtay uygulamalarında ve gerekse öğretilerde açıkça belirtildiği üzere bu düzenlemeler toplu mahkemelerde müzakere ve oy vermelerde mutlaka uyulması gereken emredici usul kurallarıdır. Yargılamada kanıtların toplanmasından sonra hâkimlerin olay hakkında birbirlerini aydınlatmaları için müzakere yapılır. Karar verilmeden önce böyle bir müzakerenin yapılmaması emredici usul kuralına aykırılık oluşturur. Karardan önceki tartışmada, meselenin varlığı, yokluğu, gerekliliği veya gerekmezliği öncelikle oylanarak, çözümlenmelidir. Zira, her hâkim CMK'nın 229. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sorun hakkında oy vermek zorundadır. (...) kurulan mahkûmiyet hükümlerinin CMK'nın 229/2. maddesine aykırı davranılarak usulüne uygun oylama "CMK'nın 229. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemede yer alan "kadar" sözcüğü oylamada sürekliliği ifade ettiği için, yargı makamları bakımından karar vermenin zorunluluğunu da göstermektedir. CMK'nın 229. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemede yer

D. Hükümde Bulunması Zorunlu Olan Hususlar, Hükümün Tefhiminden Sonra Gerekçeli Karar Yazılmadan Hâkimin Vefatı veya Kararı İmzalamayacak Hâle Düşmesi (m. 232)

Ceza muhakemesi sonunda verilen “hüküm”de bulunması gereken hususlar; “Hükümün Gerekçesi ve Hüküm Fıkrasının İçereceği Hususlar” başlıklı 232’nci maddede göstermiştir.⁴⁵ Hüküm fıkrası, kısa ve açıklığı ile kendini göstermelidir. Gereksiz her ifadeden kaçınılmalıdır. Eskilerin deyimiyile hüküm; “efradını cami, ağyarını mani” olmalıdır. Kanun koyucu 232’nci maddede hükümün şekli unsurlarını göstermek suretiyle uygulamada birliğin sağlanması, keyfiliğin önlenmesi amaçlanmıştır.

alan "kadar" sözcüğü oylamada sürekliliği ifade ettiği için, yargı makamları bakımından karar vermenin zorunluluğunu da göstermektedir” (Yar. CGK, E. 2022/190, K. 2022/300, 26.04.2022).

⁴⁵ CMK’nın Hükümün Gerekçesi ve Hüküm Fıkrasının İçereceği Hususlar” başlıklı 232 nci maddesi şöyledir: “(1) Hükümün başına, “Türk Milleti adına” verildiği yazılır. (2) Hükümün başında; a) Hükümü veren mahkemenin adı, b) Hükümü veren mahkeme başkanının ve üyelerinin veya hâkimin, Cumhuriyet savcısının ve zabıt kâtibinin, katılanın, mağdurun, vekilinin, kanunî temsilcisinin ve müdafinin adı ve soyadı ile sanığın açık kimliği, c) Beraat kararı dışında, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, d) Sanığın gözaltında veya tutuklu kaldığı tarih ve süre ile halen tutuklu olup olmadığı, yazılır. (3) Hükümün gerekçesi ve varsa karşı oy gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur. (4) Karar ve hükümler bunlara katılan hâkimler tarafından imzalanır. (5) Hüküm sonucu tefhim edildikten sonra gerekçeli karar imzalanmadan hâkim ölür veya herhangi bir sebeple kararı imzalamayacak hâle düşerse, yeni hâkim, tefhim edilen hükme uygun olarak gerekçeli kararı bizzat yazarak imzalar. Toplu mahkemelerde böyle bir durumun gerçekleşmesi hâlinde, hüküm diğer hâkimler tarafından imzalanır ve başkan veya en kıdemli hâkim tarafından, hükümün altına diğer hâkimin imza edememesinin sebebi yazılarak imza olunur. (6) Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir. (7) Hükümlerin nüshaları ve özetleri mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır ve mühürlenir”. Konu hakkında bkz: Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 558; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 863 vd; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 621. Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 809 vd; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 558 vd; Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 113 vd.

Hükmün başına “Türk Milleti Adına” yazılması gerektiği⁴⁶ CMK’nun 232 nci maddesinin 1’inci fıkrasında belirtilmiştir.⁴⁷ Bu suretle yapılan yargılamanın milletin verdiği yetkiye dayandığı hükmün en başında belirtilmektedir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanmaktadır (Any. m. 6). Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (Any. m. 9). Yargılamanın neticesinde verilen hüküm, egemenlik yetkisinin kullanılmasının bir sonucudur.

Ayrıca hükmün başına;

hükmü veren mahkemenin adı (m.232/2 a),

hükmü veren mahkeme başkanının ve üyelerinin veya hâkimin,

Cumhuriyet savcısının⁴⁸ ve zabıt kâtibinin,

katılanın, mağdurun ve bunların vekillerinin kanunî temsilcilerinin ve müdafinin adı ve soyadı ile sanığın açık kimliği,

yazılır.⁴⁹

⁴⁶ “Gerekçeli karar başlığına “Türk Milleti Adına” verildiğinin ve suçun işlendiği yerin yazılmaması” (Yar. 2. CD, 4507/8134, 06.06.2007).

⁴⁷ Benzer ifadeler içeren düzenlemeler birçok ülke kanununda bulunmaktadır. Örneğin; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre de karar “Alman Milleti” adına verilir. Bkz: Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 622; Gbi bkz: Balcı, *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri*, 115 vd.

⁴⁸ “Asliye Ceza Mahkemesinde, hükmün esasını oluşturan kısa kararın tefhim olunduğu 24.11.20t05 tarihli oturuma katılan C. Savcısının adı ve sicil numarasının gerekçeli karar başlığına yazılmaması CMK.nun 232/2-b maddesine aykırı olup infazda tereddüt doğuracağından istemin kabulü” gerekir (Yar. 11. CD, 4195/615930, 30.6.2006).

⁴⁹ “Olağan yasa yolu olan temyiz incelemesinde, hükmün hâkim veya zabıt kâtibi tarafından imzalanmamış olması, gerekçeli karar başlığında isim eksikliğinin bulunması veya tutanaklarda buna benzer eksikliklerin yer alması halinde, hükmün yasaya uygunluğu konusunda bir kuşkuya neden olunmaması ve tutanaklara duyulan güvenin korunması amacıyla bozma konusu yapılmakta ise de, tüm yasal işlemler yerine getirilerek kesinleştirilmiş olan hükümlerde bu tür eksiklikler olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma konusu yapılmayacaktır. Başka bir anlatımla olağan temyiz denetiminde her hukuka aykırılığın, bu kapsamda isim ve imza gibi eksikliklerin belgelendirme değerini ortadan kaldırayabileceği gerekçesi ile bozma konusu yapılabilmesi olanaklı olmasına karşın bu tür hukuka aykırılıklar yasa yararına bozma konusu olamayacaktır. Yine aynı şekilde, yasa yararına bozma yasa yolunun bu özelliği nedeniyle,

Beraat dışında hükmün başında gösterilmesi gereken bir diğer husus suçun işlendiği yer ve zaman dilimidir (232/2-c). Fiilin ve suçun işlendiği zaman, hem ceza hukukunda uygulanacak kanun hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasını göstermek açısından⁵⁰ önem taşır, hem de dava zamanaşımının belirlenmesi açısından zorunludur.⁵¹ Kanun koyucunun fıkra metninde “tarih ve zaman dilimi” şeklinde bir ifade kullanması, zaman bakımından uygulama prensipleri çerçevesinde tatbik edilecek kanunun belirlenmesi, mütemadi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından önem taşımaktadır. Hükmün başına suçun işlendiği yer de yazılmalıdır. Suçun işlendiği yerin yazılması, mahkemelerin yetki kurallarının belirlenmesi açısından önemlidir (m. 12/1).

CMK'nun 232/2-d maddesinde sanığın hürriyetini kısıtlayan hallerden gözaltı ve tutukluluk tarih ve sürelerinin de yazılması gerektiği ifade edilmiştir.⁵² Hükmle birlikte tutukluğunun devamına karar verildiği hallerde, sanığın halen tutuklu olduğunun da yazılması gerekir. İfade edelim ki kişiye yakalama koruma tedbiri uygulandı ise bu esnada geçen süre de yazılmalıdır.

Söz konusu hürriyeti kısıtlayıcı hallerin başlayış ve bitiş tarihleri ile birlikte yazılması, mahkûmiyet halinde bu sürelerin mahsup edilebilmesini mümkün kılmak içindir (TCK m. 63).

hâkimin takdirini hatalı kullanmasına ilişkin hususlardaki hukuka aykırılıklar örneğin; temel ceza miktarının saptanmasında kullanılan ölçütlerin hatalı takdir edilmesi, cezada artırma ve indirme yapılırken kullanılan oranların seçimindeki isabetsizlik gibi hususlar ile kanıtların takdir ve tercihinde hataya düşüldüğünden bahisle bu yola başvurulması da, bu olağanüstü yasa yolunun amaç ve kapsamıyla bağdaşmayacaktır” (Yar. CGK, E. 2009/58, K. 2009/166, 16.6.2009); Bkz: Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 624; Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 449-450; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 686; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 446.

⁵⁰ Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 169 vd.

⁵¹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 169 vd.

⁵² “Tutuklu olan sanıkların gözaltında veya tutuklu kaldığı tarih ve süre ile halen tutuklu olup olmadığı gerekçeli karar başlığına yazılmaması suretiyle C.M.K.nun 232/2-d maddesine muhalefet edilmesi” (Yar. 5. CD, E. 2011/290, K. 2011/3055, 13.4.2011); “Ek karar ile önceki hükmün geçerliliğini yitirdiği gözetilmeden, CMK.nun 232/2-b, c ve d bentleri gereğince sanığın açık kimlik bilgileri, müdafinin adı ve soyadı, suçun işlendiği yer ve zaman dilimi ile sanığın gözaltında ve tutuklulukta kaldığı tarih ve süre gerekçeli karar başlığında gösterilmeyerek, önceki hükme göndermede bulunulması” (Yar. 10. CD, 13194/412, 23.1.2007). Bkz: Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 627.

CMK'nın 232/3'üncü fıkrasına göre; *"hüküm gerekçesi ve varsa karşı oy gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse (hüküm) açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına"* konulmalıdır. Hüküm verildikten sonra mümkün olduğu kadar çabuk şekilde gerekçenin yazılması tavsiye edilir. Hatta mümkünse hüküm, gerekçesiyle birlikte açıklanması çok daha isabetli bir uygulama olur. Çünkü duruşmanın safhaları akılda ne kadar taze olursa, yazılı gerekçeleri tamamlamak o kadar kolay olur. Ancak uygulama bu anlamda çok problemlidir.

Hüküm gerekçesi ile açıklanan ve hükümün esasını oluşturan kısa karar uyumlu olmalı, sonradan yazılan gerekçeye göre kısa karar değiştirilmemelidir. Hüküm gerekçesinin, kısa hükümün açıklanmasından itibaren en geç on beş gün içerisinde yazılması yönündeki kural, düzenleyici mahiyettedir. Bu yüzden on beş günlük süreye uyulmaması, hükümün esasını etkilememesi sebebiyle temyiz nedeni sayılmamıştır. Ancak bu sürenin geçirilmesi hâkimler için disiplin ve cezai sorumluluk doğurabilir.

232'inci maddenin 4'üncü fıkrasında; karar ve hükümlerin, bunları veren hâkimler tarafından imzalanması gerektiği belirtilmektedir.⁵³ Hüküm sonucu tefhim edildikten sonra gerekçeli karar imzalanmadan hâkim ölür veya herhangi bir sebeple kararı imzalayamayacak hâle düşerse, yeni hâkim, tefhim edilen hükme uygun olarak gerekçeli kararı bizzat yazıp imzalar. Toplu mahkemelerde böyle bir durumun gerçekleşmesi hâlinde, hüküm diğer hâkimler tarafından imzalanır ve başkan veya en kıdemli hâkim tarafından, hükümün altına diğer hâkimin imza edememesinin sebebi yazılarak imza olunur (232/5).

CMK'nın 232/6 ncı maddesinde; *"hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve mercüünün tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir"* denilmektedir.

⁵³ "02.11.2006 tarihli celsede, ara vermeye ilişkin 7. ve 9. sayfalarındaki ara kararların, üye hakim 92602 tarafından imzalanmaması suretiyle CMK.nun 232/4. maddesine aykırı davranılması" (Yar. 1. CD, 9015/4004, 14.5.2008); "Esaslı işlemlerin yapıldığı 26.07.2005, 01.12.2005, 23.02.2006, 24.05.2006, 26.06.2006 ve 11.12.2006 günlü oturumlara ilişkin duruşma tutanaklarının, oturuma katılan üye hakimler tarafından imzalanmayarak CMK.nun 219. ve 232/4-7. maddelerine aykırı davranılması" (Yar. 11. CD, 1019/10228, 14.10.2008).

Hüküm fıkrası, hem kısa kararda hem de gerekçeli kararda bulunması gerektiğinden mahkemece verilen hüküm çeşidinin her iki halde de açıkça ortaya konulması gerekir. Hüküm fıkrasında, uygulanan kanun maddelerinin de gösterilmesi gereklidir. Uygulanan kanun maddesi, hüküm fıkrasında yazılırken, söz konusu maddenin hangi kanunda yer aldığı anlaşılır şekilde belirtilmesine dikkat edilmeli, kanun ismi değiştirilmeden yazılmalıdır. Ancak söz konusu kanun isminin uzun olması sebebiyle kısaltma yapılarak ya da sadece kanun numarası gösterilerek yazılması mümkündür.

Keza uygulanacak kanun ile birlikte madde numarasının, maddenin birden fazla fıkra veya bentlerden oluşması halinde, madde numarası yanında, uygulanan fıkra ve bent numaralarının da gösterilmesi zorunludur. Bu adil bir yargılamanın tabii bir sonucu olduğu gibi kanunilik ilkesinin de bir gereğidir.⁵⁴

Ayrıca hüküm fıkrasında, verilen ceza miktarının ayrıntılı olarak yazılması cezanın infazında tereddütlere mahal vermemesi bakımından da önemlidir. Ceza miktarı, TCK'nın 61'inci maddesindeki "cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi"ne ilişkin esaslara göre belirlenir.

Hüküm fıkrasında kanun yollarına başvurma imkanının bulunup bulunmadığının, şayet başvuru imkanı varsa, başvurunun süresi ve merciin neresi olduğu tereddüde yer vermeyecek açıklıkta gösterilmelidir.⁵⁵ CMK'nın 264' üncü

⁵⁴ "Kaçak eşyaların taşınmasına bilerek kullanılan nakil araçlarının zoraltımında uygulanan kanun maddesinin 4926 sayılı kanunun 20. maddesi yerine 4/4. maddesi olarak gösterilmesi, ... Bozmayı icap ettirmiş, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden ve bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden (...) taşıma araçlarının zoraltımında uygulanan kanun maddesinin karar yerinde 4926 sayılı kanunun 20. maddesi olarak gösterilerek (...) hükmün düzeltilerek onanmasına" (Yar. 7. CD, 9247/6333, 3.5.2006).

⁵⁵ "Yerel Mahkeme uyarılama kararında yasa yolunun temyiz yerine, itiraz/temyiz olarak gösterilmesi nedeniyle, Yerel C. savcısı temyiz süresi içinde itiraz yasa yoluna başvurmuştur. Bu durumda itiraz merciinin, yasa yoluna başvuruda hataya düşüldüğünü saptayarak, kararın tabii bulunduğu doğru yasa yolunun temyiz olduğuna işaretle inceleme yapılabilmesi için dosyayı Yargıtay'a göndermesi gerekirken, kendisini yetkili ve görevli sayarak başvuruyu sonuçlandırmak suretiyle verdiği karar hükümsüzdür. Yerel Mahkemenin uyarılama kararı da henüz kesinleşmemiştir. Dolayısıyla bu durumda, kanun yararına bozma isteminde bulunulamaz; temyiz başvurusunu incelemekle yetkili ve görevli denetim merci olan Yargıtay'ın, süresi içinde yapılmış başvuru nedeniyle henüz kesinleşmemiş bulunan uyarılama

maddesine göre; kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolu veya merciinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Böyle hallerde müracaatın yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan yere gönderir.⁵⁶

Kanun yolunun veya merciin doğru gösterilmesine rağmen süre ve başvuru şeklinin ise hiç gösterilmediği veya yanlış gösterildiği hallerde, süresinden sonra yasa yoluna başvuru olması halinde talep kabul edilmelidir. Hüküm fıkrasında süre ve şeklin gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olması hali “eski hale getirme” sebebi teşkil eder (m.40).⁵⁷

CMK'nın 232/6'ncı maddesine göre; “hüküm fıkrasında, (...) tazminat isteme imkanının bulunup bulunmadığı, bu mümkünse süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça” gösterilmelidir.

CMK'nın 141-144. Maddeleri arasında koruma tedbirleri sebebiyle tazminat istemenin hangi hallerde mümkün olduğu ve bunun usulü gösterilmiştir. İşte bu nevi ya da muhakeme esnasında uğranılan haksızlıklar dolayısıyla tazminat isteme hakkı doğmuşsa bu da hüküm fıkrasında açıkça gösterilmelidir.

kararını temyizden inceleyip başvuruyu sonuçlandırması gerekir” (Yar. CGK, 5-150/157, 26.6.2007).

⁵⁶ “Yasa yolunun temyiz yerine itiraz ya da itiraz yerine temyiz olarak gösterilmesi ilgililerin aleyhine bir sonuç doğurmaz. Zira temyiz yerine, itiraz da dense ilgili merci bu dilekçeyi temyiz inceleme mercii olan Yargıtay'a gönderecektir. Yasa yolunun yanlış bildirilmesinin, hiç bildirilmemesi ile eş değerde olduğu nazara alınarak bu durumun eski hale getirme nedenini oluşturduğu kabul edilmeli bu yola başvurabilmelerinin sağlanması açısından eksikliği gidermeye yeterli meşruhatlı duyuru ile taraflar bilgilendirilmelidir” (Yar. CGK, 133/204, 7.7.2009); “Somut olayda; yasa yolunun “temyiz” yerine “itiraz” olarak gösterilmesi dışında, yasa yolu süresi ve yasa yoluna kimlerin ne şekilde başvurabilecekleri ayrıntılı ve doğru olarak gösterilmiş, karar taraflara tebliğ edilmiş, ancak herhangi bir yasa yoluna başvuran olmamıştır. Şu durumda, yapılan uygulama hukuka uygun sayılmalı ve temyiz yasa yolu süresi geçirildiği için hükmün kesinleştiği kabul edilmelidir” (Yar. CGK, 1-278/291, 5.12.2006).

⁵⁷ “Yasa yoluna başvuru süresi ve şeklinin gösterilmemiş olması, AİHS'nin “Adil Yargılanma Hakkını” düzenleyen 6. maddesi ile bu hakkın kapsamına yeni bir yorum getiren Sözleşmeye Ek 7' Nolu Protokolün 2. maddesine, Anayasası'nın 40/2. maddesine, 5271 sayılı Yasanın 34/2, 231/2. ve 232/6. maddelerine açıkça aykırılık oluşturmakla, belirtilen durumun 5271 s.lı Yasanın 40. maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni sayılması gerektiğinde tereddüt yoktur” (Yar. CGK, 3-9/18, 30.1.2007).

E. Hükümün Gerekçesi, Gerekçede Gösterilmesi Gereken Hususlar (m. 232/3, m. 230)

CMK'nın 232/3'üncü fıkrasına göre; "hükümün gerekçesi ve varsa karşı oy gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse (hükümün) açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına" konulmalıdır.

CMK'nın 231'inci maddesinde, duruşma sonunda, 232'nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesinin ana çizgileriyle anlatılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Hükümün gerekçesi ve varsa karşı oy gerekçesinin, tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç on beş gün içinde dava dosyasına konulması zorunludur (m. 232/3).

Gerekçe (esbab-ı mucibe) önemi itibarıyla CMK'da ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve mahiyeti açıklanmıştır.⁵⁸ Gerekçe; mahkeme karar ve hükümlerinin hangi sebebe dayalı olarak tesis edildiğini, hükümün temellerinin mantığa, hukuka ve delillere uygun, yeterli, anlaşılır ve ikna edici niteliği haiz olduğunu gösterir.⁵⁹ Anayasası'nın 141 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında; "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" hükmü mevcuttur. CMK'nın 34 üncü maddesinde hâkim ve mahkemelerin her türlü kararının, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılacağı belirtilmiştir.⁶⁰ Verilen hükümlerin

⁵⁸ Gbi; Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 156 vd; Erdal Yerdelen, Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 51 vd; Zafer İçer, Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 46; Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 811 vd; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 55 vd; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 863 vd; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 439 vd; Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 681 vd; Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 70 vd.

⁵⁹ Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 156 vd.

⁶⁰ "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141/3., CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının Yargıtay denetimine imkan sağlayacak biçimde açık ve gerekçeli olması gerekçe bölümünde iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin belirtilmesi, mevcut delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterilmesi, bu delillere göre ulaşılan sonuçların, iddia, savunma ve dosyadaki diğer belgelere ilişkin değerlendirmeler ile sanığın eyleminin ve yüklenen suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğunun, hangi delillere üstünlük tanındığının açık olarak gerekçeye yansıtılması, delillerle

gerekçesinde bulunması lüzumlu hususlar CMK'nın 230'uncu maddesinde açıklanmıştır.⁶¹

Yüksek Mahkeme kararlarının da gerekçeli olması gerekir. Özellikle teyiz dilekçesinde açık ve somut bir biçimde ileri sürülen gerekçenin davanın sonucunu etkileyecek nitelikte olması durumunda dikkate alınmaması, adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur.⁶²

Anayasa ve kanunlardan kaynaklanan, hakim ve mahkemelerin gerekçe gösterme yükümlülüğü, adil bir yargılamanın en önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu yükümlülük, ceza muhakemesinin sùjeleri bakımından "gerekçeli karar hakkı" olarak da ifade edilmektedir.⁶³

Gerekçeli karar hakkı, Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi'nde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları yoluyla ortaya çıkmıştır.⁶⁴ AİHM'in Delcourt/Belçika kararında⁶⁵, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının önemine vurgu yapılmış ve bu hakkın demokratik toplumlarda adaletin sağlanabilmesi için zorunlu olduğu ifade edilerek mahkeme kararlarının dayanaklarının ve gerekçelerinin yeterince belirtilmemesinin adil yargılanma

sonuç arasında bağ kurulması gerekirken; açıklanan ilkelere uyulmadan gerekçeden yoksun hüküm kurulması" (Yar. 11. CD, E. 2019/2780, K. 2021/9453, 01.11.2021).

⁶¹ "Sanıklar ..., ... hakkında açılan davada, mağdurlar O..., S.,...in sanıkların kendilerine fuhuş yaptırdıklarına dair bir beyanlarının olmaması, yine sanıkların mağdurlara fuhuş yaptırdığına dair herhangi bir tanık ve başka delil bulunmadığının tüm dosya kapsamında anlaşılması karşısında, sanıkların mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerin nelerden ibaret olduğu CMK'nın 230/1-b maddesi uyarınca açıklanmadan yetersiz gerekçeyle mahkûmiyetlerine karar verilmesi" (Yar. 18. CD, E. 2017/4356, K. 2017/12474, 07.11.2017).

⁶² Bkz: Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2002), 312.

⁶³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İçer, Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, 51 vd.

⁶⁴ İçer, Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, 50.

⁶⁵ AİHM, Delcourt/Belçika, no. 2689/65, 17 Ocak 1970, § 25.

hakkının bir ihlali olduğuna işaret edilmiştir.⁶⁶ AİHM'in Hadjianastassiou/Yunanistan kararında da mahkemelerin verdikleri hükümlerde gerekçelerin kati surette ortaya konulması, gerekçenin yeterli açıklığa sahip olması ve belirgin olması zorunluluğuna işaret edilerek mahkemelerce bu gerekliliğe uyulmamasının "gerekçeli karar hakkı"nı ihlal edeceği sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁷

1982 Anayasası'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında; "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" denilerek kararlarını gerekçeli olarak yazılması yükümlülüğü açıkça ifade edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesi, 141. maddesinin üçüncü fıkrası ışığında yorumlandığında adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını da güvence altına aldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan adil yargılanma hakkı, doğası gereği gerekçeli karar hakkını da içermektedir.⁶⁸

Anayasa Mahkemesine göre de gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir.⁶⁹

Anayasa Mahkemesine göre; gerekçe gösterme yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak, derece mahkemelerinin davanın esas sorunlarını incelemiş olduklarının gerekçeli karardan anlaşılması zorunludur.⁷⁰ Bu kapsamda; davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile cevap verilmesi şarttır.

⁶⁶ İçer, Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, s.50.

⁶⁷ AİHM, Hadjianastassiou/Yunanistan, 12945/87, 1992.

⁶⁸ AYM, Hilmi Kocabay ve diğerleri, B. No: 2018/27686, 17/11/2021, § 77.

⁶⁹ AYM, Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34.

⁷⁰ AYM, Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56.

Mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir cevap vermemesi veya cevap verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaları cevapsız bırakması durumunda gerekçeli karar hakkı ihlal edilmiş olacaktır.⁷¹

F. Hükümün Açıklanması (m.231/1-4)

Hükümün açıklanması usulü 231'inci maddenin ilk dört fıkrasında gösterilmiştir:

Burada; *“(1) Duruşma sonunda, 232' nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.*

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurulabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir” denilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kovuşturmayı bitiren son muhakeme işlemi hükümün açıklanmasıdır.⁷²

CMK'nın 231'inci maddesindeki düzenlemeye göre duruşma sonunda hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılmalıdır. Buna hükümün açıklanması (tefhim)⁷³ denir. Şüpheli, sanık veya müdafinin yüzüne karşı verilmiş bir karar söz konusu ise ceza muhakemesine ilişkin süreler tefhim ile başlar (m. 35/1). Şüpheli, sanık veya müdafinin yokluğunda verilmiş bir karar söz konusu ise koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur (m. 35/2). Tebligata ilişkin esaslar CMK'nın 35 inci maddesinde gösterilmiştir. Tebliğ işlemleri, Tebligat Kanunu'na göre yapılır.

⁷¹ AYM, Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 39.

⁷² Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 645 vd; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 647 vd; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 843; Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 228.

⁷³ Tefhim, Arapça kökenli bir kelime olup anlatma, bildirme anlamına gelmektedir. Hukuk terimi olarak tefhim, verilmiş olan kararın veya hükümün, duruşmada hazır bulunan taraflara hâkim tarafından sözlü bildirilmesi demektir. Bkz: Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 648.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar ıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi. *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Artuç, Mustafa ve Tahir Hırslı. *Hüküm Kurma Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Balcı, Murat. *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Baştürk, İhsan. *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2022.
- Ersoy, Uğur. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Feyzioglu, Metin. *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2002.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Gökçen, Ahmet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*. Ankara: 1994.
- Gökçen, Ahmet. "1296 (1879) Tarihli Usul-ı Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat-ı." *SÜHFD 4*, no. 1-2 (1994): 203-288.
- Hayat Büyük Türk Sözlüğü*. İstanbul: Hayat Yayınları, btbd.
- İçer, Zafer. *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2002.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2023.
- Koray, Doğan. "Ceza Muhakemesinde Hüküm." *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 7 (2008): 171-201.
- Kunter, Nurullah. "Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu." *Yargıtay Dergisi 9*, no: 3.

- Kurşun, Günal. *Ceza Muhakemesinde Hüküm*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Elif Altınok Çalışkan, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, İdris Güzel, Serkan Seyhan, Nilüfer Köker ve Mehmet Can Tok. *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ünal, Ertuğrul. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yaşar, Verda Gülsen. *Ceza Muhakemesinde Karar ve Hüküm*. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Yerdelen, Erdal. *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Yılmaz, Zahit. "Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı." *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu* (30-31 Temmuz 2021, İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2022.
- Yılmaz, Zahit. *Hükümün Konusunun Belirlenmesinde Mahkemenin Yetkisi ve Ek Savunma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

HZ. PEYGAMBER'İN TİCARET AHLÂKININ ESASLARI**The Principles of the Prophet Muhammad's Commercial Ethics***Zekeriya GÜLER******Öz**

Hız. Peygamber'in inşa ettiği ahlâk sisteminde öne çıkan ticarî esasların tespitini hedefleyen bu makalede yetkinlik, girişimcilik, işe erken başlamak, dürüstlük ve güvenilirlik, kolaylık göstermek, orta yol izlemek, bencillik, savurganlık ve gösterişli yaşam tarzından kaçınmak gibi evrensel nitelikli ilkelerin vurgulandığı görülmüştür. Ne var ki, söz konusu teorik-pratik ahlâkî esasların varlığını sürdürabilmesi için yasal düzenlemelerle / hukukî müeyyidelerle desteklenmesi gerekir. Zira dünya-ahiret dengesinin kurulup hayatın anlam kazanması buna bağlıdır. Aksi halde güvensizlik, yalan, hile, haksız rekabet, tefecilik, savurganlık, bencillik, kıskançlık, açgözlülük gibi savrulma ve taşkınlıkların sosyal dokuyu bozması ve ekonomik krize yol açması kaçınılmaz olacaktır.

* Bu makaleyi lisans eğitimi aldığımız 1980'li yıllarda şahsıma gönderdiği bir mektupta aktardığı "Tahsili tatil olanın tahsili tatil olur / Tatili tahsil olanın tahsili tahsil olur" kavlini bir mırâ-ı berceste gibi iltizam eden, iktisap ettiği ceza hukuku ve hukuk tarihi nosyonuyla Osmanlı hukuk ve ahlak tecrübesini günümüze taşıyıp öğrencilerine sevdiren ve endazesi bozulan hukuk-ahlak münasebeti karşısında "ihkâk-ı hak ve ibtâl-i bâtl" mücadelesi veren yâr-ı kadîm Mustafa Avcı Bey'e ithaf eder, Rabbimden sağlık-afiyet, bereketli ömür ve semereli faaliyetler dilerim.

** Prof. Dr., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Hadis Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, zguler59@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8759-6817.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 24.11.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 23.12.2024.

Atıf/Citation: Güler, Zekeriya. "Hz. Peygamber'in Ticaret Ahlâkının Esasları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1176-1200.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Anahtar Kelimeler: Hadis, Ticaret, Ahlâk, Sünnet, Hukuk-Ahlâk İlişkisi.

Abstract

In this article, which aims to determine the prominent commercial principles in the ethical system built by the Prophet (pbuh), it is seen that universal principles such as competence, entrepreneurship, starting work early, honesty and reliability, showing ease, following the middle way, avoiding selfishness, extravagance and ostentatious lifestyle are emphasised. However, for these theoretical and practical moral principles to sustain their existence, they must be supported by legal regulations and sanctions. This is essential for establishing a balance between worldly life and the afterlife and giving meaning to life. Otherwise, deviations and excesses such as distrust, deceit, fraud, unfair competition, usury, extravagance, selfishness, envy, and greed will inevitably disrupt the social fabric and lead to economic crises.

Keywords: Hadith, Commerce, Ethic, Sunnah, Relationship Between Law and Ethics.

GİRİŞ

“Ben, iyi ahlâkı tamamlamak için gönderildim” hadisindeki “iyi ahlâk (husnû'l-ahlâk, sâlihu'l-ahlâk, mekârimü'l-ahlâk)”, tefsir alimi ve ahlâk felsefecisi Râğıb el-İsfahânî'ye (ö. 425/1033 civarı) göre özellikle şu üç şeyi çağırır: Adalet, ihsan ve hikmet. Ona göre bir Müslüman için ulvi yolculuk ilimle başlayıp iffet, sabır ve adaleti hayata geçirmekle devam eder ve nihayet hikmet, cömertlik, hilim ve ihsan ile taçlanır. Zira ilim hikmete, iffet cömertliğe, sabır, hilim ve şecaate sevk ederken, adalet de bütün fiil ve davranışların dengeli olmasına zemin hazırlar.¹ Ayrıca Hz. Peygamber'in ahlâk sisteminde “Allah'ın emrine saygı, yaratıklarına şefkat” ilkesinde şu temel hedef göze çarpar: Bireysel ve toplumsal anlamda bozulma ve çözülmeyi önleyip şahsiyet gelişimini sağlamak. Şüphesiz bu temel

¹ Râğıb el-İsfahânî, *ez-Zer'â ilâ mekârimi's-şer'â*, haz. Ebü'l-Yezîd Ebû Zeyd el-Acemî (Kahire: Dâru's-Selâm, 2007), 84-85.

hedef içinde, Hz. Peygamber'in genel ahlâkının bir parçası olarak onun ticaret ahlâkının esasları bulunmaktadır.

Siyaset ve ahlâk nazariyeleriyle tanınan Mâverdî (ö. 450/1058), dünyanın salâhını “dîn-i mütteba’, sultân-ı kâhir, adl-i şâmil, emn-i âmm, husb-i dâim ve emel-i fesîh” olmak üzere altı esasa bağlar.² O, “dîn ü devlet tev’emân (din ile devlet ikiz kardeş)” sözü gereği yönetimin bekasının din ile, dinin de yönetim ile kuvvet kazandığı görüşüne dikkat çeker. Gerçekten de *dünyanın salâhı* tabirindeki *salâhın* “hukûkullah ile birlikte hukûku’l-ibâda riayet etmek” anlamında kullanılması, söz konusu esaslara yüklenen fonksiyonu göstermesi açısından önemlidir. Esasen hukuk ile ahlâk arasında bir lâzım-melzûm (mülâzemet) ilişkisi vardır. Mânevî-viddânî karakteriyle ahlâk, pedagojik yöntemle bireysel ve toplumsal anlamda bozulma ve çözülmeyi önler. “Bozulma” ve “çözülme”nin birey ve topluma zarar vermesi durumunda ise hukuk müdahale edip müeyyide uygular.

Yasalarla tanzim edilen ve yürürlükte bulunan pozitif hukukta,³ özel hukukun bir dalı olan ticaret hukukunun örf ve âdet kurallarını dikkate aldığı açıktır.⁴ Ticaret hukukunun ilke ve kuralları arasında adalet, iyi niyet, dürüstlük,

² Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed el-Bağdâdî Mâverdî, *Edebü'd-dünyâ ve'd-dîn* (Dâru mektebeti'l-hayât, 1986), 133. İbarenin orijinal metni:

اعْلَمُ أَنَّ مَا يَهْ تَصْلُحُ الدُّنْيَا حَتَّى تَصْبِرَ أحوَالَهَا مُنْتَظِمَةً وَأُمُورُهَا مُلْتَمِئَةً سِتَّةَ أَشْيَاءَ هِيَ قَوَاعِدُهَا وَإِنْ تَفَرَّعَتْ وَهِيَ دِينٌ مُتَّبَعٌ وَسُلْطَانٌ قَاهِرٌ وَعَدْلٌ شَامِلٌ وَأَمْنٌ عَامٌّ وَحُصْنٌ دَائِمٌ وَأَمَلٌ فَسِيحٌ.

³ Burada konuya dair şu tespite yer vermekte fayda vardır: “Hukuk ve ahlâk ayrımının doğal sonucu “pozitif hukuk-ideal hukuk” ayrımıdır. Temelini Ortaçağ Katolik düşüncesinin oluşturduğu tabii hukuk yaklaşımına bağlı Batı hukuku, ilerleyen süreçte dinden ve diğer sistemlerden bağımsız bir hukuk geliştirmiş, bu bağlamda hukuk ve ahlâk arasında bağ olmadığına dair görüşler pozitivistler başta olmak üzere birçok hukukçu tarafından savunulmuştur.” Bk. Asım Cüneyd Köksal, *Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2021), 299, 302; Hatice Atalay, “Hukuk-Ahlâk İlişkisi Bağlamında İslâm ve Türk Hukukunda Ticarî Ahlâk İlke ve Kuralları,” Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023), 20.

⁴ Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında ‘Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.’ diye örf ve adeti hükme esas kabul eder. 2. madde ise ‘Ticari örf ve âdet’ başlığıyla tanzim edilmiş olup örf ve adetin ticaret hukukunda uygulanabilirliğini ele alır.

irade serbestisi veya haksız rekabet yasağı, stokçuluk yasağı, fahiş fiyat yasağı, basiretli-tedbirli bir iş adamı misali davranma yükümlülüğü gibi ahlâk temelli yasal düzenlemelerin yer alması da bunu gösterir. Nitekim pek çok hukukçu tarafından ahlâk kurallarının hukukta hassas bir terazi vazifesi gördüğü, hemen tüm temel hukuk kaidelerinin örf ve adet kurallarından türediği, bunların zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırıldığı, hukukun toplumun tekamülünü yansıtan bir ayna durumunda olması gerektiği, toplumların hayatında kökleşmiş meşru örf ve adetlere dayanmayan hukuk kurallarının uzun süre yürürlükte kalamayacağı, meşru örf ve adetlerden kendini uzaklaştıran bir hukuk sisteminin kendi otoritesini zayıflatacağı,⁵ toplumun ahlâkî görüşlerine uymayan kanunların konulmaması gerektiğinden kanun koyucunun maşerî vicdandan gelen esasları her zaman göz önünde bulundurmak zorunda olduğu ve bir toplumun ahlâkî görüşlerine uymayan bir kanunun o toplumun hakiki malı olamayacağı ifade edilir.⁶ Bir misal olarak, dostluğun tanık beyanına etkisi konusunda fıkıh kitaplarından ziyade, özellikle ahlâk kitaplarında ele alınmış olan bir ahlâk normunun Mecelle (md.1701) hukuk normuna dönüşerek somutlaştığı görülür.⁷

Doğrusu İslâmiyetin kendi değerler dünyasından kaynaklanan örf ve âdetlerin yaşatılması da Müslüman toplumdan beklenir. Son devir tefsir âlimi Elmalılı Muhammed Hamdi (ö. 1942), “Sen af yolunu tut, iyiliği (urf/maruf) emret, kendini bilmezlere aldırma!”⁸ meâlindeki âyet üzerine şu yorumu yapar: “Bu âyet

⁵ Bkz. Muhammed Sulu, “Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2022): 217, 233, 237.

⁶ Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1951), 12-13; Hatice Atalay, “Hukuk-Ahlâk İlişkisi Bağlamında İslâm ve Türk Hukukunda Ticarî Ahlâk İlke ve Kuralları,” 12.

⁷ Bkz. Mustafa Avcı, “Mecelle’ye Göre Dostluk ve Düşmanlığın Tanıklığa Etkisi,” *Akademiar Dergisi*, no. 6 (2019): 187.

⁸ el-A’râf 7/199. “İyilik” anlamında *urf/maruf*; “iyilik olarak bilinen ve benimsenen şey” (bkz. *Rağîb el-İsfahânî, el-Müfredât fi garîbi'l-Kurân*, haz. Safvân Adnân ed-Dâvûdî (Dımaşk: 1412), “arf” md.) ve “İnsan ilişkilerinde ahlâkî erdemlerden kolaylık yolunu seçmek, başkalarını külfet ve meşakkate sokacak tutum ve davranışlardan, beklentilerden uzak kalmak” (bkz. Ebu'l-Kâsım Mahmûd el-Hârizmî Zemahşerî, *el-Keşşâf an Hakâiki Gavâmizi't-Tenzîl ve Uyûni'l-Ekâvîl fi Vücûhi't-Tevîl*, haz. Mustafa Hüseyin Ahmed (Menşûrâtü'l-belâğa, 1947, 2:110) anlamında kullanılır.

ilm-i ahlâk ve teşrî-i siyaset nokta-i nazarından o kadar cemiyetli bir düsturdur ki dekâyık ve tefrîâtını ta'dâd ve ihsâ mümkün değildir."⁹ Meşhur sahâbî Abdullah İbn Mes'ûd'un şu sözü, örf ve âdetin İslâm geleneğindeki yerini belirlemesi açısından önem arz eder: "Müslümanların iyi gördüğü Allah katında da iyidir, onların kötü gördüğü Allah katında da kötüdür."¹⁰ Erbâbınca câlib-i dikkat bulunmuş olmalı ki bu sözün "Âdet muhakkemdir, yani hükmi-şer'îyi ispat için örf ve âdet hakem kılınır..." (*Mecelle*, md. 36) ve "Âdet ancak muttarid yahut galip olduktan muteber olur" (*Mecelle*, md. 40) ve "İtibar gâlib-i şâyi'a olup nâdire değildir" (*Mecelle*, md. 41) kaideleriyle kanunlaştırıldığı görülmektedir. Mesela örfte "bir sanatkârdan sanatıyla ilgili bir şeyi imal etmesini istemek, sanatkâra siparişte bulunmak" mânasına gelen ve *Mecelle*'de (md. 124) "bir şey yapmak üzere ehl-i san'at ile akd-i mukâvele etmek" diye tarif edilen "istisnâ' akdinin örfte dayanılarak câiz kılındığından hareketle akdin, ancak ısmarlanması örf haline gelmiş şeylerde geçerli olacağı ifade edilmiştir. İstisnâ' akdi esas itibarıyla örfte dayalı bir istisnâ ile meşrû kılındığından bir dönemin örfü esas alınarak belirlenmiş hükümlerin zamanın değişen şartlarına göre değişmesi işin mantığı gereğidir."¹¹

Hukuk-ahlâk ilişkisine dikkat çeken bu girişten sonra, ahkâm-ı şer'iyenin ikinci kaynağı olan sünnet ve hadislerde tespit edilebilen ticarî ahlâkın temel esasları maddeler halinde belirlenip kısa açıklamalar yapılacaktır.

Elmalılı ise "örf ile emret" âyetini, "emrettiğin fiil örf olsun, kitâbullahda veya kendini bilir zevi'l-ukûl nezdinde mâruf, yani yapılması lâzım ve vücûdu ademinden hayırlı olduğu itiraf edilir güzel, müstahsen bir fiil bulunsun" diye açıklar. Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'ân Dili* (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2021), 3:215.

⁹ Elmalılı, *Hak Dini Kur'ân Dili*, 3:216.

¹⁰ Ahmed b. Hanbel, *Müsned* (Kahire: 1313), 1:379; İsmail b. Muhammed el-Cerrahi Aclûni, *Keşfu'l-hafâ ve muzîlu'l-ilbâs amme's-tehera mine'l-ehadis ala elsineti'n-nâs* (Kahire), 2:263.

¹¹ Hamza Aktan, "İstisnâ'," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 23 (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 393-396.

I. BİLGİ TEMELLİ TİCARET TECRÜBESİNE SAHİP OLMAK

Çarşı-pazarda alım satım ahkâmını bilmeyen kimselere sitem eden Halife Ömer'in (r,a) şu uyarısı oldukça anlamlıdır: "Yalnızca dinî konularda bilgisi iyi olanlar pazarımızda alım satım yaparlar!"¹² Bu demektir ki, ticarî hayatın bereketli olması, yeteri kadar ilmihal bilgisi ve bilinç yanında pratik tecrübeye bağlıdır. Esasen bilgi, bilinç ve tecrübeden uzak bir ticari hayat, ekonominin krize sürüklenmesi ve toplumsal anlamda kıyametin kopması demektir. Nitekim Rasûl-i Ekrem şu uyarıda bulunur: "Malın çoğalması, ticaretin yaygınlaşması, ilim (yollarının, kaynaklarının) zuhur etmesi, alım satım esnasında adamın "hayır, filan tüccara danışayım" diyerek büyük bir mahallede/piyasada (güvenilir) kâtibin aranıp da bulunamaması kıyametin alametlerindedir."¹³

Bilindiği gibi iş dünyasında yatırım kararlarının alınabilmesi için fizibilite etüdü diye bir ön çalışma veya bir durum değerlendirmesi vardır. Buna göre fizibilite, kesin bir yatırım kararı almadan önce, girişimcinin yapmayı düşündüğü yatırımla ilgili olarak sistemli ve analizlere elverişli olarak bilgi toplayıp rapor hazırlama aşaması demektir. Nasıl yöntem olarak bu tür maddi-tekniğin araştırma ihtiyacı duyuluyorsa, bahse konu olan yatırım teşebbüsünün, iş ve muamelenin ilmihali, yani fikhî hükmü ve ahlâkî boyutu mutlaka araştırılmalı ve tatbik edilmelidir. Bu konuda bilinçli ve duyarlı olup "ta'lil ba'de'l-vukû (olan bir şeye sonradan uygun bir sebep arayışı)" gibi bir yola tevessül edilmemelidir. Meşhur hadis âlimi İbn Hacer el-Askalânî'nin (ö. 852/1449) işaret ettiği gibi, bu yüzden haddini bilip soruşturan iffetli câhil, fâsık âlimden evla görülür. Zira afif insanın vera ve takva anlayışı, bilgisizce hüküm vermesini engelleyerek onu araştırmaya ve soruşturmaya sevk eder.¹⁴ Aksi halde haramdan veya haram

¹² Ebu İsa Muhammed Tirmizi, *Sünen* (İstanbul: 1992), "Salât," 352; "Vitr," 21. Cümlelerin orijinal metni:

لَا يَبِغُ فِي سَوْقِنَا إِلَّا مَنْ قَدْ تَفَقَّهَ فِي الدِّينِ

¹³ Bkz. Ebû Abdîrrahman Ahmed Nesâî, *Sünen* (Beyrut), "Büyû," 3.

¹⁴ Ebû'l-Fadl Şihâbüddîn Ahmed el-Askalânî İbn Hacer, *Fethu'l-bârî bi Şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, haz. Bin Bâz, Muhammed Fuâd Abdülbâkî ve Muhibbüddîn el-Hatîb (el-Mektebetü's-Selefiyye, 1379), 13:243. Söz konusu ifadenin orijinal metni:

لكن إذا دار الأمر بين العالم الفاسق والجاهل العفيف فالجاهل العفيف أولى لأن ورعه يمنعه عن الحكم بغير علم فيحمله على البحث والسؤال

şaiibesinden kaçınıp rızkı temiz ve helâl yoldan sağlamak kolay olmaz. Halbuki her mümin, temiz ve helâl kazanç yolu aramak, şüpheli şeylerden kaçınıp dinini, şeref ve haysiyetini korumakla yükümlüdür. "İnsanlara öyle bir zaman gelir ki, kişi malı helâlden mi, haramdan mı aldığına aldırmaz" ¹⁵ hadisi, maişet temini konusunda şüpheli şeylerden kaçınıp nezih bir hayat yaşamaya sevk eder. Ayrıca hadisler, ¹⁶ duaların kabul görüp görmemesinin, rızkın helal olup olmamasına bağlı olduğunu öğretir.

II. GİRİŞİMCİLİK

Bilindiği üzere ticaret, ziraat ve sanat üç ana kazanç yoludur. "Rızkın onda dokuzu ticarettedir. Onda biri ise sığır-deve gibi büyükbaş ve koyun-keçi gibi küçükbaş hayvanlardadır" ¹⁷ hadisi, ticaretin büyük bir rızık kapısı olup, onun diğer kazanç yollarından daha faziletli olduğunu ifade eder.

Aslında bu kazanç yollarından hangisi olursa olsun, girişimcilik ruhu ile meydana gelen kazanç, en faziletli geçim yolu sayılır. İnsanın değerini belirleyen kriter de onun sa'yü gayreti, yani emeğidir. Hadislerde, dışardan mal getiren girişimcinin rızık temini peşinde olduğu, karaborsacının ise laneti hak ettiği ifade belirtilmiştir ¹⁸. Yine *karz-ı hasen* salih amel görülmüş, buna mukabil faiz yemek ve tefecilik yapmak ise büyük günahlar arasında sayılmıştır.

Ayrıca çalışmayan, üretime katkıda bulunmayan, başkalarına yük ve külfet olan insan, onun şu sitemini hak etmiş olur: "Sizden birinizin ipini sırtına alıp bir demet odun getirerek satması ve böylelikle Allah'ın bununla onun şerefini koruması, halktan istemesinden daha hayırlıdır. (Kim bilir, belki de bir şeyler)

¹⁵ Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail Buhârî, *el-Camiu's-sahih* (İstanbul: 1979), "Büyü," 7, 23.

¹⁶ Ebu'l-Huseyn b. Haccac el-Kuşeyri en-Nisabûri Müslim, *es-Sahih* (Kahire: 1955), "Zekât," 64; Tirmizî, "Tefsîr (sûre: 2)," 36; Ebu Muhammed Abdullah Dârimi, *Sünen* (Kahire: 1987), "Rikâk," 39; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2:328; Ayet: el-Bakara, 2/172.

¹⁷ Muhammed Abdurraûf Münâvî, Feyzu'l-Kadîr Şerhu'l-Câmi's-Sağîr min Ehâdisi'l-Beşîri'n-Nezîr (Mısır: 1356), 3:244-245.

¹⁸ Ebû Abdillâh Muhammed el-Kazvini İbn Mâce, *Sünen* (Kahire: 1952), "Ticârât," 6; Dârimî, "Büyü," 12.

verilir (minnet altında kalınır) veya (hiçbir şey) verilmez (zillete maruz kalınır)."¹⁹ Hz. Ali "Zenginın sevap kazanmak için fakire tevazu göstermesi güzel bir haslettir. Ondan daha güzel olanı ise fakirin Allah'a güvenerek zengine el-avuç açmamasıdır"²⁰ derken, bir müminin zillete maruz kalmaması gerektiğini vurgulamış olur.

Bu itibarla, dilenmenin yalnızca şiddetli yoksulluk içinde kıvranan, ağır borç yükü altında ezilen ve diyet (mağdura veya yakınlarına ödenen mal) ödeyecek kişiler için câiz ve mümkün olduğu ifade edilir.²¹ Bu konuda, Medinelı yedi tâbiîn fakihinden biri olan Saîd b. Müseyyib'in (ö. 94/713) "Mesleğini bırakıp cami ve mescidden ayrılmayan ve kendisine verilenı kabul ederek hayatını sürdüren kimse dilencilikte ısrar etmiş demektir"²² şeklindeki uyarısı ile meşhur zâhid ve muhaddis İbrahim b. Edhem'in, "Nasıl sabahladın?" diye kendisine sorulan suâle "Nafaka sorumluluğumu benden başkası taşımadığı müddetçe iyiyim"²³ diye verdiği cevap yeterli görülmelidir.

Burada, ticarî-iktisadî teşebbüslerin saldırgan gayr-i müslim unsurlar üzerindeki etkisine işaret edilebilir. Zira ticarî faaliyetlerinin boykot edilmesi, onların ekonomik güçlerini zaafa uğratıp barışa katkı sağlayacağından stratejik görülmelidir. Nitekim Muhammed Hamidullah'ın (ö. 2002) belirttiği üzere Hz. Peygamber'in, Mekke'den hicret eden sahabenin bütün menkul-gayrimenkul mallarını gasp eden Mekkeli müşriklerle ilişkilerde savaş yolunu seçmek yerine ekonomik baskı uygulama cihetine gittiği görülür. Zira Mekkeli müşriklerin, gerçekleştirdikleri ticarî faaliyetleriyle Mısır, Suriye, Irak gibi memleketlerden elde ettikleri gelirleri İslâm aleyhine silah olarak kullandıklarından bu ticarete

¹⁹ Buhârî, "Müsâkât," 13.

²⁰ Münâvî, *Feyzu'l-kadîr*, 2:374.

²¹ Tirmizî, "Zekât," 23.

²² Ebu'l-Ferec Abdurrahman İbnü'l-Cevzî, *Telbîsü İblîs*, haz. Abdürrezzâk el-Mehdî (Beyrut: 2000), 322. İbarenin orijinal metni:

مَنْ لَزِمَ الْمَسْجِدَ وَتَرَكَ الْجِرْفَةَ وَقَبِلَ مَا يَأْتِيهِ فَقَدْ أَلْخَفَ فِي السُّؤَالِ

²³ Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed el-Bağdâdî İbn Ebi'd-Dünyâ, *Islâhu'l-mâl*, haz. Muhammed Abdülkâdir Atâ (Beyrut: 1993), 133 (no: 510). İbarenin orijinal metni:

قَالَ رَجُلٌ لِإِبْرَاهِيمَ بْنِ أَدْهَمَ كَيْفَ أَصْبَحْتَ؟ قَالَ بِخَيْرٍ مَا لَمْ يَحْمِلْ مُؤْتِي غَيْرِي

engel olunması gerekiyordu. Bu sebeple Mekkeli ticaret kafilelerinin kuzey yolundan geçmesi engellendi. Bu süreç sonunda yaşanan ekonomik kriz sebebiyle Mekkeliler de Medine site devletiyle cepheleşmeyi bırakmak zorunda kaldı.²⁴

III. İŞE ERKEN BAŞLAMAK

“Allahım, ümmetinden erken kalkanların işlerine bereket ver!”²⁵ hadisini nakleden râvi Sahr el-Gâmidî'nin (r.a) dile getirdiği şu bilgi ve tecrübe konuya açıklık getirir: “Peygamber (s.a) bir keşif kolu veya bir ordu gönderdiği zaman günün ilk saatlerinde gönderirdi. Sahr (râvi kendisini kasteder) tüccar bir adamdı. Ticaret için bir kimseyi (veya kervanını) gönderdiğinde sabahın ilk saatlerinde gönderirdi. Bundan dolayı da mal ve serveti çok oldu.”

Hadiste geçen “bereket” kelimesi, *ziyâde, nemâ, rağbet, devam, genişlik, bolluk, çok, mebzûl, hayır, felâh, saadet ve kesintisiz nimet mânalarına gelir.* “Allah bereket versin!” cümlesi, bir şeyin artmasını temenni yerinde kullanılır. Malı ucuza satarak sürümden kazanmak, dürüst davranıp yumuşaklık ve kolaylık göstererek müşteriye memnun etmek birer bereket vesilesidir. Söz konusu hadis çarşı-pazarın, atölye ve iş yerlerinin erken açılıp zaman tanzimini teşvik ettiğinden iktisadî, ticarî vs. faaliyetler için sabah erkenden işe başlamak, dinî hüküm bakımından sünnet/müstehap sayılmıştır.

IV. DÜRÜST VE GÜVENİLİR OLMAK

Hız. Peygamber'in, düşmanlarının bile güvenini kazanarak “Muhammedü'l-Emîn” diye anılıp “Hilfu'l-fudûl” üyesi olması, Akabe Biatları'nda öne çıkan sadakat sözleşmesi, Medine'de Ensar ile Muhacirler arasında kurulan kardeşlik akdi (muâhât) ile çeşitli gruplarla gerçekleştirilen Medine vesikası, konunun önemini gösteren birkaç örnekten ibarettir. Ayrıca “Doğru sözlü, dürüst ve güvenilir tacir, peygamberler, sıddıklar ve şehitlerle beraberdir”²⁶ hadisinin verdiği müjde ve Veda Hutbesi'nde doğru, dürüst ve güven veren bir kişilik inşasına yapılan vurgu, tacirin nasıl bir kişilik sahibi olması gerektiğini öğretmesi

²⁴ Bkz. Muhammed Hamidullah, *İslâm'a Giriş*, çev. Cemal Aydın (Ankara: 1996), 102-103.

²⁵ Tirmizî, “Büyü,” 6; İbn Mâce, “Ticârât,” 41; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1:154.

²⁶ Tirmizi, “Büyü,” 4; İbn Mâce, “Ticârât,” 1; Dârimî, “Büyü,” 8.

bakımından calib-i dikkattir. Ne var ki bu müjdeye nail kılan işin, pek de kolay olmadığını düşündürmektedir. Zira namuslu iş yapan, doğru, dürüst ve güvenilir tüccarın, sayı bakımından her zaman azınlıkta kaldığı müşahede edilmektedir. Nitekim Yüce Kur'an, Dâvud Peygamber'in bir dava münasebetiyle söylediği sözü kısaca ederken şöyle buyurur: "Doğrusu ortakçılardan çoğu, birbirlerinin haklarına tecavüz ederler. Yalnız iman edip iyi işler yapanlar müstesna. Bunlar da ne kadar az!"²⁷ "Alışverişte aldatan benden değildir"²⁸ gibi hadis metinlerindeki "aldanma/aldatma (gışş, tağrîr, hılâbe, hud'a)" kelimesinde "bir kimseyi kasıtlı olarak yanıltıcı söz ve davranışlarla etkileyip onu akdi yapmaya razı etme" anlamı vardır. "Beldelerin Allah'a en sevimli olan mekânları mescitlerdir. Beldelerin Allah'a en sevimsiz mekânları ise çarşılardır"²⁹ hadisi üzerine *Sahîh-i Müslim* şârihi Nevevî (ö. 676/1277), en sevimsiz mekânın çarşı olmasını orada sıkça işlenen hile, aldatma, kandırma, faiz, yalan yemin, sözünde durmama, güven vermeme, kulluktan gaflet, hırs ve tamahkârlık gibi günahlara ve haram kazanç yollarına bağlar.³⁰ "Kim nefsinin cimrilik ve bencilliğinden korunmayı başarır ise işte kurtuluşa erecekler onlardır"³¹ âyetinde zikredilen "şuhh" kelimesi üzerine "insanın kendisini alçaltacak kadar mal ve servete düşkün olup onu paylaşmaması"³² diye getirilen açıklama da söz konusu tehlikeye işaret eder.

Hz. Ömer şöyle der: "Öyle bir kişinin namazı ve orucu sizi aldatmasın! Ki o, konuştuğunda yalan söyler ve kendisine bir şey emanet edildiğinde hıyanet eder!"³³ Bu demektir ki, iş ve ticaret hayatında yalan söyleyen, maddi-manevi emanete riayet etmeyen bir insan, gerçek anlamda namaz kılamamış ve oruç

²⁷ Sâd, 38/24.

²⁸ Müslim, "Îmân," 164; Tirmizî, "Büyü," 74; İbn Mâce, "Ticârât," 36; Süleyman b. Eş'as es-Sicistani Ebu Dâvûd, *Sünen* (İstanbul: 1981), "İcâre," 50; Dârimî, "Büyü," 10; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2:242.

²⁹ Müslim, "Mesâcid," 288.

³⁰ Bkz. Ebu Zekerriyya Muhyiddin Yahya Nevevi, *Sahîhu Muslim bi şerhi'n-Nevevi (el-Minhac fi şerhi Sahih-i Müslim)*. (Müessesetü Kurtuba, 1991), 5:240.

³¹ el-Haşr, 59/9; et-Teğâbün, 64/16.

³² Zemahşerî, *el-Keşşâf*, 4:505.

³³ Ebû Bekr Muhammed b. Ca'fer es-Sâmerrî Haraiti, *Mekârimü'l-ahlâk ve Meâlîhâ ve Mahmûdu Tarâikihâ* (Kahire: 1999), 185 (hadis no: 556).

tutamamış olduğundan, bireysel ve toplumsal hayatında ibadetlerinin semeresini görememiş ve itibarını yitirmiş olur. *Dürüst ve Güvenilir Olmak* başlığı altında ifade edilmelidir ki, işçi-işveren haklarına riayet etmemek, emek ve alın terini sömürüp çalışanı mağdur etmek hayasızlıktır. Zira imanın şubelerinden biri olan haya, iffetten doğar. “Haya imanın tamamlayıcı bir parçasıdır.”³⁴ anlamındaki hadiste geçen haya kelimesi, “Çirkin şeylerden kaçınmaya sevk eden ve hak sahibinin hakkı konusunda kusur ve taksirden, yani her türlü hukuk ihlalinden meneden ahlâkî bir tavır ve afif bir duruş”³⁵ diye tarif edilir.

Esasen, ticarî ilişkilerdeki tutum ve davranış biçimleri, ferдин iç dünyasının dışı vurumu demektir. Doğruluk ve dürüstlük, takva sahibi bir kul olmanın da işaretidir. *Takva*, büyük günahlardan (kebâir) kaçınmak, görev ve sorumlulukların bilincinde olmak demektir. Yüce Kur’an, maddi-manevi imkân ve nimetlere erişebilmek için takva bilincini hatırlatır: “O ülkelerin halkı iman ederek görev ve sorumlulukların farkında olsalardı (takvâ/ittikâ), elbette onların üstüne gökten ve yerden nice bereket kapıları açardık (...)”³⁶ Söz konusu “gökyüzü ve yeryüzü nimetleri” ile başta su kaynakları, temiz hava, orman, ziraat ve hayvancılık gibi imkanlarla birlikte yaşanan bereket ve bolluk, huzur ve saadete işaret edildiği açıktır.

V. ÖLÇÜ VE TARTIDA TİTİZ DAVRANMAK

Bir mümin için ticarete gözetilen gaye, ne pahasına olursa olsun kazanmak değil, helâl-haram titizliği gösterip meşru kârla yetinerek geçim yolu sağlamak olmalıdır. Bu itibarla ölçü (mikyâl) ve tartı (mîzân) kelimeleri, sosyo-ekonomik hayatın dengeleriyle, piyasa şartları ve standartlarıyla oynanmaması gerektiğini düşündürmelidir. Nitekim Rasûl-i Ekrem, “Tarttığınız zaman ağır tartın”³⁷ buyurarak müşteri lehine bir çığır açmak istemiştir. Esasen bu hadisin açtığı bereketli çığırın ilham kaynaklarından biri, bolluk içinde yaşayan Medyen ve Eyke halkının kurduğu zulüm, vurgun, soygun, talan düzeninden ve yolsuzluk

³⁴ Buhârî, “Îmân,” 16, “Edeb,” 77; Müslim, “Îmân,” 57-59.

³⁵ Hadisin açıklaması ve “haya”nın tanımı için bkz. İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, 1:74-75.

³⁶ el-A'râf, 7/96.

³⁷ İbn Mâce, “Ticârât,” 34. Hadisin açıklaması için bkz. Zekeriyâ Güler, *40 Hadiste İş ve Ticaret Ahlakı* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2022), 101-102.

ekonomisinden vazgeçirmeye çalışan Şuayb Peygamber'in öğütlerini kısaca eden şu âyetler olmalıdır:

"Medyen'e de kardeşleri Şuayb'ı gönderdik. Onlara şöyle dedi: "Kavmim! Allah'a kulluk ediniz, O'ndan başka tanrınız yoktur. Ölçüyü, tartıyı eksik tutmayınız. Ben sizi maddî bakımdan iyi bir durumda; bolluk/refah içinde görüyorum; ama doğrusu hakkınızda kuşatıcı bir azap gününden de korkuyorum. Kavmim! Ölçüyü, tartıyı adaletle tam yapın; insanların mallarının değerini düşürmeyin, yeryüzünde bozguncular olarak dolaşmayın. Eğer müminseniz Allah'ın kalıcı nimeti sizin için daha hayırlıdır. Ben sizin üzerinizde bir muhafız değilim." Kavmi ise "Şuayb! Atalarımızın taptığı putlardan yahut mallarımız hususunda dilediğimizi yapmaktan vazgeçmemizi sana ibadetin mi emrediyor? Oysa sen akıllı ve mantıklı birisin!" dediler. Şuayb da onlara şöyle dedi: "Kavmim! Bir de şöyle düşününüz: Ya benim, rabbimden açık bir delilim varsa ve O bana tarafından güzel bir nasip vermişse! Size yasakladığımı kendim yaparak çelişkiye düşmek istemiyorum. Ben sadece gücümün yettiği kadar ıslah etmek istiyorum. Fakat başarmam Allah'ın yardımına bağlıdır. Yalnız O'na dayanıyor ve O'na yöneliyorum."³⁸

Günümüz şartlarında özellikle bencil ve muhteris karakterlerin, rekabet hakkını kötüye kullanarak piyasayı manipüle eden simsar, stokçu ve fırsatçıların, Hz. Şuayb'ın "insanların mallarının değerini düşürmeyin" diye uyardığı, para dahil birçok "şey"i noksanlaştırıp çalan, hoyratlık ve soygunculuk yapan kavminin gördüğü ceza ve yaşadığı felaketten ibret dersi çıkarmaları gerekir.

VI. ALIM SATIMDA KOLAYLIK SAĞLAMAK

Şu hadisleriyle Rasûl-i Ekrem, Allah'ın rızasını kazanmak için ticarî muamelelerinde kolaylık prensibini uygulayan, nazik ve cömert davranan bir insan için rahmet niyazında bulunmuş ve bağışlanacağı müjdesini vermiştir:

"Satarken, satın alırken, alacağını isterken (ve borcunu öderken) kolaylık gösteren bir adama Allah rahmetini ihsan buyursun!"³⁹ "Kim güç ve sıkışık

³⁸ Hûd, 11/84-88.

³⁹ Buhârî, "Büyû," 16; İbn Mâce, "Ticârât," 28; Muvatta', "Büyû," 100.

vaziyette olan bir kimsenin borcunu erteler veya hafifletir ise, Allah da kendi gölgesinden başka hiçbir gölgenin olmayacağı mahşer gününde arşın gölgesi altında onu gölgelendirir.”⁴⁰ “Allah Teâlâ sizden önceki ümmetlerden bir kişiyi bağışladı. Çünkü o sattığı zaman kolaylaştırır, satın aldığı anda kolaylık gösterir ve borçludan alacağını isterken kolaylığı tercih ederdi.”⁴¹

Şüphesiz ödeme imkânı var iken borcunu geciktirmek doğru değildir. Hatta Hz. Peygamber’in, ödeme imkânı olan borçlunun borcunu geciktirmesinin zulüm olduğunu ifade eden hadisleri vardır.⁴² Ancak borcunu ödeme konusunda iyi niyetli ve ciddi olmasına rağmen, çaresiz insanlara kolaylık göstermek bir erdemdir. Darda olan bir borçluya süre tanıyıp onu rahatlatmak, ödeyemeyecek durumda olanın borcunu bağışlamak “insanı yaşat ki devlet yaşasın” anlayışı gereği hayırlı bir davranıştır. Nitekim Osmanlı Devleti’ndeki zimem defteri uygulaması, bu konuda güzel bir örnek teşkil eder. “Veresiye defterindeki borçların ödenmesi” demek olan bu medeniyetin temelinde Yüce Kur’an’ın şu beyanı olmalıdır: “Eğer borçlu darlık içinde ise, eli genişleyinceye kadar ona süre tanımak gerekir. Eğer anlarsanız bunu sadakaya saymak sizin için daha hayırlıdır.”⁴³ Şu hadis de bu âyetin açıklaması gibidir: “Allah’ın, kıyamet gününün keder ve sıkıntılarında kurtarması kimi sevindirirse, borcunu ödeyemeyene süre tanısin veya bir kısmını silsin!”⁴⁴ Ayrıca satın aldığı mal ve eşyadan memnun olmayan müşteriden gelen bir talep olarak *ikâle*, yani karşılıklı rıza ile akdi sona erdirme işlemi de *Alım Satımında Kolaylık Sağlamak* kapsamında düşünülmelidir.

VII. RIZIK ARAYIŞINDA ORTA YOL İZLEMEK

Her şeyden önce orta bir yol izleyip temiz ve helâl rızık peşinde koşmak, stres ve telaştan uzak durmak, hilim ve teenni ile hareket etmek, ihtiras ve haksız

⁴⁰ Müslim, Zühd, 74; Tirmizî, “Büyû,” 65; İbn Mâce, “Sadakât,” 14; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1:327.

⁴¹ Tirmizî, “Büyû,” 74; Nesâî, “Büyû,” 104; İbn Mâce, “Ticârât,” 28.

⁴² Bk. Buhârî, “İstikrâz,” 12, “Havâlât,” 1; Müslim, “Müsâkât,” 33; Ebû Dâvûd, “Büyû,” 10; Tirmizî, “Büyû,” 66; İbn Mâce, “Sadakât,” 8. Hadisin açıklaması için bkz. Güler, *40 Hadiste İş ve Ticaret Ahlakı*, 155-157.

⁴³ el-Bakara, 2/280.

⁴⁴ Müslim, “Müsâkât,” 32.

rekabet hallerinden uzak durmak, mümin bir şahsiyet için kaçınılmaz bir durumdur. İlâhî yasaya (sünnetullâh) aykırı birer tutum ve davranış demek olan ifrat ve tefrit gibi iki uç arasındaki orta yol, insanın duygu, düşünce, hareket ve davranışlarındaki denge ve itidal çizgisi demektir. Şüphesiz bu denge ve itidal çizgisi, alışkanlığa dönüşüp refleks haline gelmesiyle birlikte fazilet (erdem) adını alır.

“Sağlık, emniyet ve yeterli erzak” imkânın dünyaya bedel bir nimet⁴⁵ olduğu gerçeğini öğreten Rasûl-i Ekrem'in, “İsraf etmeyerek, kibir ve gurura kapılmayarak yiyiniz, içiniz, giyiniz ve tasadduk ediniz.”⁴⁶ şeklindeki talimatı, gereksiz tüketim ve dengesiz harcamaların önlenmesine yönelik birer uyarı niteliği taşımaktadır. Bu demektir ki gerek şahsi mal gerek herkesin ortak olduğu bir nimet üzerinde “keyfe mâ yeşâ” bir tasarrufta bulunmak kabul edilemez. Zira şahsi mal ve ortak nimetler, geçici birer emanet olup görev ve sorumluluk bilinciyle korunmalıdır. Nitekim can, namus, özel mülk ve malların dokunulmaz olduğunu ifade eden ve bunları koruma uğrunda mücadele ederek ölümü göze alan kimseleri *şehid* diye niteleyen hadisler⁴⁷ bu noktaya işaret eder.

Esasen rızık arayışında orta yolu takip edebilmek için rızık veren Yaratıcı'ya tevekkül şartı aranır. *Tevekkül*, Allah'a karşı tam bir güven, samimiyet ve teslimiyet içinde olmak, rızık verenin yalnızca Allah olduğu iman ve şuuruyla hareket etmek demektir. Tembellik, yoksulluk ve acizlik, tevekkülün esprisiyle bağdaşmadığı gibi, onun için bir mazeret de teşkil etmez. Halife Ömer, bir gün Yemenli bir grup insanla karşılaşmış, onlara: “Sizler kimselersiniz?” diye sormuş. Onlar da: “Biz mütevekkilleriz” diye cevap vermişler. Bunun üzerine Hz. Ömer onlara: “Hayır aksine siz müteekkil (yiyici, insanların sırtından geçinen) kimselersiniz. Size mütevekkillerin hallerini anlatayım: Tohumu toprağa atar ve Rabbine güvenerek neticeyi O'na havale eder.”⁴⁸

⁴⁵ Tirmizî, “Zühd,” 34; İbn Mâce, “Zühd,” 9.

⁴⁶ Buhârî, “Libâs,” 1; Nesâî, “Zekât,” 66; İbn Mâce, “Libâs,” 23; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2:181. Hadisin açıklaması için bkz. Zekeriya Güler, *40 Hadiste İş ve Ticaret Ahlakı*, 119-120.

⁴⁷ Buhârî, “Mezâlim,” 33; Ebû Dâvûd, “Sünnet,” 29; Tirmizî, “Diyât,” 21; Nesâî, “Tahrîm,” 23; İbn Mâce, “Menâsik,” 76.

⁴⁸ Ebû Bekir Ahmed Beyhakî, *Şuabü'l-îmân*, haz. Muhammed es-Saîd Zağlûl (Beirut: 1990), 2:81.

“Esbâba tevessül, mâni-i tevekkül değildir” ilkesi gereği, rızık temini için gösterilen teşebbüs, gayret ve çaba, tevekküle engel olmaz. Bu sebeple kul, Yüce Yaratıcı ile iletişimini canlı tutmalı, tedbir-i beşerîyi yerine getirip takdir-i ilâhîye rıza göstermeli, kendisi için takdir ve tayin edilen rızkın mutlaka geleceğine inanmalı, rızkını helâl yoldan sağlama kararlılığı göstermelidir. Aksi halde, “Ben bu servete yalnız kendi bilgim sayesinde kavuştum!”⁴⁹ diyen Kârûn’un; kendinde varlık gören, zulmeden, aldanan ve aldatan, zenginliğe dayalı kibir ve gururun sembolü olan adamın durumuna düşer. Zira rızık verenin ancak Allah olduğu iman ve şuurundan sonra çalışmak ve gayret göstermek bir anlam kazanabilir. Bu yüzden, rızık salt çalışma ve gayrete bağlamak, sebebi, *müsebbibü’l-esbâb* ve *müsebbib-i hakikî* olan Yüce Yaratıcı yerine koymak gibi bir yanlışa sürükler. Şüphesiz bu anlamda *tevekkül*, özgürlük ve bağımsızlık demektir. Nitekim Peygamber (s.a) şöyle buyurur: “Ey insanlar, Allah’tan korkarak sorumluluklarınızın farkında olun ve rızık arayışında orta yol takip edin. Zira hiçbir kimse rızkını -gecikmiş olsa bile- tastamam elde etmeden ölmeyecektir. O halde Allah’tan korkarak sorumluluklarınızın farkında olun ve rızık arayışında orta yol takip edin. Helâl olanı alın, haram olanı da terk edin!”⁵⁰ “Eğer siz gereği gibi Allah’a tevekkül etseydiniz, sabahleyin aç gidip akşamleyin tok dönen kuşlar rızıklandırıldığı gibi size de rızık verilir.”⁵¹

VIII. ZENGİNLİK VE FAKİRLİĞİN BİRER HAL OLDUĞUNU BİLMEK

Zenginlik ve fakirlikten hangisinin faziletli olup olmadığı konusunun, İslam alimleri arasında tartışıldığı görülür. Hatta, çok yönlü bir İslâm âlimi olan Ebû Ya’lâ el-Ferrâ’nın (ö. 458/1066), fakirliğin zenginliğe faziletli kılınması anlamına

⁴⁹ el-Kasas, 28/78.

⁵⁰ İbn Mâce, “Ticârât,” 2; Ebû Abdillâh Muhammed en-Nîsâbûrî Hâkim, *el-Müstedrek ale’s-Sahîhayn*, haz. Mustafa Abdülkâdir Atâ (Beyrut: 1411), 2:4, 4:361.

⁵¹ Tirmizî, “Zühhd,” 33; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1:52; İbn Mâce, “Zühhd,” 14; Hâkim, *el-Müstedrek*, 4:318.

gelen *Tafzîlü'l-fakr ale'l-gınâ* adlı bir eser⁵² yazdığı da bilinir. Ancak onun gibi diğer bir İslâm âlimi olan İbnü'l-Cevzî'ye (ö. 597/1201) göre, "Fakirin kendini zenginden hayırlı görmesi, İblis'in hile ve aldatmasındandır. Hayırlı ve faziletli olmak, varlık ve yoklukla değil bunun ötesinde bir şey; niyet ve hal ile, yani mal varlığından maksadın ne olduğunu ve bunun ne şekilde kullanılması gerektiğini kavramakla mümkündür."⁵³ İbnü'l-Cevzî'nin bu tesbiti gayet yerinde olmalıdır. Esasen zenginlik ve fakirlik konusundaki değer ölçüsü, maddî varlık ve yokluğa değil insanın ahlâkî tutum ve davranışına bağlıdır.

Nitekim Endülüslü âlim İbn Hazm (ö. 456/1063) zenginlik ve fakirliğin birer hal olduğunu belirterek üstünlüğün ancak amel ve takvada olacağını ve muhacir fakirlerinin sadece fakir oldukları için değil, amelleri daha fazla olduğundan Cennete önce gireceklerini ifade eder. İbn Teymiyye (ö. 728/1327) de aynı noktaya vurgu yapar: "Sahih olan görüşe göre, onların en faziletli olanı en takva sahibi olanıdır. Eğer takvada eşit olurlar ise (Cennet'teki) derecede de eşit olurlar. Hesapları olmadığından fakirler Cennete önce girerler. Sonra zenginler hesaba tabi tutulurlar. Kimin iyilikleri bir fakirin iyiliklerinden daha fazla olursa, girişte geç kalsa da onun Cennetteki derecesi daha yüksek olur. Kimin iyilikleri bir fakirin iyilikleri altında kalırsa, onun derecesi de fakirin derecesi altında kalır."⁵⁴

İbn Mâce'nin *Sünen*'inde, "iktisâdî teşebbüslere teşvik (el-hass ale'l-mekâsib)" bab başlığı altında şu hadis zikredilir: "Müttakî için zenginlikte sakınca yoktur. Müttakî için sağlık, zenginlikten daha hayırlıdır. Gönül hoşluğu nimettendir."⁵⁵ Ayrıca "Allah takva, tevazu ve mahviyet sahibi zengini sever"⁵⁶ buyuran Peygamberimiz (s.a), özellikle takva vurgusu yaparak zengininin nasıl bir vasıf kazanması gerektiğini açıklamıştır.

Hadislerde fakirliğin şer ve fitne sebebi olarak korkulan, istenmeyen ve insana görev ve sorumluluğunu unutturan bir durum olduğu kadar, onurlu duruş

⁵² Eser basılmıştır (haz. Üsâme Ahmed Muhammed Abdurrahîm ve Târik Muhammed et-Tavârî, *Mecelletü âlemi'l-mahtûtât ve'n-nevâdir* 13, no. 1 (2006): 86.

⁵³ İbnü'l-Cevzî, *Telbîsü İblîs*, 445.

⁵⁴ Takıyyüddîn Ahmed İbn Teymiyye, *Mecmûu'l-fetâvâ* (Beyrut: 1398), 11:21, 122.

⁵⁵ İbn Mâce, "Ticârât," 1; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 5:372, 381.

⁵⁶ Müslim, "Zühd," 11; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1:168.

sergileyen, sabır ve iffetiyle olgunluk gösteren fakirlerin zenginlerden önce cennete gireceği ve onların cennet ehlinin çoğunu oluşturacağı haber verilmiş, zenginliğin azgınlığa sürükleyen ve cehenneme yaklaştıran yakıcı tarafına dikkat çekilmiştir⁵⁷. Bu hadislerinde Peygamberimiz (s.a), fakirlik fitnessinden Allah'a sığınmış, Allah'tan iffetli kılmasını ve başkasına muhtaç etmemesini niyaz etmiş, ümmetini "Fakirlikten, kıtlıktan, zilletten, kötülük etmekten ve kötülüğe maruz kalmaktan Allah'a sığın!" diye uyarmıştır.

Yüce Kur'an, hayatın iyi ve kötü yönleriyle bir sınav alanı olduğu gerçeğini beyan eder.⁵⁸ Öyle anlaşılıyor ki, "ilk bakışta çelişkili gibi görünen fakirliğin lehinde ve aleyhindeki rivayetler aslında İslâm'ın benzer konulardaki tutumuyla da uyumlu olarak haklar ve ödevler, yetkiler ve sorumluluklar arasında denge bulunduğuna işaret etmeyi amaçlar. Her nimetin, her mahrumiyet ve sıkıntının maddî sebeplerinin yanı sıra İslâm'ın yaratılış ve kullukla ilgili genel telakkisi açısından da makul bir açıklaması yapılarak hem tevhid inancının hayatın her safhasını kuşatan bütünlüğü hem de kişilerin ruh sağlığı, yaratıcıya ve hayata bağlılıkları, kendilerine saygıları korunmuş olmaktadır."⁵⁹

Görebildiğimiz kadarıyla, Hz. Peygamber fakirden ziyade, zengin olup benlik ve çıkar kavgalarına girişen muhterislerden endişe duyduğunu haber vermiştir. Nitekim "Sakin, kendilerini denemek için onlardan bir kesimi faydalandırdığımız dünya hayatının süs ve cazibesine gözlerini dikme! Rabbinin rızık ve nimeti daha hayırlı ve daha kalıcıdır"⁶⁰ uyarısına muhatap olan Rasûl-i Ekrem, "Benden sonra, sizin hakkınızda en çok korktuğum şeylerden birisi, dünyanın zinet ve câzibesinin size açılmasıdır"⁶¹ diyerek ümmetini dünyevileşme tehlikesinden koruyup dengeli bir yaşam tarzına yönlendirmeyi hedeflemiştir. Rasûl-i Ekrem'in, zenginliği ve cömertliği sebebiyle bazı sahabîlere nisbetle kendisinin daha faziletli

⁵⁷ Bkz. Buhârî, "Rikâk," 16; Müslim, "Zikir," 49; Ebû Dâvûd, "Edeb," 101; Tirmizî, "Zühd," 3; İbn Mâce, "Duâ," 3; Nesâî, "İstiâze," 14, 17; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1:168, 389.

⁵⁸ el-Enbiyâ 21/35, el-Mülk 67/2, el-Bakara 2/155-157.

⁵⁹ Osman Eskicioğlu, "Fakir," iç. *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 12 (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 131.

⁶⁰ Tâhâ, 20/131.

⁶¹ Buhârî, "Zekât," 47; Müslim, "Zekât," 123.

olduğu zehabına kapılan Sa'd b. Ebî Vakkâs'ı "Allah bu ümmete ancak zayıflarıyla; onların duaları, namazları ve ihlâsları ile yardım eder (onları kollayıp gözetiniz)."⁶² diye uyarması da aynı gerekçe ile açıklanabilir.

IX. GÖSTERİŞLİ YAŞAM TARZINDAN UZAK DURMAK

Şer'î bir hüküm olarak insanın kendisinin ve aile efradının geçimini sağlayacak ve zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kadar çalışıp kazanması farzdır. Allah yolunda infak etmek, yoksulların, dost ve yakınlarının ihtiyaçlarını gidermek için kazanması müstehap/mendup, refah içinde bir hayat sürmek için çalışması ise mubah görülür. Ancak övünmek ve üstünlük taslamak, hırsa kapılarak başkasının servetiyle yarışmak ve taşkınlık yapmak için kazanmak haram sayılır. Nitekim "Âdemoğlunun şunlar dışında bir hakkı yoktur: Oturacağı ev, bedenini örtecek elbise, yiyecek ekmek ile su koyacak kap"⁶³ hadisi, insanın hakkı olan şeylerin iâşe ve ibate gibi zarurî ihtiyaç maddeleri olduğunu gösterir.

Bu sebeple Rasûl-i Ekrem'in şu duası, bu açıdan dikkat çekici görülmelidir: "Allahım, beni mütevazı olarak yaşat, mütevazı olarak canımı al ve mütevazı olanlar zümresinde haşret!"⁶⁴ Bu dua cümlelerinde geçen ve "mütevâzı" diye tercüme edilen "miskin" kelimesi ile alçak gönüllülük, zühd ve kanâat ahlâkı kastedildiği anlaşılır. Nitekim İbn Kuteybe (ö. 276/889) şöyle der: "Sanki Hz. Peygamber, Allah'tan kendisini cebbârlardan ve mütekebbirlerden kılmamasını ve onların zümresinde kendisini haşretmemesini istemiş gibidir. Söylediklerimizi doğrulayan bir delil de şudur: Şayet Rasûlullah (s.a) Allah'tan fakirlik mânasında miskinliği istemiş olsaydı, Allah onu bu isteğinden menederdi. Zira Allah Teâlâ, onun ruhunu kendisine verdiği birçok ganimetle zengin bir halde iken kabzetmiştir. Medine'deki bahçeleri, malları ve Fedek arazisi gibi miras bırakan bir şahsiyet için "fakir olarak öldü" denemez. Allah şöyle buyurur: "O, seni yetim bulup barındırmadı mı? Şaşırmış bulup da yol göstermedi mi? Ve seni yoksul

⁶² Nesâî, "Cihâd," 43.

⁶³ Tirmizî, "Zühd," 30.

⁶⁴ Tirmizî, "Zühd," 37; İbn Mâce, "Zühd," 7.

bulup zengin etmedi mi?"⁶⁵ Rasûlullah (s.a) Elçi olarak gönderildiğinde ve vefatı anındaki hali Allah'ın buyurduğu hususa delalet eder. Çünkü o, fakir olarak Peygamber oldu, zengin olarak ruhu kabz olundu. Bu da onun Rabbinden istediği miskinliğin fakirlik olmadığını gösterir."⁶⁶

Tefsir, kelim ve fıkıh âlimi Mâtürîdî (ö. 333/944), "Ve seni yoksul bulup zengin etmedi mi?" âyetinin tefsirinde, Allah'ın ahiret hayatında ona vaad edip gösterdiği ve hazırladığı nimet ve imkanlar karşısında Rasûl-i Ekrem'in nezdinde dünyanın bir sineğin kanadına denk olmayacak kadar değersizleştiği ve bu sebeple "zenginlik kalbin zenginliği (fakirlik de kalbin fakirliği)dir"⁶⁷ hadisinin rivayet edildiği yorumunu yapar. Ardından da visal orucunda olduğu gibi bizim muttali olamayacağımız türden bir zenginlik hali lütfettiği ihtimaline dikkat çektiği gibi, Hz. Hatice'nin malı ile onu zengin kıldığı veya verdiği rızıkla razı kılıp kanaatkâr eylediğine dair görüşlere de yer verir.⁶⁸

Gerçekten de Hanefî fakihi, muhaddis ve müfessir Alî el-Kârî'nin (ö. 1014/1605) ifadesiyle "Rasûl-i Ekrem'in *fakrı* ıztırarî / meburî değil ihtiyarî idi. Zira kendisine bütün dünya arz edildiği halde tamamen yüz çevirip kabul etmemiş, 'bir gün aç kalıp sabrederim, bir gün doyar ve şükrederim' demiştir. Sonra dünyevi imkanlar tekrar cazibesiyile geldiğinde onları toplamaya iltifat etmeyip onların paylaşılmamasına rıza göstermemiş, aksine isâr ve iyi-kötü herkese sarf makamını tercih etmiştir."⁶⁹ Ayrıca çok yönlü bir İslâm alimi olan Şevkânî de (ö. 1250/1834) bahse konu olan âyette Rasûl-i Ekrem'in mal çokluğu anlamında zengin olmadığı, ihtiyaç duyduğu ve memnun kalacağı ölçüde mala sahip kılınmasının kastedildiği ve gerçek zenginliğin de bu olduğu

⁶⁵ ed-Duhâ, 93/6-8.

⁶⁶ Ebû Muhammed Abdullah b. Müslim ed-Dîneverî İbn Kuteybe, *Te'vilü muhtelifi'l-hadîs* (Beyrut), 113-114.

⁶⁷ Bkz. Beyhakî, *Şuabü'l-îmân*, XII, 445-446. "Gerçek zenginlik mal çokluğu değildir. Aksine zenginlik göz tokluğu ve gönül zenginliğidir" hadisi için bkz. Buhârî, "Rikâk," 15; Müslim, "Zekât," 130; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 5:183.

⁶⁸ Bkz. Ebû Mansûr Muhammed es-Semerkindî Mâtürîdî, *Te'vilâtü'l-Kur'ân* (İstanbul: Dâru'l-mîzân, 2010), 17:248-249.

⁶⁹ Ali el-Kârî, *Şerhu Müsned-i Ebî Hanîfe* (Beyrut), 16.

kanaatindedir.⁷⁰ Bu yorum ve değerlendirme adil, merhametli ve örnek duruşlarıyla Peygamber varisi olan yöneticilerin görev ve sorumluluklarına işaret eder. Nitekim Hz. Ömer'in aldığı şu kararın, özellikle günümüz şartlarında ivme kazanan dünyevileşme süreci karşısında örneklik teşkil ettiği söylenebilir:

Ömer b. el-Hattâb (r.a), tereyağı ile ekmek yerken bedevi bir adamı sofrasına davet etti. Adam ekmeğini tabağın dibindeki yağa sürüp iştahla yemeye başladı. Hz. Ömer, "Sen katığı olmayan birine benziyorsun" deyince, adam "Vallâhi şu zamandan beri tereyağı yemedim ve onun yenildiğini de görmedim" diye cevap verdi. Bunun üzerine Hz. Ömer, "Halk eski refah ve bolluk günlerine kavuşuncaya kadar tereyağı yemeyeceğim" dedi.⁷¹

SONUÇ

Hz. Peygamber'in Ticaret Ahlâkının Esasları konulu bu makale, şu madde başlıkları altında hazırlanmıştır: Bilgi Temelli Ticaret Tecrübesine Sahip Olmak, Girişimcilik, İşe Erken Başlamak, Dürüst ve Güvenilir Olmak, Ölçü ve Tartıda Titiz Davranmak, Alım Satımda Kolaylık Sağlamak, Rızık Arayışında Orta Yol İzlemek, Zenginlik ve Fakirliğin Birer Hal Olduğunu Bilmek, Gösterişli Yaşam Tarzından Uzak Durmak.

Hz. Peygamber'in sünnet ve hadislerinin inşa ettiği ahlâk sisteminde öne çıkan ticarî esasları özetle belirlemeyi hedefleyen bu mütevazı çalışmada şu gerçek bir kez daha ortaya çıkmış bulunmaktadır: Dünya ile ahiret arasında sağlıklı bir denge kurularak hayat anlam kazanır; bireysel ve toplumsal anlamda çözümler önlenecek insanî-ahlâkî her alanda gelişme yaşanır. Doğruluk, güven, cömertlik, karz-ı hasen, kanaat, tevekkül, tokgözlülük ve helal kazanç gibi erdem ve olumlu değerlerin yerleşmesi, yalan, güvensizlik, aldatma, tefecilik, cimrilik, savurganlık, açgözlülük ve haram kazanç gibi olumsuz gidişatın, suç ve günahların son bulması için sıkı bir mücadele vardır. Ne var ki, bütün bir insanlığın kurtuluşu için onun getirdiği ahlâk sisteminin, hukukî müeyyide ve yasal düzenlemelerle tahkim edilerek sürdürülmesi gerekir.

⁷⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî Şevkânî, Fethu'l-kadîr el-câmi' beyne fenneyi'r-rivâyeti ve'd-dirâyeti min ilmi't-tefsîr. (Beyrut: 1983), 5:537-538.

⁷¹ İbn Enes el-Medenî Mâlik, *el-Muvatta'*, haz. Muhammed Fuad Abdalbaki (Mısır: 1370), "Sıfatü'n-Nebî," 10.

Hz. Peygamber'in ticarî ahlâkını bireysel ve toplumsal hayatında benimseyip özümseyen iş dünyasının, Kur'an'da zikr-i cemîl ile yâd edilen Rahmân'ın dostları safında yer aldığı görülür. Zira onlar şöyle yâd edilir: "Onları ne ticaret ne de kazanma hırsı Allah'ı anmaktan, namaz kılmaktan ve zekât vermekten alıkoyabilir. Onlar, kalplerin ve gözlerin dehşetle döneceği günden korkarlar. Çünkü (o dehşet günde) Allah, onları yaptıklarının en güzeliyle ödüllendirecek ve onlara lütuf ve cömertliğinden fazlasıyla verecektir. Dilediğine hesapsız rızık bahşeden Allah'tır" (en-Nûr 24/37-38). Aksi halde, Allah'ın yaratıcı kudret olduğunu kabul etmesine rağmen, O'nun Kur'an öğretileri yoluyla iş ve ticaret hayatına karışmaması gerektiğini ileri sürenlerin, cahiliye dönemindeki müşrik Arapların tanrı tasavvurunu paylaştıklarından onlarla aynı akıbeti hak edecekleri bilinmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Aclûni, İsmail b. Muhammed el-Cerrahi. *Keşfu'l-hafâ ve muzîlu'l-ilbâs amme's-tehera mine'l-ehadis ala elsineti'n-nâs*. Kahire.
- Ahmed b. Hanbel. *Müsned*. Kahire: 1313.
- Aktan, Hamza, "İstisnâ'." iç. *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 23, 393-396. İstanbul: TDV Yayınları.
- Ali el-Kârî. *Şerhu Müsned-i Ebî Hanîfe*. Beyrut.
- Atalay, Hatice, "Hukuk-Ahlâk İlişkisi Bağlamında İslâm ve Türk Hukukunda Ticarî Ahlâk İlke ve Kuralları." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Avcı, Mustafa. "Mecelle'ye Göre Dostluk ve Düşmanlığın Tanıklığa Etkisi." *Akademiar Dergisi*, no. 6 (2019): 169-190.
- Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed. *Şuabü'l-îmân*. Haz. Muhammed es-Saîd Zağlûl. Beyrut: 1990.
- Buhârî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail. *el-Camiu's-sahih*. İstanbul: 1979.
- Dârimî, Ebu Muhammed Abdullah. *Sünen*. Kahire: 1987.
- Ebu Davud, Suleyman b. Eş'as es-Sicistani. *Sünen*. İstanbul: 1981.
- Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır. *Hak Dini Kur'ân Dili*. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2021.
- Eskicioğlu, Osman. "Fakir." iç. *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 12, 129-131. İstanbul: TDV, 1995.
- Güler, Zekeriya. *40 Hadiste İş ve Ticaret Ahlakı*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2022.
- Hâkim, Ebû Abdillâh Muhammed en-Nîsâbü'rî. *el-Müstedrek ale's-Sahîhayn*. Haz. Mustafa Abdülkâdir Atâ, Beyrut 1411.
- Hamîdullah, Muhammed, *İslâm'a Giriş*. Çev. Cemal Aydın. Ankara: 1996.
- Haraiti, Ebû Bekr Muhammed b. Ca'fer es-Sâmerrî. *Mekârimü'l-ahlâk ve meâlîhâ ve mahmûdu tarâikihâ*, Kahire: 1999.
- İbn Hacer, Ebû'l-Fadl Şihâbüddîn Ahmed el-Askalânî. *Fethu'l-bârî bi şerhi Sahîhi'l-Buhârî*. Haz. Bin Bâz, Muhammed Fuâd Abdülbâkî ve Muhıbbüddîn el-Hatîb. el-Mektebetü's-Selefiyye, 1379.

- İbnü'l-Cevzî, Ebu'l-Ferec Abdurrahman. *Telbîsü İblîs*. Haz. Abdürrezzâk el-Mehdî, Beyrut: 2000.
- İbn Ebî'd-Dünyâ, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed el-Bağdâdî. *Islâhu'l-mâl*. Haz. Muhammed Abdülkâdir Atâ. Beyrut: 1993.
- İbn Mâce, Ebu' Abdillah Muhammed el-Kazvini. *Sünen*. Kahire: 1952.
- İbn Kuteybe, Ebû Muhammed Abdullah b. Müslim ed-Dîneverî. *Te'vîlü muhtelifi'l-hadîs*. Beyrut.
- İbn Teymiyye, Takıyyüddîn Ahmed. *Mecmûu'l-fetâvâ*. Beyrut: 1398.
- Köksal, Asım Cüneyd. *Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2021.
- Mâlik, İbn Enes el-Medeni. *el-Muvatta'*. Haz. Muhammed Fuad Abdulbaki. Mısır: 1370.
- Mâtürîdî, Ebû Mansûr Muhammed es-Semerkindî. *Te'vîlâtü'l-Kur'ân*. İstanbul: Dâru'l-mîzân, 2010.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed el-Bağdâdî. *Edebü'd-dünyâ ve'd-dîn*. Dâru mektebeti'l-hayât, 1986.
- Münâvî, Muhammed Abdurraûf. *Feyzu'l-kadîr şerhu'l-Câmi's-sağîr min ehâdîsi'l-beşîri'n-nezîr*. Mısır: 1356.
- Müslim, Ebu'l-Huseyn b. Haccac el-Kuşeyri en-Nisabûri. *es-Sahîh*. Kahire: 1955.
- Nesâî, Ebu' Abdirrahman Ahmed. *Sünen*. Beyrut.
- Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin Yahya. *Sahîhu Muslim bi şerhi'n-Nevevi (el-Minhac fi şerhi Sahih-i Müslim)*. Müessesetü Kurtuba, 1991.
- Rağıb el-İsfahânî. *el-Müfredât fi garîbi'l-Kur'ân*. Haz. Safvân Adnân ed-Dâvûdî. Dımaşk: 1412.
- Râğıb el-İsfahânî. *ez-Zerîa ilâ mekârimi's-şerîa*. Haz. Ebü'l-Yezîd Ebû Zeyd el-Acemî. Kahire: Dâru's-Selâm, 2007.
- Sulu, Muhammed. "Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2022): 217-242.
- Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî. *Fethu'l-kadîr el-câmi' beyne fenneyi'r-rivâyeti ve'd-dirâyeti min ilmi't-tefsîr*. Beyrut: 1983.

Tirmizi, Ebu İsbâ Muhammed. *Sünen*. İstanbul: 1992.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1951.

Zemahşeri, Ebu'l-Kâsım Mahmûd el-Hârizmî. *el-Keşşâf an hakâiki gavâmizi't-tenzîl ve uyûni'l-ekâvîl fi vücûhi't-te'vîl*. Haz. Mustafa Hüseyin Ahmed. Menşûrâtü'l-belâğa, 1947.

SONSUZLUK ÖZLEMİ VE İLANİHAYE ANILMA ARZUSUNUN BİR TEZAHÜRÜ OLARAK PARA VAKFI: TOPKAPI SARAYI KİLER ODASI KÜTÜPAHNESİ ÖRNEĞİ

*Money Foundation As a Manifestation of the Longing for Eternity
and the Desire for Eternal Memory: Topkapı Palaca Cellar
Room Library Example*

Ahmet CİHAN*

Öz

Bu incelemede, Topkapı Sarayı'nda faaliyet gösteren Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı'nın yaklaşık bir asra yakın dönemdeki gelişimi ele alınmaktadır. Araştırmada, öncelikle para vakfının Osmanlı toplumunda zaman içinde ortaya çıkması, gelişmesi ve üstlenmiş olduğu rol ve fonksiyonlar üzerinde durulmaktadır. Sonrasında, uygulama örneği olarak seçilen, 1740'lı yılların başında Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı'nın nasıl ortaya çıkıp geliştiği, "askeri zümre" denilen Osmanlı toplumundaki görece ayrıcalıklı sayılan Saray çevresindeki şahısların sonradan yaptığı bağışlarla vakfın birikiminin nasıl büyüdüğü tartışılmaktadır.

* Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü, ORCID: 0000-0002-6508-4255, cihan_ahmet@hotmail.com.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 30.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 03.01.2025.

Atıf/Citation: Cihan, Ahmet. "Sonsuzluk Özlemi ve İlanihaye Anılma Arzusunun Bir Tezahürü Olarak Para Vakfı: Topkapı Sarayı Kiler Odası Kütüphanesi Örneği." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1201-1261.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Ayrıca, yaklaşık 90 yıla tekabül eden, 1741-1832 yılları arasında, kamu tüzel kişiliğine sahip vakfın detaylı incelemesinde ana sermayesinin değişim dinamikleri ele alındığı gibi, siyasi iradenin yapmış olduğu müdahale de çalışmada tartışma konusu yapılmıştır. Bu kapsamda, Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı'nın sermayesine küçük birikimlerini bağışlayanlar ile vakfın sermayesini işleten mütevellilerin, hem vakfın varlığını sürdürme konusunda hem de toplumda Yaşayan insanlar arasında iletişim ve etkileşimin gelişmesinde önemli roller üstlendikleri tespit edilmiştir.

Vakfın hizmetlerinin 90 yıl kadar devam ettiği, Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılmasından sonra, vakfın ana sermayesinin piyasaya likidite arz etmekle görevli bir kamu kurumu olan Darphane tarafından işletildiği ve bu nedenle muayyen bir nema tutarını Enderun Kütüphanesi'ne her yıl ödemeye devam ettiği 1880 yılına ait arşiv kayıtlarından anlaşılmaktadır. Osmanlı arşiv kayıtlarından, Enderun Hazinesi Kütüphanesi vakfının sermayesi uzun süre takip edilebilmektedir. Vakıf 1742 yılında kurulduktan yaklaşık 150 yıl sonra, 1880'de vakfın parasının izi takip edilebilmektedir. Bu durum, kurumsal yapının sürekliliği açısından oldukça önemlidir.

Anahtar Sözcükler: Osmanlı Toplum, askeri zümre, kütüphane, müteveli, para vakfı.

Abstract

In this review, the development of the Pantry Room Library Money Foundation operating in Topkapı Palace, over a period of nearly a century, is discussed. In the research, firstly, the emergence and development of cash foundations in the Ottoman society over time and the roles and functions they assumed are focused on.

On the other hand, it is discussed how the Pantry Room Library Money Foundation emerged and developed in the early 1740s, and how the foundation's accumulation grew with the subsequent donations made by individuals of different statuses around the relatively privileged Palace in the Ottoman society, called the "military class". The change dynamics of the main capital of the foundation, which has a public legal entity, between 1741 and 1832, which

corresponds to approximately 90 years, is discussed, as well as the intervention of the political will, which is also discussed in the study.

It is understood from the archive records of 1880 that after the abolition of the Janissary Corps, the foundation's main capital was operated by the Mint, a public institution responsible for supplying liquidity to the market, and therefore continued to pay a certain interest amount to the Enderun Library every year. The capital of the Enderun Treasury Library foundation can be followed for a long time from Ottoman archive records. The trace of the foundation's money can be traced in 1880, approximately 150 years after the foundation was founded in 1742. This situation is very important for the continuity of the institutional structure.

Key Words: Ottoman society, military group, library, trustee, monetary foundation.

GİRİŞ

Para vakıfları, Osmanlı toplumunda, dil ve etnisite üzerine bir kimlik inşa etmeyen, aksine sokak, mahalle ve semt ölçeğinde yerel düzeyde aidiyet bilincinin ortaya çıkmasına ve gelişmesine katkıda bulunan bir sivil örgütlenmeleridir.

Para vakfı, diğergam olmanın tezahürü; bireyin paylaştıkça anlam taşıdığı bir toplumsal yapının adıdır. Aynı zamanda toplumsallaşmanın bir başka örüntüsüdür. Başkası için bir şeyler yaptıkça hayatın anlam kazandığı bir toplumun ürünüdür. Bireyin tükettiği oranda değil, yakın ve uzak akrabasına, konu komşusuna faydası dokundukça, kendisinde olanı onlarla paylaştıkça önem ve anlam kazandığı bir hayat anlayışının yansımasıdır. Maddi fakirliğin değil, gönül fakirliğinin zilletle eş değer kabul edildiği, bu nedenle elde olanı ihtiyaç sahibiyle paylaştıkça insani zenginliğin arttığı bir toplumsal dokunun ürünüdür, para vakıfları.

Para vakıflarının, devlet ve hükümet yetkililerinin karar mekanizması dışında yer alan, gönüllü ve sivil birer girişim olduğunu ifade etmiştik. Para vakıflarının amaç ve fonksiyonları, sermaye büyüklükleri ve kurucuların ve yöneticilerin ideal ve hedefleriyle şekillenen, gelişen ve yeniden biçimlenen hem sade, hem de komplike yapılardır. Küçük bağış sermayelerle oluşmuş para vakıfları, kimi zaman ücra bir bölgede inşa edilmiş bir zaviyenin sakinlerinin veya yoldan gelip gidenlerin taam-iyesini karşılar; kimi zaman ise dini-sosyal bir yapının ısınma ve

aydınlatma giderleri için tahsis edilmiştir. Dini ilimlerin tahsil edildiği, öğretildiği örgün eğitim kurumu medreseler için ya da birer kültür hazinesi olan yazma eserlerin korunduğu, istinsah yoluyla çoğaltılıp dağıtıldığı kütüphane gibi kültür kurumlarına meşrut olmak üzere, onlarca hayırsever, elde avuçta olan küçük paralarını, para vakıflarına sermaye olarak temlik etmektedir.

“Damlaya damlaya göl olur” atasözü fehvasınca, onlarca, yüzlerce ve hatta binlerce küçük kaynak sokak, mahalle, semt ve şehirdeki çarşıda oluşturulan havuzlarda, para vakfı adıyla biriktirilmiştir. Bu nakit kaynaklar, toplumda sosyal yardım, adli-hukuki, sağlık, eğitim-kültür veya küçük veya büyük ölçekli altyapı hizmetleri için kullanıldığı gibi, farklı iş kollarında faaliyet gösteren özel müteşebbislere, özellikle esnaf ve zenaatkara kredi olarak verilmek suretiyle, iktisadi hayata yeniden dönmüştür.

Para vakıflarında biriken parasal sermaye, iş hayatındaki girişimciler açısından uygun bir kredi kaynağına dönüşebildiği gibi, bu likiti elinde tutan çoğu ilmiye zümresine mensup para vakıflarının yöneticileri toplumda hem prestij sahibi olmakta hem de maddi refah yönünde daha üst bir konuma yükselmektedir.

Para vakıflarındaki likit, re'sül mal da denilen ana para, sürekli genişleyip daralan bir özelliğe sahiptir. Bir para vakfının sermayesi, aynı zamanda hem rant geliriyle hem de aynı vakfın akar gelirleriyle büyüme imkanına sahiptir. Mevut bir para vakfına, hayır sahipleri tarafından dışarıdan yeni sermaye de ilave edilebilir, böylece ana sermaye her zaman büyüme potansiyeline sahiptir. Söz konusu vakfın sermayesi, yıllık masrafın/harcamanın büyüklüğüne göre daralıp küçülebilir de.

Son yıllarda Türkiye’de para vakıfları konusunda tarih, iktisat tarihi ve İslamî finans alanlarında uzmanlaşan akademisyenler tarafından birçok orijinal ve analitik çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmaların çoğunluğunu belli şehirleri odağına alan incelemeler olduğu ifade edilebilir. Dahası, mevcut araştırmaların, para vakfına konu olan vakıf sermayesinin sivil ve askeri zümre mensupları tarafından bağışlandığı, vakfın hedef kitlesinin kimler ya da hangi sosyal çevreler olduğu konusunda çok fazla ayrıntılı bilgiler ihtiva ettiği söylenemez. Öte yandan, vakfın kurumsal kimliğinin ne kadar süreklilik arz ettiği,

bir başka ifadeyle vakıf sermayesinin kurumsal kimliğinin devamlılığı hususunun da pek çok çalışmada flu olduğu söylenebilir.¹

Biz, bu çalışmada, reâya dışında, askeri zümre mensupları tarafından Topkapı Sarayı bünyesinde belirli bir amaç ve ihtiyaç için oluşturulmuş bir kütüphaneye dönük olarak teşkil edilen bir para vakfını ele aldık. Burada, hem kütüphanenin devamlılığını sağlamak hem de vakfın kurumsal kimliğini muhafaza etmeye dönük ilave vakıf paraların veya bağışların sonradan ana sermayeye eklenerek, vakıf paraların bir ve hatta birbuşuk asra tekabül eden bir periyotta, devamlılık ve sürekliliğinin nasıl sağlanmış olduğunu tespit etmeye çalıştık. Bu yönüyle, çalışmanın alan yazınına sadece literatür açısından değil, konunun sosyolojik perspektiften ele alınmasını sağlayarak, Klasik Osmanlı sistemi içinde yer alan askeri zümrenin belirli bir bölümünde var olan dayanışma ve yardımlaşmanın para vakfı üzerinden nasıl bir sosyo-kültürel ve ekonomik ilişkiler ağına dönüşmüş olduğuna da ortaya koymaktadır. Bu yönüyle de çalışma, Osmanlı toplumunu ve sistemini biraz daha derinden anlamamıza yardımcı olacaktır denebilir.

Bu çalışmada, para vakıflarının klasik Osmanlı sisteminde üstlenmiş olduğu rol ve fonksiyonlara kısaca değindikten sonra, askeri zümrenin bir parçası olarak Topkapı Sarayı'nda faaliyet gösteren Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı'nın 1740'lı yılların başında teşekkülü ve yaklaşık doksan yıllık bir dönemde vakfın

¹ Osmanlı toplumunda para vakfı konusunda çok sayıda çalışma yapılmıştır. Bunlar arasında bazıları şöyle sıralanabilir. Murat Çizazça, Risk Sermayesi, Özel Finans Kurumları ve Para Vakıfları. İlmî Neşriyat, İstanbul 1993; Nasi Aslan (1998), "Osmanlı Toplumunda Para Vakıflarının Kurumsallaşmasında Rol Oynayan Faktörler." Dini Araştırmalar ½ (Haziran 1998). <https://dergipark.org.tr/tr/pub/da/issue/4439/61162> (Erişim tarihi: 02.01.2025); Cafer Çiftçi (2001), Bursa'da Vakıfların Sosyo-Ekonomik İşlevleri. (Ankara-2001), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Doktora Tezi). <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay>. (Erişim tarihi: 02.01.2025); Çiftçi, Cafer (2001), 18. Yüzyılda Bursa'da Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/782453> (Erişim tarihi: 02.01.2025); Arif Akkaya (2028), 18. Yüzyılın Sonlarında Muhasebe Kayıtları Işığında Üsküdar Para Vakıfları, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Ekonomisi ve Finans Anabilim Dalı, Ocak 2018 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

bünyesinde meydana gelen değişme trendi üzerinde durulacaktır. Burada inceleme konusu yaptığımız Topkapı Sarayı Kiler Odası Kiler Odası Kütüphanesi vakfında yaklaşık 90 yıla yakın ana sermayedeki değişim trendleri izlenebilmektedir. Vakfın kurulduğu yıl olan 1742'den sonra, aradan geçen 150 yıl sonra, sermayenin izinin 1880'li yıllarda takip edilebiliyor olması, vakfın kurumsal kimliği bakımından oldukça önemlidir.²

Çok kültürlü, çok etnisiteli, çok dinli bir toplum yapısına sahip olan Osmanlı devleti genel olarak iki büyük zümre veya tabakadan teşekkül ediyordu. Birincisi, kamuya mal ve hizmet üreterek vergi mükellefi olmayan grupların bütünü kapsayan "askeri" zümre olarak isimlendirilirdi. İkinci zümre ise, toplumsal tabana yayılmış olup, bulunduğu statü ve konumda çeşitli rol ve fonksiyonları icra eden, vergi mükellefi olan "reâya" olarak adlandırılmaktaydı. Klasik Osmanlı sistemi, her iki zümre arasında geçişlere imkân tanıyordu.

Çalışmanın konusu olan vakıf kurumu İslamiyetin başlamasıyla ortaya çıkmış Selçuklular ile birlikte Anadolu topraklarına yayılmıştır. Osmanlılar ise klâsik sistemin hâkim olduğu 15. ve 19. yüzyıllar arasında, vakıf kurumunu büyük ölçüde geliştirilip yaygınlaştırılarak ve aynı zamanda yeni unsurlarla zenginleştirerek yeni bir aşamaya getirmişlerdir. Klasik Osmanlı sistemi fakirliğin dilencilik düzeyine kadar inmesini önlemede oldukça başarılı olmuştur, bu nedenle kuruluştan itibaren sistemin sürdürülebilmesinde hayati bir konumda olan vakıf müessesesini devlet desteklemiştir. Toplumda sosyokültürel ve iktisadî hayatın sürekliliğinin sağlanmasında pek çok önemli rol ve fonksiyon icra eden vakıf kurumu içerisinde para vakıfları, her dönemde ayrı bir öneme sahip olmuş ve bu hususta yenilikçi davranmıştır.

Fakihler arasında paranın vakfedilmesine dair tartışmalar olsa da geniş İslâm coğrafyasında Osmanlı toplumu dışında para vakfının kullanımına dair bir uygulamaya tanık olunmamıştır. Vakıf müessesesi, umumiyetle toplumun orta-üst ve üst gelir grubunda yer alanların yapabildiği taşınmaz mal varlıklarının

² Bu çalışmada, esas itibarıyla, Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Osmanlı Devlet Arşivi (ODA), TS. MA.d. (Topkapı Sarayı Arşivi Maliyeden Müdevver Defterler) No: 159 (Evasıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833) numaralı defter kullanılmıştır. Ancak, Osmanlı İmparatorluğunun farklı bölgelerindeki yerleşim birimlerinde faaliyet gösteren binlerce para vakfına rastlamak mümkündür.

(gayrimenkul) vakıflarından oluşuyordu. Para vakıflarının getirmiş olduğu en radikal yenilik, geniş halk kesimleri arasında bulunan küçük tasarruf sahiplerinin de katılmasına imkân tanıyarak, vakıf sektörüne belirgin bir genişleme ve dinamizm getirmesi olmuştur. Para vakıfları yoluyla, toplumun her kesimindeki küçük tasarruf sahiplerinin mevcut bir vakfa ilâve yapabildiği veya aralarında birleşerek yeni vakıflar oluşturabilmesi mümkün hale gelmiştir. Böylece vakıf kurumu kısa bir süre içinde öngörülemez hızda ve büyüklükte bir genişliğe ulaşmıştır.³

Sosyal konumu ve gelir düzeyleri farklı bireyler başta olmak üzere, esnaf loncaları, yeniçeri grupları ve çeşitli kamu kurumları ülkenin merkezi şehirleri dışında kalan periferideki mahalle ve köylerde bile yaygın bir şekilde para vakıfları kurarak toplum içinde dayanışma ve yardımlaşma kültürünü geliştirmiş, sadece elde edilen refahı değil olası riskleri de paylaşmışlardır.⁴

Özellikle mahalle ve köylerde Avarız türü vergileri ödemeye destek olmak üzere para vakıfları yaygın olarak kurulmuştur. Ayrıca kamu çalışanları yanında sivil bireyler de vefatlarından sonra isimlerinin ilanihaye anılmasını sağlamayı ve arkalarında hayır kapılarının açık bulunmasını arzu etmişlerdir. Bu nedenle toplumun her kesiminde çok farklı statüde ve konumda bulunanlar, bireysel ve ortak hareket ederek, sosyal-kültürel ve dini alanlarda faaliyette bulunmak amacıyla küçük tasarruflarıyla binlerce para vakfı teşekkül ettirmişlerdir. Savaş vb. olağanüstü durumlarda, giderleri karşılamak üzere devletin halktan aldığı avarız vergisi kurulan para vakıfları sayesinde ödenebilmesi kamuyu da rahatlatan bir uygulama olmuştur.⁵

Diğer yandan, faizin meşru kabul edilmediği ve yüksek oranda olduğu toplumsal bir yapıda, iktisadi faaliyetleri yürütürken kredi arz miktarını artırmak suretiyle ekonominin nefes almasına imkân vermek, para vakıflarının Osmanlı sistemine getirmiş olduğu ikinci bir yenilik olmuştur. Para vakıfları, %10-15

³ Mehmet Genç, Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi II, Ötüken (2. Basım, İstanbul 2023), s.83; Çizazça, Para Vakıfları

⁴ Çizazça, Para Vakıfları; Genç, Devlet ve Ekonomi II, s. 83;

⁵ Genç, Devlet ve Ekonomi II, s. 83; Çizazça, Para Vakıfları

arasındaki bir maliyetle piyasaya büyük ölçüde kredi sağlamıştır. Böylece çeşitli üretim sektörlerinde faaliyet gösteren işletmeler (imalathaneler), krediye ihtiyaç hissettiklerinde hukuken faiz sayılmayacak bir uygulama ile çabuk ve ucuz bir şekilde erişebilmiştir. Para vakıflarının sisteme bir başka katkısı ise, vergi iltizam sistemine kredi sağlamakta olan sarraf esnafına ihtiyaç duydukları mevduatı sağlayarak devlet maliyesinin aksamadan faaliyetlerini sürdürmesine aracılık yapması olmuştur.⁶

I. KİLER ODASI KÜTÜPHANESİ PARA VAKFI

Çalışmanın bu bölümünde, İstanbul'da Topkapı Sarayı bünyesinde faaliyet gösteren Kiler Odası personelinin kendi aralarındaki küçük tasarruflarıyla oluşturdukları para vakfı inceleme konusu yapılmaktadır.⁷

Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı, 18. yüzyılın ilk yarısında kurulmuştur. 1154 (1741) tarihli vakfiyenin kayıtlı bulunduğu bir defterde hem kuruluş sürecindeki ana sermayeyi hem de sonradan yapılan ilavelerle yaklaşık 90 yıla yaklaşan bir dönemde vakfın sermayesindeki büyüme ve daralma eğilimini izlemek mümkün olmuştur. Ayrıca, yapılan ilave bağışların büyüklüğü, her bir bağışçının vakfettiği para ile yerine getirilmesini "şart" koştuğu faaliyet çeşitleri de aynı şekilde vakfiyenin kayıtlı bulunduğu defterde takip edilebilmektedir. Öte yandan, Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı ana sermayesine II. Mahmut'un müdahalede bulunduğu da tespit edilmiştir. Siyasi otorite tarafından kamu tüzel kişiliğine sahip bir para vakfına müdahalenin varlığı ise, hukuki açıdan ayrı bir tartışma konusudur. Ancak arşiv kayıtlarına göre, Kiler Odası kütüphanesi para vakfına yönelik müdahale sonrasında vakfın tüzel kişiliğini sona erdirmemiştir. Aksine para vakfı, küçük bağışçıların katkılarıyla bir süre daha faaliyetlerini sürdürebilmiştir.⁸

⁶ Genç, Devlet ve Ekonomi II, s. 83

⁷ TS. MA.d: 159 (Evâsıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741. Hazine-i Hümayun Kiler-i Hassa Odası Kütüphanesi Para Vakfiyesi ile vakıf kitaplar listesi ekte yer almaktadır. Ekte yer alan para vakıfları bu çalışmada kullanılmıştır. Ayrıca Kiler Odası Para vakfiyesi, kütüphanede yer alan kitaplar ile bazı ek vakfiyeler ikinci defterde "suret" olarak kaydedilmiştir. Bakınız; TS. MA.d: 160.

⁸ TS. MA.d: 159 (Evâsıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833), vr. 3b.

Vakfiyenin giriş bölümünde verilen bilgilere göre, para vakfının nasıl kurulduğu, ilerleyen süreçte nasıl faaliyette bulunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, Kethüda Süleyman Ağa, Babüssade'de gerçekleşen meclis-i şer' de; Enderûn-ı Hümayun Kiler Odası'na hayır sahiplerinin bağışladığı kitaplardan bir kısmının ödünç alanlar tarafından iade edilmediğini, böylece her yıl ödünç olarak verilenlerden çok sayıda kitabın kaybolduğunu, denetim ve kontrol görevi verilen şahısların kütüphanedeki eserleri koruyamadığını ifade etmiştir. Bu nedenle, Kethüda Süleyman Ağa, mevcut kitapların özel bir şahsın sorumluluğuna verilerek korunması amacıyla bir vakfiye tanzim etmiştir.⁹

Vakfiyede yer alan açıklamaya göre, Kiler-i Hassa Odası için bağışlanan nakdi paranın yönetimi, tasarrufu, ödünç olarak verilip işletilmesi gibi konularda öteden beri kiler kethüdaları yetkili kılınmıştır. Vakfiyenin kuruluş zamanı olan 1741 yılına kadar Kiler Odası'ndakiler kendi aralarında 2500 kuruş biriktirmiş bulunuyordu¹⁰. Kethüda Süleyman Ağa, kendi şahsi gelirinden ayırmış olduğu 250 kuruşu o vakte kadar biriken para ile birleştirmek suretiyle Kiler Odası Kütüphanesi için vakfetmiştir. Böylece para vakfının başlangıç sermayesi 2750 kuruş olmuştur. Kethüda Süleyman Ağa, vakıf kitapların korunması ve kaybolmaması için hâfız-ı kütüb tayin edilmesini vakfiyeye şart olarak koymuştur. Kiler Odası halifeleri arasında yetenekli ve kabiliyetli olanlardan biri kütüphaneye hâfız-ı kütüb olacaktır. Bu hizmeti karşılığında ise, Kethüda Süleyman Ağa tarafından vakfedilen 250 kuruşun nemalandırılması sonucunda elde edilecek gelirden günlük 5 akçe verilecektir.¹¹

Vakfiyede temel bir kural olarak açıkça ifade edilen hususlardan biri ise, Kiler Odası Kethüdası olanlar aynı zamanda vakfın mütevellisi olarak görev yapacak

⁹ Defterin dış kapak yazısı şu şekildedir: "Sabıkâ Kılar odasında mevcut bulunan nukûd-ı mevkûfe ve kitâb-ı mütenevvia ve mesâhif-i şerifelerin defteridir." TS. MA.d: 159 (Evasıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833). Diğer yandan, iç kapak sayfasındaki yazı ise şu şekildedir: "Kılar kethüdası bulunan ağaların yedinde mukaddema hıfz oluna gelen nukud-ı mevkûfenin ve vakıf kitap ve mushaf-ı şeriflerin defteridir." TS. MA.d: 159, vr. 3b-4a.

¹⁰ TS. MA.d: 159, 4a.

¹¹ TS. MA.d: 159, vr. 4b.

olup paranın işletilmesi ve harcanmasından sorumlu olacaktır.¹² Öte yandan “hâfız kütüb” değiştiğinde, kütüphanede görevli zabıt, kâtib ve diğer görevlilerin “hulefâ” huzurunda kütüphanenin mühürlü asıl defterinde kayıtlı kitapları sayarak bir sonrakine teslim edecek olmasıdır. Devir teslim esnasında eksik olduğu tespit edilen kitap mutlaka temin edilerek yerine konulacaktır.¹³

Öte yandan, hâfız-ı kütübün ücreti her yıl Recep ayında bizzat Kiler Odası Kethüdası tarafından ödenecektir. Vakfedilen 250 kuruştan sağlanan nemanın fazlası, üç dört yılda bir tamir ve bakıma muhtaç olan kitapların onarımı için harcanacaktır.¹⁴

Topkapı Sarayı Kiler Odası para vakfının durumu, vakfiye kayıtlarını ihtiva eden defterde yaklaşık 90 yıl (1741-1832) takip edilebilmektedir. Bu kayıtlara göre, sonradan farklı meslek, cinsiyet ve kültüre sahip, Osmanlı toplumu içinde tamamı askeri zümreye mensup şahıslarca az ya da çok belirli miktarda para vakfedildiği, ana sermayeye katılan bu paraların nemalandırıldığı anlaşılmaktadır¹⁵. Ancak sonradan bağışta bulunanların hiçbiri, paranın işletilmesi sonucunda elde edilecek gelirin kitap alınması veya mevcut kitapların bakım ve onarımı için kullanılmasına dönük herhangi bir şart ileri sürmemiştir.

1741-1832 yılları arasında, Kiler Odası Para vakfına dair toplam 48 ayrı işlem gerçekleştirilmiştir. Vakfiye 1741’de oluşturulduğunda, Kethüda Süleyman Ağa’nın 250 kuruşluk bağışı ile vakıf 2750 kuruş sermayeye sahip bulunuyordu. Bu tarihten yaklaşık 75 yıl sonra, 1816 yılında, vakfın ana sermayesi 18.075,5

¹² “Fî-mâ ba’d li-merzâtillâhi teâlâ mesâhif ve kütüb-i mezbûre müstakillen bir kimesnenin zabt ve hıfzında olmasını musammem ve azîmetim olup lâkin Kilâr-ı Hassa odası mühimmâtı için mevkûfe nukûdun tevliyet ve tasarrufu ve erbâh ve istirbâh olunması kadîmü’l-eyyâmdan berü Kilâr Kethüdası olanlara mahsûs ve müfevvez olup,” TS. MA.d: 159, vr. 4a.

¹³ TS. MA.d: 159, vr. 4a-4b.

¹⁴ TS. MA.d: 159, vr. 4b.

¹⁵ “İşbu 1238 senesi Rebiulahirin 13. günü (28 Aralık 1822) bigayetillah teala çerağ olduğumuzda halefimiz atufetlü Süleyman Ağa ile vakf-ı şerifin hesabı rüyet olunup selefimizden teslim olunan ve sonradan an nakdin vakfa zam olunan meblağ 11550 kuruş ve zamanımızda teraküm eden 2950, ceman 14500 kuruşu halefimiz müşarüileyh ağa hazretlerine teslim olunduğunu müş’ir işbu mahalle şerh verildi. Ceman yekûn: 14500 kuruş. Mehmet Nureddin Kethüda-yı Hassa. Fi 13 Rabiulahir 1238/28 Aralık 1822.”, TS.MA.d, No: 159, vr.10a.

kuruşa yükselmiştir. Ancak bu tarihte, ana sermayenin %55'ine tekabül eden 10.000 kuruş, Sultan II. Mahmut'un emri ile darphaneye verilmiştir. Siyasi iradenin bu müdahalesinden sonra Kiler Odası vakfının ana sermayesi artmaya devam etmiştir. Vakfın ana sermayesi küçük birikimleri olan bağışçıların bağışlarıyla düzenli olarak artarak 1832 yılında 17.562 kuruşa yükselmiştir.¹⁶ Dolayısıyla, vakfiye defterindeki kayıtlardan, 1741-1832 yılları arasında vakfın ana sermayesindeki büyüme, gelişme, küçülme ve yeniden artma eğilimlerini tespit etmek mümkün olabilmektedir.¹⁷

II. ANA SERMAYENİN DEĞİŞME DİNAMİKLERİ

Kiler Odası Kütüphanesi Para Vakfı'na ait vakfiye 1741'de teşekkül ettikten sonra, bağışçılar, umumiyetle, 100 kuruş veya katları olan tutarları vakıf sermayesine bağış olarak ilave etmişlerdir. Bağışçılar arasında, 100 kuruştan daha düşük bir tutarı vakfedenler de bulunmaktadır. Sonuçta vakfedilen paranın asgari ve azami tutarı değişmekte, belirli alt ve üst limit söz konusu olmamaktadır.¹⁸

¹⁶ TS. MA.d: 159 (Evâsıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833)

¹⁷ Sonuçta, 1816 yılında 10.000 kuruş Darphaneye verildikten sonra, 1832'ye kadar vakıf parada meydana gelen artış toplamı %50'den daha fazla olmuştur. II. Mahmut tarafından Kiler Odası Para vakfına dönük bu müdahale ile sonrasında ortaya çıkan gelişmeler silsilesi ise, yine bir başka arşiv kaynağından ayrıntılı bir şekilde ifade edilmiştir. Bakınız; TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (12 Ramazan 1297/ 18 Ağustos 1880).

¹⁸ 1741-1832 yıllarına tekabül eden ek vakfiye kayıtları incelendiğinde en düşük para vakfının 70 kuruş, en büyük tutarın ise 1500 kuruş olduğu tespit edilmiştir. Üçüncü en büyük bağış ise 1050 kuruş olmuştur.

"İş bu 1230/14 Aralık 1804 senesi Kilar-ı Hassa ağavatından Hattat Süleyman Ağa râh-ı hayra süluk birle canib-i vakfa 70 kuruş eda ve teslim ve hasıl olan nemasından senede bir kerre kaftan akçesi vakti 7 kuruş peşkirbaşılara teslim olunup 2 kıyye mum alınıp, vakıf eylediği Yasin-i Şerif cüzleri kiraat olundukça," TS.MA.d, No: 159, vr. 8a.

"Kilar-ı Hassa Ağalarından Sinan Ağa merhum oldukda bade-iz eda-yı vasiyet duyun yedimizde kalan 1500 kuruş Silahdar Ağa Hazretleri marifetiyle 500 kuruştan hâsıl olan 50 kuruş neması Koç/Göç İmamlarına tahsis ve 1000 kuruştan hâsıl olan 100 kuruş neması meşin sofralara mukaddem tayin olunan 45 kuruşa ilave ile 145 kuruşa iblağ olunmak üzere mezkûr 1500 kuruş mukaddemki mal-ı vakf olan 8365,5 kuruşa zam olundukda asl-ı mal-ı vakf 9865,5 kuruşa iblağ olunduğu işbu mahalle şerh verildi. Fi Gurre-i Şaban 1234/26 Mayıs 1819.", TS.MA.d, No: 159, vr. 9a.

Vakfa yapılan para bağışlarının bir bölümü şahıslarca kendileri hayatta iken gerçekleştirilmiştir¹⁹. Bazı örneklerde ise, vefat sonrasında şahısların terekesinden yapılmıştır. Bazen bir vasiyet üzerine gerçekleşirken, bazen de geride bilinen bir mirasçı bulunmaması nedeniyle onun adına vakfedilmektedir. Bu şahıslardan bir kısmı Kiler Odasıyla ilişkili olabildiği gibi bazen kurumsal bağı olmayanların da geride bıraktıkları mal varlıklarının söz konusu kurumun para vakfının ana sermayesine aktarılmış olduğu gözlemlenmektedir. Varisi bulunmayan bir şahsın vefatı söz konusu olduğunda, önce varsa borçları tereke satılarak ödenmektedir, artan kalan mal varlığı ise Kiler Odası Para vakfına verilmektedir.²⁰

“Bila varis vefat eden merhum Şamlı Hüseyin Ağanın muhalledatından Çeşme havlusu çukalarına tahsis olunan 1050 kuruş nukud-ı mevkufe zam oldukda, mal-ı vakf 13714 kuruşa baliğ olmuştur. Gurre-i Safer 1221/21 Mart 1806.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 6b.

¹⁹ Farklı meslek gruplarından çok sayıda küçük birikim sahibi hayatta iken Kiler-i Hassa Kütüphanesi Para vakfına bağışta bulunmuştur. Kiler Odası kethüdası görevinde bulunan iki ayrı şahsın bağış örneğine aşağıda yer verilmiştir. “Kılar Kethüdası Gürcü Mustafa Ağa Kılar-ı Humayun vakfına ihda olmak üzere 448 kuruş vakfiyet üzere vakf-ı mezbure vaz’ ve zam olup el-an vakf-ı mezbur 4398 kuruşa bâliğ olmağla bu mahalle şerh verildi. 4398 kuruş. Sene (1 M) 1178/1764.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

“Kılar Kethüdası saadetli Selim Ağa vakf-ı mezbure kendü kesesinden olmak üzere 300 kuruş ikad-ı kanadil için zam eylemiştir. Sene (1 M) 1181/30 Mayıs 1767). 4698 kuruş.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

²⁰ Çok sayıda farklı örnek arasında birkaç kayda aşağıda yer verilmiştir.

“Bila vâris müteveffayı merhum Murtaza Hoca'nın terekesinden hâsıl olan 150 kuruş vakfiyet üzere vakf-ı mezbure vaz’ ve zam olmağla el-an vakf-ı mezbur 2900 kuruşa bâliğ olmağla bu mahalle şerh verildi. 2900 kuruş. Sene (1 M) 1154/1741/19 Mart 1741). TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

Bila vâris müteveffayı merhum Dâye-zade Küçük Yusuf Ağa'nın terekesinden hâsıl olan 100 kuruş vakfiyet üzere vakf-ı mezbure vaz’ ve zam olup vakf-ı mezbur 3000 kuruşa bâliğ olmağla bu mahalle şerh verildi. 3000 kuruş. Sene (1 M) 1155/1741/8 Mart 1742). TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

Bila vâris müteveffayı merhum İsmail Ağa terekesinden hâsıl olan 500 kuruş vakfiyet üzere vakf-ı mezbure vaz’ ve zam olup el-an vakf-ı mezbur 3500 kuruşa bâliğ olmağla bu mahalle şerh verildi. 3500 kuruş. Sene (1 M) 1167/1753). TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

Bila vâris müteveffayı merhum Hafız sadık Ağa terekesinden hâsıl olan 450 kuruş vakfiyet üzere vakf-ı mezbure vaz’ ve zam olup el-an vakf-ı mezbur 3950 kuruşa bâliğ olmağla bu mahalle şerh verildi. 3950 kuruş. Sene (1 M) 1170/1756). TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

“Bilâ-varis müteveffa merhum Mehmet Reşid Ağa'nın terkesinden hâsıl olan 242 kuruş vakfiyet üzere vakf-ı mezkure nukuduna zam ve ilhak olunmağla el an nukud-ı vakf-ı mezkûr 8869,5 kuruşa baliğ olduğunu müş'ir bu mahalle şerh verildi. Fi Gurre-i M. 1209/29 Temmuz 1794.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 6a.

Kiler Odası Kütüphanesi para vakfı defterindeki kayıtlar inceleğinde, farklı tarihlerde bağışta bulunan 8'i Kiler Kethüdası toplamda 26 şahsın yapmış olduğu 10236 kuruş ele alındığında, kethüdalardan her birinin ortalama 411 kuruş, diğer bağışçılardan herbirinin ise ortalama 386 kuruş ana sermayeye vakfetmiş olduğu anlaşılmaktadır. Toplam 26 kişinin genel bağış ortalamasının ise 394 kuruş olduğu tespit edilmiştir. Aşağıda, bağışçılar ile bağış miktarlarını gösteren bir tablo yer almaktadır. Bu tablo, vakıf defterindeki verilerden tarafımızdan hazırlanarak oluşturulmuştur.

Tablo 1: Bağışçıların Adları, Meslekleri ve Bağış Miktarları

No	Vakfeden adı	Meslek	Vakıf tarihi	Miktarı (kuruş)	Vakfın Şekli
1	Murtaza Hoca	Hoca	19 Mart 1741	150	Tereke
2	Dâyezade Yusuf	Ağa	8 Mart 1742	100	Tereke
3	İsmail	Ağa	29 Ekim 1753	500	Tereke
4	Hafız Sadık	Ağa	26 Eylül 1756	450	Tereke
5	Lala Mahmut Müesser Efendi	Lala	28 Eylül 1772	100	Şahsi para
6	Çerkes Mustafa	Ağa	-	100	Tereke
7	Sultan III. Selim	Padişah	25 Nisan 1789	50	Şahsi para
8	Seyyid Abdullah	Ağa	30 Nisan 1790	500	Şahsi para
9	Hakkazade Seyyid Mehmet Emin	Pars kethüdası	10 Mart 1793	100	Tereke
10	Reşid	Ağa	29 Temmuz 1794	242	Tereke
11	Hafız Mehmet Reşid	Ağa	26 Ekim 1796	300	Şahsi para
12	Şamlı Hüseyin	-	21 Mart 1806	1050	Tereke

13	Gazi Hüseyin paşa	Vezir	10 Ekim 1806	500	Şahsi para
14	Abdülkerim Ağa	Mabeynci	23 Haziran 1808	1000	Tereke
15	Süleyman Ağa	Silahtar	21 Ağustos 1811	140	Tereke
16	Hattat Süleyman	Ağa	-	70	Şahsi para
17	Sinan	Ağa	26 Mayıs 1819	1500	Tereke
18	Atike kalfa	Kalfa	4 Nisan 1821	100	Tereke
19	Süleyman Ağa	Kethüda	2 Nisan 1741	250	Şahsi para
20	Gürcü Mustafa	Kethüda	1 Temmuz 1764	448	Şahsi para
21	Selim Ağa	Kethüda	30 Mayıs 1767	300	Şahsi para
22	Seyyit İbrahim	Kethüda	-	150	Şahsi para
23	Hasan Ağa	Kethüda	18 Kasım 1783	236	Şahsi para
24	Hafız Ahmet Ağa	Kethüda	10 Mart 1793	600	Şahsi para
25	Seyyit Mustafa Ağa	Kethüda	26 Kasım 1807	1000	Şahsi para
26	Osman Ağa	Kethüda	3 Nisan 1813	300	Şahsi para

Kaynak: TS.MA.d, No: 159 (tarafımızdan oluşturuldu)

Öte yandan, vakıf defterine ait kayıtlardan, istisnalar dışında vakıf sermayesinden borç alanlar hakkında bilgi edinmek mümkün olmamıştır. Borç

alanlar, umumiyetle, aldıkları borç parayı vaktinde ödemedi vefat etmesi halinde borçlu kişinin kimliği açığa çıkmaktadır. Ancak böyle bir durum söz konusu olduğunda, kimlerin ne kadar bir tutarı hangi oranda borç almış olduğuna ilişkin vakfiye defterinde bilgi bulunmamaktadır. Genelde, verilen borç paranın geri dönüşü ve alınan nema miktarı konularında herhangi bir veri bulunmamaktadır.²¹

Küçük birikimlerini bağışlayanlar paralarını vakfederken genelde paranın işletme maliyeti (neması) konusunda piyasa faizini dikkate alan makul oranda işletildiğini bilmektedirler, bu nedenle bağışta bulunanlardan her biri paranın işletme faizi konusunda bir şart ileri sürmemektedir. Ancak bağışçılardan bazıları faiz oranını açıkça beyan etmektedir.²²

Para vakfının sorumluluğunu üstlenen Kiler Odası kethüdarları, görev değişikliği esnasında, halef-selef arasında, hem ana sermayede meydana gelen büyüme ve daralma hem de kendilerinin görev yaptıkları sürede ilave bağış (vakfa zam) miktarları hakkında bilgi vermeyi tercih etmektedirler. Vakıfla ilgili bütün bu iş ve işlemleri, genelde, görev değişikliği sırasında bir tutanakla kayıt altına almaktadırlar. Ancak kethüdanın ani vefatı söz konusu olduğunda, devir

²¹ Borçlu şahıslar ile alacak tutarları kayıtlarda aşağıda şekilde yer almaktadır. "...mukaddema Hafız Mehmet Efendi vaktinde bi'l-münasebe Zeytuni Mustafa nam kimesneye karzen verilmiş olan 400 (dört yüz) kuruş tahsil olunamadığından, mal-ı vakıftan fûru-nihade olunup,...", TS.MA.d, No: 159, vr. 8b.

²² "Zikrolunan 500 kuruşun neması senevi 50 kuruş olup hitam- va' de olan Receb-i şerifin 27. Günü tecdid-i temessük olundukda meblağ-ı mezburdan hasıl 50 kuruş fâiz kilar kethüdası ağa olanların kaftancısı olanlara teslim ve ol dahi..", TS.MA.d, No: 159, vr. 5a.

"...Kilar Kethüdası ağa hazretleri yedine vakf ve vaz olunan 250 kuruşun devr-i şer'i üzre bir sene-i kâmilede faizinden hâsıl olan 25 kuruş Şaban-ı Şerif guresinde Miftah Ağası bulunan ağavatımıza Kilar Kethüdası Ağaların teslim ve edaları ve Miftah Ağaları Ocağı ustalarına verip bu hayrın daima icrasına nezaret buyurmaları işbu defter-i vakfa şerh verildi. Fi Gurre-i Şaban 1231/26 Haziran 1816. Mal-ı Vakıf: 17774.", TS.MA.d, No: 159, vr. 8a. Diğer pek çok örnekte, benzer ifadeler kullanılmak suretiyle, yıllık faiz oranının %10 olarak belirlendiği tespit edilmiştir. Bakınız; TS.MA.d, No: 159, vr. 5b, 7b, 9a.

sürecinde böyle bir işlem yapılmasına imkân olmasa da yeni Kethüda göreve başladığında vakfın ana sermayesinin tespiti amacıyla bir tutanak tutmaktadır.²³

Diğer yandan, kethüdalar, kendi dönemlerinde geri ödemesi yapılmamış vakfın alacağı bulunuyorsa eğer, görevi sonraki gelene devir sürecinde, verilmiş olan borç miktarı ile borçluları bir tutanakla kayıt altına almaktadırlar. Borç verilen alacağın neden tahsil edilemediği ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmaktadır.²⁴

²³ “Mürüvvetlü Kılar-ı Hassa Kethüdası Hafız Ahmet Ağa Kuru Ağalığına bekâm olduklarında nezaretlerinde olan Kılar-ı Hassa vakfının hesabına ru’yet olundukda mâl- vakfı 1044 kuruş tevfir (artırma, çoğaltma, tasarrufla artırma) ve meblağ-ı mezkure asl-ı mal-ı vakfa zam eylediğimizde el yevm 8627,5 kuruşa baliğ olmağla bu mahalle şerh verildi. Fi 5 Ra. 1208/2 Kasım 1793.”, TS.MA.d, No: 159, vr.5b.

“Devletlü, İnyetlü Kılar-ı Hassa Kethüdası Süleyman Beyefendi hazretleri silahtar-ı hazret-i cihandari mansıbı ile bekam buyrulduklarında nukud-ı mal-ı vakf hesab olunup zaman-ı saadet-iktiranlarında 2414 kuruş sa’y ve himmetleriyle mal-ı vakfa ziyade fâide hâsıl olup ceman nukud-ı vakf 12664 kuruşa baliğ olmağla işbu mahalle işaret olundu. Fi 21 Za. 1218/3 Mart 1804.”, TS.MA.d, No: 159, vr.6b.

“İşbu 1243 senesi Rabiulevvel’in 27. günü (18 Ekim 1827) kilar kethüdası olup biğayetillah teala sene-i mezburenin gurre-i Şaban’ında Nevbetçibaşı ile muhasebe ru’yet olunup, sâir mutad olan avâidât cümlesi verildikten sonra hasıl olan nemadan 260 kuruş bâki kalmağla mal-ı vakıf olan 15502 kuruşun üzerine zam olunup mecmu mal-ı vakf 15762 kuruşa bâliğ olmağla, işbu mahalle şerh verildi. Gurre-i Şaban 1243/17 Şubat 1828. Keyhüda-yı Kılar-ı Hassa, Receb Efendi.”, TS.MA.d, No: 159, vr.10b.

²⁴ Şu iki vaka, statü sahibi meslek mensupları olarak borçlanan şahısların durumunu açığa çıkarması bakımından oldukça ilginçtir. “... Ancak Peşkirbaşılıktan ihraç Koç Arif Ağa'nın canib-i vakfa 250 kuruş deyni ve tımarhanede vefat eyleyen Servet Mehmet Efendinin 300 kuruş deyni olup lakin mezkur Koç Arif Ağanın nân parası ve merhum Mehmet Efendinin terekisi bî-hasıl olmağın bu ikisinin 550 kuruş deyn, mal-ı vakıf olan 7665,5 kuruştan fûru-nihade olunup 1232 Muharremü'l-haramın guresinde .. çerağ olduğumuzda halefimiz Saadetlü Osman Vasıf Beye 7115,5 kuruş teslim olunduğu li-ecli'l-kayd işbu mahalle şerh verilip temhir olundu. Fi Gurre-i Muharrem 1232/21 Kasım 1816.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 8b.

“Kilar Kethüdası Recep Efendi merhum, Hane-i Hassa Ağalarından ser-tüfengi Ahmet Kamil Beye, Kılar-ı Hassa Vakfından ba-temessük 400 kuruş virüp meblağ-ı mezbur Kamil Beyin zimmetinde iken bi-emrillah teala mir-merkum vefat idüp mal-ı metrukesi düyununa vefa ermediği ecilden, zaruri garmadan verilüp ahz eylediği 400 kuruştan 99,5 kuruş marifet-i şer'le canib-i vakfa isabet etmiştir.”, TS.MA.d, No: 159, vr.11b.

Kethüdalar, Kiler Odası vakfı örneğinde, vakfın ana sermayesinden ne kadarlık bir miktarı hangi faiz karşılığında kimlere borç olarak verdiklerini umumiyetle vakfın defterine kaydetmemişlerdir. Bazı kethüdalar görev yaptıkları dönemde geri dönen borç para ile faiz miktarı hakkında bilgi vermektedirler. Bu durumda borç verilen paradan elde edilen faiz geliri, yapılan harcama sonrasında ana sermayeye ilave edilmektedir. Geri kalan tutarların anaparaya ilave edilmesine ilişkin çok az örnek tespit edilmiştir.²⁵ Kurumun yaklaşık bir asra yaklaşan kayıtları üzerine yapılan inceleme sonucunda, para vakıflarını yönetenlerin oldukça otonom bir statüde oldukları kanaatine varılmıştır.

Vakfın ana sermayesine bağışlanan para, birilerinin hayatta iken veya vefatı sonrasında mirastan yapılmak zorunda değildir. Kiler Odası para vakfı örneğinde olduğu gibi, Kiler Odasıyla ilintili bir mekândaki eşya veya ürünün satışından elde edilen tutar da vakfın anaparasına bağışlanmaktadır. Öte yandan, Enderun Hassa Fırınına bağışlanan 1000 kuruşun senelik neması olan 150 kuruş, her yıl Kiler Odası mensupları arasında vakfeden şahsın belirttiği kişilere Ramazan ayında ekmek ve benzeri gıda harcaması için ödenmektedir. Ancak Has Fırına bağışlanmış olan bu 1000 kuruş, vakıf paranın zayi olmaması, hayrın devam ettirilmesi amacıyla, daha sonra Has Fırından alınarak Kiler Odası vakfına verilmiştir.²⁶

²⁵ Salifü'l-beyan teslim olunan 14567 kuruş meblağ işbu 1238 senesi Şaban-ı Şerifinin guresinde meblağ-ı mezbur hesap olunup meblağ-ı mezburu kalfasından bade'l-masarif²⁵ baki kalan 500 kuruş zam olunup mecmu mal-ı vakf 15067 kuruş olmağla işbu mahalle şerh verildi. Mal-ı vakf: 15067 kuruş. Keyhüda-yı Kilar-ı Hassa, Süleyman. 1 Şaban 1238/ 13 Nisan 1823.", TS.MA.d, No: 159, vr.10a.

²⁶ "Kilar Kethüdası esbak Nureddin Ağa merhumun Ramazan-ı Şerif'te Kilar-ı Hassa Odasında ağaların taam sofralarına tevzi' olunmak için vakıf eylediği nan-ı has celbiçün has fırınına 1000 kuruş atyab-ı malından ifraz iderek vakıf idüp senevi meblağı mezburun nemasından hâsil olan 150 kuruş tevzi' olunan nan-ı has vefasıçün şurut vakfında mukayyed ise de mürûr-ı ezman ile 150 kuruş nema vefa itmeyüp zaruri vakf-ı mezbur muattal kalacağı âşikâr olmağla, Meblağı mezbur zâyî' ve telef olmasun için has fırın ocağından alınıp Kilar-ı Hassa Vakfına vaz' ve zam olunup, her gice sahibü'l-hayr'at ile olunarak âsâr-ı hayriyyeden olmağla, el-haletü hazihi vaz ve zam olunan meblağ-ı mezbur ile mal-ı vakf 18562 kuruş olmuş olduğu işbu mahalle şerh verildi. Fi 1 Muharrem 1248/31 Mayıs 1832. Mustafa, Kilar-ı Hassa-ı Enderun-ı Hümayun.", Bakınız; TS.MA.d, No: 159, vr.12a.

Vakfiyede, ilk kuruluş aşamasında, Kiler Odası Kethüdası tarafından vakfedilen 250 kuruş dışında, ana sermayeyi teşkil eden paranın 2500 kuruşun nasıl işletileceğine dair açık bir hüküm veya şart bulunmamaktadır. Ancak daha sonra vakfın anaparasına ilâve yapılmak üzere bağışta bulunanlar, ne kadar bir tutarı hangi amaçla vakfettiğini beyan ettiği gibi, para borç verme faiz oranını da umumiyetle belirtmişlerdir. Kayıtlarda, bağışçıların, borç verilirken yaklaşık %10-15 arasında bir faiz oranını şart olarak belirttiği gözlemlenmektedir. Bu oranın, muhtemelen piyasadaki oranın çok altında olmadığı, dolayısıyla toplumda gündelik hayatın usul ve teamül haline gelen bir faiz düzeyi olduğu, vakıf kayıtlarından anlaşılmaktadır.²⁷

Diğer taraftan, vakfın ana sermayesine bağışta bulunanlar arasında erkeklerin sayıca çok fazla olduğu görülür. Bununla birlikte belirli sayıda kadın da bağışçılar arasında yer alır. Ayrıca hanedan mensupları²⁸ ile onlara hizmet eden askeri zümre mensuplarından bazıları da küçük sermaye birikimlerini ya hayatta iken

²⁷ Yukarıda, mütevellinin kendilerine emanet edilen vakfın parasını yıllık %10 faiz ile işleteceklerine dair örneklerden birçoğuna yer verilmiştir. Burada ise, yıllık işletme faizinin %15 olduğuna dair birkaç vaka üzerinde durulmaktadır.

“... mütevellisi marifetiyle Kilar Kethüdası Saadetlü Osman Ağa hazretlerinin vakt-i zamanlarında akçesinden 140 kuruş ifraz olunup 10’u 11,5’den istirbah için kilar-ı hassa növbetcibaşısına teslim olunup ve neması olan senevi 21 kuruşu, ahıbbı giceleri 5 kuruş 1 rubuluk kahve alınması için; ve nöbetçi başı yedinde meblağ-ı mezbur telef ve zayı’ olursa da tazmin eylemek şartıyla yedine teslim olundu. Fi Gurre-i Ş. 1126 /21 Ağustos 1811.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 7b.

“Sultan Selim Han hazretlerinin 2. kadınlarının oda kalfası merhume ve mağfurun leh Atike Kalfa’nın ruhu şerifi şan olması için hasbeten lillah teala has fırına vaz olunan 1000 kuruşun neması 150 kuruş ile beher sene Ramazan-ı şerif ibtidasından intihasına kadar beher yevm 50’şer nan-ı has.. Fi Gurre-i Recep (B), Sene 1236/4 Nisan 1821.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 9b.

²⁸ Hanedan üyesi Sultan Mustafa Vakfı’na örnek; “Sultan Mustafa Gazi (tabe serahu) evkafında olmak üzere; Enderun-ı Hümayunda Hazine ve Kilar ve Seferli Odalarında beher Cuma gicesi birer Yasin-i Şerif tilavet ve leyle-i mübarekelerde birer hatm-i şerif kıraat olunup hâsıl olan sevabı vâkıf müşaruileyh hazretlerinin ruh-ı Tayyibelerine ihdâ olunmak şartıyla; Hazine ve Kilar ve Seferli Kethüdalarına 100’er kuruş,..”, TS.MA.d, No: 159 (Gurre-i Şaban 1203/27 Nisan 1789), vr.29b.

bağışlamışlar veya vefatlarından sonra vakfedilmek üzere vasiyette bulunmuşlardır.²⁹

Vakfiyenin de içinde yer aldığı Kiler Odası para vakfına ait defter kayıtlarından bu sürecin tamamı açıkça gözlemlenmektedir.

Öte yandan, Kiler Odası para vakfına ait vakfiye defteri ile bu defter üzerinde yer alan 1741-1832 yılları arasındaki kayıtlarda, kiler odasında görev yapan kethüdalar hakkında bilgi edinmek mümkün olmuştur. Kethüdaların, ani vefat halleri dışında bağlı buldukları odalarda umumiyetle 3 yıllık bir süre görev yaptıkları anlaşılmaktadır. Genelde, her bir kethüdanın, kendi görev süresi içinde şahsi parasından belirli bir miktar vakfa bağışta bulunmuş olmaları dikkat çekicidir.³⁰

Defterdeki kayıtlardan, bir taraftan Kiler Odası kütüphanesinde mevcut ilk listede yer alanların dışında yeni kitapların vakfedildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan ise kullanımdan dolayı kitaplardan bazılarının yıprandığı veya kaybolduğu, bunların yerine ise yenilerinin vakfiye hükümleri gereğince satın alınarak yerine konulduğu anlaşılmaktadır.³¹

Sonradan yapılan bağışlarda, umumiyetle, kandillerde, Cuma gecelerinde ve bayramlarda kandil yakılması, Kur'an-ı Kerim okutulması arzu edilmiştir. Ancak kahve³² ve yemek ikramı ile çeşitli gıda ürünlerinin dağıtılmasına dönük farklı

²⁹ Hanedan çevresindekilerin vakfına bir örnek; “Şehzade Sultan Selim Efendimizin Lalayı mergubları Mahmud Müesser Efendi 1186 tarihi mah-ı Receb el-müreccebin gurrasinde (28 Eylül 1772) olmak üzere, ecr-i cezile nâil ve ila kıyamüs’s-saa ocağı dâim oldukça derununda mevcut ve gelecek ağyan karındaşlarından duayı hayır ricasına vesile olmak kasdıyla, şifahanede vâki aralıkta olan 2 adet memşalar önünde bir kandil ikâd olmak için, 100 kuruş vakf idüp, kilar kethüdası olan ağaların nezaretinde işbu deftere kayıt olundu. Müşaruileyh ağalar nezaretleri oldukça hüdayı müteal kendülerini dareynde muhterem eyleye.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 4b.

³⁰ TS. MA.d: 159 (Evâsıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833)

³¹ Bu değişme için, ekte yer alan kitap listesine bakılabilir.

³² Kahve içerek kandilde duada bulunmaya örnek, “Kilar Kethüdası saadetli es-Seyyit İbrahim Ağa mahza pederlerinin ruh-ı tayyibeleri için beher leyle-i kandil’de bir vakiyye kahve tabh olunub ağalara tevzi’ olunmak için kendü malından 150 kuruş Kilar-ı Humayun vakfına ihda idüp ila âhirü’s-sâa hayır ile yâd olunmak rica eylemiştir.”, TS.MA.d, No: 159, vr. 4a.

faaliyetler için de insanlar paravakfetmişlerdir..³³ Vefat edenlerin arkasından yerine getirilen bütün bu sosyal-dini faaliyetlerin tamamında ölen şahsın unutulmamasını sağlamak amaçlanmaktadır. Bunu, toplumdaki her bireyin iç dünyasında var olan “sonsuzluk özlemi”, “sonsuzluğa kadar anılma” gibi motivasyonlarının farklı şekillerde dışa vurumu ya da tezahürü olarak tanımlamak mümkündür.

Kiler Odası Kethüdaları, kimi zaman kendi zamanlarında vakıf sermayesinden ödünç verilen paranın geri dönmemesi nedeniyle meydana gelen zarar kadar bir miktarı bağışta bulunurken³⁴, çoğu zaman herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın para vakfetmişlerdir. Müteveli olan kethüdalar, bağışçılar arasında en büyük grubu teşkil etmektedir.³⁵

Kiler Odası Kethüdaları, vakfa yüksek para bağışında bulunanlar arasında yer alırlar. Ana sermayeyi artırmak üzere, çevrelerindeki teşvik ederek onların müteveli görevini de üstlendikleri vakfa bağışta bulunmalarını sağlamaya çalışmaktadırlar.³⁶ Ayrıca, vakfın gelirini artırmaya dönük çeşitli girişimlerde de

³³ Kahve ikramı amacıyla bağışta bulunmaya örnek; “kılar kethüdası saadetlü Osman Ağa hazretlerinin vakt-i zamanlarında akçesinden 140 kuruş ifraz olunup 10’u 11,5’den istirbah için kılar-ı hassa növbetcibaşısına teslim olunup ve neması olan senevi 21 kuruşu, ahibba giceleri 5 kuruş 1 rubuluk kahve alınması için; ve nevbetcibaşı yedinde meblağ-ı mezbur telef ve zayı’ olursa da tazmin eylemek şartıyla yedine teslim olundu. Fi Gurre-i Ş. 1126 /21 Ağustos 1811.” TS. MA.d, No: 159, vr.7b.

³⁴ Vakfın yöneticisi Kiler Odası Kethüdası sermayede ortaya çıkan kaybı telafi etmek üzere para vakfetmektedir. “Kamil Bey’in zimmetinde heba ve telef olan 300,5 kuruş mal-ı vakıftan noksan kalması layık ve reva görülmediği ecilden, atyab-ı malımızdan 300,5 kuruş hasbeten lillah canibi vakfa vaz ve zam olunup, el-haletü hazihi kema fi’s-sabık mal-ı vakıf noksan olmayup yine 17562 kuruş tamam ve mevcut olmağla, işbu mahalle kayıt olunup şerh verildi. Kethüda-yı Kılar-ı Hassa Mustafa. Fi 15 Şaban 1247/19 Ocak 1832.”, TS.MA.d, No: 159, vr.11b.

³⁵ Örnek olarak, “İşbu 1243 senesi mah-ı Ramazan’ı şerifinin selhinde bundan akdem sayı gayretimiz ile 15762 kuruşa baliğ olan mal-ı vakf üzerine etyab-ı malımızdan 500 kuruş dahi zam eyleyüp mecmu mal-ı vakf 16262 kuruşa baliğ olmağla işbu mahalle şerh verildi. Mal-ı vakf: 16262 kuruş. Recep Efendi, Kethüda-yı Kılar-ı Hassa. (30 Ramazan 1243/15 Nisan 1828.)”, TS.MA.d, No: 159, vr.11a.

³⁶ “İşbu 1246 senesi mah-ı Cemazeyilahir’de ahibba-yı esdikamızdan Hazine Kethüdası bulunan atufetlü Bekir Efendi Hazretleri esna-yı sohbetinde bilmünasebe terğib ve teşvik-i hayrât-ı müberrât olundukda, Efendi-i mumailiyh hazretleri dahi atyab-ı malından 1000 kuruş ifraz idüb vakf-ı

bulunmaktadırlar. Bu amaçla, Topkapı Sarayı bünyesinde yer alan bazı yapıların bakım ve onarımı esnasında eski malzemelerin satışa çıkarılması sonucu elde edilen para, Kiler Odası Kethüdası tarafından vakfın sermayesine ilave yapılmıştır. Mesela, farklı tarihlerde, balmumu³⁷, keten³⁸, kapı ve kasa³⁹, ahşap sütun ve yıldızlı oyma⁴⁰, köhne yıldızlı direkler⁴¹ satışı gibi faaliyetlerden elde edilen miktar, müteveli olan kethüda tarafından vakfın sermayesine eklenmiştir.

şerife hasbeten lillah vaz idüp hayır ile yâd olmak mülahazasıyla işbu mahalle terkim olunup, zaman-ı vaktimizde vuku bulmağla kayıt olunup meşrûh kılındı. Mustafa, Kethüda-yı Kilar-ı Hassa. Fi 25 Cemazeyilahir 1246/11 Aralık 1830.”, TS.MA.d, No: 159, vr.11a.

³⁷ “Dolab-ı Humayun-ı sabikalardan 25 vakiyye miktarı şem-i asel bakiye kalup ve hîn-i iktizada ikad olunmak murad olunsa kâbil-i istimali olmadığı ecilden hala Kilar Kethüdası olan saadetli Mustafa Ağa hazretleri 31 kuruşa furuht ve vakfiyet iktizada suâl olundukda gerüdü? Ve bu mahalle şerh verilmek üzere, mal-ı vakfa zam olundu. Cem’an yekûn-ı mal-ı vakf altı bin on beş (6015) kuruşa baliğ olmağla bu mahalle kayıt olundu. Fi 28 C. 1198/19 Mayıs 1784”, TS.MA.d, No: 159, vr. 4b.

³⁸ “Donanma-yı hümayun bakiyelerinden ketenin mefruşatı 500 kuruşa ve şayak parçaları 230 kuruşa ve bir kıta köhne azad 75 kuruşa ve penbe ve şilte yüzleri ve 2 kıta kapu perdeleri 245 kuruşa, cem’an 1050 kuruşa fûruht oldukda nukud-ı mevkufe zam olunup bu surette nukud-ı vakf 14764 kuruşa baliğ olmuştur. Fi 27 Recep 1221/ 10 Ekim 1806.”, TS.MA.d, No: 159, vr.6b.

³⁹ “1233 Cemazilahirinde; Bimarhanenin teccidinde Bimarhane tahtında olan odanın köhne yıldızlı oymaları ve kapının yıldızlı kasası ve sütunları çürüyüp istimale kabil olmadığından, Arabacı Zimmilere mevcut ağalar muvacehesinde 900 kuruşa bey olunup, işbu 900 kuruş mukaddem yedimize teslim olunan 7115,5 kuruş zam ile mecmu mal-ı vakıf 8015,5 (sekiz bin on beş buçuk) kuruşa iblağ olunduğu bu mahalle şerh verildi. Fi Gurre-i Cemaziyelahir 1233/8 Nisan 1818.”, TS.MA.d, No: 159, vr.9a.

⁴⁰ “Ve yine Bimarhane’nin binası tamamında 8 adet kebir ve sağır oda ve kapunun sütunları ve bazen parakende köhne yıldızlı oyma pareler dahi ağalar muvacehesinde 350 kuruşa mesfur Arabacı Zimmilere fûruht olunup; İşbu 350 kuruş mademki mal-ı vakıf 8015,5 kuruşa zam olundukda mecmu’ mal-ı vakf 8365,5 kuruşa iblağ olunduğu bu mahalle şerh verildi. Gurre-i Cemazilahir 1234/28 Mart 1819.”, TS.MA.d, No: 159, vr.9a.

⁴¹ “Bimarhane’de muattal olan 22 kıta ahşab köhne yıldızlı direkler 300 kuruşa fûruht olunup fevkinde mestur ve mukayyed olan 15067 kuruş vakf-ı şerif nukuduna fûruht olunan ahşab bahası 300 kuruş dahi zam olunup cem’an yekûn 15367 kuruş işbu mahalle kayıt olunup şerh verildi. Kethüda-yı Kilar-ı Hassa, Süleyman.”, TS.MA.d, No: 159, vr.10a.

Ayrıca “Mevlüt” okutulması amacıyla bağışlanan muayyen bir paradan harcanmayan miktar aynı şekilde vakfın sermayesine ilave edilmiştir.⁴²

Kiler Odası Kethüdaları, müteveli olarak görev yaparak, para vakfının 100 yıla yaklaşan tarihinde önemli rol oynamışlardır denilebilir. Ancak Devlet gücünü kullananların (siyasi otorite ve temsilcilerinin) yaptıkları müdahaleler, hem doğrudan vakfın gelişmesinde hem de mütevellinin ve vakfın sosyokültürel hayat üzerindeki rol fonksiyonlarında belirgin kırılmalara neden olmaktadır.

1826’da askeri alanda ortaya çıkan olağanüstü gelişme karşısında, Yeniçeri teşkilatının sistem içerisindeki yasal dayanağı ortadan kalkınca, onunla birlikte vücut bulmuş olan yapılar ve insan zümreleri de devre dışı kalmışlardır. Kiler, Hazine ve Seferli odaları ve mensupları da ortadan kaldırılan yapılar arasında yer alır. Kethüdaların, kurum çalışanları arasında faaliyet gösteren para vakfına müteveli olma vasfı yasal olarak niteliğini kaybetmiştir. Bu üç odaya ait her üç vakıf, vakfiyeleri mevcut olsa bile, sistemdeki rol ve fonksiyonlarını yerine getiremez durumuna düşmüştür. Sonuçta, Kiler odası kütüphanesi para vakfına ait sermaye, Hazine ve Seferli odasına ait para ile birlikte ortak işletilmek üzere Darphane’ye devredilmiştir.

SONUÇ YERİNE

Vakfın kayıtlarının bulunduğu defterde, 1741-1832 yıllarını kapsayan yaklaşık 90 yıllık bir dönemdeki gelişme trendi izlenebilmektedir. Vakfın ana sermayesini teşkil eden 2750 kuruş, yıllar içerisinde farklı meslek gruplarından, özellikle de askeri zümre mensuplarının küçük bağışlarıyla tedricen büyümeyi sürdürmüştür. Vakıf, sadece dışarıdan yapılan şahısların küçük birikimlerini bağışlanmasıyla değil ama aynı zamanda mütevelliler ellerinde bulunan sermayeyi usulüne uygun bir şekilde borç talep edenlere kredi olarak verip işletmek suretiyle de vakfın

⁴² “İşbu 1244 senesi Rabiulevvel’inde merhum Hüseyin Paşa Hazretleri’nin vakf buyurdukları oda mevlüdünün masarifinden 300 kuruş fazla kalmış olup bundan akdem devletlü kilar kethüdası Recep Efendi hazretlerinin sa’yi ve gayretleriyle 16262 kuruş mal-ı vakfın üzerine mevlüd masarifinden fazla kalan 300 kuruş meblağ zam olunup, el haletü hazihi asl-ı mal-ı vakf 16562 kuruşa baliğ olmağla hasseten işbu mahalle kayıt olunup şerh verildi. Fi 19 Rabiulevvel 1244/29 Eylül 1828. Recep Efendi, Kethüda-yı Kilar-ı Hassa.”, TS.MA.d, No: 159, vr.11a.

gelişmesine katkıda bulunmuşlardır. Vakfiye defterindeki kayıtlarda, mütevellî olan kethüdanın ana sermayeden talep eden şahıslara kredi tahsis ederek sermayeyi geliştirmeye dönük muamele örneklerine rastlanmamıştır.⁴³

Bazışçıların bir kısmı kendileri hayatta iken belirledikleri şartlarla para vakfetmişlerdir. Diğer bir kısmı ise vasiyet yoluyla bağışta bulunmuştur. Bazıları da varis bırakmadan vefat etmiş olmalarından dolayı terekeden vakfın ana sermayesine aktarım yapılmıştır.

Kiler Odası Para vakfı belirli bir büyüklüğe ulaştıktan sonra, ana sermayenin bir bölümü, 1816'da II. Mahmut tarafından yayımlanan bir ferman ile kamuya

⁴³ Ele aldığımız Kiler Odası Para Vakfı'nda kredi vermeye dönük herhangi muamele örneği tespit edilememiştir. Ancak farklı para vakıflarının kredi işlemlerine dönük olarak, 19. yüzyıl başına tekabül eden bazı muamele örneklerine burada yer verilmesi uygun bulunmuştur: aşağıda yer verilmiştir.

“Bais-i tahrir-i huruf budur ki, İşbu 1220 senesi Receb-i şerifin 27. Günü Nazır-ı vakıf izzetlü Seferli Kethüdası Ağa hazretleri yedinden, Hane-i Seferli'nin vakf-ı nukud malından 361 gün vade ile cihet-i karz-ı şer' den olmak üzere, 300 kuruş ahz ve çuka bahası 36 kuruş dahi zam olunup mecmuu 336 ider. Vacibü'l-eda ve lazimü'l-kaza deynimdir. İnşallah teala meblağ-ı mezburu eda ve terslim eylediğimde işbu memhurlu tahvilim şek oluna vesselam. Fi 27 B. 1220/ 21 Ekim 1805. Mehmed Hisari, Ser-tebardarı Hassa. Şuhudat: Mehmed sadık Ağa, Kaftani, Hane-i Seferli; Hafız Ahmed Ağa, Hane-i Seferli, Hafız hasan Efendi, Hane-i seferli ve gayrihim.”, TS. MA.e: 550-88 (27.7.1220/21 Ekim 1805)

“Bais-i tahrir-i huruf budur ki, İşbu 1221 senesi mah-ı Receb-i şerifin 27. Günü Nazır-ı vakıf Keyhüdası Hane-i Seferli inayetlü Ağa Hazretleri yedinden, 361 gün vade, cihet-i karz-ı şer' den Hane-i Sferli vakıf nukudu malından olmak üzere, yalnız 200 kuruş ve çuka bahasından 24 kuruş dahi zam olunup mecmuu 224 kuruş ider. Vacibü'l-eda ve lazimü'l-kaza deynimdir. İnşallah teala vademiz hulülünde meblağ-ı mezburu eda ve terslim eylediğimde işbu memhur tahvilimiz şek olunup red oluna. Fi 27 B. 1221/ 10 Ekim 1806. BendeHu Arap İbrahim Ağa, Çukadar-ı Hazret-i şehriyari. Şuhudat: Mehmed Sadık Ağa, Kaftani, Hane-i Seferli; Mehmed Nuri Ağa, Hane-i Seferli; Hafız Halil Efendi; İmam-ı Seferli.”, TS. MA.e: 550-90 (27.7.1221/10 Ekim 1806).

“Vech-i tahrir-i huruf oldur ki, İşbu 1243 senesi Şaban-ı şerif guresinde Kilar-ı Hassa vakf-ı şerifi nukud-ı mevkufesinden olmak üzre, hala canib-i vakf-ı şeriften ber-vech-i bala 1300 kuruş ahz ve kabz eyledim ki tekidü'l-asıl nısfı 650 kuruş ider. Vacibü'l-eda ve lazimü'l-kaza zimmetimde borcum deynimdir. İnşallah teala zimmetimde olan meblağ-ı mezburu eda ve teslim eylediğimde işbu memhurlu deyn temessükümüz geriye red oluna vesselam. Fi Gurre-i Ş. 1243/ 17 Şubat 1828). Bende Kethüdayı Kilar-ı Hassa Receb Efendi. Şühudulhal: İbrahim Ağa Kiları; Ser-nevbet Said Ağa ve gayrihim.”, TS. MA.e: 194-8 (01.08.1243/17 Şubat 1828)

likidite sağlayan bir kurum olan Darphane'ye aktarılmıştır⁴⁴. Ancak bu ilk nispi müdahaleden sonra bile Kiler Odası Kütüphanesi Para vakfı, küçük tasarruf sahiplerinin bağışlarıyla görece büyümeye ve varlığını koruyarak fonksiyonlarını bir şekilde sürdürmeyi başarmıştır.

Para vakfına yapılan bu müdahaleden sonra, Yeniçeri Ocağının kaldırılması ve askeri alanda yapılan reformlar sonrasında vakfa yapılan müdahale artarak süreklilik kazanmıştır denebilir. Sonuçta, bir para vakfının özel tarihinde meydana gelen bütün bu gelişmeler, özelde kamu tüzel kişiliğine sahip vakıfların siyasi otoritenin müdahalesine her zaman açık olduğunu, genelde ise özerk sivil kurumsal yapıların Devlet karşısında teşekkül edip toplumda gelişmesinin ne kadar zor olduğunu ortaya koymaktadır.

1826 yılında Yeniçeri Ocağı kapatıldıktan sonra Seferli, Kilerli ve Hazine odaları ilga edilmiştir. Bu süreçte, söz konusu üç odaya ait para vakıflarının toplamı 86.000 kuruş olup, bu tutarın tamamı, yıllık belirli bir "nema" getirisi karşılığında Enderun-ı Hümayun Kütüphanesine devredilmiştir. Aradan yaklaşık sekiz yıl geçtikten sonra, 1834 yılında, Kiler, Hazine ve Seferli Odası vakıf paraları ana sermayesi toplam tutarı olan 86.000 kuruş bütün halinde Darphaneye borç olarak verilmiş, karşılığında ise yıllık 12.900 kuruş nema ödemesi yapılması kararlaştırılmıştır.⁴⁵ Bu süreç yaklaşık elli yıl bu şekilde devam etmiştir.⁴⁶

⁴⁴ Vakıf sermayesine yönelik ilk müdahale, defterdeki kayıtlardan vakfın mütevellisi tarafından şu şekilde ifade edilmiştir, "Balada mestur ve meşruh olduğu üzere işbu Kethüda-yı Kilar-ı Hassa Kamilzade es-Seyyid Mustafa Efendi halefi Muhammed Ağaya ve Hafız Mehmet Ağa'nın Halefi Mehmet Emin Ağa'ya mal-ı vakıftan teslim eylediği 16264 kuruş olup ve Emin Ağa kethüdalığında on bin (10000) kuruşu Darphane-i Amireye ba-hatt-ı hümayun vaz ettirip yedinde yalnız 6264 (altı bin iki yüz altmış dört) kuruş baki kalmış ise de, ... 1232 Muharremü'l-haramın guresinde .. çerağ olduğumuzda halefimiz Saadetlü Osman Vasıf Beye 7115,5 kuruş teslim olunduğu li-ecli'l-kayd işbu mahalle şerh verilip temhir olundu. Fi Gurre-i Muharrem 1232/21 Kasım 1816.", TS.MA.d, No: 159, vr.8b.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için, Bakınız; TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (12 Ramazan 1297/ 18 Ağustos 1880)

⁴⁶ TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (12 Ramazan 1297/ 18 Ağustos 1880). Uzun bir metinden oluşan arşiv belgesinde konu şu şekilde ifade edilmektedir: "Hâlbuki bâlâda zikrolunduğu üzere, ol zamanlar Hazine ve Kilar ve Seferli odalarında mevcûd bulunan ağvâtın her birerleri birer mansıb ile işlemeğe (?) tenfiz (?) ettikçe oda-i selâse-i mezkure kendi kiselerinden olarak bir

Sultan II. Abdülhamit döneminde söz konusu paranın kaynağı araştırılmış, vakfa nasıl dönüştürülmüş olduğu tartışılmıştır. Sonuçta, Darphane'ye devredilen bu paranın Kiler, Hazine ve Seferli Odalarından devredilen vakıf parası olduğu tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, Enderun Hazinesi Kütüphanesi vakıf akçesinin izi, vakıf 1742 yılında kurulduktan yaklaşık 150 yıl sonra, 1880'de, Osmanlı arşiv kayıtlarında takip edilebilmektedir.⁴⁷ Her üç kuruma ait asıl sermayeden ortaya çıkan 86.000 kuruşun Darphaneye devri sonrasında paranın işletilmesiyle elde edilen yıllık gelir ile bu paranın dağıtımına ilişkin durum aşağıda tablo halinde gösterilmiştir.

Kiler Odası Para vakfı örneğinde, vakfın kurumsal kimliğinin devamlılığı ve sürekliliğinin sağlanmasında, Kiler Odası Kethüdalarının bizzat vakıfta rol almış

miktar akçe vakıf eyleyip verilecek mahalleri dahi kendileri ba-defter tayin-i vakf-ı şerif eylemişlerdir.

Hatta Cennet-mekân Sultan Mahmut Han Sani hazretlerinin zaman-ı saadetlerinin, (8 Zilkade) 1241 tarihleri (14 Haziran 1826) ki, Nizam-ı Cedid teşekkülü zamanı olup, Hazine ve Kilar ve Seferli odaları lağv olunduğu esnada, oda-i selâse-i mezkure ashab-ı vakfın re'sü'l-mal olarak bırakmış oldukları akçe *Enderun-ı Hümayun Kütüphanesine* devir ve teslim olunan 86000 (seksen altı bin) kuruşun beher kisesi altı kuruş 10 para nemâ ile işlemekte bulunup, beher sene Şaban-ı şerif iptidasında meblağ-ı mezkûrun neması tedârik olunup şart-ı vâkıf üzere mahallerine tevzi ve teslim olunarak;

Bu minval üzere, devir eylemekte iken, (1 Muharrem) 1250 tarihinde (10 Ağustos 1834) re'sülmal olan 86000 (seksen altı bin) kuruş **Darphane-i Amire** tarafından cihet-i garz-ı şer'î olmak üzere ahz olunmuş olduğundan, mebaliğ-i mezkûrun 6 kuruş 10 paradan nemâ olmak üzere, senevi 12900 (on iki bin dokuz yüz) kuruş iderek, beher sene Şaban-ı Şerif ibtidâsında Hazine-i Hassa-i Şahane'den gelüp, defter-i vakf-ı şerifte gösterildiği veçhile, mahallerine ita olunmakta olmağın; Ol babda ve herhalde emr ü irade hazret-i men lehü'l-emrindir. Fi 12 Ramazan, Sene 1297/M. 18 Ağustos 1880." TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (12 Ramazan 1297/ 18 Ağustos 1880)

⁴⁷ İşbu 1297 senesi şehri Ramazan-ı şerifte vâki (7 Ağustos 1880) zîrde muharrer 12900 kuruş vakf-ı şerifin akçesi neması Hazine-i Hassa-i Şahaneden verilmeyip meblağ-ı mezkûr henüz her ne kadar matlup olundu ise de Hazine-i Hassa-i Şahaneden cevap olarak verilen, "meblağ-ı mezkûr neden vakıf akçesi olmuş ve Hazine-i Hassada vakıf akçesinin ne münasebeti var ve **Hazine** ve **Kilar** ve **Seferli odaları vakfı** namıyla meblağ-ı mezkûru matlup olunuyor ve bu akçe nasıl olup da vakıf olmuş?" deyu suallerinde bir yerde muharrer olan cevap tahrir olunarak şevketli Sultan Abdülhamit Han Sani hazretlerine arz olundukda ba-irade-i seniyye cenab-ı padişahi minval-i sabık üzere itası ferman buyrulmuş olmağın, işbu mahalle malum olmak üzere şerh verildi. Fi 16 Şevval 1297/M. 21 Eylül 1880.", TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (16 Şevval 1297/21 Eylül 1880)

olması önenmli bir etken olduğu söylenebilir. Ancak bunun yegâne faktör olduğu iddia edilemez. Sarayın bünyesinde bulunan askeri zümre mensuplarının kurulan ve düzenli olarak askeri zümrenin geriden gelen genç veya yaşlı diğer mensuplarınca sürekli olarak tarassut altında tutulan bir kurumsal yapının her yıl sağlıklı bir şekilde muhasebe defterlerinin de incelenmiş olması gerekmektedir. Bunların dışında, bağışçıların da vakfettikleri meblağların işletilmesiyle elde edilen nemanın kendilerinin şart koştukları alanlara sarf edilip edilmediğini denetliyor olmaları da etkili bir unsur olarak gözönünde bulundurulmalıdır. Kiler Odası mensuplarına üretim yapan bir ekmek fırınına bağışlanan belirli bir meblağın daha sonra kaybolma riski nedeniyle alınarak, kütüphane vakfına aktarılmış olması, bu bakımdan ilginç bir örnek olarak gösterilebilir.

Tablo 2: Enderun Kütüphanesi Vakıf Akçesi Olarak Hazine-i Hassa'dan Talep Olunan⁴⁸

Sıra No	Gelir kalem türü	Miktarı (kuruş)
1	Hazine Odasının vakıf akçesi nemasından olmak üzere ber-mutad hazine-i hassa-i şahaneden gelen	7500
2	Defa Hazine Odasının vakıf akçesi nemasından olmak üzere ber-mutad hazine-i hassa-i şahaneden gelen	675
3	Sabıkta Kilar Odasının vakıf akçesi nemasından olmak üzere ber-mutad hazine-i hassa-i şahaneden gelen	1500
4	Sabıkta Seferli Odasının vakıf akçesi nemasından olmak üzere ber-mutad hazine-i hassa-i şahaneden gelen	3225
	Toplam	12900

⁴⁸ TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (12 Ramazan 1297/18 Ağustos 1880)

Kaynak: TS. MA.d., No: 9004, Poz No: 24 (12 Ramazan 1297/18 Ağustos 1880)

**Tablo 3: Enderun Kütüphanesi Para Vakfı Neması Gider Kalemleri⁴⁹
(1880).**

Sıra No	Masraf/Gider türü	Miktarı (kuruş)
1	1880 senesi kanâdil-i erbaa masarısı	1480
2	Hace Fesahat Kadın vakfı için verilen ⁵⁰	1000
3	Harem cami şerifi mumu için ⁵¹	516
4	Ayasofya camiinde kâin mâ-i leziz küp salyânesi ⁵²	180
5	Mercan Ağa'ya verilen	50
6	Masârıf-ı müteferrika için	40
7	Nazır-ı vakıf ve müdürün salyesi	1500
8	Nakden teslim olunan	5070
9	İşbu 395,5 kuruşun 68 kuruşu zât-ı âlilerinin itası lazım geldiği nemâdan bâki 327,5 kuruş taraf-ı âciziden tesviye ve teslim olunacaktır.	395,5
	Mecmu-ı nemâ	10231,5

Kaynak: TS.MA.e., No: 609-37 (29 Zilhicce 1297/2 Aralık 1880)

⁴⁹ TS.MA.e., No: 609-37 (29 Zilhicce 1297/2 Aralık 1880)

⁵⁰ "Vakf-ı şeriften Hacı Fesahat Kadına verilen: 1000 kuruş." Bakınız; TS. MA.e., No: 609-35 (29 Zilhicce 1304/18 Eylül 1887)

⁵¹ "Harem-i şerif camiine alınan mum bahası." Bakınız; TS. MA.e., No: 609-35 (29 Zilhicce 1304/18 Eylül 1887)

⁵² Salyâne: Tanzimat öncesinde kamu çalışanlarına ve diğer bazı istihdam edilenlere yıllık ödenen ücret anlamına gelmektedir. Hazine-i Hümayun vakfından dağıtılan paraların miktarı ile nereler verildiğini gösteren bir arşiv belgesinde, "Ayasofya Camii-i Şerifinde vaki küpe su vaz' iden sakaya verilen" diye bir masraf kalemi yer almaktadır. Bakınız; (TS. MA.e., No: 609-35 (29 Zilhicce 1304/18 Eylül 1887)

EK-1: VAKFIYE⁵³

Hazine-i Hümayun Kiler-i Hassa Odasında bulunan kütüphanenin (Para) vakıfnamesi ve mevcut kitaplara dair defter. Defterde ek para vakıflarına da yer verilmiştir⁵⁴.

“Hâzâ kitâbu vakfnâme ve defter-i mesâhîf-i şerîf ve kütüb.

Bismillâhirrahmânirrahîm.

Nukûd-ı pür-sûdu hamdü mevfûr ve cevâhir-i zevâhir-i şükr-i nâ-mahsûr, ol bahşende-i nakd-i hayât ve âferînende-i kâ'inât, cenâb-ı ve'l-ensâbına îsâr olunur ki nakkâdân-ı çârsû-yı belâgat ve beyân anu& ma'rifet-i zât-ı pâkında âciz ve hayrândır. Ve ukûd-ı durûd-ı amîmü'l-vürûd ol nakd-i hayât-ı âlem ve gevher-i kân-ı ilm ü kerek, seyyid-i Arab u Acem –sallallâhu te'âlâ aleyhi vesellem-hazretlerinü& metâf-ı Cibrîl-i emîn ve mehat-ı melâike-i mukarrabîn olan merkad-i pâk-i münevver ve meşhed-i tâbnâk-i mu'attarlarına îsâr ve nisâr olunur ki ümmetini tarîk-ı hidâyete da'vet ve sebîl-i hayrât ve müberrâta delâlet eyledi.

Ve dahi ızâm u evlâd-ı kirâm ve ashâb-ı zevî'l-ihtirâma olsun ki her biri hayrâta sâ'î ve tarîk-ı hakka dâ'ilerdir –rızvânullâhi te'âlâ aleyhim ecma'în-.

Ammâ ba'd: İşbu kitâb-ı anberîn-nikâbın tahrîr ve inşâsına bâ'is ve bâdi oldur ki sâhibü'l-hayrât ve'l-hasenât hâlâ Enderûn-ı Hümayûn-ı devlet-makrûnda Kilâr Kethüdâsı olan umdetü'l-emâcid ve'l-ekârim Süleyman Ağa bin Murad, Sarây-ı Cedîd-i behit-âsâda Bâbüssâde[tü]ş-şerîfede akd olunan meclis-i şer'-i şerîf-i enver ve mahfel-i dîn-i münîf-i ezherde takrîr-i kelâm ve ta'bîr-i ani'l-merâm idüp Enderûn-ı Hümayûnda vâki Kilâr Odasına öteden berü ashâb-ı hayrât ve hasenâtın vakf ettikleri kütüb ve mesâhîf-i (3b) şerîfe cüzcü olanların zabtında

⁵³ Bu İncelemede, ek-1'de yer alan para vakfiyesi ile ek-2'de bulunan Kiler Odası Kütüphanesi kitap isimlerinin sağlıklı bir şekilde okunmasında ve listenin tanziminde, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Doğu Dilleri Bölümü Öğretim üyesi değerli arkadaşım Mustafa ÇİÇEKLER büyük katkıda bulunmuştur. Ayrıca, metnin tamamını okuyarak destek olmuştur. Bu itibarla katkılarından dolayı teşekkürlerimi sunarım.

⁵⁴ Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Osmanlı Devlet Arşivi (ODA), TS. MA.d. No: 159 (Evasıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833). Bu defterin cild kapağının dış yüzeyinde defteri tutan kâtipler tarafından yazıldığı düşünülen şu yazı mevcuttur: “Sabıka Kilar Odasında mevcut bulunan nukûd-ı mevkûfe ve kitâb-ı mütenevvia ve mesâhîf-i şerîfelerin defteridir. (TS. MA.d: 159 (29.12.1248/19 Mayıs 1833), poz 2)

olup senede birkaç kimesneye nakl olundukça teslimde taksîrât ile ekserisi zâyî ve telef ve gereği gibi hıfz ve hırâset olunmadığı ecilden;

Fî-mâ ba'd li-merzâtillâhi teâlâ mesâhif ve kütüb-i mezbûre müstakillen bir kimesnenin zabt ve hıfzında olmasını musammem ve azîmetim olup lâkin Kilâr-ı Hassa odası mühimmâtı için mevkûfe nukûdun tevliyet ve tasarrufu ve erbâh ve istirbâh olunması kadîmü'l-eyyâmdan berü Kilâr Kethüdası olanlara mahsûs ve müfevvez olup el-ân nukûd-ı mevkûfe-i mezbûre ancak iki bin beş yüz [2500] kuruş kalmağla;

Etyab-ı emvâlimden iki yüz elli [250] kuruş ifrâz ve hasbeten lillâhi teâlâ vakf ve haps ve nukûd-ı mezkûre zamm ve ilhâk ve vakfiyet üzre kabz idüp mâl-ı mevkûf-ı mezbure iki bin yedi yüz elli [2750] kuruşa bâliğ olduktan sonra mâl-ı mezbûreye zamm ve ilhâk eylediğim iki yüz elli [250] kuruşun ırbâh ve istirbâhu ile bir senede hâsıl olan nemâsından beher yevm beş [5] akçe vazîfe ile oda-i mezkûr hulefâsından aslah-ı mevcûd ve ehil ve müstehak olanlardan biri; vakf olan mesâhif-i şerîfe ve kütüb-i münîfeyi kemâl-i vech ile hıfz ve hırâset ve perîşân ve izâatden himâyet ve sıyânet eylemek için hâfız-ı kütüb nasb ve ta'yîn eyledim.

İmdi, Kilâr Kethüdâsı olanlar dahi husûs-ı mezbûreye hasbeten lillâhi teâlâ nâzır olup bi-hasebi'l-iktizâ hâfız-ı kütüb olan kimesne değışildikde zâbiti ve sâir hulefâ huzûrunda memhûr kütüb defteri mûcibince yerine olana mesâhif ve kütüb-i mezbûreyi teslim ve noksânı var-ise her kimin üzerinde zâyî' olduysa zâbiti ma'rifetiyle tazmîn; ve müceddeden kitâb veya Mushaf-ı şerîf vakf olunmak iktizâ iderse, Kethüdâ Ağa'da olan asıl deftere ve hâfız-ı kütüb-i merkûmun (4a) yedinde olan sûret-i deftere tahrîr ve kayd ettirip ve hâfız-ı kütüb-i mezbûr mevcûd olan kütübün üzerlerinde yaftalarını eksik eylemeyüp; hîn-i ta'lîm ve taallüm ve mütâlâada hacmi kebîrdir deyü eczâ olunmasına vechen mine'l-vücûh müsâade olunmaya.

Ve vakf-ı mezbûr iki yüz elli [250] kuruşun hâsıl olan nemâsından vazîfe-i muayyenesini hâfız-ı kütüb-i merkûma beher sâl mâh-ı Receb-i şerîfte Kilâr Kethüdası Ağa tarafından tamamen eda olunup ve fazlasından Ağa-i mûmâileyh üç dört senede bir ta'mîri iktizâ eden kütüb ve mesâhif-i şerîfeyi termîm ve ta'mîr eylemek üzre şart ve ta'yîn eyledim, dediklerinde; İmâm-ı sâni Hazret-i Ebî Yûsuf bi-Medanî katında vâkıf-ı mutlak vakfet/vakaftü dimekle vakf sahîh olup ve imâm-ı müşârunileyh ile İmâm-ı sâlis Muhammed Şeybânî katlarında sıhhat-i

lüzûmu müstelzim olduğu müsellemlü'l-bürhân olmağın, vakf-ı mezbûrun sıhhat-i lüzûmuna hükm ve kazâ olmağın mâ hüve'l-vâki ketb olundu. Fî-evâsiti Muahrremü'l-harâm, sene: erba'a ve hamsîn ve mie ve elf [1154/2 Nisan 1741] min hicreti'n-nebeviyye el-Mustafiyye -aleyhi't-teslîmât ve't-tahiyye. Sene 1154/1741." (4b).

Ek-2: VAKFIYE EKİNDE YER ALAN KİTAP LİSTESİ (5a-25b)

Tablo 4: Defter-i Mesâhîf-i şerîfe der-beyân-ı kebîr kıt'a ve tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr⁵⁵

Numara	Kitap adı ve türü	Özellikleri	Satır
1	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, üç satırı zeheb ve zeheb nukat ve lâzüverd, mücedvel	sutûr: 13
2	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, bir satırı zeheb ve biri midâd, zeheb nukat ve sûrh ve lâzüverd, mücedvel	sutûr: 12
3	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Hüsn-i hat, zeheb, nukat, silu ve lâzüverd, mücedvel	sutûr: 15
4	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, iki satırı lâzüverd ve biri zeheb, zeheb nukat ve lâzüverd, mücedvel.	sutûr: 11
5	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Bâ-hatt-ı Rûmî, beyne's-sutûrı Fârisî tefsir, zeheb nukat ve zeheb ve Lâzüverd ve sûrh, mücedvel	sutûr: 10
6	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, beyne's-sutûrı Fârisî tefsir, zeheb nukat, sade.	sutûr: 11
7	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Bâ-hatt-ı Rûmî, beyne'z-sutûrı Fârisî tefsir, zeheb nukat ve zeheb ve lâzüverd, mücedvel.	sutûr: 12
8	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Beyne's-sutûrı Türkî tefsir, zeheb nukat, sade.	sutûr: 11

⁵⁵ Tablolar, söz konusu arşiv belgesindeki verilerden tarafımızdan oluşturulmuştur.

9	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, üç satırı sülüs, midâd ve zeheb, mücedvel	sutûr: 13
10	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, üç satırı zeheb ve zeheb nukat ve lâzüverd, mücedvel.	sutûr: 15
11	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Bâ-hatt-ı Rûmî, sûrh nukat ve mücedvel.	sutûr: 11
12	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Acem hattı, zeheb nukat ve sûrh ve lâzüverd ve zeheb, mücedvel.	sutûr: 11
13	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Sûrh nukat, sade.	sutûr: 13
14	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Hüsn-i hat, zeheb nukat ve zeheb lâzüverd, mücedvel.	sutûr: 15
15	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Zeheb nukat, sade, resm-i Osmânî, bâ-hatt-ı reyhânî.	sutûr: 11
16	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Sûrh nukat, zeheb, mücedvel.	sutûr: 13/14
17	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Sûrh nukat ve lâjüved, mücedvel.	sutûr: 13
18	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Zeheb nukat, sade.	sutûr: 13
19	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Zeheb nukat, mücedvel.	sutûr: 12/14
20	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Zeheb nukta, sade.	sutûr: 17
21	Mushaf 1: Kebîr kıt'a	Zeheb ve sûrh nokta, lâzüverd ve zeheb, mücedvel.	sutûr: 11

Kaynak: TS. MA.d. No: 159 (Evasıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833)

Tablo 5: Defter-i vasat kıt'a Mesâhîf-i şerîfe der-beyân-ı tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr

Numara	Kitap adı ve türü	Özellikleri	Satır
1	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Acem hattı, zeheb nukat ve lâjüverd, mücedvel, bir satırı zeheb ve iki satırı lâjüverd, reyhânî.	sutûr: 12
2	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Acem hattı, zeheb nukat ve zeheb ve sûrh ve lâjüverd, mücedvel; bir satırı zeheb ve iki satırı lâjüverd, reyhânî.	sutûr: 13
3	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Acem hattı, zeheb nukat, zeheb, sûrh ve lâjüverd, mücedvel; bir satırı zeheb ve iki satırı lâjüverd, reyhânî. Zâyi' şod.	sutûr: 13
4	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Acem hattı, zeheb nukat, zeheb ve sûrh ve lâjüverd, mücedvel; bir satırı zeheb ve iki satırı lâjüverd, reyhânî.	sutûr: 13
5	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Acem hattı zeheb nukat, zeheb ve sûrh ve lâjüverd, mücedvel; bir satırı zeheb ve iki satırı lâjüverd, reyhânî.	sutûr: 11
6	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel ve aklîl	sutûr: 10
7	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Zeheb nukat ve zeheb, lâjüverd ve sûrh, mücedvel. Zâyi' şod.	sutûr: 13
8	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sûrh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
9	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sûrh nukat, sade.	sutûr: 13
10	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sûrh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15

11	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Bâ-hatt-ı Arab, zeheb nukat, sade.	sutûr: 14
12	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
13	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
14	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Zeheb nukat ve sürh, mücedvel. Zâyi' şod.	sutûr: 13
15	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
16	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
17	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sade.	sutûr: 14
18	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11
19	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
20	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi şode.	sutûr: 13
21	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi' şode,	sutûr: 15
22	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi şode.	sutûr: 15
23	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sade. Zâyi şod.	sutûr: 15
24	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11
25	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11
26	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 11

27	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
28	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
29	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
30	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Hüsn-i hat, zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
31	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
32	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
33	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11
34	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve lâjüverd, mücedvel.	sutûr: 15
35	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 9
36	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
37	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 11
38	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
39	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
40	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
41	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
42	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13

43	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi olmuştur.	sutûr: 15
44	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat, meücedvel. Zâyi şode. Mevcuttur.	sutûr: 13
45	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Sürh nukat ve meücedvel. Zâyi şode.	sutûr: 13

Tablo 6: Defter-i rub' kıt'a mesâhîf-i şerîf der-beyân-ı tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr

Numara	Kitap adı ve türü	Özellikleri	Satır
1	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve zeheb mücedvel.	sutûr: 15
2	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve zeheb lâcüverd, mücedvel, üç satırı siyah, reyhânî	sutûr: 11
3	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel	sutûr: 12
4	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel	sutûr: 15
5	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel	sutûr: 15
6	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 11
7	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 14
8	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat, sade.	sutûr: 15
9	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
10	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11

11	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade, beyne's- sutûr Fârisî tefsîr.	sutûr: 12
12	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
13	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 8
14	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
15	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
16	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
17	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
18	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
19	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
20	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade	sutûr: 15
21	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade	sutûr: 14
22	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade	sutûr: 15
23	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade	sutûr: 9
24	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade	sutûr: 15
25	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
26	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13

27	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi olmuştur.	sutûr: 15
28	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi olmuştur.	sutûr: 15
29	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 15
30	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi	sutûr: 13
31	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi	sutûr: 15
32	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi	sutûr: 13
33	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi.	sutûr: 15
34	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
35	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 14
36	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat, sade. Zâyi.	sutûr: 9
37	Mushaf 1: Rub' kıt'a	İklîl nukat, sürh, mücedvel.	sutûr: 13
38	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel; hatt-ı Rûmî. Zâyi. [Abdülatîf Ağa'da zâyi olan Mushaf-ı şerîf ba'dehu bulunup yine kendüye irsâl olunur.]	sutûr: 11
39	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel; hüsn-i hat, Rûmî. Zâyi. [Çukadar Gürcü Süleyman'ın vakfı.]	sutûr: 12
40	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel; hatt-ı Rûmî. Zâyi. [Çukadar Nûreddin Ağa'nın vakfı.]	sutûr: 11

41	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 15
42	Mushaf 1: Rub' kıt'a	Zeheb nukat, hüsn-i hat ve mücedvel. Zâyi şode.	sutûr: 13
43	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel. Zâyi şode.	sutûr: 15

Tablo 7: Defter-i mesâhîf-i şerîf sagîr kıt'a der-beyân-ı tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr

Numara	Kitap adı ve türü	Özellikleri	Satır
1	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
2	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
3	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
4	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
5	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
6	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 15
7	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
8	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
9	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
10	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve iklîl; mücedvel.	sutûr: 13

11	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.Zâyi.	sutûr: 15
12	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl nukat ve mücedvel.	sutûr: 19
13	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
14	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
15	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 12
16	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
17	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 15
18	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
19	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 11
20	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
21	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 12
22	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
23	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 11
24	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
25	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 15
26	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15

27	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 13
28	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
29	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel.	sutûr: 15
30	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
31	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 13
32	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11
33	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat, sade.	sutûr: 11
34	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat.	sutûr: 11
35	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sade.	sutûr: 11
36	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel. [Peşkirbaşılara mahsus olan]	sutûr: 12
37	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Sürh nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 13
38	Mushaf 1: Vasat kıt'a	Zeheb nokta. Zâyi.	sutûr: 12
39	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel. Zâyi.	sutûr: 15
40	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zeheb nukat ve mücedvel. Zâyi	sutûr: 12
41	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl mücedvel ve iklîl nukat. [Hâce Osman Efendinin vakfı.]	sutûr: 15
42	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl nukat, sürh ve iklîl mücedvel îyet bi'l-kenâr. [Merhûm	sutûr: 15

		Hazine kethüdası Emîn Efendinin vakfıdır.].	
43	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl nukat, bâ-hatt-ı nesih. [Merhûm Hazinedarbaşı İbrahim Ağanın vakfıdır.]	sutûr:
44	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl nukat ve iklîl mücedvel. [Ahmed Mîrek vakfı.]	sutûr: 13
45	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl nukat ve mücedvel. [Merhûm ??? kethüdası Hüseyin Ağanın varisleri merhûmun rûhi-çün Bîmârhâneye vakf eyledikleri.]	sutûr: 15
46	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	Zehebî nukat ve mücedvel ve siyah mücedvel. [Cündî Şâkir Ağa vakf etmiştir.]	sutûr: 17
47	Mushaf 1: Sagîr kıt'a	İklîl nukat ve mücedvel. [Kilârhane ağalarından Tiryaki Hüseyin Ağa merhûmun vakf eylediği.]	sutûr: 15

Tablo 8: Defter-i eczâ'-i şerîf ve en'âm-ı şerîf ve duânâme

Numara	Kitap adı ve türü	Özellikleri	Satır
	Amme cüzü: Bir kıt'a	Bâ-hatt-ı Belgrâdî, zeheb nukat ve mücedvel.	sutûr: 11
1	Yâsîn-i şerîfden âhir-i Kur'an'a varınca cüz: 1 kıt'a		
2	Eczâ'-i şerîfler: 30 kıt'a	Kapucubaşı vakfı eczâ'-i şerîfler.	
3	Eczâ'-i cedîde: 30 kıt'a	Bâ-hüsn-i hat.	
4	Def'a eczâ'-i şerîfler: 29 kıt'a		

5	Murakka' kıt'a: 5 karalama aded: 6	Çukadar ağalıktan çerağ olan Sakızlı Mehmed Ağanın vakfı.	
6	Delâ'il-i şerîfler: 1 sağır kıt'a		sutûr: 12
7	Def'a eczâ'-i şerîfler: 27 kıt'a		
8	Cerîde: 10 kıt'a	Şevketlü Sultan Mustafa Efendimizin vakf buyurdıkları Hâfız Osman ceridesi	
9	En'âm-ı şerîf: 1 kıt'a		sutûr: 9
10	Def'a En'âm-ı şerîf: 1 kıt'a		sutûr: 9
11	Ed'ıye-i me'sûre: 1 kıt'a		
12	Def'a ed'ıye-i me'sûre: 1 kıt'a	Zâyi.	

Tablo 9: Defter-i Tefâsîr-i şerîfe [poz: 15]

	cild: 1 (el- Cüz'ü'l-hâdî ve'l- 'ısrûn)	Tefsîrü'l-kebîr	sutûr: 25
	cild: 1	Keşfü'l-esrâr ve hetkü'l-estâr	sutûr: 21
	cild: 1 (el- Cüz'ü's-sâbî')	Tefsîri İbn Atıyye: Bâ-hatt-ı Arab	sutûr: 21
	cild: 1 (Cildü'l-evvel)	Tefsîr-i Kâdî	sutûr: 27

	cild: 1 (Sûret-i Yâsîn)	Tefsîrû'l-Begavî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 21
	cild:1 (el-Cüz'ü'l-evvel)	Lübâbü't-te'vîl fi-me'âni't-tenzîl: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 31
	cild:1	Tefsîr-i Hüseyin Vâ'iz: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 23
	cild: 1 (cildü'l-evvel)	Tefsîr-i İbn Kesîr: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 27
	cild: 1	Tefsîr min sûreti'l-Feth: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 21
	cild: 1	Tefsîrû'l-Kur'ân, İbn Kesîr: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 31
	cild: 1 (cildü's-sâlis)	Tefsîr-i İbn Kesîr: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 25
	cild: 1 (el-cildü'l-evvel)	Tefsîrû'l-Begavî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 27
	cild: 1	Hâşiye-i Monla İsmâ 'ale'l-Beyzavî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 25
	cild: 1	Tefsîr-i Hüseyin Vâ'iz: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 27
	cild: 1 (cild-i evvel)	İbn Atıyye: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 31
	cild: 1	Tefsîr min sûreti Yûnus: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 27
	cild: 1 (el-Cildü's-sânî)	Zâdü'l-meysere fi-'ilmi't-tefsîr: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 27.
	cild: 1	Tefsîr-i Kâdî Beyzâvî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 35
	cild: 1 (Cildü'l-evvel)	Mu'ribü'l-Kur'ân: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 20
	cild: 1	Tefsîr-i Arâyis: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 21

Tablo 10: Defter-i Kütüb-i Ehâdîs-i nebeviyye

	cild: 1 (el-cildü'l-evvel)	Sahîhu'l-Buhârî: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 17
	cild: 1 (el-cildü's-sânî)	Şerhu'l-Buhârî li-Kastalânî: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 35
	cild: 1	Şifâ-i Kâdî İyâz: Bâ-hatt-1 ta'lîk, sûrh mücedvel.	sutûr: 25
	cild: 1	Şerh-i Şifâ li-Aliyyü'l-Kârî: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 35
	cild: 1	Mişkât-1 Mesâbîh: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 21
	cild: 1	Def'a Mişkât-1 Mesâbîh: Bâ-hatt-1 Arab. Zâyi.	sutûr: 21
	cild: 1	Kitâb-1 Meşâriku'l-envâr: Bâ-hatt-1 nesih. Zâyi.	sutûr: 27
	cild: 1	Def'a Meşârik-1 şerîf fî'l-hadîs: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 19
	cild: 1	Kitâb-1 el-Vâfi ve'l-Vâfiyât: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 19
	cild: 1	Kitâb-1 Hadîs-i Safvân: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 24
	cild: 1	Şerh-i Vesiletü'l-isâbe fî'l-Minhâc fî-tahrîci'l-hadîs: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 25
	cild: 1	Tefsîr-i Yâsîn-i şerîf ve risâleteyn fî'l-hadîs ve Kasîde-i Tantarâniyye: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 17
		Kitâb-1 Şifâ-yı şerîf: Bâ-hatt-1 nesih, tezhîb la'l.	sutûr: 19
		Şemâilü'n-nebî sallallâhu aleyhi ve sellem: Bâ-hatt-1 ta'lîk. [Feyzî Monla vakfı]	sutûr: 19

		Şemâilü'n-nebî sallallâhu aleyhi ve sellem: Bâ-hatt-ı nesih [Nûri Bey vakfı]	sutûr: 19
		Şifâ-i şerîf: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 17
		Delâil-i şerîf: Bâ-hatt-ı nesih. [Hâce Osman Efendinin vakfı]	sutûr: 10
		Esmâ-i Bedr rıdvânullâhi te'âlâ anhüm ecma'în.	sutûr: 12
		Meşârik-ı şerîf: Bâ-hatt-ı nesih. [İmam Abdülkerîm Ağanın vakfıdır.]	sutûr: 18

Tablo 11: Defter-i kütüb-i fikh ve'l-'akâ'id

1	cild: 1	Kitâb-ı Hidâye fî'l-fikh: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 21
2	cild: 1 (cildü's-sânî)	Bahrü'l-muhît li's-Serahsî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 20
3	cild: 1 (cildü's-sâdis)	Bahrü'l-muhît: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 25
4	cild: 1	Sadru'ş-şerî'a: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
5	cild: 1	Kitâb-ı Kenzü'd-dekâyık: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 13
6	cild: 1	Kitâb-ı Vikâye fî'l-fikh: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 17
7	cild: 1	Manzûme-i Vikâye fî'l-fikh: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 10
8	cild: 1	Mülteka'l-ebhur: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
9	cild: 1	Kitâb-ı Kenzü'd-dekâyık: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 9

10	cild: 1	Kitâb-ı Kenzü'd-dekâyık: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 7
11	cild: 1	Sirâcü'l-musallî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 21
12	cild: 1	Dürer-i Gurer: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 21
13	cild: 1	Dürer-i Gurer: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 27
14	cild: 1	Nücümü'z-zâhire, Şerhu'l-Kenz: Bâ-hatt-ı Arab	sutûr: 25
15	cild: 1	Cevherü'n-neyyir Şerh-i Kudûrî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 31
16	cild: 1	Kitâb-ı Kenzü'd-dekâyık: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 8
17	cild: 1	Cevâhirü'l-fıkh: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
18	cild: 1	Şerh-i Menâr li-İbn Melek: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 26
19	cild: 1	Şerh-i Menâr li-İbn Melek: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 23
20	cild: 1	Kitâb-ı el-Ferâiz: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 5
21	cild: 1	Mecma'u'l-bahreyn: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 11
22	cild: 1	Kitâb-ı Kenz: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 11
23	cild: 1	Mecma'u'l-bahreyn: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
24	cild: 1	Hizânetü'l-fıkh: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 19
25	cild: 1	Kitâb-ı Muhtâru'l-fetâvâ: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 11

26	cild: 1	Muhtâfu'l-fıkh: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 15
27	cild: 1	Tarîkat-i Muhammediyye: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi şode.	sutûr: 17
28	cild: 1	Mecma'u'l-bahreyn: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 11
29	cild: 1	Kitâb-ı en-Nikâye: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
30	cild: 1	Manzûme-i Şurûtu's-salât: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 10
31	cild: 1	Dürer Gurer: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi şode.	sutûr: 27
32	cild: 1	Mülteka'l-ebhur: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
33	cild: 1	Mülteka'l-ebhur: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 21
34	cild: 1	Halebî-i sagîr: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 27
35	cild: 1	Halebî-i sagîr: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
36	cild: 1	Halebî-i sagîr: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
37	cild: 1	Halebî-i sagîr: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 23
38	cild: 1	Halebî-i sagîr: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 21
39	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 12
40	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 13
41	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 15

42	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 15
43	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
44	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 9
45	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 11
46	cild: 1	Kitâb-ı Kudûrî: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 15
47	cild: 1	Kitâb-ı Tuhfetü'l-mülûk: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
48	cild: 1	Şerh-i Su'lûk alâ Tuhfeti'l-mülûk: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 21
49	cild: 1	Şerh-i Su'lûk alâ Tuhfeti'l-mülûk: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 23
50	cild: 1	Tuhfetü'l-mülûk: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 11
51	cild: 1	Tuhfetü'l-mülûk: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 11
52	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 11
53	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 13
54	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
55	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 9
56	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
57	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13

58	cild: 1	Münyetü'l-musallî: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 9
59	cild: 1	Şir'atü'l-İslâm: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
60	cild: 1	Şir'atü'l-İslâm: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
61	cild: 1	Şir'atü'l-İslâm: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
62	cild: 1	Şir'atü'l-İslâm: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 13
63	cild: 1	Şir'atü'l-İslâm: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 13
64	cild: 1	Fıkhu ekber: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 10
65	cild: 1	Ebü'l-Müntehâ: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 17
66	cild: 1	Ebü'l-Müntehâ ve Eyyühe'l-veled, Şerh-i Sirâc-ı zulemât: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 17
67	cild: 1	Vesâyâ-yı Türkiyye li-Birgivî: Bâ- hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 13
68	cild: 1	Kitâb-ı Birgivî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
69	cild: 1	Kitâb-ı Birgivî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
70	cild: 1	Kitâb-ı Birgivî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
71	cild: 1	Kitâb-ı Birgivî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
72	cild: 1	Kitâb-ı Birgivî Mehmed Efendi: Bâ- hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 13
73	cild: 1	Mukaddime-i Ebü'l-Leys: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 5

74	cild: 1	Mukaddime-i Ebü'l-Leys: Bâ-hatt-1 ta'lîk.	sutûr: 9
75	cild: 1	Kitâb-1 Gaznevî: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 15
76	cild: 1	Kitâb-1 Gaznevî: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 14
77	cild: 1	Kitâb-1 Gaznevî: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 13
78	cild: 1	Kitâb-1 Gaznevî: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 15
79	cild: 1	Kitâb-1 Gaznevî: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 13
80	cild: 1	Kitâb-1 Gaznevî: Bâ-hatt-1 Arab.	sutûr: 17
81	cild: 1	Cevâhirü'l-fıkh: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 15
82	cild: 1	Cevâhirü'l-fıkh: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 17
83	cild: 1	Ta'lîm-i müte'allim: Bâ-hatt-1 ta'lîk.	sutûr: 15
84	cild: 1	Ta'lîm-i Müte'allim: Bâ-hatt-1 ta'lîk.	sutûr: 11
85	cild: 1	Kitâb-1 Hayâlî: Bâ-hatt-1 ta'lîk.	sutûr: 13
86	cild: 1	Fâtiha-i şerîfe tefsiri ve Risâle-i Kâdızâde ve Risâle-i Birgivî ve Risâle-i Rûmî Efendi: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 13
87	cild: 1	Şerh-i Bedrû'r-Reşîd li-Aliyyü'l-Kârî ve Cilâü'l-kulûb ve Ebü'l-Müntehâ: Bâ-hatt-1 nesih.	sutûr: 19
88	aded: 5	Basma Birgivî: [Kilâ[r]-ı hâssa hocası es-Seyyid Abdülvehhâb Efendi iltimasıyla	

		<p>Âyişe Hâtun, -taleben li-merzûtilâhi-Kilâ[r]-ı hâssa odasına vakf eylemiştir. Hüdâ-yı müte'âl vakf-ı zîşâna zahr-i dünyâ ve âhiret ve defter-i a'mâllerine nevâle-i hayrât ve meberrât ile mâlâmâl eyleye. Âmîn yâ Mu'in.] Gurre-i ???, sene 1224 [].</p> <p>Diğer suret defterde, "Yasinci-zade Abdülvehhab Efendi yediyle Kilar Odasına vakıf olunan basma kıta Birgivi, Aişe Hatun vakfıdır."</p>	
89	cild: 1	Kitâb-ı Nuhbetü'l-esrâr.	sutûr: 21
90	aded: 5	Dürr-i Yektâ. Basma, cedîd. [Devletlü silâhdâr-ı şehriyârî Ali Ağa hazretlerinin vakf buyurdukları]	sutûr: 21

Tablo 12: Defter-i kütüb-i mütenevvi'a mine't-tasavvuf ve'l-mantık ve gayrihi

1	cild: 1 (el-cüz'ü's-sâlis)	el-Fütûhâtü'l-mekkiyye: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 29
2	cild: 1	Şerh-i Mesnevî-yi şerîf: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 27
3	cild: 1 (cild-i evvel)	Kâmûs: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 38
4	cild: 1 (cild-i sâni)	Kâmûs: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 29
5	cild: 1 (el-cildü'l-evvel ve's-sâni)	el-Ahterî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 21
6	cild: 1	Kitâb-ı et-Tükme: Bâ-hatt-ı Arab. [Şemseddin Hafî]	sutûr: 35

7	cild: 1	Kitâb-ı Muhtasar-ı Sıhâh: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 25
8	cild: 1	Hâşiye-i Seyyid ale'l-Mutavvel: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 21
9	cild: 1	Kitâb-ı el-Mutavvel: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 23
10	cild: 1	Muhtasar fî'l-me'ânî: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
11	cild: 1	Telhîs fî'l-me'ânî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 9
12	cild: 1	Muhtasar fî'l-me'ânî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 17
13	cild: 1	Muhtasar fî'l-me'ânî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 19
14	cild: 1	Nahiv cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
15	cild: 1	Nahiv cümlesi: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
16	cild: 1	Nahiv cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 9
17	cild: 1	Nahiv cümlesi: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 7
18	cild: 1	Nahiv cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 9
19	cild: 1	Rûh-ı şurûh ve mazbûta ale'l-Maksûd ve Risâle mine'n-nahv: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 17
20	cild: 1	Mu'rib-i Kâfiye: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
21	cild: 1	İftitâh ale'l-Miftâh: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 20

22	cild: 1	Mu'rib-i Hacı Baba ale'l-Kâfiye: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
23	cild: 1	İftitâh ale'l-Misbâh: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
24	cild: 1	Hâşiye-i Hacı: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 19
25	cild: 1	Misbâh me'a Avâmil: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 7
26	cild: 1	Şerh-i Dîbâce: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
27	cild: 1	Dîbâce Oğlu me'a Avâmil: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 11
28	cild: 1	Dav' me'a Misbâh: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
29	cild: 1	Kitâb-ı Dav': Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 13
30	cild: 1	Şerh-i Ecrûmiyye: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 25
31	cild: 1	Şerh-i Avâmil: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
32	cild: 1	Kitâb-ı Dav': Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 17
33	cild: 1	Kitâb-ı el-Mevzec: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 11
34	cild: 1	Seyyid Alizâde alâ Şerhi Dîbâce: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
35	cild: 1	Misbâh-ı Hacı Babası: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
36	cild: 1	İsmet ale'l-Câmî: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 20
37	cild: 1	Kâfiye me'a Misbâh: Bâ-hatt-ı talîk.	sutûr: 13

38	cild: 1	Mu'rib Turtucu: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
39	cild: 1	Hüsn-i Zibârî: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
40	cild: 1	Sarf cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 15
41	cild: 1	Sarf cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 13
42	cild: 1	Dinkoz ale'l-Merâh: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
43	cild: 1	Dinkoz ale'l-Merâh: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 17
44	cild: 1	Şerh ale'l-İzzî: Bâ-hatt-ı Arab. Zâyi.	sutûr: 21
45	cild: 1	Kitâb-ı Şâfiye: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 15
46	cild: 1	Kutbüddîn ale'l-mantık: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 19
47	cild: 1	Kitâb-ı Kâdî Mîr: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 19
48	cild: 1	Habîfî fî'l-mantık: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 15
49	cild: 1	Kara Hâşiye ale'l-Mes'ûd-ı Rûmî ve Hâşiye-i Şâh Hüseyin: Bâ-hatt-ı ta'lîk. Zâyi.	sutûr: 21
50	cild: 1	Kutbüddîn Hüsam Kâtî Berda'î: Bâ-hatt-ı ta'lîk. [Bu eserin üzeri çizilmiştir.]	sutûr: 15
51	cild: 1	Risâle-i Mes'ûd-ı Rûmî ve İmâd ve Celâl ve Acem ve İbn Şâ'ir ve Emîr Hüseyin: Bâ-hatt-ı ta'lîk. Zâyi.	sutûr: 19
52	cild: 1	Kitâb-ı Muhammediyye: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 17

53	cild: 1	Kitâb-ı Muhammediyye: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 15
54	cild: 1	Târîh-i Nücûmü'z-zâhire fî mülûk-i Mısır'l-Kâhire: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 17
55	cild: 1	Kitâb-ı Altıparmak es-Siyer: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 27
56	cild: 1	Mi'râcü'n-nebî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 9
57	cild: 1	İskender-nâme: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 14
58	cild: 1	Sâ'at-nâme: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 11
59	cild: 1	Sâ'at-nâme: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi şode.	sutûr: 15
60	cild: 1	Kehhâl-nâme: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 13
61	cild: 1	Târîh-i Sultân Mustafâ: Bâ-hatt-ı nesih. Zâyi.	sutûr: 19
62	cild: 1	Kitâb-ı Envârü'l-âşîkîn: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 19
63	cild: 1	Kitâb-ı Mev'iza: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr:
64	cild: 1	Sûdî li-Hâfız Şîrâzî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 27
65	cild: 1	Surûrî ale'l-Gülistân: Bâ-hatt-ı ta'lîk. Zâyi.	sutûr: 19
66	cild: 1	Gülistân Sûdîsi: Bâ-hatt-ı ta'lîk.	sutûr: 27
67	cild: 1	Şâhidî şerhi Tuhfetü'l-mülûk: Bâ-hatt-ı ta'lîk. Zâyi.	sutûr: 17
68	cild: 1	Enbiyâ-nâme: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 24

69	cild: 1	Kitâb-ı Gülistân: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 15
70	cild: 1	Kitâb-ı Gülistân: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 13
71	cild: 1	Kitâb-ı Gülistân: Bâ-hatt-ı nesih. [Merhûm Sâlih Efendide zâyi olup yerine İftitâh vaz' olundu.]	sutûr: 13
72	cild: 1	Kitâb-ı HÂfız-ı Şîrâzî: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 10
73	cild: 1	Kitâb-ı Gülistân: Bâ-hatt-ı ta'lik. Zâyi.	sutûr: 13
74	cild: 1	Kitâb-ı Bustân: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 11
75	cild: 1	Pend-i Attâr: Bâ-hatt-ı ta'lik. Zâyi.	sutûr: 17
76	cild: 1	Kitâb-ı Gülşen-i Râz: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 18
77	cild: 1	Kitâb-ı Şâtıbî: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 19
78	cild: 1	Muhsin-i Kayserî, Şerh-i Arûz-ı Endülüsi: Bâ-hatt-ı ta'lik. Zâyi.	sutûr: 17
79	cild: 1	Kitâb-ı Mevâkîf: Bâ-hatt-ı Arab.	sutûr: 21
80	cild: 1	Firişteoğlu Lügati: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 9
81	cild: 1	Kânûn-ı İlâhiyye min lügati'l-Kur'ân: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 19
82	cild: 1	Envârü'l-âşîkîn: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr:
83	cild: 1	Kitâb-ı Sûret-i Vakfnâme: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr:
84	cild: 1	Sarf cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lik. Zâyi.	sutûr: 13

85	cild: 1	Sarf cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 15
86	cild: 1	Sarf cümlesi: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 19
87	cild: 1	Cüz' min Altıparmak: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 31
88	cild: 1	Birgivî: Bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 11
	cild: 1	Gülistân: Bâ-hatt-ı ta'lik.	
	cild: 1	Kitâb-ı Ferâiz: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 6
		Kitâb-ı el-Felâh li-Şerhi'l-Merâh: Bâ-hatt-ı ta'lik.	sutûr: 23
	cild: 1	Latife-i mütenevvi'a: Nesih. [Çerkes Süleymân Efendinin kendi hattıyla mecmûası.]	satır: 15
	cild: 2 (basma)	Târîh-i Sikender (/Nakşî): [Nakşî Mustafa Ağa]	sutûr: 33
		Mir'ât-ı kâinât: Kebîr kıt'a, bâ-hatt-ı nesih.	sutûr: 29
		Umdetü'l-İslâm: Kebîr kıt'a, bâ-hatt-ı nesih.	satır: 21
		Tezkiretü'l-evliyâ: Bâ-hatt-ı nesih.	satır: 15
	aded: 3	Delâilü'l-hayrât ve tecvîd ve mehâric-i hurûf.	
		Şerh-i Delâilü'l-hayrât ve şevâriku'l-envâr, Dâvud Efendi tercümesi: Bâ-hatt-ı nesih.	satır: 19
	basma	Ferâidü'l-fevâid fî-beyâni'l-'akâid.	
		Mu'ribü'l-Izhâr li-Zeynîzâde.	

		Sarf cümlesi: Nesih.	sahife- satr: 12
		Sarf cümlesi: Nesih.	satır: 13
		Şerh-i Maksûd: Nesih.	sahife- satr: 25
		Pend-i Attâr: Bâ-hatt-ı nesih. [Hoca Osman Efendinin vakfı]	satır: 11
		Kütüb-i kelâmiyyeden akâyide müte'allik tercüme.	satır: 12
	aded: 1	Sarf cümlesi (Pişkirbaşı Halîmî Ağanın vakfı).	

Sıra	Kitap türü	Kitap sayısı
1	Defter-i Mesâhîf-i şerîfe der-beyân-ı kebîr kıt'a ve tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr	21 mushaf
2	Defter-i vasat kıt'a mesâhîf-i şerif der-beyân-ı tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr	45 mushaf
3	Defter-i rub' kıt'a mesâhîf-i şerif der-beyân-ı tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr	43 mushaf
4	Defter-i mesâhîf-i şerîf sağır kıt'a der-beyân-ı tezhîb ve ta'dâd-ı sutûr	47 mushaf
5	Defter-i eczâ-i şerîf ve En'âm-ı şerîf ve du'ânâme [14. - poz]	142 adet
6	Defter-i kütüb-i tefâsîr-i şerîfe	19 adet / 20
7	Defter-i kütüb-i ehâdîs-i nebeviyye	19 adet
8	Defter-i kütüb-i fıkıh ve'l-akâid	90 adet
9	Defter-i kütüb-i mütenevvia mine't-tasavvuf ve'l-mantık ve gayruhu	88

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Arif. "18. Yüzyılın Sonlarında Muhasebe Kayıtları Işığında Üsküdar Para Vakıfları." Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Ekonomisi ve Finans Anabilim Dalı, Ocak 2018 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Aslan, Nasi. "Osmanlı Toplumunda Para Vakıflarının Kurumsallaşmasında Rol Oynayan Faktörler." *Dini Araştırmalar Dergisi* 1, no. 2 (Haziran 1998): 93-119.
- Bektaş, İsmail. "Muhasebe Kayıtları Işığında 18. Yüzyılın İlk Yarısında Üsküdar Para Vakıfları." Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Ekonomisi ve Finans Anabilim Dalı, Temmuz 2017 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Çiftçi, Cafer. "18. Yüzyılda Bursa'da Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri." *Tarih Araştırmaları Dergisi* 23, no. 36 (2004): 79-102.
- Çiftçi, Cafer. "Bursa'da Vakıfların Sosyo-Ekonomik İşlevleri." Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Çizakça, Murat. "Risk Sermayesi, Özel Finans Kurumları ve Para Vakıfları." İstanbul: İlmî Neşriyat, 1993.
- Çizakça, Murat. "Cash Waqfs of Bursa, 1553-1823." *The Economic and Social History of Orient* 38, no. 3 (1995): 313-354.
- Durmuş, Muhammed Emin. "Muhasebe Kayıtları Işığında 18. Yüzyılın Son Çeyreğinde Üsküdar Para Vakıfları." Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Ekonomisi ve Finans Anabilim Dalı, Temmuz 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Genç, Mehmet. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi II*. İstanbul: Ötüken, 2023.

Arşiv Belgeleri

- Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Osmanlı Devlet Arşivi (ODA),
TS. MA.d. (Topkapı Sarayı Arşivi Maliyeden Müdevver Defterler) No: 159 (Evasıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833).
- TS. MA.d, No: 160 (Evasıt-ı Muharrem 1154/2 Nisan 1741- 29 Zilhicce 1248/19 Mayıs 1833)

TS. MA.d., No: 9004 (12 Ramazan 1297/ 18 Ağustos 1880)

TS. MA.e (Topkapı Sarayı Arşivi Maliyeden Müdevver evrak) No: 550-88
(27.7.1220/21 Ekim 1805)

TS. MA.e., No: 550-90 (27.7.1221/10 Ekim 1806)

TS. MA.e: 194-8 (01.08.1243/17 Şubat 1828)

TS. MA.e., No: 609-35 (29 Zilhicce 1304/18 Eylül 1887)

TS.MA.e., No: 609-37 (29 Zilhicce 1297/2 Aralık 1880)

TÜRK HUKUKU AÇISINDAN PAKET TUR SÖZLEŞMESİ

“The Package Tour Contract in Terms of Turkish Law”

Yasemin GÜLLÜOĞLU*

Ahmet Onur GANI**

Öz

Turizm bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de oldukça önemli bir iş sahasıdır. Yerli veya yabancı turistlerin tatillerini veya kısıtlı zamanlarını daha verimli ve profesyonel şekilde değerlendirme istekleri ülkemizde de belli kanuni düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur.

Paket tur sözleşmesi, 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a eklenen madde 6/C hükmü ile ilk defa yasal düzenlemede kendisine yer bulmuştur. Daha sonrasında 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 51’inci maddesinde paket tur sözleşmesine yer verilmiştir. 14.01.2015 tarihli ve 29236 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği ile de kanunun maddelerinin nasıl uygulanacağı belirlenmiştir.

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yasemin.gulluoglu@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3134-6015.

** Milli Savunma Uzman Yardımcısı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, ahmetonurgani@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0439-6121.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.04.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.05.2024.

Atıf/Citation: Güllüoğlu, Yasemin ve Ahmet Onur Gani. “Türk Hukuku Açısından Paket Tur Sözleşmesi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1262-1310.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”



Bu çalışmada paket tur sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesi, paket tur sözleşmesinin tarafları, paket tur sözleşmesinin unsurları, paket tur sözleşmesinde tarafların hak ve borçları, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ve bundan doğan sorumluluk, sorumluluktan kurtulma, sözleşmenin devri, sözleşmenin feshi ve sözleşmenin arabuluculuk kapsamına alınması hususları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tur, Tüketici, Katılımcı, Düzenleyici, Aracı.

Abstract

Tourism is a very important business field in our country as well as in the whole world. The desire of domestic or foreign tourists to use their holidays or limited time more efficiently and professionally has led to the need to make certain legal regulations in our country.

The package tour agreement was legally based for the first time with the provision of article 6/C added to the Law No. 4077 on Consumer Protection with the Law No. 4822 Amending the Law on the Protection of the Consumer in 2003. Afterwards, package tour agreement was included in Articles 51 and 84 of the new Consumer Protection Law No. 6502. With the Package Tour Contracts Regulation published in the Official Journal dated 14.01.2015 and numbered 29236, it has been determined how the articles of the law will be applied.

In this study, the legal characterization of the package tour contract, the parties of the package tour contract, the elements of the package tour contract, the rights and debts of the parties in the package tour contract, the non-fulfillment of the contract or the responsibility arising from release, transfer and termination of the contract and the issues of including the contract within the scope of mediation will be examined.

Keywords: Tour, Consumer, Participant, Organizer, Agent.

GİRİŞ

Tatilini yurt içinde veya yurt dışında geçirmek isteyenler için transfer, konaklama, turistik ziyaretler gibi birçok şeyi kapsayan paket programlar cazip avantajlar ile tüketiciye sunulmaktadır. Paket tur olarak tercih edilen tatiller, ekonomik olması sebebiyle fazlaca talep görmektedir. Bununla beraber ne yazık ki

pek çok tüketici bu tür tatil paketlerinden kaynaklı mağduriyetler yaşamaktadır. Olumsuz neticeler beraberinde yasal düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Kanun koyucunun düzenlemesi neticesinde 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a¹ (TKHK) eklenen m.6/C hükmü ile "Paket Tur Sözleşmesi" kanuni dayanağa kavuşmuştur. Fakat kanun koyucu bununla kalmayıp 13.06.1990 tarihli "Paket, Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara" ilişkin 90/314/AET sayılı AB Konsey Direktifi² ile Avrupa iç pazarında tüketicilerin korunması amacıyla çıkarılan paket tur düzenlemelerine³ benzer şekilde, yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da⁴ paket tur sözleşmesine yer vermiştir.

Paket tur sözleşmesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği (PTSY)⁵ ve Seyahat Acentaları Yönetmeliğinde (SAY)⁶ düzenleme alanı bulmuştur.

Sözleşmenin tanımı TKHK'nin 51/1 maddesi uyarınca: "Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya araçları tarafından aşağıdaki hizmetlerden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir." Maddenin devamında; "a) Ulaştırma, b) Konaklama, c) Ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri" şeklinde ayrımlara gidilmiştir. SAY'ın 4/1/f maddesi uyarınca da: "Ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsayan veya gecelik konaklamayı içeren bir nüshasının turiste verilmesi zorunlu, önceden düzenlenmiş yazılı sözleşmeyi...ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Tanımlardan yola çıkılıp hem TKHK'nin 51. maddesinde hem de PTSY'de

¹ RG. 22221, 08.03.1995.

² Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314 sayılı Konsey Yönergesi, 1990 tarihli AB Yönergesi.

³ Bülent Yurt, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, (Ankara: Yetkin Yay.,2000), 34-35.

⁴ RG. 28835, 07.11.2013.

⁵ RG. 29236, 14.01.2015.

⁶ RG. 26664, 05.10.2007.

düzenlenmiş olan diğer kavramların detaylı olarak incelenmesi ile bu çalışma ortaya konulmuştur. Paket tur sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesi, sözleşmenin tarafları, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin değiştirilmesi ve iptali, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ve bundan doğan sorumluluk, sorumluluktan kurtulma, sözleşmenin devri, sözleşmenin feshi ve arabuluculuk kapsamına alınması hususları üzerinde durularak çalışma belli oranda genişletilmeye çalışılmıştır.

I. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

Paket tur sözleşmesinin taraflara yüklemiş olduğu edimler göz önünde bulundurulduğunda, birden fazla ve farklı sözleşme edimlerinin kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirildiğini görmekteyiz. Bu tür sözleşmeler atipik sözleşmeler olarak adlandırılırlar⁷. Paket tur sözleşmesinin atipik bir sözleşme olup olmadığı hususu ise doktrinde tartışmalıdır⁸. Paket tur sözleşmesinde düzenleyiciye; konaklama, ulaştırma, seyahat düzenleme gibi farklı sözleşme tiplerindeki borçların yüklendiğini tüketiciye ise esas olarak para ödeme borcunun yanında iş birliği borcunun da yüklendiğini görülmektedir. Bu sebeple doktrinde

⁷ Ayşe Havutçu, "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Korunması", *Manisa Barosu Dergisi* 1, sy. 62-63 (1997): 34.; Feyza Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2017), 73.

⁸ Hamamcıoğlu Vardar'a göre; "... bünyesinde birden çok edimi barındıran paket tur sözleşmelerinin kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Paket tur sözleşmeleri ile eser sözleşmesi arasında bazı benzerlikler bulunmaktadır, bu nedenle paket tur sözleşmesinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesinin hükümleri kıyasen uygulanabilir. Ancak paket tur sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi niteliği nedeni ile eser sözleşmesinin bu hususa ilişkin uygulanmadığı durumlarda kira sözleşmesinin hükümleri kıyasen uygulanabilecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki paket tur sözleşmelerine hangi hükümlerin uygulanması gerektiğini tespit etmeye çalışan hâkim, taraf iradelerini, güven teorisini nazara almalı ve sözleşmenin mahiyetine uygun hükümleri tespit etmelidir." bkz., Gülşah Hamamcıoğlu Vardar, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 68, sy. 1-2 (2010): 283-284.; Aynı doğrultuda bkz., Bahadır Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri (Ankara: Yetkin Yay., 2015), 5., Yurt, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, 114.

yer alan bir görüşe göre paket tur sözleşmesinin “*karma sözleşme*” olduğu ileri sürülmektedir.⁹

Bir diğer görüşe göre ise, paket tur sözleşmesinin TKHK’de yer alan düzenlemesi nedeniyle sözleşmesinin artık “*isimli bir sözleşme*” olduğudur.¹⁰

Sözleşmenin içerdiği edimlerden ulaştırma edimi taşıma sözleşmesinden, konaklama edimi kira sözleşmesinden, her şeyin dâhil olduğu fiyattan satılması edimi satış sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu tür sözleşmeler hukukumuzda karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir.¹¹ Karma sözleşmeler, birden fazla sözleşmede varlığı belirtilen unsurların, kanunda öngörülmemiş biçimde bir araya getirilmesiyle meydana gelen sözleşmelerdir. Bu yönüyle paket tur sözleşmesinin karma tipli sözleşmenin özelliklerini ihtiva ettiği görülmektedir.¹²

Sözleşmenin taraflara yüklemiş olduğu borçlar incelendiğinde ise bir tarafa ulaştırma, konaklama ve başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin bir arada sunulması borcu yüklenmişken sözleşmenin diğer tarafına ise ödeme borcu yüklenmiştir. Paket tur sözleşmesi bu açıdan değerlendirildiğinde ayrıca bir kombine sözleşme olarak da nitelendirilmektedir.¹³ Zira kombine sözleşmelerde

⁹ Fikret Eren, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar” içinde Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, (İstanbul: Beta Yay., 2008), 94.;Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006), 66.

¹⁰ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2019), 265., Süleyman Savaş, “Paket Tur Sözleşmeleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2019), 63.

¹¹ “Kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşmelerdir.”, bkz., Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55, sy. 1-2, (1996): 273.

¹² Kadir Erk Pekmez, *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin Yay., 2015), 45.

¹³ “Pansiyonculuk, tatil turları, motercilik, yatılı okul, yatılı hasta tedavisi gibi sözleşmeler kombine tipli karma sözleşmelere örnek olarak gösterilmektedir.”, bkz., Kiomers Muhammed Ganbari, “Atipik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hukuk”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2017), 21.

bir tarafa genellikle yalnızca para ödeme borcu yüklenirken sözleşmenin diğer tarafına ise birden fazla edim yüklenmektedir.¹⁴

Paket tur sözleşmesinin ani, dönemsel veya sürekli edimli olarak nitelendirilmesi hususunda katılımcıya sunulan hizmetlerin ne kadar süre boyunca sunulduğu değil edimler arasında kesinti olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır.¹⁵ Günümüzde taraflar arasında uygulanmakta olan paket tur sözleşmelerinin büyük çoğunluğu sürekli edimli olarak kabul edilmektedir. O halde paket tur sözleşmesinin atipik, karma, kombine ve sürekli edimli bir sözleşme olarak kabul edebiliriz.¹⁶

II. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

TKHK 51. maddesinde sözleşmenin taraflarından bahsedilmektedir. Madde hükmüne göre bu kişiler; tüketici, paket tur düzenleyen veya paket tur aracıdır. Fakat PTSY'nin 4. maddesinde sözleşmenin taraflarına ilişkin ilave kavramlar da mevcuttur. Şöyle ki kanun maddesindeki taraflara ek olarak yönetmelikte bağımsız hizmet sağlayıcısı ve katılımcı kavramlarına da yer verilmiştir. Bu kavramların neler olduğu sırasıyla ele alınacaktır.

¹⁴ Oktay'a göre: "Bu sözleşmelerde taraflardan biri çeşitli sözleşmelere ait birden fazla ana edimi yüklenmektedir. Yani çeşitli sözleşme tiplerine ait edimler birbiri ile değiş tokuş edilmemiş, tek bir tarafta toplanmışlardır. Bu sözleşmelerde karşı tarafın yükümlülüğü genellikle bir miktar paranın ödenmesidir. (pansiyon sözleşmesi, yatılı okul sözleşmesi, bir tesisin satılıp başka bir yerde kurulmasına dair olan sözleşme gibi.)", Oktay, *İsimsiz Sözleşmeler*, 274.

¹⁵ Sayın, *Paket Tur Sözleşmeleri*, 65.

¹⁶ Ebru Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, sy.1, (2015): 77.; Sert'e göre; "Bu tür paket tur sözleşmelerinde sunulan birden fazla edimin karşılığında ivaz olarak bir miktar para ödendiği için de karma sözleşmenin bir alt türü olarak kombine sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.", bkz. Selin Sert, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 22, sy. 1, (2015): 227.

A. Paket Tur Düzenleyicisi

Paket tur düzenleyicisi, PTSY m. 4/1/e'de: "*Paket turları düzenleyen ve bu turları kendisi veya aracısı vasıtasıyla satışa sunan gerçek veya tüzel kişi olarak*" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷ Tanımdan yola çıkılarak paket tur düzenleyicisinin düzenlediği turları ya bizatihi kendisinin ya da bir aracısının vasıtası ile satışa sunduğu görülmektedir. Kural olarak paket tur düzenleyicisinin bu sözleşmeyi ticari iş veya sürekli meslek olarak yerine getirmesi beklenir. Dolayısıyla bu sözleşmenin geçici süreler için yapılması durumunda paket tur düzenleyicisinden söz edilemeyecektir. O halde mesleki amaç olmaksızın tek seferlik düzenlenen paket turlar bu kapsamında düşünülmemektedir.¹⁸

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise, kişi bir defaya mahsus seyahat düzenlemiş olsa dahi, diğer unsurların da bulunması şartıyla artık paket tur düzenleyicisi olarak kabul edilmelidir.¹⁹ Bununla beraber, işin dönemsel olarak sadece yılın belli mevsimlerinde yapılması hali, tarafın paket tur düzenleyicisi olmasına engel teşkil etmeyecektir.²⁰

Bizim katıldığımız görüş ise birinci görüş olacaktır. Paket tur düzenleyicisinden, sözleşmedeki tüm yükümlülükleri tek başına yerine getirmesi beklenemez. Paket tur düzenleyicisinin işini sürekli ve organize bir şekilde sürdürmesi, başarılı bir tur hizmeti sunabilmek için temel bir gerekliliktir. Ancak kanun tanımında belirtilen unsurların tek seferlik bir araya gelmesi durumunda,

¹⁷ İlgili yazarlara göre; "Tanımda da yer aldığı üzere kanun koyucu Paket Tur Düzenleyicisi ve Paket Tur Aracısı şeklinde ikili bir ayrıma gitmiştir, ancak hizmetin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması açısından tüketiciye karşı müteselsil sorumluluk yüklemiştir.", bkz., Mutlu Dinç v.dğr., Tüketici Hukuku Davaları: Teori-Uygulama, (Ankara: Seçkin Yay. 2017), 574.

¹⁸ Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Ankara: Yetkin Yay., 2016), 835.

¹⁹ Sert, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri," 229.

²⁰ Türkyılmaz'a göre; "Bu sebeple işin geçici bir süre ile yapılması halinde paket tur düzenleyicisinin var olduğundan bahsedilemeyecektir. Elbette bu işin sadece yılın belli mevsimlerinde yapılması, tarafın paket tur düzenleyicisi olmasına helal getirmeyecektir.", bkz., Emin Türkyılmaz, "Paket Tur Sözleşmeleri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2017), 23.

tüketiciyi korumak amacıyla uygun düştüğü ölçüde paket tur sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

TKHK m. 51/3'e göre:“ *Paket tur düzenleyicisinin Türkiye’de temsilcisinin bulunmadığı hâllerde paket tur aracı paket tur düzenleyicisi gibi sorumlu olur.*” Bu hükümde yurtdışında faaliyet göstermekte olan paket tur düzenleyicisinin eğer Türkiye’de temsilcisi bulunmuyorsa tur aracısının da paket tur düzenleyicisi gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu hüküm tüketicilerin olası zararlarını giderebilmelerinde kolaylık sağlanması için düzenlenmiştir.²¹ Böylece paket tur aracısının “*sadece aracılık yaptım*” diyerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Bununla beraber aracı kurum, paket düzenleyicisi ile yapacağı sözleşmeyle 51. maddenin aksine bir hüküm koyarak sorumluluktan kurtulmak isteyebilir. Sözleşmeye bu şekilde bir yazılı kayıt konulsa bile hukuken geçerli olmaz. Zira PTSY m.18 hükmünce:“ *Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede katılımcının bu Yönetmelikte yer alan haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya paket tur düzenleyicisi ya da aracısının bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir.*” Aynı şekilde aracı firma sorumlu olmayacağını tüketici ile arasında hazırlayacağı ayrı bir sözleşmede belirtmiş olsa bile yine sorumluluktan kurtulamayacaktır.

B. Bağımsız Hizmet Sağlayıcısı

Bağımsız hizmet sağlayıcısı kavramı ise PTSY m. 4/1/a’da, “*bir paket tur içinde yer alan hizmetlerden bir veya bir kaçını paket tur düzenleyicisi veya aracı ile yaptığı sözleşme gereği katılımcıya sunan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır.

Paket tur sözleşmelerinde, düzenleyen çoğu zaman sözleşmede vaat ettiği edimleri bağımsız hizmet sağlayıcıları ile yerine getirmektedir. Bu durumda, paket tur düzenleyicisinin hizmet aldığı bu kişiler, paket tur düzenleyicisinin ifa yardımcısı konumunda bulunmaktadır.²²

²¹ Hilal Nur Gözüküçük, “Paket Tur Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2021), 31.

²² İsmail Aydın, “Mücbir Sebeplerden Dolayı İfa Edilemeyen Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Talep Hakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13, sy.146,(2018): 73.

Bu duruma örnek vermek gerekirse katılımcının konaklayacağı otelin katılımcıya sağlayacağı oda servisi, yiyecek içecek, açık büfe hizmeti sunması düzenleyicinin kendisi değil bağımsız hizmet sağlayıcısı aracılığı ile yerine getirdiği hizmetler olarak kabul edilecektir. Paket tur düzenleyicilerinin bağımsız hizmet sağlayıcılarıyla aralarındaki hukuki ilişkinin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu kabul edilebilir.²³ Buradaki üçüncü kişi elbette katılımcı olacaktır. Buradan hareketle katılımcılar, bağımsız hizmet sağlayıcılarına paket tur düzenleyicisinin üstlenmiş olduğu edimleri karşılama için doğrudan başvurabilecektir.²⁴

PTSY 13. maddesinde düzenleyicinin yahut aracının bağımsız hizmet sağlayıcısının fiillerinden doğan paket tur sözleşmesine aykırı durumlardan dolayı katılımcının veya tüketicinin bütün zararlarında sorumlu tutulacakları net olarak belirtilmiştir.²⁵ İlgili maddeye göre: Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun (SASABK)²⁶ "zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi veya aracısı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Katılımcı, boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir" denilmiştir. Kanunun devamında yine şu ifadeler kullanılmıştır; "Sözleşmeye aykırılığın bağımsız hizmet sağlayıcılarının davranışlarından kaynaklanması halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır." denilmiştir²⁷. Buradan çıkarılacak sonuç paket tur sözleşmesinin ifa yardımcısı konumunda bulunan bağımsız hizmet sağlayıcılarının haksız fiillerinden daha geniş kapsamda sözleşmeye aykırı her türlü iş ve eylemlerinden dolayı oluşabilecek maddi ve manevi zarardan paket tur düzenleyicisinin sorumlu tutulacağıdır.²⁸

²³ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 86. Süleyman Savaş, "Paket Tur Sözleşmeleri", 73.

²⁴ Türkyılmaz, "Paket Tur Sözleşmeleri", 32.

²⁵ Türkyılmaz, "Paket Tur Sözleşmeleri", 32.

²⁶ RG. 14320, 28.09.1972.

²⁷ Turan Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, sy. 13, (2022): 73.

²⁸ Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi", 106.; Yargıtay'ın bir kararında: "... Dava, davacıların murisinin satın almış olduğu paket tur sözleşmesi kapsamında tatil için Türkiye'ye geldiğinde tur otobüsünün karıştığı trafik kazası sonucunda ölmesi nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tahsili istemine ilişkindir... Somut olayda; davalı şirket, paket tur sözleşmesi

C. Paket Tur Aracısı

Paket tur aracısının tanımı PTSY m. 4/1/d'de: "*Paket tur düzenleyicileri tarafından hazırlanmış olan paket turları satışa sunan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*" olarak yapılmıştır. Bu tanımdan yola çıkılarak düzenleyicilerin hazırlamış olduğu turları satışa sunan gerçek veya tüzel kişilerin paket tur aracısını ifade ettiğini görmekteyiz.

AB Konsey Yönergesinde m.2/3'te paket tur düzenleyicisi ile paket tur aracısı ayrı ayrı tanımlanmış olduğundan PTSY'de de bu şekilde ayrı ayrı tanım yapılmıştır.²⁹ Paket tur düzenleyicisi, paket turlarla ilgili hazırlanması gereken programı hazırlayan kişiler olarak kabul edilmektedir. Paket tur aracısı dediğimiz kişi ise, bizzat kendisi tur hizmetini vermemekle beraber ancak aracılık yapan kişiler olarak kabul edilmektedir.³⁰ Aslında paket tur aracısı, paket tur düzenleyicisinin temsilcisi konumundadır.³¹

Paket tur aracısı çoğu zaman tura bağlı edimleri kendisi ifa edememektedir. Pratikte paket tur aracısı, paket tur düzenleyicisi tarafından planlanan ve katılımcıya sunulan çeşitli edimler içeren tur sözleşmesinin kurulmasında aracılık

kapsamında, davacıların murisinin taşınması hizmetini yerine getirmektedir. Davacıların murisinin vefat ettiği kazada tur otobüsü sürücüsünün kusursuz olduğu sabit ise de; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, motorlu araç işletenin sorumluluğu, tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Motorlu bir aracın işletilmesi, niteliği itibariyle bir tehlike ve dolayısı ile zarar ihtimali taşıdığından, davalı şirketin sorumluluğu, tehlike sorumluluğudur...Tüm bu bilgiler ışığında somut olay irdelendiğinde; davacıların murisinin kazada vefat etmesi... yaşanan olayın özellikleri ve olayın oluş şekli nazara alındığında, takdir edilen manevi tazminat miktarının az olduğu anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, mahkemece daha yüksek oranda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus da bozmayı gerektirmiştir." denilerek bağımsız hizmet sağlayıcılarının fiillerinden ötürü gerçekleşen zarardan paket tur düzenleyen sorumlu tutulmuştur. Yar. 3. HD, E. 2020/3391 K. 2021/6158, 08.06.2021, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 100.

³⁰ CEYLAN, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler", 78.

³¹ Yeşim Atamer, "Paket Tur Sözleşmesine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler" içinde, *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2008), 89.

hizmetini yürütmekle yetinmektedir. Seyahat ve bununla birlikte ifası zorunlu olan ve sözleşmede vaat edilen edimlerin gereği gibi ifa edilmemesinden kural olarak paket tur aracısının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Paket tur aracısının buradaki sorumluluğunu kusur sorumluluğu olarak kabul etmek mümkün olmakla birlikte, paket tur aracısının katılımcıya turla ilgili açık ve anlaşılır şekilde bilgi verme borcundan dolayı kusursuz sorumlu olduğunun kabulü gerekmektedir.³²

TKHK m. 3/1/1'da sağlayıcı kavramı düzenlenmiştir: "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da hizmet sunan adına hareket eden gerçek veya tüzel kişi.*" Bu hükme göre paket tur aracısı sağlayıcı olarak kabul edilebilir ve tüketici borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan haklarını paket tur aracısına karşı da ileri sürebilir.³³ Aksi görüşte olanlar ise PTSY 13. maddesinin kanuna aykırılık teşkil ettiğini paket tur aracısının istisnai olarak güven teorisine dayanıldığı halde ancak sözleşmenin tarafı gibi sorumlu tutulabileceğini savunmaktadırlar.³⁴

D. Katılımcı (Tüketici)

TKHK'de paket tur sözleşmesinin ödeme borcunu üstlenen taraf *tüketici* olarak kabul edilirken PTSY'de *katılımcı* olarak kabul etmektedir. Bu durumun nedeni katılımcının tüketiciden daha geniş bir kavram olmasıdır. Katılımcının tanımı PTSY m. 4/1'de "*Herhangi bir paket turu satın alan veya almayı taahhüt eden, adına ya da lehine bir paket tur satın alınan veya satın alınması taahhüt edilen veya kendisine bir paket tur sözleşmesi devredilen tüketici*" şeklinde yapılmıştır. Katılımcı, bizzat paket tur sözleşmesinin tarafı olabileceği gibi başka bir kişi tarafından

³² Hamamcıoğlu Vardar, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması", 284.

³³ Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 836.

³⁴ Sayın'a göre: "Özetlemek gerekirse aracının, kural olarak, paket tur düzenleyicisinin temsilcisi gibi hareket ettiğini ve sözleşmenin tüketici ile paket tur düzenleyicisi arasında kurulduğunu kabul etmek gerekir. Ne var ki aracı tüketicide paket tur düzenleyicisi olduğuna dair bir güven yaratmışsa, yarattığı bu güvenin korunması gerekmektedir. Tüketicinin seyahat acentesinin aracı olarak mı yoksa bizzat paket tur düzenleyicisi olarak mı hareket ettiğini anlamaması çoğu halde mazur görülebilir. Eğer seyahat acentesi de aracı olduğuna dair bir açıklamada bulunmamış ise tüketicinin haklı güvenini korumak gerekecektir" bkz., Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 105-109.

lehine paket tur sözleşmesi yapılan kişi de olabilir.³⁵ Tanımdan da anlaşıldığı gibi katılımcının doğrudan paket tur hizmetinden yararlanan kişi olduğu anlaşılmaktadır. Bu yararlanma durumu bizzat sözleşmenin tarafı olma şeklinde olabileceği gibi lehine paket tur sözleşmesi yapılan (*üçüncü kişi lehine sözleşme*) kişi olarak da ortaya çıkabilir.³⁶ Örneğin bu durum bir babanın çocuklarının sömestr tatili için paket tur satın alması şeklinde lehine paket tur satın alınan kişi şeklinde kendisini gösterebilir. Her iki halde de TKHK 51. madde anlamında paket tur sözleşmesi vardır.³⁷ Paket tur sözleşmesinin devrinde ise devralan kişinin yönetmelik kapsamında katılımcı olarak kabul edilmesi gerekir. Bu duruma örnek vermek gerekirse ocak ayında tüketici tarafından satın alınan paket tur sözleşmesi temmuz ayında Sumatra Adasında ifa edilecektir, paket tur sözleşmesinin bir başka kişiye mayıs ayında devredilmesi ile de devralan kişi katılımcı olarak kabul edilecektir.³⁸

TKHK 51/9 maddesinde: *“Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.”*³⁹ şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca tacir sıfatını haiz kişilerin de mesleki

³⁵ Gözüküçük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 26.

³⁶ Gökçe Bilgen Özdemir, “Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2, (2012): 67.

³⁷ Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 833.

³⁸ Devir şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 28-29.

³⁹ Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, 268., “Sonuç olarak ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında paket tur sözleşmesi yapanlar da tüketici sayıldığından sözleşmenin bir tarafını oluşturan kişinin katılımcı olarak ifade edilmesi daha yerinde olacaktır. Çünkü ticari veya mesleki faaliyetleri gereği paket tur sözleşmesi yapanların tüketici sayılması gerçekte tüketici oldukları anlamına gelmemektedir. Sadece onların da korunma ihtiyacından dolayı paket tur sözleşmeleri aynı hükme tabi kılınmıştır.” bkz., Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 834.; Bu durum Yargıtay’ın bir kararında şu şekilde örneklendirilmiştir: “Somut olayda, davacılar bir tur şirketinden satın aldıkları seyahate katılmak için davalı şirketten bilet satın almış olduğundan, davalı şirketle yaptıkları işlem bakımından ticari ya da mesleki amaçlarla hareket ettiklerinden söz edilemez...”, Yar. 11. HD, E.2017/4081 K. 2019/761, 04.02.2019, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

faaliyetlerini sürdürürken paket tur sözleşmesinin tarafı olmaları durumunda tüketici sayılmaları gerekmektedir.⁴⁰

III. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Bir sözleşmenin paket tur sözleşmesi sayılması için üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. PTSY m. 4/1/f'ye göre; *ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı hizmetlerden en az ikisinin birlikte olması, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satış yapılması ve yirmi dört saatten uzun sürmesi veya gecelik konaklama içermesi gerekmektedir.*

A. Ulaştırma Konaklama ve Bunlara Yardımcı Hizmetlerden En Az İkisinin Birlikte Olması

Ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı hizmetlerden en az ikisinin birlikte olması durumuna *"edimlerin bütünlüğü ilkesi"* adı verilmektedir.⁴¹Bu unsurdan anlaşılması gereken ulaştırma, konaklama ve diğer edimlerden en az ikisinin bir araya gelerek sözleşmenin asli unsurunu oluşturmasıdır. Sözleşmenin tipini yalnızca ulaştırma ve konaklama edimlerinin belirlemesi gibi bir durum söz konusu değildir. Kanun lafzından anlaşılan, bu sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için, ulaştırma ve konaklama edimlerinin bir arada bulunmasının yanı sıra, yardımcı edim dışında kalan ikiden az olmayacak şekilde turistik edimin de bulunmasının şart olduğudur.⁴²

⁴⁰ Gözüküçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 24.

⁴¹ Dinç v.dğr., Tüketici Hukuku Davaları: Teori-Uygulama. 575.; "Edimlerin bütünlüğü unsuru temel olarak, seyahat düzenleme sözleşmesine göre tur düzenleyen tarafından yerine getirilmekle yükümlü bulunan birden çok edimin bir bütün halinde mevcut olması gerekliliğini ifade etmektedir.", bkz. Sert, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri," 223. Bu unsur paket tur sözleşmesi üzerine yazılan akademik kaynaklarda "edimlerin bütünlüğü", "edim kombinasyonu" olarak adlandırılmaktadır. Buradaki edimlerden kastedilenin asli edim olduğuna dikkat edilmelidir. Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 49., Gözüküçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 12-13., Pekmez, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, 18.

⁴² Fehmi Şener Gülseren, "Turizm Hukukunda, Paket Turlarda Seyahat Acentesinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*,10, sy. 105, (2015): 56.

Kanun lafzından anlaşılan bu olmakla birlikte, sözleşmede ulaştırma ya da konaklama ediminin yanında turizm hizmeti sayılabilecek bir başka edimin yer alması da paket tur sözleşmesinin oluşması için yeterli kabul edilir.⁴³ Örnek verilmesi gerekirse ulaştırma edimi katılımcı tarafından karşılanacak şekilde konaklama, müze ve ören yerlerinde rehberlik hizmetinin verilmesi veya konser biletinin paket tur düzenleyicisi tarafından karşılanması durumlarında paket tur sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir. Ancak uçakla ulaşım sağlanırken seyahat sırasında katılımcıya sunulacak olan yemek hizmeti paket tur sözleşmesinin asli unsurundan ziyade yardımcı unsuru olacağından bu hizmetin paket tur sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.⁴⁴ Bu durumda taşımaya veya konaklamaya ilişkin hizmetlerin sunulduğu sözleşmeler sadece paket tur sözleşmesi olarak kabul görmeyecektir.⁴⁵ Bu halde ortaya çıkan sözleşmeye TKHK'nin genel hükümleri ve duruma göre Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁴⁶ hükümleri uygulanacaktır.⁴⁷

B. Her Şeyin Dâhil Olduğu Fiyatla Satış Yapılması

Paket tur sözleşmesindeki temel amaç, birden fazla hizmeti tek bir fiyat altında önceden bilgilendirilmek suretiyle satın alan katılımcının ileride ortaya çıkabilecek başta fiyat farklılığı olmak üzere çeşitli değişikliklerden korunmasını sağlamaktır.⁴⁸

⁴³ “Dolayısıyla bu iki hizmete yardımcı olabilecek herhangi bir asli edim paket tur sözleşmesinin oluşması için yeterlidir.”, bkz., Sert, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri,” 223.

⁴⁴ “Bir asli edim ile bir yan edimin birlikte ifa edilmesi halinde edimlerin bütünlüğü unsurunun gerçekleşmediği kabul edilir.”,bkz., Sert, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri,” 223.

⁴⁵ Öksüz'e göre; “Yasada böyle en az iki hizmet ediminin aranmasının altında paket tur sözleşmelerini bireysel seyahat sözleşmelerinden ayırmak amacı yatmaktadır. Örneğin bir kişi tatile çıktığında ve otelde konaklamak için bir sözleşme yaptığına ya da kendi arabasıyla gezmeye çıktığında paket tur sözleşmesinden bahsedilmeyecektir.”,bkz.,Ömer Öksüz, “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,1, sy. 66 (2006): 338.

⁴⁶ RG. 27836, 04.02.2011.

⁴⁷ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 254.

⁴⁸ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 62.

Katılımcının paket tur sözleşmesi kurulduktan sonra herhangi bir sürpriz fiyat değişikliği ile karşı karşıya kalmaması amacıyla paket tur düzenleyicisine yahut aracısına, etki edilemeyen olağandışı hallerde ve belirli şartların varlığı halinde fiyat değişikliği yapabilme hakkı tanınmıştır. Bu durumlar çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır.

Kanunda yer alan düzenleme kapsamında “*her şey dâhil fiyat*” kavramı ile kast edilen durum, paket tur düzenleyicisinin daha sonra kararlaştırılan ücreti dürüstlük kurallarına aykırı şekilde arttırmasının önüne geçmektir.⁴⁹

Tüketici tarafından satın alınan hizmetlere ilişkin faturaların ayrı ayrı tanzim edilmesine rağmen hizmetler arasında bütünlük bulunması durumunda da paket tur sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir.⁵⁰

C. Yirmi Dört Saatten Uzun Sürmesi veya Gecelik Konaklama İçermesi

Paket tur sözleşmesinde bulunması şart olan bir başka unsur, turun yirmi dört saatten uzun sürmesi veya gecelik konaklama içermesidir. Eğer tur yirmi dört saatten az sürer veyahut gecelik konaklama içermez ise paket tur sözleşmesinin varlığından bahsedilemez.⁵¹ Doktrinde sürenin yirmi dört saati geçip geçmemesinden ziyade gecelik konaklama içermesi durumunda sözleşmenin

⁴⁹ Sert, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri,” 225.

⁵⁰ Dinç v.dğr., Tüketici Hukuku Davaları: Teori-Uygulama. 575.

⁵¹ Sert'e göre; “...Paket tur sözleşmesi olarak bir sözleşmenin nitelendirilebilmesi için; konaklama yapılmayacaksa bile, seyahatin süresinin yirmi dört saatten uzun olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu süre unsurlarına uygun olmayan bir tur, örneğin günübirlik turlar TKHK anlamında seyahat sayılmayacak ve genel hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır.”, bkz., Sert, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri,” 226., “Kanun gereği, paket tura sözleşmelerin en az yirmi dört saat sürmesi ya da gecelik konaklamayı içermesi gerekmektedir. TKHK kapsamında bir sözleşmenin paket tur sözleşmesi olarak kabul edilmesi ancak konaklamanın en az yirmi dört saat sürmesi ya da gecelik konaklamayı içermesi halinde söz konusudur. Aksi takdirde tüketicinin korunması bağlamında kanuni bir koruma sağlamayacaktır.”, bkz., Şebnem Akipek Öcal v.dğr., Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, (Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021), 87.

paket tur kapsamında yer alacağını savunan bir görüş yer almaktadır.⁵² Bir başka görüş ise ifadan önce günlük tur olarak düzenlenmiş bir sözleşmenin ifa sırasında tarafların iradelerinin uyuşması ile turun uzatılarak paket tur kapsamına sokulabileceğini savunmaktadır.⁵³ Bizim katıldığımız görüş ise her iki durumda da paket tur sözleşmesinin var olacağı yönündedir.

IV. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Paket Tur Düzenleyicisinin Hakları

1. Ücret

Paket tur düzenleyicisinin en öncelikli hakkı ücret hakkıdır. Zira paket tur düzenleyicisi birden fazla asli edim yükümlülüğünü yerine getirmeyi üstlenirken katılımcı yalnızca her şey dâhil ücret ödemektedir.⁵⁴ Ücret ödeme borcu, genellikle götürülecek bir borç olduğundan, paket tur sözleşmesinde taraflar aksi bir düzenleme öngörmedikçe, alacaklı sıfatına sahip olan paket tur düzenleyicisinin yerleşim yerinde ifa edilmelidir. Paket tur ücreti, taksitle veya bir defada ödenebilir. Taraflar, tur ödeme zamanını serbestçe belirleyebilirler.⁵⁵ Ücretin nasıl ödeneceğine ilişkin PTSY m. 6/1/c ve m. 6/2'de açıklayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bunlar sırasıyla incelendiğinde; m. 6/1/c'de, "*Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dâhil toplam fiyatı.*" m. 6/2'de ise, "*Yurt dışı turlarda sözleşme bedel döviz cinsinden belirlenebilir. Ödemede hangi kurun esas alınacağı sözleşmenin kurulması*

⁵² Gözükcük'e göre; "...Paket tur gecelik konaklama içeriyorsa, sözleşme süresi yirmi dört saati geçmese dahi paket tur kapsamında değerlendirilir. Aynı şekilde tur programının süresi yirmi dört saati aşmakta ise sözleşme gecelik konaklama içermese bile paket tur sözleşmesinin varlığı kabul edilir." ,bkz., Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi", 11.

⁵³ Hamamcıoğlu Vardar, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması", 286., Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 66.

⁵⁴ Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi", 21-22., Pekmez, *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri*, 25.

⁵⁵ Ebru Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler", 91.

esnasında taraflarca belirlenir." denilerek ödemenin nasıl gerçekleştirileceği belirtilmiştir.⁵⁶

Eğer sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmuyorsa, TKHK m. 83/1 uyarınca, genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine başvurulacaktır.⁵⁷ PTSY m. 9 hükmü gereğince çerçevesinde belirli koşullar altında paket tur fiyatının, paket tur düzenleyicisi tarafından değiştirilebilmesi mümkündür.

Paket tur sözleşmesinde ücretin değiştirilebileceğine dair bir hükmün bulunması gerekmektedir aksi durumlarda paket tur düzenleyicisinin sözleşmede belirlenen ücreti değiştirmesi mümkün değildir.

2. İş Birliği Talep Etme Hakkı

Paket tur düzenleyicisinin, grup halinde yapılan ulaşım, konaklama, gezi ve diğer aktivitelerin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi için ve diğer katılımcıların da verimli şekilde zaman geçirmeleri için katılımcıdan işbirliği içerisinde hareket etmesini istemesi, dürüstlük kuralına uygun düşecektir. Zira kararlaştırılan güzergâhta ve hareket saatinde hazır bulunmak turun sağlıklı bir şekilde ifa edilmesinde önem arz etmektedir.⁵⁸ Başka bir örnek vermek gerekirse yurtdışına yapılacak olan bir seyahatte vize ve pasaport işlemlerinde paket tur düzenleyicisine tam ve eksiksiz bilgileri verme yükümlülüğü katılımcıdadır. Paket turun ifası sürecinde katılımcı bu yükümlülüğü yerine getirmez ya da eksik olarak

⁵⁶ "6/2'ye göre, yurtdışı turlarda götürü ücretin döviz cinsinden belirlenmesi mümkündür. Ödemede hangi kurun esas alınacağına sözleşme içeriğinde taraflarca belirlenmesi gerekir. Bu hükmün karşıt anlamından anlaşıldığı üzere, götürü ücretin döviz üzerinden kararlaştırılması, yurtdışı turları dışında yasaklanmıştır. Buna göre para borçlarının ülke parası dışında başka bir para birimi ile ödenmesi hususunda anlaşma yapılmasına dair serbesti TBK 99/2 uyarınca tüketici yararına kısıtlanmıştır. Öte yandan yurtdışı turlarda götürü ücretin döviz cinsinden kararlaştırılması halinde dahi, sözleşmede aynen ödeme kaydı bulunmadığı sürece tüketici götürü ücreti ödeme günündeki rayiç bedel üzerinden Türk parası ile ödeyebilecektir.", bkz., Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 66.

⁵⁷ Akipek Öcal v.dğr., Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, 88.

⁵⁸ Öksüz, "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri", 343., Gözükküçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 82-83., Özdemir, "Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları", 70.,

yerine getirirse yaşadığı yahut yaşayacağı zararlarda müterafik kusurlu sayılacaktır.⁵⁹

B. Paket Tur Düzenleyicisinin Borçları

1. Broşür Verme Borcu

Paket tur düzenleyicisinin sözleşmenin kurulmasından önce katılımcıya ön bilgilendirme amaçlı broşür verme zorunluluğu vardır. Broşürde *“paket tur sözleşmesinin içeriği, sözleşmenin hangi hizmetleri kapsadığı, hangi hizmetlerin ücrete dâhil olduğu hangi hizmetlerin tur ücreti dışında kaldığına”* dair tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁶⁰

TKHK m. 51/4’te geçen hükümde: *“Paket tur sözleşmesinin kurulmasından önce tüketicieye ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi zorunludur.”* denilerek sözleşme kurulmadan önce paket tur düzenleyicisi tarafından katılımcıya broşür verme borcu yüklenmiştir.

Bahse konu bu broşür veya ekinde, *katılımcıya sunulması gereken veya vaat edilen ve olması gereken zorunlu bazı bilgilendirmelerin* yer alması gerekir. Öncelikle broşürde paket tur ücretinin ve toplam vergilerin açık bir şekilde yer alması gerekmektedir. Bununla beraber broşürde ön ödeme tutarı ve kalan bakiyenin ödeneceği tarih bilgileri de yer almalıdır. Bu bilgilere ek olarak paket turu

⁵⁹ Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında :“ Bilirkişi raporlarında da açıklandığı üzere vize alımı konusunda davalı şirketin taahhütte bulunması mümkün değil ise de, alınan vizelerin gerekli şartları taşıyıp taşımadığını kontrol edip davacıları bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak davacıların yaşları, birden fazla ülkeyi kapsayan tura katılmak istemeleri, davalı şirket tarafından çoklu vize alınması gerektiğinin bildirilmesi nedeniyle tura başlamadan önce pasaportlarını kontrol etmeyen davacıların da tura devam edememelerinde ve zararın oluşumunda kusursuz kabul edilmeleri mümkün olmayıp davacıların müterafik kusurlu olduğunun kabulü zorunludur... Ancak Dairemizce turun gerçekleşmemesine neden olan vize eksikliğinden davacıların müterafik olarak kusurlu oldukları kabul edildiğinden iade edilecek bedelden olayın gerçekleşme şekli de dikkate alınarak taktiren % 15 oranında indirim yapılması uygun bulunmuştur...” Bursa BAM 7. HD, E. 2018/1624, K. 2019/516, 15.05.2019, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰ Sert, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri”, 230.

oluşturan hizmetler kapsamında bulunması gereken diğer zorunlu bilgiler de broşürde ayrıca yer almalıdır.⁶¹ Şayet paket turun düzenlenmesi için katılımcı sayısı için asgari bir sayı öngörülmüşse ve en önemlisi bu sayıya ulaşamadığının anlaşılması halinde, katılımcıya paket turun iptalinin bildirileceği son tarih bilgisinin de bildirilmiş olması gerektiği düzenlenmektedir.⁶²

Bu şekildeki bilgilendirmeler tüketicinin yaşayacağı muhtemel sorunların önüne geçer. Genel bilgilendirmelerin yanı sıra SASABK'ye göre düzenlenmesi zorunlu sigorta ile varsa diğer sigortalara ilişkin bilgilerin de verilmesi gerekmektedir. Buradan paket tur düzenleyicisinin broşürde verdiği bilgilerdeki edimleri yerine getirmeyi taahhüt ettiği anlaşılmalıdır. O halde katılımcıya verilmesi gereken broşürde yer alan bilgilerin bağlayıcı olduğu söylenebilir. Bu bağlayıcılık paket tur düzenleyicisi ile birlikte paket tur aracısı için de bağlayıcı olacaktır. Yani aracı bu durumun kendisini bağlamadığını ileri süremez ve bu bağlayıcılıktan kurtulamaz.

Broşürde yer alan taahhütlerin değiştirilebilmesi ancak iki durumda söz konusu olabilir. Birinci durumda, *sözleşme kurulmadan* önce broşürde açıkça belirtilmişse katılımcıya bildirilmek şartıyla değiştirilebilir. İkinci durumda ise *sözleşme de yer alan şartlar sözleşme kurulduktan* sonra değiştirilmek isteniyorsa ancak tarafların açık mutabakatı ile yapılabilir.

Broşür verme borcunun nasıl ifa edileceğine dair, PTSY 5. maddede belirtilen hükümler çözüm sağlamaktadır. Broşür turla ilgili hemen hemen bütün ayrıntıları içeren bir öneriye davet olarak kabul edilmektedir.⁶³Broşürün içinde bulunması

⁶¹ Yer alması gereken diğer hususlara ise; "yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri", "kullanılan ulaşım araçlarının türü ile yolculuğun sınıfı, hareket ve dönüş tarihleri", "yolculuğun saatleri ve yerleri", "konaklama tarihleri de belirtilerek konaklamanın türü, yeri, nitelikleri ve sınıfı ve bu sınıflandırma Türkiye'de uygulananlardan farklı ise bu farklılığa ilişkin uyarının yapılması". "yemek planının yapılmış olması", "yolculukta izlenecek güzergâhın belirlenmiş olması", "paket turun özelliklerine uygun olarak pasaport, vize, yaş ve sağlık şartlarına ilişkin bilgilerin verilmiş olması vb."

⁶² Gözüküçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 45.

⁶³ "Doktrinde, tanıtım broşürünün verilmesi, paket tur düzenleyen açısından, tura katılana yapılmış bir öneriye(ıçaba) davet olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple paket tur düzenleyeni, seyahat edene vermiş olduğu broşürün muhtevası yönünden Yönetmelik 12/1 gereği

gerekenler de yukarıda açıklanmıştır. Maddeden anlaşılması gereken paket tur düzenleyicisi tarafından broşürde vaat edilenlerin edimlerin yalnızca reklam olarak kabul edilemeyeceği, broşürün esasında sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren ve paket tur düzenleyicisini veya aracısını bağlayan bir metin olduğudur.⁶⁴

2. Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bilgilendirme Borcu

TKHK 51/10. maddesinde paket tur sözleşmesinin içeriğine ilişkin ayrıntıların yönetmelik ile düzenleneceği hükmü yer almaktadır.⁶⁵ Yönetmeliğe göre; “*Paket tur düzenleyicisi veya aracı ve varsa temsilcisi ile katılımcının adı veya unvanı, açık adresi, telefonu ve diğer iletişim bilgileri*”, “*Paket turun varış yerleri ile belirli bir süre*

sorumludur. Diğer taraftan, Yönerge m. 3’te, paket turu tanıtmak amacıyla verilen herhangi bir bilginin tura katılanı yanıltmaması gerektiği temel bir hüküm olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple hazırlanan broşürün okunaklı ve anlaşılır ve doğru bilgiler ihtiva etmesi gerekir. Zira paket tur düzenleyen bu bilgilerle bağlıdır. Dolayısıyla Yönetmelik m.5/II hükmü, paket tur düzenleyene bir bakıma sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiğinden, o haklı bir sebep olmaksızın tura katılana bir hizmetin sunulmasından kaçınamaz.”, bkz., Veysel Başpınar ve Bahadır Demir, “Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9, (2014): 147.

⁶⁴ Gözüküçük’e göre; “Böyle bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, broşür içeriğinin sözleşmeye dâhil olması, bunların paket tur düzenleyicisi tarafından üstlenilmediği iddiasını boşa çıkarır. Ayrıca tüketicinin kendisine sunulan hizmetlerin, vaat edilenlerle uyuşmadığı iddiasının ispatı veya çürütülmesi bakımından da önem arz etmektedir.”, bkz., Gözüküçük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 43., Türkyılmaz, “Paket Tur Sözleşmeleri”, 47., “Sözleşmenin kurulmasından önce broşür verilmemesi halinde kanaatimizce tüketici sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Paket tur sözleşmesinin mesafeli olarak da kurulması mümkündür. Bu halde tarafların anlaşarak, sözleşmede yer alması gereken bilgilerin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya gönderilmesi yeterlidir.”, bkz., Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 839-842., Samsun Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında: “... davacı katılımcının yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere kanun ve yönetmeliğe uygun bilgilendirilmediği, ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmemesi gibi, paket tur sözleşmelerinin kurulmasından önce katılımcıya paket turun özelliklerine uygun olarak pasaport, vize vs. bilgilerinin verilmesi zorunlu olduğu halde verilmemesi, şu durumda yerel mahkemece 6502 sy kanununun 51/6 maddesi uyarınca davacı tüketici tarafından ödendiği ispat olunan bedelin... davanın kısmen kabulü ile... Davacı vekilinin istinaf başvurusunun KISMEN KABULÜ ile...” Samsun BAM 5. HD, E. 2019/1911, K. 2020/667, 01.06.2020, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 136. Süleyman Savaş, “Paket Tur Sözleşmeleri”, 83.

kalınacak olması durumunda tarihleriyle birlikte kalış süreleri”, “Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dâhil toplam fiyatı”, “9 uncu maddeye göre fiyat değişikliğinin şartları ve paket tur fiyatına dâhil olmayan vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülükler”, “Ödeme planı ve şekli”, “Katılımcı tarafından sözleşme kurulmadan önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına bildirilen ve taraflarca kabul edilen özel talepler”, “Mücbir sebep halleri ve bu hallerde tarafların hak ve yükümlülükleri”, “Sözleşmeden dönme ve fesih şartları” şeklinde maddeler ile paket tur sözleşmesinin zorunlu içeriğinden bahsedilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında sözleşme düzenlemenin zorunluluğundan ve bu sözleşmede bulunması zorunlu unsurlarından bahsedilmiştir. Paket tur sözleşmesinin içeriğinde, broşürde yer alan zorunlu içeriğe ilave olarak, edim kombinasyonundaki hizmetlere ilişkin çeşitli bilgilere yer verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme ile broşürün zorunlu içeriğinin sözleşmenin zorunlu içeriğine dâhil olduğu hususu bir kez daha vurgulanmıştır.⁶⁶

3. Yolculuk Öncesi Bilgilendirme Borcu

Paket tur düzenleyicisinin katılımcıyı yolculuk öncesi bilgilendirme borcu vardır. Bu borç için PTSY 7. maddesine göre; *“Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde, turun başlamasından yurt içi turlar için en az yirmi dört saat, yurt dışı turlar için ise kırk sekiz saat önce aşağıdaki konularda katılımcıyı bilgilendirmek zorundadır.”* denilmiştir. Bu hükümden tur başlangıcından önce meydana gelen değişiklikler hakkında, katılımcının sözleşmenin kurulmasından sonra ancak turun ifasından önce bilgilendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşme kurulmadan önce ihtiyaç duyulan önemli bilgilere broşür ve kataloglarda yer verilmesi gerekmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğü, sadece sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada değil, seyahat süresince de devam eder.⁶⁷ Böyle bir aydınlatma hem tüketici hem de paket tur düzenleyicisinin menfaatinidir.⁶⁸

⁶⁶ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 37.

⁶⁷ Yurt, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, 131.

⁶⁸ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 142., Gözüküçük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 67.

4. Sigorta Yapma Borcu

Paket tur sözleşmesinin düzenleyicisi çoğu zaman bir seyahat acentası olmaktadır.⁶⁹ Bu sebeple düzenleyiciye yüklenen borçlar yalnızca TKHK'den doğmaz. SASABK 12. maddesinde paket tur düzenleyicisinin sigorta yapma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Türkiye'deki seyahat acentaları, SASABK 12. maddesine göre; “*Düzenledikleri paket tur kapsamında; müşteriye taahhüt ettikleri hizmetlerin acentanın iflası da dâhil olmak üzere herhangi bir nedenle verilmemesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek sorumluluklarını sigorta ettirmek zorundadır. Bu durumda sigortacının sorumluluğu en az paket tur bedeli kadar olmalıdır. Müşteri, sigorta kapsamındaki zararını doğrudan doğruya sigorta şirketinden talep edebilir.*” Hem tur düzenleyicisi acentaların hem de sigorta şirketlerinin sorumlu olması müşterinin yani katılımcının korunması açısından önem arz etmektedir. Süre ile ilgili düzenlemenin devamında ise; “*Seyahat acentaları ve sigorta şirketleri, sigorta sözleşmelerini yaptıkları andan itibaren beş iş günü içerisinde sözleşmenin bir örneğini Bakanlığa göndermekle yükümlüdürler. Sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde, bu durum aynı süre içerisinde seyahat acentaları ve sigorta şirketleri tarafından Bakanlığa bildirilir.*” Böylece devlet gücünün etkin kullanımı esas alınmış olur.

SASABK 12/b maddesine göre tur düzenleyicisi acentanın; “*Müşterinin kaza ve hastalık halinde çıkış noktasına dönüş masraflarını*” ve “*Her türlü kazadan doğan zararını ve tedavi masraflarını, poliçe limiti kadar karşılayacak şekilde sigorta ettirebileceğini bildirmekle yükümlüdürler*” şeklindeki hükümle de sabit olduğu gibi sigorta kapsamında katılımcıya kullanabileceği haklarını bildirme yükümlülüğü vardır.⁷⁰

⁶⁹ Gülseren, “Turizm Hukukunda, Paket Turlarda Seyahat Acentesinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, 55.

⁷⁰ Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda: “...müvekkillerinin ... Ltd. Şti. adlı şirketten 2.550 Euro'nun TL karşılığı olan 6.000,00 TL'ye yurtdışı turu satın aldığını ve tur bedelinin ödendiğini, yapılacak yurt dışı seyahatinin davalı sigorta şirketince “Seyahat Tur Avrupa Sigorta Poliçesi” ile teminat altına alındığını, müvekkiline şirketin öngörülemeyen finansal kriz nedeniyle tasfiye sürecine girdiğinin ve iflas başvurusunda bulunduğu bildirildiğini, müvekkilince bu nedene davalı sigorta şirketine başvurularak sigorta poliçesi uyarınca tur bedelinin iadesinin istenildiğini... Sigorta Seyahat Poliçesi sahipleri için yıllık yurt dışı seyahat programı hizmet genel şartları kitapçığında yer alan 22/1-b,c maddeleri uyarınca paket turun hiç

Doktrinde bazı yazarlara göre “Zorunlu sigortanın kanunda yer almasının amacı hiç kuşkusuz ki kanun koyucunun katılımcıları korumaya yönelik olarak yapmış olduğu bir girişimdir. Zorunlu sigorta sayesinde katılımcılar, paket tur düzenleyenlerin sözleşmede belirtilen hizmetleri hiç ifa etmemeleri yahut gereği gibi ifa etmemeleri sonucunda uğrayacakları zararları tazmin edebilmektedirler” şeklinde görüşler yer almaktadır. Böylece katılımcının muhtemel zararlarının karşılanması talebinde muhatap bulması daha kolay hale gelecektir.⁷¹

C. Katılımcının Borçları

Katılımcının paket tur sözleşmesi boyutunda üç temel borcu bulunmaktadır. Bunlar ücret ödeme borcu, özenli davranma ve iş birliği borcu ve ek masraflara katılma borcudur.

1. Ücret Ödeme Borcu

Paket tur düzenleyicisi sözleşmede kararlaştırılan ücreti, ödeme planı dâhilinde talep etme hakkına sahiptir. Dürüstlük kuralının yansıması olan

gerçekleştirilememiş olması halinde de teminat kapsamına alındığı gerekçesiyle 6.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir... kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...”, Yar. 11. HD, 2016/735 E. 2017/898 K. 20.02.2017, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷¹ Türkyılmaz, “Paket Tur Sözleşmeleri”, 49., Pekmez, *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri*, 62-63. Bu konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar incelendiğinde: “...Dava konusu... dışı paket turun başlama tarihinin 30/06/2012 olmasına rağmen 29/06/2012 tarihinde başlatılarak bu durumun davacıya 28/06/2012 tarihinde haber verildiği, davacı tarafından önceden alınan 207 TL'lik uçak bileti bedeli ile tur şirketi tarafından turun sonuncu günü tur programına uyulmayarak gezi ve ulaşım hizmetlerinin ifa edilmeyerek bir gecelik otel konaklama gideri olan 50 Euro ile ...'a dönüş uçak biletinin 1633,65 Euro bilet bedelleri olmak üzere dava tarihi itibari ile 1 Euro'nun TL karşılığı 2.3263 TL 'den hesaplanmak suretiyle davacının taleple bağlı kalarak toplamda 4123,67 TL zarara uğradığı, davalı... şirketi poliçesinde yapılan değerlendirmede “acentanın kusuruyla gereği gibi yerine getirilmemesi halinde paket tur bedelini aşmamak kaydıyla sigortalının zararı işbu kloz kapsamında acentenin kusuru oranında tanzim edilir.” şeklinde düzenleme bulunduğu, davacının zararının 4123.67 TL olduğu, davalı... şirketinin sorumluluğunun % 50 kusuruna tekabül eden 2061.83 TL ile sınırlı olduğu kanaatine varılarak 4.123,67 TL'nin dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile (davalılardan... Sigorta şirketinin sorumluluğu 2.061,83 TL ile sınırlı olmak üzere) davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir...”⁷¹ Yar. 11. HD, E. 2015/7699 K. 2015/9357, 25.03.2014, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

“sözcleşmeye bağıllık ilkesi” gereğince tur ücretinin katılımcı tarafından ödenmesi gerekmektedir. Yukarıda ücret ödeme borcu ile ilgili, paket tur sözcleşmesinin unsurları kısmında teferruatlı bir açıklama yapılmıştır.

2. Özenli Davranma ve İş Birliğı Borcu

Katılımcı tur hizmetinden faydalanırken özenli davranma ve paket tur düzenleyicisi veya aracısı ile veyahut diğcr katılımcılar ile işbirliğı içinde olma borcu altındadır. Katılımcının dürüst davranma ilkesinden doğan bu borcu yerine getirmesi, tur kapsamındaki edimlerin paket tur düzenleyicisi tarafından tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi için elzemdir.

3. Ek Masraflara Katlanma Borcu

Katılımcının bu borcu vergi ve kamu alacaklarından kaynaklanmaktadır. Zira yurt dışı turlara katılım sağlanırken vize ve pasaport için ortaya çıkan meblağlar bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁷²

PTSY m. 6/1/ç bendinde: “9 uncu maddeye göre fiyat değişikliğinin şartları ve paket tur fiyatına dâhil olmayan vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülükler.” denilmek suretiyle katılımcı ayrıca ek masraflara da katlanmakla mükelleftir. Ek masrafla kastedilenler; pasaport, vize veya seyahat belgeleri ile ilgili masraflardır.⁷³

⁷² Gözüküçük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 82., Özdemir, “Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları”, 70.

⁷³ Pekmez, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, 49., Öksüz, “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”, 343., Yargıtay’ın bir kararında :“ Dava taraflar arasında düzenlenen Yurt Dışı Paket Tur Sözleşmesine dayanmaktadır. Davacının rahatsızlık geçirmesi nedeniyle tura katılmayacağından, sözleşmenin 3.8. maddesine dayanarak gidemediği tur bedelinin iadesini istemektedir. Dosya içeriğinden turun başlangıç tarihinin 23.07.2015 olduğu ve davacı tarafından tura katılmayacağına ilişkin bildirim davalıya 22.07.2015 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, taraflar arasında 23/05/2015 tarihinde imzalanan sözleşme gereğince bu tarihten iki ay sonra düzenlenecek turdan yaklaşık on gün önce davacının rahatsızlandığı, bu durumun dosyaya sunulan teşhis ve tedavi belgeleri ile sabit olduğu, tedavisi devam ederken tura katılmayacağına ilişkin anlaşılması üzerine davacı tarafından davalıya turun başlamasından bir gün önce 22/07/2015 tarihinde yazılı olarak durumun bildirildiği, her ne kadar bilirkişi raporunda tur tarihinden önce davacı ve iki yakının için dava dışı şirkete yapılan ödemenin zorunlu olduğu ve sözleşme gereğince iadesinin mümkün olmadığı belirtilmiş ise de, sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik, paket turun iptali, sorumluluktan kurtulmaya ilişkin 3.3 ve devamı maddelerinde düzenlenen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, somut olayda olduğu gibi ve mahkememizce de kabul edildiği üzere davacının rahatsızlığından dolayı mücbir sebep olsa dahi tura katılmaması halinde ödenen ücretlerin zorunlu kısımlarının iade edilemeyeceğine yönelik hükmün tüketici bakımından haksız şart olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de; tur çıkışına 1 gün kala rapor sunulmuş olduğundan; olayda kusuru olmayan davalı tur şirketinin de mağduriyetinin önlenmesi ve hak ve menfaatlerin dengelenmesi açısından otel ve uçak rezervasyonları gibi zorunlu olarak yapılan giderlerin tespiti ve bunların tenkisi ile kalan kısmın davacıya iadesine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın tümünden kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” Yar. 13. HD, E 2016/20294, K. 2018/3481, 22.03.2018, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Şeklinde hüküm zorunlu giderlerin mahsup edileceği belirtilmiştir.

V. SÖZLEŞME İÇERİĞİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Fiyat Değişikliği

Paket tur sözleşmesi, erken rezervasyon imkânından doğan ekonomik avantajlarla katılımcıları cezbetmektedir. Ancak turun başlangıç tarihinden önce pek çok değişikliğin meydana gelme ihtimali göz ardı edilmemelidir.⁷⁴ Bu değişiklikler sebebiyle paket tur düzenleyicisinin elde edeceği kâr oranının azalması hatta zarar etmesi söz konusu olabilir. Bu sebeple paket tur düzenleyicisi elde edeceği kâr oranını koruyucu hükümlerin sözleşmeye eklenmesini isteyebilir.⁷⁵ Paket tur sözleşmesinde kararlaştırılan ücret kural olarak değiştirilemez. Bazı durumlarda paket tur düzenleyicisi sözleşmeye tek taraflı olarak fiyat artırmaya dair hükümler eklese de bu hükümler geçersiz olacaktır.⁷⁶ İstisnai durumlarda, sözleşme veya genel işlem koşulları çerçevesinde, paket tur düzenleyicisine tur ücretini değiştirme hakkı tanınabilir.⁷⁷ Ancak PTSY'e göre, *"belirlenen hâller bakımından sınırlı sayı prensibi (numerous clausus)"* uygulanacaktır. PTSY m. 9/1'e göre; *"Sözleşmede yer alan fiyat; fiyatın değiştirilebileceğinin açıkça sözleşmede belirtilmesi, fiyat değişikliğinin gerekçesinin ve nasıl hesaplanacağına sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde katılımcıya yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi koşuluyla sözleşme bedelinin yüzde beşini geçmeyecektir"*. Bedelin yüzdelik miktarının değiştirilebileceği hâller ise yönetmelik kapsamında şu şekilde düzenlenmiştir; *"Sözleşme bedelinin döviz cinsinden belirlendiği yurt dışına yönelik paket turlarda fiyat değişikliğinin döviz*

⁷⁴ "Öngörülemeyen durum değişiklikleri sonucu baştan hesaplanan götürü ücretin sunulan edim kombinasyonu karşısında düşük kalması mümkündür.", bkz., Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 190.

⁷⁵ Gözükcüçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 68.

⁷⁶ Başpınar ve Demir, "Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları", 149., Ceylan'a göre; "Paket tur sözleşmesinde veya genel işlem koşulları yoluyla tura ilişkin ücret değiştirme hakkının paket tur düzenleyene verilmesi mümkündür. Eğer paket tur düzenleyen sözleşmeye tur ücretini istediği gibi artırmaya ilişkin bir kayıt koymuşsa, bu kayıt PTSY. m.9 hükmüne göre geçersizdir. Böyle bir kayıt "sorumluluk kaydı" dır. Paket tur sözleşmesine paket tur düzenleyenin koyduğu "sorumluluk kayıtları" geçersizdir, böylece tüketicinin keyfi uygulamalara karşı korunması sağlanmaktadır.", bkz., Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler", 85-86.

⁷⁷ Dinç v.dğr., Tüketici Hukuku Davaları: Teori-Uygulama, 593.

kurunda meydana gelen olağan dışı değişikliklerden kaynaklanması”, “Fiyat değişikliğinin yakıt giderlerindeki olağan dışı değişikliklerden kaynaklanması”, “Fiyat değişikliğinin liman, havaalanı gibi yerlerde tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerde meydana gelen değişikliklerden kaynaklanması” olarak üç maddede toplanmıştır. Şunu söyleyebiliriz ki yönetmelik metninde yer alan şartların varlığı halinde tur düzenleyicisinin bedelde değişikliğe gitmesi mümkündür. Fakat bu değişikliğin sınırları yine yönetmelik tarafından çizilmiştir, bu sınır yüzde beşi geçemez. Yüzde beşi aşan oranda bir artış gerçekleşirse, bu durum sözleşmenin esaslı unsurunda değişiklik olarak kabul edilir ve bu değişiklik PTSY m.9 kapsamında kabul edilemez.⁷⁸

Yönetmelik hükümleri, paket tur düzenleyicisine doğrudan yenilik doğurucu hak kullanma yetkisi tanımaz. Genellikle paket tur sözleşmelerinde fiyat artırma hakkına yer verilse de ve bu hakkın kullanımı yönetmelikte belirtilen üç istisnai durumla sınırlandırılmıştır. Bu üç durum dışında, paket tur düzenleyicisinin tek taraflı fiyat değişikliği yapması mümkün değildir.⁷⁹

B. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Değişiklik

Sözleşmenin esaslı unsurunda değişiklik ile kast edilen, turun ifası öncesinde katılımcıdan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmede yer alan önemli yükümlülüklerdeki değişikliklerdir. Bu değişiklikler, PTSY m.9 kapsamındaki fiyat değişikliği haricindeki diğer fiyat değişikliklerini de içerir. TKHK 51/6. maddesinde; *“Tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi veya turun başlamadan önce iptal edilmesi hâllerinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, dönme bildirimini kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunludur”* şeklinde ifade edilmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere sözleşmede esaslı unsur değişikliği söz konusu olursa katılımcı sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Katılımcının sözleşmeden dönmesi durumunda,

⁷⁸ Gözüküçük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 70.

⁷⁹ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 193-194.

paket tur düzenleyicisi dönme beyanının kendisine ulaştığı tarihten itibaren katılımcının ödemiş olduğu tüm ücreti herhangi bir kesinti yapmaksızın on dört gün içinde iade etme yükümlülüğü altındadır.⁸⁰ Bu hususların ayrıntılı hâli yönetmelikte düzenlenmiştir. PTSY m. 10/1'de; *"Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından paket turun başlamasından önce, katılımcıdan kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişiklikler ile 9 uncu maddede belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişikliği hariç diğer fiyat değişiklikleri esaslı sözleşme değişikliği olarak nitelendirilir"* denilmiştir.⁸¹

Esaslı değişiklikler dediğimiz şey, tüketicinin sözleşme ile elde etmeyi düşündüğü sonuca ulaşmasını engelleyen hâller olarak kabul edilmektedir.⁸² Paket tur sözleşmesindeki esaslı değişiklikler ile ilgili birçok örnek verilebilir. İtalya'da düzenlenecek olan bir tura gemi ile ulaşım sağlanması kararlaştırılmışken bunun yerine kara yolu ile ulaşımın sağlanması sözleşmenin esaslı unsurunda değişiklik olarak kabul edilebilecektir. Bir başka örnekte ise, konaklama yapılacağı otelin 5 yıldızlı olması sözleşmede belirlenmişken konaklamanın 4 yıldızlı bir otelde gerçekleştirilmesi yine esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir. Ancak sözleşmede bazı hususların değiştirilmesi esaslı değişiklik olarak görülmeyecektir. Bu duruma örnek verilmesi gerekirse, kara yolu ile seyahatte koltuk numarasının katılımcılardan bir başkası ile değiştirilmesi esaslı sözleşme değişikliği olarak değerlendirilmeyecektir.

Esaslı bir unsurda değişiklik yapmak isteyen paket tur düzenleyicisinin sözleşmede değişikliğe yol açan durumu ortaya çıktıktan sonra derhal katılımcıya bildirme yükümlülüğü vardır.⁸³ Bu hususla alakalı PTSY m. 10/2'de: *"Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, esaslı sözleşme değişikliklerini ve bunun fiyat üzerindeki etkilerini katılımcıya derhal bildirmesi zorunludur."* denilmektedir.

⁸⁰ Gözüküçük, "Paket Tur Sözleşmesi",123., "TKHK 51/6'da "derhal iade" ifadesi kullanılmasına rağmen, PTSY 10/4'te on dört gün içinde iade öngörülmüştür. TKHK 51/10'da sözleşme değişikliği şartları için, dönme ve sonuçlarına ilişkin esasların yönetmelikle düzenleneceğini öngörüldüğü için burada yönetmelik hükümlerini esas almak daha yerinde olacaktır.",bkz., Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 202.

⁸¹ Süleyman Savaş, "Paket Tur Sözleşmeleri", 88.

⁸² Atamer, "Paket Tur Sözleşmesine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler", 93.

⁸³ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 198-199.

Tüketicieye bildirim geç yapılması hâlinde, paket tur düzenleyicisi sözleşmeden doğan bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranmış olur; tüketicinin geç bildirimden kaynaklanan zararlarını karşılaması gerekir.⁸⁴

Paket tur düzenleyicisinin bu bildiriminden sonra katılımcıya üç seçimlik hak tanınmıştır. Bu hakları kullanmadan önce hangi seçimlik hakkını kullanacağı hususunda katılımcıya şekli bir bildirim külfeti getirilmiştir.⁸⁵ PTSY m. 10/3'te: *"Sözleşmenin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi hâlinde katılımcı, bu değişikliği kabul edebileceği gibi, yapılan değişikliği kabul etmediğini paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek koşuluyla"* seçimlik haklardan birisini kullanabileceği yönetmelik ile düzenlenmiştir. Bahsi geçen seçimlik haklar; *"Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan, eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma"*, *"Fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma"* ve *"Herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme"* şeklindedir.

PTSY m. 10/3/a'da katılımcının esaslı sözleşme değişikliği karşısında, izleyebileceği ilk seçeneğin bu değişikliği kabul etmek olduğu belirtilmiştir. Bu kabul beyanı açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Diğer taraftan tüketicinin susması zımni kabul olarak kabul görmeyecektir. Dolayısıyla burada TBK m 6'daki⁸⁶ istisnaların birinin bulunduğu kabul etmek gerekir. Zira böyle bir kabul, PTSY m. 10 hükmünün tüketiciyi koruma işlevini ortadan kaldıracaktır.⁸⁷

Katılımcının paket tur düzenleyicisinin esaslı sözleşme değişikliğini kabul etmediği takdirde kullanabileceği seçimlik haklarından ilki ücret farkının tarafına

⁸⁴ Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 844.

⁸⁵ "Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, sözleşmede yapılan esaslı değişiklikleri kabul etmediğini yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla paket tur düzenleyicisi veya aracısına bildirmesi gerekmektedir. Ancak bu bildirim yapılması koşuluyla tüketicinin seçimlik haklarını kullanması mümkün olmaktadır.",bkz., Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi", 77.

⁸⁶ "Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır."

⁸⁷ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 200.

iade edilmesi şartıyla ikame bir tura katılmasıdır.⁸⁸ İkame edim sağlanmasını paket turun onarımı olarak da nitelendirilebileceğini söyleyebiliriz.⁸⁹ Buradaki ikame tur vaka bazında değerlendirilmelidir. Zira her vaka özelinde ikame turun özellikleri değişebilmektedir. Örnek vermek gerekirse temmuz ayında Karadeniz yaylalarında düzenlenecek olan turun Güneydoğu turu ile ikame edilmesi mümkün değildir. Lakin katılımcının 7 gün 6 gece sürecek olan doğu ekspresi yerine daha az fiyatlı 5 gün 4 gecelik Van Gölü ekspresini tercih etmesi durumunda, doğu ekspresi turu gerçekleştirilmiş gibi aradaki fiyat farkının katılımcıya iade edilmesi gerekir.⁹⁰

Katılımcı tarafından tercih edilen ikame tur daha yüksek fiyatlı bir tur olduğu takdirde ise paket tur düzenleyenin katılımcıdan kararlaştırılan bedelden fazla olan farkı talep etme hakkı yoktur.⁹¹

Katılımcının üçüncü seçimlik hakkı olan tazminatsız dönme durumunda katılımcı henüz ödeme yapmamışsa götürü ücret ödeme borcu sona erer. Eğer katılımcı ödeme yaptıysa ödediği tüm bedelin kesintisiz olarak, dönme bildiriminin paket tur düzenleyicisine ulaşmasından itibaren on dört gün içinde iadesini talep edebilecektir.⁹²

Sözleşmedeki esaslı değişiklikler, katılımcıdan kaynaklanmayan değişikliklerdir. Katılımcıya tanınan bu haklar, borçlar hukukundaki genel hükümlere tabi olup yenilik doğuran haklar olarak kabul edilir.⁹³

⁸⁸ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 200.

⁸⁹ Pekmez, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, 92.

⁹⁰ Özdemir, "Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları", 71-72.

⁹¹ Pekmez, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, 93.

⁹² Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 201.

⁹³ Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler", 87.

VI. PAKET TURUN İPTALİ

Paket turun iptali halinde turun iptal edildiği tarihte katılımcı kanunun tanımış olduğu sınırlar içinde seçimlik haklarını kullanabilecektir.⁹⁴ Paket tur sözleşmesinin iptali, PTSY m. 11'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre "*Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, katılımcıdan kaynaklanmayan bir sebepten dolayı paket turun başlamasından önce turu iptal etmesi halinde katılımcı, 10 uncu maddenin üçüncü fıkrasında kendisine tanınmış olan hakları kullanabilir*" denilmiştir. Madde hükmünde paket tur düzenleyicisinin turu iptal edebileceği ancak bunun katılımcıdan kaynaklanmayan bir sebepten dolayı olması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁵ Bu duruma ileride ele alınacak sorumluluktan kurtulma başlığında PTSY m. 14/1/d'de "*Paket*

⁹⁴ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 197.

⁹⁵ Yargıtay'ın bir kararında : " ...Paket tur sözleşmesinin "İptal ve Devir" başlıklı maddesinin 7.2 bendi "...13 Ağustos 2011, Cumartesi saat 11 sonrası iptal ve değişikliklerde ücret iadesi yapılmamaktadır. Buna karşın tüketici rezervasyonunu kendisinin veya 1. derecedeki akrabalarının 10 günlük mutlak iştigaline engel rahatsızlıklarını ve ölümleri tam teşekküllü devlet hastanesinden alınacak resmi rapor ile belgelemeleri halinde rezervasyon kesintisiz olarak iptal edilebilir..." şeklinde düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki sigorta poliçesinde seyahatin iptali teminat kapsamında gösterilmiş, bu teminatın kapsamı ise sigorta sözleşmesinin teminat grupları ve yardım hizmetleri başlıklı maddesinin 1.1 bendinde " a) Sigortalı veya bir riskli kişi aşağıda belirtilen olaylardan etkilenirse, b)Olayın nedeni, sigortalanmış gezi için rezervasyon yaptırıldığında önceden öngörülemezse c)Seyahat bu olayın meydana gelmesi nedeniyle iptal ediliyorsa ve d)Sigortalının veya riskli kişinin seyahati gerçekleştirilmesini beklemek makul değilse" şeklinde düzenlenmiştir. Yani taraflar arasında düzenlenen paket tur sözleşmesinde ve sigorta sözleşmesinde pasaportun yırtık olması halinde sorumluluğun kime ait olacağına ait bir düzenleme bulunmamaktadır. Dosya kapsamından davacılar... pasaportlarında yırtık tespit edildiği için uçuşlarının iptal olduğu, davacı ...'ün pasaportunda bir sorun bulunmadığı, ancak kendi isteği ile uçuşun iptal olduğu, davacı ... yönünden ise uçuşun iptaline ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı ... ve..... kendi isteği ile tura katılmadıkları açıktır. Bilindiği gibi genel uçuş kurallarına göre pasaport ve kimlik gibi belgelerin kontrol yükümlülüğü sahiplerine aittir. Daha önceden başka yerlere seyahat ettiği anlaşılan davacıların pasaportlarının yırtık olmaması gerektiğini bilmedikleri düşünülemez. Dosya kapsamında alınan ilk bilirkişi raporu da bu yöndedir. Hal böyle olunca, davacıların geziye katılmamalarının kendi kusurlarından doğduğu gözetilerek maddi tazminat talebi yönünden de davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..." Yar. 13. HD, E.2016/15385, K. 2016/23047, 08.12.2016, (Kazancı İhtihat Bilgi Bankası).

turun düzenlenmesi için öngörülen asgari katılımın sağlanamaması nedeniyle iptal edilmesi..." durumu örnek gösterilebilir.⁹⁶

İptal hakkının öğretideki tanımına göre yenilik doğurucu hak olarak ileri sürülmesiyle ya başından beri hükümsüz olan hukuki işlemin hükümsüzlüğü kesinleşir ya da baştan geçerli bir hukuki işlem daha sonradan geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir.⁹⁷ Katılımcının seçimlik haklarının neler olduğu sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik başlığı altında anlatılmıştır.

VII. SÖZLEŞMENİN HIÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ

Sözleşmenin hiç ifa edilmemesinin iki sebebi olabilir: ya borçlunun kusurlu davranışından dolayı ifanın imkânsız hale gelmesi ya da ifanın gerçekleştirilmesi mümkün olmakla beraber borçlunun borcunu başka nedenlerden dolayı ifa etmemesi. Sözleşmenin hiç ifa edilmemesinden kaynaklı imkânsızlıktan anlaşılması gereken bu imkânsızlığın sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması ve borçlunun bu durumda kusurunun bulunmamasıdır.⁹⁸ Bu imkânsızlık TBK m. 136/1 uyarınca artık borç ilişkisine son verir.

Hiç ifa etmeme durumunun paket tur sözleşmesindeki yansıması ise tur düzenleyicisinin turu iptal etmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.⁹⁹ O hâlde, paket tur düzenleyicisi, sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarından sorumlu olacaktır.¹⁰⁰

Sözleşmenin kurulmasından sonra katılımcının sözleşmede kararlaştırılan hizmetlerin taahhüt edildiği gibi özenli bir şekilde yapılmasını beklemesi normaldir.¹⁰¹ Ancak turun ifasına başlandıktan sonra turun sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edilmemesi durumunda, "eksik veya ayıplı" ifa durumu

⁹⁶ Gözükcüçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 93.

⁹⁷ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, (İstanbul: Filiz Kitabevi 2007), 144-145.

⁹⁸ Gözükcüçük, "Paket Tur Sözleşmesi", s. 94.

⁹⁹ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 246.

¹⁰⁰ Gözükcüçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 93.

¹⁰¹ Özdemir, "Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları", 68.

ortaya çıkmaktadır.¹⁰²Paket tur sözleşmesinin kötü ifası, paket tur düzenleyicisinin turda taahhüt ettiği hizmetleri gereği gibi yerine getirmemesi anlamına gelmektedir.¹⁰³ Kötü ifa tespit edilirken, katılımcının turun değerini veya amacına uygunluğunu azaltan veya katılımcının turdan taahhüt edildiği gibi faydalanmasına engel olan aksaklık veya eksiklik bulunması, sunulan turun kapsamına dâhil edilmiş olan ifaların ayıplı olduğunu gösterir. Tur ediminin gereği gibi yerine getirildiğini belirlemek için sözleşmeyle turda taahhüt edilen edimlerin ifası incelenmelidir.¹⁰⁴ Uygulamada paket tur sözleşmesinden kaynaklanan şikâyetler, katılımcının beklentilerinin karşılanmaması, yapılan reklamlarla oluşan beklenti ile gerçekleşen ifanın birbirine uymamasından doğmaktadır. Paket tur sözleşmesinin kötü ifasından kaynaklanan sorumluluğun doğması için turun başlamış olması ve gerçekleştirilen ifalardan birinin ayıplı olması gerekir.¹⁰⁵ TKHK m. 51/7'ye göre; *“Tüketicinin, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksiklik nedeniyle bedelin indirilmesini talep etme hakkı vardır. Paket tur düzenleyicisinin, tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde tüketici sözleşmeden dönebilir. Bu hâllerde paket tur düzenleyicisi veya aracısının ücret talep etme hakkı sona erer. Yapılmış*

¹⁰² Gözükcük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 94. Süleyman Savaş, “Paket Tur Sözleşmeleri”, 97.

¹⁰³ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 246., Yargıtay'ın bir kararında :“...Davacılar, Bodrum'da 5 yıldızlı otelde konaklama yapılacağı taahhüdü üzerine davalı ile paket tur sözleşmesi imzaladıklarını, davalının taahhüdüne uymayarak 4 yıldızlı tesiste rezervasyon yaptırması nedeniyle başka şirket aracılığıyla tatil yapmak zorunda kaldıklarını, yakın arkadaşları olan F. A. ve D. B. K.'yı da kendilerinin tatil için ikna ettiğini, onların da aynı duruma maruz kaldıklarını, bütün bu olaylar nedeniyle manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek, toplam 4.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemişlerdir... 5 yıldızlı otelde konaklayacakları taahhüdü nedeniyle paket tur sözleşmesi imzalayan, bu hususta yakın arkadaşlarını da sözleşme yapmaları için ikna eden ve tatil için kısa bir süre kala davalının taahhüdüne uymayıp 4 yıldızlı tesiste rezervasyon yapması nedeniyle başka bir yerde tatil yapmak zorunda kalan davacıların manevi olarak üzüntü ve sıkıntı yaşadıklarının kabulü gerekir...” Yar. 13. HD, E. 2011/2670, K. 2011/10460, 30.06.2011, (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁴ Gözükcük'e göre; “Gereği gibi ifa etmemenin bir yönünde, borçlunun ifa edeceği edimin sözleşmede gösterilen niteliklere uygun olmaması; diğer yönünde ise yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi bulunur. Edimin, sözleşmeye göre barındırması gereken nitelikleri içermemesi ayıplı ifa olarak kabul edilmektedir” bkz. Gözükcük, “Paket Tur Sözleşmesi”, 94. Şahin, “Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi”, 73.

¹⁰⁵ Ceylan, “Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler”, 88.

olan ödemelerin sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren tüketiciye derhâl iade edilmesi zorunludur. Ancak paket tur düzenleyicisi o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için tüketiciden hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir". Yine aynı şekilde sözleşmenin gereği gibi ifa edilememesi PTSY m. 12'de ele alınmıştır. Bu düzenlemeye göre; "Katılımcı, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksikliği bağımsız hizmet sağlayıcısına ya da paket tur düzenleyicisi veya aracısına derhal bildirmek zorundadır. Bu eksiklik giderilmediği takdirde katılımcının sözleşme bedelinden indirim talep etme hakkı vardır" düzenlemenin devamında ise; "Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, paket tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmedeği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde, paket tur düzenleyicisi veya aracısı paket turun devam etmesi için katılımcıya ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde alternatif düzenlemeler sunar ve katılımcıya teklif edilen hizmetlerle sunulan hizmetler arasındaki farkı tazmin edeceği" söylenmiştir.

PTSY m.12/3'e göre; "Katılımcı alternatif düzenlemeyi kabul etmeyerek sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönülmesi durumunda paket tur düzenleyicisi veya aracısının ücret talep etme hakkı sona erer ve yapılmış olan ödemeler sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren katılımcıya en geç on dört gün içinde iade edilir. Ancak paket tur düzenleyicisi veya aracısı o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için katılımcıdan hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir" denilmiştir. Dönme hususunda ise karşılanacak yükümlülüklerden yine aynı madde kapsamında; "Sözleşmeden dönülmesi durumunda, paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcının paket tura başladığı yere veya üzerinde anlaşılan başka bir yere ücretsiz naklini sağlamak ve zorunlu konaklama olması halinde yapılan giderleri karşılamakla yükümlüdür" şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ve mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumların her olay için farklı tezahür edebileceği ayrıca sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik olduğu zaman katılımcıya sunulan seçimlik hakların aynı şekilde bildirim süresi içinde kullanılması gerektiğidir. Sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik durumunda seçimlik hakların kullanımı, sözleşmenin ifasından önce ortaya çıkarken burada farklı olarak sözleşmenin ifası başladıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeden dönme durumunda, katılımcının başka bir yere transfer edilmesi gerekiyorsa ve bu transfer sonucunda konaklama

zorunluluğu ortaya çıkarsa paket tur düzenleyicisinin bundan kaynaklanan bedeli karşılama zorunluluğu doğar.¹⁰⁶

VIII. SÖZLEŞMENİN HİÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Bu sorumluluğun kanuni dayanağı TKHK m. 51/8'de geçen "14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir." ifadesidir. Bu hüküm paket tur düzenleyicisinin sorumluluğunun maddi ve manevi zararın karşılanması olarak ortaya çıkabileceğini göstermektedir. Tur düzenleyicisinin maddi ve manevi zarardan doğan tazminat sorumluluğu, bazı durumlarda TBK kapsamında değerlendirilmelidir.

A. Maddi Zarardan Doğan Tazminat Sorumluluğu

Maddi zararın tanımı doktrinde şu şekilde yapılmıştır; "bir kişinin malvarlığında rızası dışındaki eksilme" meydana gelmesidir.¹⁰⁷ Maddi zarar kavramına dâhil edilen bir zarar da bedensel zararlardır.¹⁰⁸ Bu zararları örneklendirmek gerekirse, katılımcının konakladığı otelde telefonunun çalındığını fark edip çalan kişinin ardından koşarken kaygan zeminde kayıp bacağı kırması durumu düşünülebilir. Bu durumda katılımcının hem eşyasının çalınmasından kaynaklanan malvarlığına ilişkin zararı hem de bacağı kırılmasından kaynaklanan bedensel zararı ortaya çıkacaktır.¹⁰⁹ Her iki durumda da tur düzenleyicisinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Malvarlığına ilişkin zararlar genellikle kayıp eşyanın mali değerine göre belirlenirken bedensel zararların tespitinde ise tedavi giderleri ve iş gücü kaybı gibi faktörler devreye girer.

¹⁰⁶ Özdemir, "Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları", 71., Süleyman Savaş, "Paket Tur Sözleşmeleri", 104.

¹⁰⁷ Saibe Oktay, *Gezi Sözleşmesi*, (Ankara: Beta Yay., 1997), 175.

¹⁰⁸ Oktay, *Gezi Sözleşmesi*, 176

¹⁰⁹ Gözüküçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 99.

Bağımsız hizmet sağlayıcısının ediminden kaynaklanan maddi zarara ilişkin bir örnek vermek gerekirse, katılımcının otelde kaldığı süre boyunca kıyafetlerini otelin kuru temizlemesine vermesi sonucunda elbiselerin hasar görmesi durumu değerlendirilebilir. Bu durumda, TBK m. 116'da yer alan yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk gündeme gelecektir.¹¹⁰ Bu durumda, katılımcı hasar gören elbiselerin mali değerini belgeleyerek tur düzenleyicisinden tazminat talep edebilir ve TBK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde tazminat alabilir.

B. Manevi Zarardan Doğan Tazminat Sorumluluğu

Paket tur düzenleyicisinin, sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemesinden sorumlu olacağı durumlarda, şayet katılımcının şahıs varlığında bir zarar meydana gelmesi durumunda TBK m. 58 kapsamında manevi tazminat sorumluluğundan söz edilebilecektir. Katılımcının, paket tur düzenleyicisinin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle maddi zararın yanı sıra manevi zararın da giderilmesini talep etmesi mümkün olacaktır.¹¹¹

Bu hususta kanunda geçen "*boşa geçen zaman*" ifadesi üzerinde durulmalıdır. Boşa geçen zamandan anlaşılması gereken bu kaybın yalnızca maddi değil aynı

¹¹⁰ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 251.

¹¹¹ Adana Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında: "Davacının davalı ile yapmış olduğu gemi tur kayıt ve sözleşme uyarınca, katılmış olduğu gezide, davalı tarafın cevap dilekçelerinde de kabul ettikleri üzere tur sırasında meydana gelen söz konusu aksaklıklar nedeni ile turun programlandığı şekilde devam etmesinin engellendiği, gemi ile seyahat esnasında yemeklerden dolayı ortaya çıkan bir virüs sebebi ile gemide bulunan tüm yolcuların sağlığının tehdit altına girip, geminin rotasını değiştirdiğini, yemeklerden kaynaklı sağlık sorunlarının ortaya çıktığını beyan ettiği anlaşılmıştır... Gemi seyahati esnasında davalı vekilinin cevap dilekçesinde de belirttiği şekilde yemeklerden kaynaklı yolcuların sağlığı tehdit altında olduğu belirtilmiş, davalı şirketin gezi için gerekli ortamı sağlamayarak sorunların yaşanmasına neden olup, davacının yaşamış olduğu üzüntü ve stres nedeni ile kişilik haklarına ve ruhsal bütünlüğünün saldırıya uğramasına neden olduğundan ve sorunların yaşanmaması için gerekli tedbirleri almadığından gezi düzenleyen şirketin sorumluluğu bulunduğu... mahkemece hükmedilen manevi tazminat miktarı yerinde olduğundan davalı vekilinin istinaf taleplerinin HMK 353/1-b-1 maddesi uyarınca esastan reddine ilişkin aşağıdaki şekilde hükmün kurulmuştur..." Adana BAM 5. HD, E. 2017/69, K.2017/73, 26.12.2017, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

zamanda manevi nitelikte bir zarara da yol açtığıdır.¹¹² Katılımcı malvarlığında herhangi bir azalma olmasa bile boşa geçen tatil zamanı için tazminat talep edilebilir. Bu düzenleme, normatif zararın Türk hukukundaki ilk uygulamalarından biridir.¹¹³ Böylece tüketicinin sadece maddi zarar değil, aynı zamanda zaman kaybı gibi zararı için de tazminat talep edebilme hakkı güvence altına alınmış olur. Bu, tüketicinin korunması ve tatil deneyiminden beklediği memnuniyetin sağlanması açısından önemlidir. Maddi ve manevi zararın birlikte mahkemeye talep edilmesi mümkündür ve mahkeme bu talepleri ayrı ayrı veya birlikte değerlendirir.¹¹⁴

IX. SORUMLULUKTAN KURTULMA

Paket tur düzenleyicisinin yaptığı iş ve işlemlerden doğan sorumluluklarından nasıl kurtulabileceği yönetmelik ile düzenlenmiştir. Tur düzenleyicisinin zarardan sorumlu tutulamayacağı haller; kusur halinin varlığı, mücbir sebebin varlığı ve engellenemeyecek veya öngörülemeyecek hallerin varlığıdır.¹¹⁵ PTSY 14. maddesinde, "*Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, sözleşmeye*

¹¹² Gözükcük, "*Paket Tur Sözleşmesi*", 103.

¹¹³ Erdem Büyüksağış, "*Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilmemiş Olmasının Hukuki Niteliği: Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım*" Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,1, (2004): 233., Zafer Zeytin, "*Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – III Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı*", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXII, (2003) :197.

¹¹⁴ Murat Topuz, "*Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat*" içinde 5. *Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, (Ankara: Tüketici Hukuku Enstitüsü Yay.2016), 298.

¹¹⁵ Yargıtay'ın bir kararında :'' Davacılar vekili, yaşam standartları çok yüksek olan müvekkillerinin dava dışı P. firması ile kararlaştırdıkları anlaşma uyarınca yapacakları dört günlük Prag tatili için davalı hava yolları ile Prag'a hareket ettiklerini; ancak bavulları bu yolculukta kaybolduğu için kıyafet gerektiren etkinliklere katılmadıklarını ve mutsuz bir tatil geçirdiklerini ileri sürerek, toplam 1.520 \$ maddi ve 7.750.000.000 TL. manevi tazminatın faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir... Davalı vekili, maddi tazminat talebini kabul ederek ödemedede bulunmuş, ancak manevi tazminat isteme koşullarının bulunmadığını, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, maddi tazminat yargılama aşamasında ödendiğinden buna ilişkin davanın konusuz kalması nedeniyle hüküm kurulmasına yer olmadığını, manevi tazminatın da yasal koşulları

aykırılığın meydana gelmesi durumunda yönetmelikte geçen hallerden kaynaklı bir durumun meydana gelmesi halinde sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumlu tutulamayacağı” söylenmiştir. Bu düzenlemeye göre *“Katılımcının kusurunun bulunması”* halinde, katılımcı kusurunun bulunması Sayın’a göre karışıklığa yol açabilecek bir ifadedir. Zira burada kusurdan kasıt nedensellik bağının kesilmesidir. Lakin tüketicinin TBK m. 52/1 uyarınca müterafik kusurunun olduğu hallerde ise nedensellik bağının kesilip kesilmeyeceği olaya göre değerlendirilecektir. Dolayısıyla buradaki katılımcının kusuru bulunması ifadesi yerine katılımcının davranışı ifadesi daha yerinde olacaktır.¹¹⁶

“Mücbir sebebin bulunması” yalnızca paket tur sözleşmesine özgü sorumluluğu ortadan kaldıran hal olarak düşünülemez. Zira mücbir sebebin kusursuz sorumluluk hükümlerini dahi bertaraf edebilen bir borçlar hukuku ilkesi olduğu bilinmektedir.¹¹⁷Yine ç bendinde yer alan *“tüm özeni göstermelerine rağmen*

oluşmadığından reddine karar verilmiş, davacılar vekilinin temyizi üzerine özel dairece karar manevi tazminat noktasından bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararı davacılar vekilince temyiz edilmiştir... Uyuşmazlık, manevi tazminat noktasındadır. Çözüme giderken öncelikle davacının manevi tazminat isteminin dayandırıldığı olguların tespit ve irdelenmesinde yarar vardır. Davacı tarafın dava ve aşamalarda tüm dilekçelerinde manevi tazminat isteminin dayanağı salt eşyanın kaybı değil, kaybedilen ve telafisi, tekrarı mümkün olmayan anların kaybı olarak ifade edilmiştir... Burada manevi tazminatı gerektiren nokta eşyaların kaybindan doğan üzüntünün ötesinde bu eşyaların kullanılmaması nedeniyle bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybıdır. Bunun insanın ruh dünyasında yaratacağı sarsıntıdır... Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının özel daire bozma ilamında ve yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA...” Yar. HGK, E. 2001/1161, K. 2001/1152, 12.12.2001 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹¹⁶ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi,267., Gözüküçük’e göre; *“Sözleşmenin ifası sürecine dâhil olmayan üçüncü bir kişinin beklenmeyen ve önlenemez bir davranışının bulunması”* sözleşmenin ifası sürecine dâhil olmayan üçüncü kişi ifadesiyle bağımsız hizmet sağlayıcıların hükmün kapsamı dışında bırakılmak istendiği anlaşılmaktadır. Paket tur düzenleyicisi, bağımsız hizmet sağlayıcılarının fiillerinden sorumludur. Bağımsız hizmet sağlayıcının zararı meydana getiren fiilinin, beklenmeyen ve önlenemez nitelikte olması bu sonucu değiştirmemektedir”, bkz., Gözüküçük, *“Paket Tur Sözleşmesi”*, 106.

¹¹⁷ Süleyman Savaş, *“Paket Tur Sözleşmeleri”*, 109.

öngöremedikleri ve engelleyemedikleri bir olayın meydana gelmesi", ifadesinde mücbir sebepten bir fark bulunmamaktadır.¹¹⁸

Yönetmeliğe göre; *Paket tur düzenleyicisinin, aracısının veya bağımsız hizmet sağlayıcısının gerekli tüm özeni göstermelerine rağmen öngöremedikleri ve engelleyemedikleri bir olayın meydana gelmesidir*". Bu durum tamamen öngörülemeyen ve engellenemeyen bir olayın meydana gelmesi halinden ibarettir.¹¹⁹

Son olarak, Yönetmelik d bendinde geçtiği üzere; *"Paket turun düzenlenmesi için öngörülen asgari katılımın sağlanamaması nedeniyle iptal edilmesi ve iptalin sözleşmede öngörülen sürede paket turun başlamasından en az yirmi gün önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya bildirilmiş olması", "turun asgari katılım sağlanamaması yüzünden iptal edildiğine ilişkin tur başlamadan en az yirmi gün önce bildirim yapılması"* paket tur düzenleyicisinin sorumluluktan kurtulması yolu iken bu usule uyulmadan yapılan bir iptalde tüketici tazminat talep edebilir.¹²⁰

X. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Sözleşmenin devrinde paket tur düzenleyicilerinin herhangi bir onayı aranmaz. PTSY m. 15'te katılımcının sözleşmeyi bir üçüncü kişiye devretmesi konu edilmiştir. Bu devir belli bir süreye bağlanmıştır. Yönetmeliğe göre *"Katılımcı, paket tura devam etmesinin mümkün olmaması durumunda, turun başlamasından en az yedi gün önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirimde bulunarak sözleşmeyi, paket tur açısından geçerli tüm koşulları yerine getiren üçüncü bir kişiye devredebilir"* denilmiştir. Bu düzenlemeye göre katılımcının sözleşmeyi bir üçüncü kişiye devretmesi mümkündür. Bu durum yönetmelikte bazı şartlara bağlanmıştır. İlk şart katılımcının tura iştirakinin mümkün olmamasıdır. Bu şartın devamında *"turun başlamasından en az yedi gün önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı*

¹¹⁸ Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi", 107.

¹¹⁹ Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi", 75.

¹²⁰ Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi", 75.

ile bildirimde bulunma" yükümlülüğü getirilmiştir. Katılımcının bu şartları yerine getirerek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün olacaktır.¹²¹

Bununla beraber maddenin devamında masraf ve maliyetlerin durumu ve tarafları nasıl etkileyeceğinin düzenlenmesi gösteriyor ki en az zararla sürecin tamamlanmasını sağlamaktır. Maddede geçen düzenlemeye göre; "Paket tur sözleşmesini devreden ve devralan, paket tur düzenleyicisi veya aracısına karşı bakiye tutarın ve söz konusu devirden doğan tüm ek masrafların ödenmesinden müteselsilen sorumludur. Ancak bu masrafların makul olması ve her halükarda paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından katlanılan gerçek maliyeti aşmaması" gerektiği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin devri söz konusu olduğunda katılımcının; tur düzenleyicisine karşı olan ücret borcundan, varsa kalan bakiye borç bedelinden ayrıca devirden kaynaklı ek bedellerden, devralan üçüncü kişi ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulması gündeme gelecektir.¹²²

XI. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Sözleşmenin feshi için TKHK m. 51/10'un yönlendirmesi ile PTSY m. 16'nın bu burada incelenmesi yerinde olacaktır. Bu maddeye göre "Katılımcı, fesih talebini paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek kaydıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir", "Paket turun başlamasından en az otuz gün önce yapılan fesih bildirimlerinde, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın katılımcının ödemiş olduğu bedel kendisine iade edilir", "Paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala yapılan fesih bildirimlerinde, paket tur sözleşmesinde belirtilmek şartıyla belirli bir tutar veya oranda kesinti yapılabilir", "Katılımcının gerekli tüm özeni göstermesine rağmen öngöremediği ve engelleyemediği bir durum veya mücbir sebep nedeniyle paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala fesih bildiriminde bulunması halinde, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile üçüncü kişilere ödenip belgelendirilebilen ve iadesi mümkün olmayan bedeller hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın katılımcının ödemiş olduğu bedel kendisine iade edilir", "Bu madde kapsamında yapılacak

¹²¹ Türkyılmaz, "Paket Tur Sözleşmeleri", 95.

¹²² Gözüküçük, "Paket Tur Sözleşmesi", 72.

bedel iadelerinin, fesih bildiriminin paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde katılımcıya yapılması zorunludur". Sözleşmeden dönme ve fesih şartları sözleşmenin zorunlu içeriği kapsamındadır. Paket tur düzenleyicisinin katılımcıyı bu hakkın varlığı konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir.¹²³ Paket tur sözleşmesi, katılımcının sebepten yoksun olarak yapacağı tek taraflı fesih beyanının tur düzenleyicisine yahut aracısına ulaştığı anda sona erer. Bu beyan PTYS m. 16/1'e göre yazılı şekilde ya da kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla yapılmalıdır.¹²⁴

Fesih özelinde sözleşmede kararlaştırılan paket turun başlangıç tarihi önem arz etmektedir. Turun ifasına otuz günden daha fazla bir süre varsa bu fesih beyanında sebebin bir önemi yoktur. Bu durumda katılımcının yasal zorunluluklardan doğan harç ve benzeri ücretler dışında ödemiş olduğu tüm ücreti geri alma hakkı vardır. Fakat bu fesih beyanı turun ifasına otuz günden az bir süre kala tur düzenleyicisine ulaşırsa o zaman fesih sebebinin tur düzenleyicisinin tur ücretinde yapacağı kesintide önemli rolü olacaktır.¹²⁵ Zira eğer başlangıç tarihine en az 30 gün olan sözleşmelerde yapılan fesihlerde katılımcıya ödenmesini zorunlu olan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç ödemiş olduğu tutar iade edilmektedir.¹²⁶

Turun başlamasına 30 günden daha az bir süre kalırsa paket tur sözleşmelerinde belirtmek kaydıyla belirli bir oranda kesinti yapılarak sözleşmenin feshedilmesi mümkün olacaktır. Sayın'a göre¹²⁷ ise 30 günden az

¹²³ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 168.

¹²⁴ Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi", 112.

¹²⁵ Gözükcük, "Paket Tur Sözleşmesi" ,113.

¹²⁶ Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi", 75.

¹²⁷ " ...Bu nedenle tüketicinin PTYS 16/1 hükmüne göre tura başlayana kadar her an sona erdirme hakkına sahip olduğu; bu hakkı en az otuz gün kala kullanması halinde kendisinden tazminat talep edilemeyeceği; otuz günden az bir süre kalması halinde ise tüketicinin yine sona erdirme hakkını kullanabileceği ancak kendisinden ücret kesintisi yapılmasının, sözleşmede daha önceden belirli bir kesinti tutarı veya oranı belirtilmesine bağlı olduğu sonucuna varmak gerekir. Buna göre sözleşmede kesinti miktarı veya oranına ilişkin hüküm yoksa tüketici kesinti yapılmadan sözleşmeyi feshedebilecektir.", bkz., Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 169.

kalan sürede de eğer ücret kesintisi kararlaştırılmadıysa kesinti yapılmadan da sözleşmenin feshi mümkün olacaktır.

Turun başlamasına 30 günden daha az bir süre kalmasına rağmen sözleşmenin feshedilmesi durumunda istisna olarak mücbir sebep¹²⁸ ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesine rağmen beklenmeyen halin mevcut olması durumunda ise; yönetmelik gereğince “*ödenmesi zorunlu olan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile üçüncü kişilere ödenip belgelendirilebilen ve iadesi mümkün olmayan bedeller hariç olmak üzere katılımcıya ödemiş olduğu bedel kesinti yapılmaksızın kendisine iade edilir*” şeklinde düzenlenmiştir.¹²⁹

XII. COVID-19 SALGINI NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ

Paket tur sözleşmelerinde, Covid-19 salgınının sözleşmenin katılımcı tarafından feshi durumunda mücbir sebep olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple kanun koyucu tarafından PTSY’ye geçici bir madde eklenmiştir. Bu

¹²⁸ Yargıtay’ın bir kararında: “Davacı, davalı... Tur. ve Tic. A.Ş ile aralarında yaptıkları 12.07.2016 tarihli paket tur sözleşmesi ile 22- 29.07.2016 tarihleri arasında gerçekleşecek... gezisi için 3.341,00 TL ödeme yaptığını, 15 Temmuz 2016 tarihli hain darbe girişimi nedeniyle kamuda çalışan tüm personelin izinlerinin iptal edildiğini, bu nedenle tura katılmadığını, para iadesine yönelik talebinin sadece 1.621,75 TL lik kısmının karşılandığını, bakiye 1.719,25 TL lik kısmının iadesine yönelik talebinin Kütahya Tüketici Hakem Heyeti’nin 12.12.2016 tarihli kararı ile reddedildiğini ileri sürerek; anılan hakem heyeti kararının itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.”, Yar. 13. HD, E. 2018/4253, K. 2018/12141, 14.12.2018, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁹ Konya Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında :“ İlk derece mahkemesinin tura katılacak davacının belirtilen rahatsızlığı nedeniyle davacının tura katılmamasının mücbir sebep teşkil ettiği ve davalı şirketin davacının paket tura katılacağı düşüncesi ile sadece yaptığı masraflardan sorumlu olduğuna dair kabulü yerindedir. Ancak davalı tarafça cevap dilekçesi ekinde konaklama hizmeti, uçak bileti ve yurt dışı hizmet giderlerine ilişkin bir kısım fatura ve belge sunulduğu görülmektedir. Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği’nin 16/4.maddesinde belirtildiği gibi ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile üçüncü kişilere ödenip belgelendirilebilen ve iadesi mümkün olmayan bedellerin iadesi talep edilen tur bedelinden tenkisi mümkündür. İlk derece mahkemesince dosyanın konusunda uzman bir bilirkişiye tevdi ile vergi, harç, otel ve uçak rezervasyonları gibi zorunlu olarak yapılan ve usulünce belgelendirilebilen giderlerin tespiti ve bunların tenkisi ile kalan kısmın davacıya iadesine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın tümünden kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olmuştur... Davalı vekilinin istinaf başvurusunun KABULÜ ile ...HMK’nun 353/1-a-6. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesinin KALDIRILMASINA...” Konya BAM 5. HD, E. 2021/845, K. 2021/1051, 07.07.2021, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

maddenin hükümlerine göre "Bu Yönetmeliğin 16 ncı maddesi kapsamında yapılan bedel iadelerinin, fesih bildirimının paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde yapılması esastır. Ancak, COVID-19 salgını nedeniyle, 5/2/2020 tarihinden itibaren ifası öngörülen ve hava yolu ile ulaştırma içeren paket tur sözleşmelerine ilişkin bedel iadelerinde, paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından hava taşıma işletmelerine ödenip belgelendirilen uçuş bedeli, uçuş yasağı kalktıktan sonraki altmışıncı günü izleyen on dört gün içerisinde katılımcıya iade edilir", "Katılımcının bilgilendirilmesi ve açık onayının alınması koşuluyla, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere katılımcının ödemiş olduğu bedel, uçuş yasağı kalktıktan sonraki altmışıncı günü izleyen on dört gün içerisinde iade edilir", "Katılımcının birinci veya ikinci fıkrayı tercih ettiğine ilişkin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmesi ve onayının alınmasında ispat yükü paket tur düzenleyicisi veya aracısına aittir". Geçici madde hükmüne göre kanun koyucu tarafından burada PTSY m. 16'da öngörülen otuz günlük süreyi belli şartlar dâhilinde altmış güne çıkartılmıştır. Covid-19 etkilerini paket tur sözleşmesinin ifası sırasında da göstermiş olabilir. Böyle bir durumda tur düzenleyicisinin, turun ifasına başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğü yerine getiremeyeceği tespit edildiğinden dolayı katılımcı sözleşmeden dönebilir. Bu halde paket tur düzenleyicisinin veyahut aracısının ücret hakkı da son bulur. Ödenmiş olan bakiye sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren katılımcıya derhal iade edilir.¹³⁰ Ancak tur düzenleyicisinin dönme anına kadar ifa etmiş olduğu edimler için katılımcıdan ifadan yararlandığı oranda uygun bir meblağ talep edebilir.¹³¹

XIII. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN ARABULUCULUK KAPSAMINA ALINMASI

Paket tur sözleşmesinin bir tarafı tüketicidir. Tüketici uyuşmazlıklarından doğan davalar artık arabuluculuk yolu ile çözümlenecektir. Yasa koyucu,

¹³⁰ Abdülkerim Yıldırım, "Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi,15, sy. 165 (2020): 994.

¹³¹ Murat Aydoğdu ve Haydar Ali Yağcıoğlu, *Kovid 19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri*, (Ankara: Yetkin Yay. 2020), 126-127.

tüketicinin mağduriyetini azaltmak için dava şartı olarak arabuluculuğu uyuşmazlıklar arasına almıştır.¹³²

Arabuluculuk alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir tanesidir. ¹³³Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır. Bir kimsenin tüketici sayılabilmemesinin koşulu ticari veya mesleki amaçla faaliyet göstermemiş olmasıdır. Bu durumun istisnası paket tur sözleşmesinde görülmektedir. Paket tur sözleşmesinin tarafı olan tüketicinin, ticari veya mesleki bir amaçla faaliyet gösterip göstermediğine bakılmaksızın tüketici sayılacağı TKHK m. 51/9’da düzenlenmiştir.¹³⁴ Bu sebeple paket tur sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamındadır.

SONUÇ

Paket tur sözleşmesi hukuki niteliği itibari ile atipik, karma ve kombine bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarihsel gelişimi ve kanuni dayanağa oturtulması Avrupa Birliği’nin çıkarmış olduğu direktiflerle paralel ilerlemiştir.

6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a paralel şekilde 2015 yılında çıkarılan Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği’nin 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre paket tur sözleşmesinin düzenlenmesi ve uygulanması konusunda daha net bir çerçeve sunduğu açıktır. Bu yönetmelik ile birlikte uygulama açısından daha isabetli tercihler yapıldığı görülmektedir. Lakin bunun yanında, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumundan kaynaklanan sorumluluk türünde, özellikle “boşa geçen zaman” ifadesinde halen bir fikir birliği olmadığı açıktır.

¹³² Akipek Öcal v.dğr., *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, (Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021), 111.

¹³³ Yasemin Güllüoğlu Altun, “Aile Arabuluculuğu (Sisteme Genel Bakış)”, içinde *Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye 80. Yıl ARMAĞANI*, (İstanbul:On İki Levha Yay., 2018), 477., Yasemin Güllüoğlu Altun, “Family Mediation (System Overview)”, *IJTİHALD Journal On Legal and Economic Studies*, 8,sy.4 (2019), 1-12.,Yasemin Güllüoğlu Altun: “Ailenin Korunması Açısından Aile Arabuluculuğu Düzenlemesine Genel Bakış”, içinde *2. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu – Ailenin Korunması Hakkı*, (Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu: 2019). 495.,

¹³⁴ Akipek Öcal v.dğr., *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, (Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021), 89.

Paket tur sözleşmesinin asli edimleri olarak konaklama ve seyahatin bir arada bulunması gerektiği algısı aşıldıktan sonra, başka turizm hizmetleri ile birlikte de paket tur sözleşmesinin kurulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Başka turizm hizmetleri, paket turun düzenleneceği zamana, mevsime, iklime ve coğrafyaya göre değişebilen hizmetler olabileceği gibi, olağan hayat akışımızda sıklıkla karşılaştığımız hizmetler de olabilir.

Paket tur sözleşmesinde ayıplı hizmet söz konusu olduğunda tüketiciye (katılımcıya) çeşitli yenilik doğuran hakları kullanma imkânı doğar. Ayrıca sözleşmeye aykırılık durumlarında paket tur düzenleyicisinin borçlar hukukundan ve ticaret hukukundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu da doğar. Paket tur sözleşmesi çoğu zaman ifa vaktinden, turun başlangıç tarihinden çok daha önce taraflar arasında kurulmaktadır. Arada geniş bir zaman diliminin bulunması sebebiyle katılımcı bazı durumlarda öngöremediği hallerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu hallerde sözleşmenin devri ve feshi kurumlarının varlığından söz edilebilecektir.

Yakın tarihimiz itibari ile de ne yazık ki dünyamız Covid-19 salgınından büyük oranda etkilenmiştir. Birçok özel hukuk uyumsuzluğunda mücbir sebep olarak kabul edilen bu salgının paket tur sözleşmesinde de etkili olduğu hususu kaçınılmazdır. Kanun koyucunun bu doğrultuda yönetmeliğe eklemiş olduğu geçici maddenin gerekli bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç kısmında değinmek istediğimiz bir diğer husus da paket tur sözleşmesinin "*Tüketici Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk*" kapsamında sayılmış olmasıdır. Bu düzenleme yargı yükünün azaltılmasında önemli bir yeniliktir. Tüketici işlemi kapsamında sayılan bu sözleşmenin arabuluculuk yolu ile çözümlenmek istenmesi yerinde bir düzenlemedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar ıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Atamer, Yeşim. "Paket Tur Sözleşmesine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler." *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, 2 (2008): 87-101.
- Aydın, İsmail. "Mücbir Sebeplerden Dolayı İfa Edilemeyen Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Talep Hakları." *Terazi Hukuk Dergisi*, 13 (2018): 70-78.
- Aydoğdu, Murat ve Haydar Ali Yağcıoğlu. *Kovid 19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Başpınar, Veysel ve Bahadır Demir. "Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları." *Terazi Hukuk Dergisi* 9 (2014): 144-155.
- Büyüksağış, Erdem. "Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilmemiş Olmasının Hukuki Niteliği: Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım." *Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2004): 203-239.
- Ceylan, Ebru. "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler." *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2015): 71-100.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Demir, Bahadır. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Dinç, Mutlu, Oya Şahin Mccarthy, Leyla Çizmecioglu, Derya İçöz Demirel, Ahmet Karakocalı, Mesut Kavak, Hayrunnisa Özdemir, Ayşegül Özkurt, Ali Selim, Selin Sert Sütçü, Aylin Süzen, Elce Tutar, Mehmet Akif Tutumlu, Öznur Ulaş ve Rıdvan Yıldız. *Tüketici Hukuku Davaları: Teori-Uygulama*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret. "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar." *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, 1 (2008): 85-111.
- Ganbari, Kiomers Muhammed. "Atipik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hukuk." *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2017.
- Gözüküçük, Hilal Nur. "Paket Tur Sözleşmesi." *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2021.

- Güllüoğlu Altun, Yasemin. "Aile Arabuluculuğu (Sisteme Genel Bakış)." *Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye 80. Yıl ARMAĞANI*, 1 (2018): 477-514.
- Güllüoğlu Altun, Yasemin. "Ailenin Korunması Açısından Aile Arabuluculuğu Düzenlemesine Genel Bakış." 2. *Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu – Ailenin Korunması Hakkı*, Ed. Ali Arslan / Yusuf Sayın / Abdullah Acar, Ankara, 2019, s. 495-517.
- Güllüoğlu Altun, Yasemin. "Family Mediation (System Overview)." *IJTIHALD Journal On Legal and Economic Studies*, 8 (2019): 1-12.
- Gülseren, Şener Fehmi. "Turizm Hukukunda, Paket Turlarda Seyahat Acentesinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu." *Terazi Hukuk Dergisi*, 10 (2015): 53-64.
- Hamamcıoğlu, Gülşah. "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 68 (2010): 275-304.
- Havutçu, Ayşe. "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Korunması" *Manisa Barosu Dergisi*, 1 (1997): 27-45.
- Oktay, Saibe. "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55 (1996): 263-296.
- Oktay, Saibe. *Gezi Sözleşmesi*. Ankara: Beta Yayınları, 1997.
- Öcal Akipek, Şebnem, Abdülkerim Yıldırım, İbrahim Ermenek ve Selda Kutla: *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021.
- Öksüz, Ömer. "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (2006): 331-351.
- Özdemir, Bilgen Gökçe. "Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları." *Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(2011): 68-74.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Pekmez, Kadir Erk. *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Savaş, Süleyman. "Paket Tur Sözleşmeleri." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2021.
- Sayın, Feyza Eren. *Paket Tur Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006.

- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2007.
- Sert, Selin. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 22 (2015): 217-240.
- Şahin, Turan. "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,1 (2022): 66-78.
- Topuz, Murat. "Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat." 5. *Tüketici Hukuku Kongresi-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, Ed. Hakan Tokbaş / Fehmi Üçışık, Ankara: Bilge Yayınevi, 2016.
- Türkyılmaz, Emin. "Paket Tur Sözleşmeleri." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2017.
- Yıldırım, Abdülkerim. "Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi." *Terazi Hukuk Dergisi*, 15, (2020): 986-995.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.
- Yurt, Bülent. *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Zeytin, Zafer. "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – III Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı.", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXII (2003) :185-20

KADININ BEKLEME SÜRESİ İLE İLGİLİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN VERMİŞ OLDUĞU BAYRAKTAR/ TÜRKİYE KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Decision of the European Court of Human Rights in Bayraktar/ Turkey Regarding the Woman's Waiting Period

Yasemin DURAK*

Öz

Kadın için bekleme süresi Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde evliliğin olumsuz şartları/ evlenme engelleri arasında düzenlenmiştir. Hükme göre "Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığını anlaşılmaması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır." Ancak bu hüküm kesin evlenme engeli oluşturmadığı için üç yüz günlük bekleme süresine uyulmadan yapılan evlilikler geçerli olacaktır. Bu sürenin getirilmesindeki amaç gebe bir kadının

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, yaseminerol80@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5301-7947.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 02.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.10.2024.

Atıf/Citation: Durak, Yasemin. "Kadının Bekleme Süresi İle İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Vermiş Olduğu Bayraktar/ Türkiye Kararının Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1311-1333.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

yeniden evlenmesine engel olarak doğacak çocuğun soybağında karışıklık meydana gelmesine engel olmaktadır.

Kadının bu süreye uymak zorunda olmadığı üç hal bulunmaktadır. Bunlardan ilki kadının doğum yapmasıdır. Doğum yapan kadın artık bir süreye tabi olmaksızın yeni bir evlilik yapabilir (TMK m. 132/II). İkinci bir durum ise kadının gebe olmadığına tespitidir. Gebe olmadığını ispatlayan kadın yeni bir evlilik yapar ve bir çocuk dünyaya gelirse soybağında karışıklık meydana gelmeyecektir. Son durum ise boşanan eşlerin tekrar evlenmek istemeleri halidir. İkinci ve üçüncü seçeneklerde üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için mahkeme kararına gerek bulunmaktadır.

Bekleme süresinin incelenmesinin sebebi TMK m. 132'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kadın – erkek eşitliğine aykırı bulunmuş olmasıdır. AİHM Başvurucu'nun talebini haklı bularak bekleme süresini kadın erkek eşitliğine aykırı bulmuş; ayrıca kadının özel hayatının da ihlal edildiğine hükmetmiştir.

TMK m. 132 ihtiyaçlara cevap vermekle birlikte katı bir düzenlemedir. Zira bekleme süresinin kaldırılması için mahkeme kararına gerek olmamalıdır. Kadın boşandıktan sonra yeni bir evlilik yapmak isterse gebe olmadığına tespiti ile evlilik başvurusu yapması yeterli olmalıdır. Böylelikle mahkemelerin iş yükü de bu sayede artmayacaktır. Aynı kişi ile tekrar evlenme söz konusu olduğunda ise herhangi bir kısıtlamaya gerek bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, Bekleme Süresi, Eşitlik İlkesi, Evlenme Engeli, İddet Müddeti.

Abstract

The waiting period for a woman is regulated under Article 132 of the Turkish Civil Code under negative conditions/obstacles to marriage. According to the provision, *"If the marriage is dissolved, the woman cannot marry until three hundred days have passed since the dissolution of the marriage. The period ends with childbirth. In cases where it is understood that the woman is not pregnant from her previous marriage or the spouses whose marriage has ended want to marry each other again, the court removes this period."* However, since this provision does not constitute an absolute bar to

marriage, marriages concluded without complying with the three-hundred-day waiting period will be valid. The purpose of introducing this period is to prevent a pregnant woman from remarrying and to prevent confusion in the genealogy of the child to be born.

There are three situations in which the woman does not have to comply with this period. The first of these is when a woman gives birth. A woman who gives birth can now remarry without being subject to a period of time (Article 132/II of the TCC). The second situation is the determination that the woman is not pregnant. If the woman who proves that she is not pregnant makes a new marriage and gives birth to a child, there will be no confusion in the genealogy. The last situation is when the divorced spouses want to remarry. In the second and third options, a court decision is required to remove the three-hundred-day waiting period.

The reason for examining the waiting period is that Article 132 of the TCC was found to be contrary to the equality between men and women by the European Court of Human Rights. The ECHR justified the applicant's request and found the waiting period contrary to the equality of men and women; it also ruled that the woman's private life was violated.

Although Article 132 of the TCC meets the needs, it is a strict regulation. A court decision should not be required to lift the waiting period. If a woman wants to remarry after divorce, it should be sufficient for her to apply for marriage with a determination that she is not pregnant. In this way, the workload of the courts will not increase. In the case of remarriage with the same person, there is no need for any restriction.

Keywords: Non-Discrimination, Waiting Period, Principle of Equality, Barrier to Marriage, Period of Marriage.

GİRİŞ

Bekleme süresi, soybağında karışıklığı önlemek amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. TMK m. 132 hükmüne göre evliliği biten bir kadın üç yüz geçmeden yeniden bir evlilik yapamaz. Zira en fazla gebelik süresi üç yüz gün olarak tespit edilmiştir. Kesin olmayan evlenme engeli bekleme süresi ihlal

edilerek evlilik yapılır ve bu üç yüz gün içinde çocuk dünyaya gelirse TMK m. 290 hükmü gereği ikinci evlilikteki koca babadır. Ancak TMK m. 132 hükmü ihlal edildiği için ilk kocanın da baba olma ihtimali bulunmaktadır. Ancak ilk koca gerçek baba ise ve çocukla arasında soybağı ilişkisi kurmak istiyorsa öncelikle ikinci evlilikteki koca ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) bekleme süresini düzenleyen hüküm (Art. 103) kadın erkek eşitliği, özel hayatın gizliliğinin ihlali, bekâr bir kadından evlenirken gebe olup olmadığının tespitinin aranmaması ve DNA sayesinde bir çocuğun soybağının tespitinin çok kolay olması sebebiyle 01.01.2000 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Almanya'da da bekleme süresi ile ilgili hüküm (BGB § 1314) 1977 yılında erkekler için benzer bir düzenlemenin olmaması, eşit haklar ve ayrımcılıkla mücadele nedeniyle iptal edilmiştir.

İsviçre, Almanya gibi ülkelerde bekleme süresi ile ilgili hükümler yürürlükten kalkarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden de Türkiye aleyhine bir karar çıkmış ve bu kararda artık TMK m. 132 hükmüne ihtiyaç olmadığı, hükmün kadın erkek eşitliğini ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi nedeniyle yürürlükten kalkması gerektiği vurgusu yapılmıştır.

Toplumun temeli olan ailelerde yaşanan olaylara bakıldığında ise TMK m. 132 hükmüne yönelik yapılan eleştirilerin o kadar da haklı olmadığını göstermektedir. Zira gerçeği yansıtmayan soybağları, insanları gerçek anne ve babalarını bulma serüvenine götürmekte, anne ve babasını arayan çocukların özel hayatının gizliliğinin herkesten daha fazla ihlal edildiği görülmektedir. Haliyle TMK m. 132 gibi soybağını düzgün tutmaya yardımcı olan hükümleri yürürlükten kaldırmak yerine varsa eksikliklerini ya da yanlışlıklarını gidermek daha doğru bir tutum olacaktır.

I. BEKLEME SÜRESİ KAVRAMI VE BU SÜRENİN İŞLEYİŞİ

Bekleme süresi (iddet müddeti), doğacak çocuğun soybağının tespitine yardımcı olan, evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için kanun

koyucunun tayin ettiği bir süredir¹. Bekleme süresi Kanun'da üç yüz gün olarak belirlenmiştir (TMK m. 132/I, Evlendirme Yönetmeliği m. 15/c). Evliliğin bitmesi anından itibaren bu süre işlemeye başlamaktadır. Evliliğin bitmesi ölüm veya boşanma ile sona erebileceği gibi gaiplik ya da ölüm karinesi ile de gerçekleşebilir. 25 Nisan 2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Kadının Bekleme Süresi Başlangıcı" başlıklı 26. maddesi de "Kadının bekleme süresi, mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade eder." şeklindedir.

Ancak gaiplik kararının alınabilmesi için öngörülen süreler üç yüz günden fazla olduğu için (TMK m. 33) gaiplikte bekleme süresinin bir önemi

¹ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 154; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023), 110; Bilge Öztan, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'inci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no.1 (1995): 107. Aydın Zevkliler vd., *Medeni Hukuk-III Aile Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 74; İpek Yücer Aktürk, "Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Sorunu," *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.2 (2023): 198; Jürgen Rieck und Saskia Lettmaier, *Ausländisches Familienrecht*, (München: C.H. BECK, 2023), Rn. 16. Bu eserde Marokko hukuku bakımından yasal dayanak olarak bekleme süresinin Kuran-ı Kerim'de Ahzâb Suresi'nin 49. ayetinde yer aldığı ifade edilmiştir. Bu ayete göre "Ey inananlar, inanan kadınları nikâhladıktan sonra onlara dokunmadan boşarsanız onlar için sayacağınız bir bekleme müddeti yoktur; onlara geçinecek bir şey verin ve güzellikle bırakın." Bakara Suresi'nin 228. ayetinde boşanmış kadınların bekleme süresi anlatılmaktadır. "Boşanmış kadınlar kendi kendilerine üç ay hâli beklerler. Eğer Allah'a ve ahiret gününe inanıyorlarsa, Allah'ın kendi rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helâl olmaz. Kocaları bu süre içinde barışmak isterlerse, onları geri almağa daha çok hak sahibidirler. Kadınların, yükümlülükleri kadar meşru hakları vardır. Yalnız erkeklerin kadınlar üzerinde bir derece farkı vardır. Allah, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir." Bakara Suresi'nin 234. ayetinde ise eşi ölmüş bir kadın için bekleme süresi anlatılmaktadır. "İçinizden biri ölür de arkasında kadın bırakırsa bu çeşit adamların kadınları dört ay, on gün beklerler. Bu müddeti geçirdikten sonra meşru bir surette kendiliklerinden dilediklerine varabilirler, bu hususta size bir suç yoktur artık. Allah, ne yaparsanız, hepsinden de haberdardır." Talâk Suresi 4. ayetinde ise gebe kalma yeteneği ve doğumun gerçekleşmesi halinde bekleme süresi anlatılmaktadır. "Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlarla, henüz âdet görmeyenler hususunda tereddüt ederseniz, onların bekleme süresi üç aydır. Gebe olanların bekleme süresi ise, doğum yapımlarıyla sona erer. Kim Allah'a karşı gelmekten sakınırsa, Allah ona işinde bir kolaylık verir." Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Suat Erdem, "İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17, no.2 (2013): 71.

bulunmamaktadır². Bir fikre göre, evliliğin sona ermesi, etkisini son haber alma ya da ölümüne muhtemel gözle bakılacak bir kaza anından itibaren göstermelidir³. Ölüm karinesinde ise bu süre ölümüne kesin gözle bakılacak olayın gerçekleşme tarihinden itibaren başlayacaktır. Bekleme süresinin başlaması için boşanma kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Ayrıca bu süre evliliğin nisbi ya da mutlak butlanla sona ermesi halinde de aranacaktır⁴.

Üç yüz günlük süre başladıktan sonra bir çocuk dünyaya gelirse artık süre kısıtlaması söz konusu olmayacaktır (TMK m. 132/II). Çocuğun doğması kavramına kadının gebeliğinin bitmesini ifade eden diğer haller de girecektir. Haliyle ölü doğum, kürtaj ve düşük yapılması da bu durum içerisinde değerlendirilecektir⁵.

TMK m. 132 f. 3 gereği kadın tekrar boşandığı kocasıyla evlenmek isterse ya da gebe olmadığını ispatlarsa hâkim üç yüz günlük bekleme süresini kaldıracaktır. Hâkime burada takdir hakkı verilmemiştir⁶. Ayrıca erkeğin ya da kadının üreme yeteneğinden yoksun olduğu ispatlandığında da bu süre kaldırılacaktır⁷. Ancak bu sürenin kaldırılması için hâkim kararı aramak yargının var olan yükünü artırmaya neden olacaktır.

² Öztan, *Aile Hukuku*, 155; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 110; Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 61; Seda Gayretli Aydın, "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.136 (2018): 277.

³ Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 61.

⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 155; Erdem ve Başak, *Aile Hukuku*, 61; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2024), 81; Dural vd., *Aile Hukuku*, 61; Ömer Uğur Gençcan, *Evlendirme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 374.

⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, 154; Gayretli Aydın, "Bekleme Süresi," 276.

⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, 155; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 111; Gençcan, *Evlendirme Hukuku*, 376; Yücer Aktürk, "Bekleme Süresi," 199; Gayretli Aydın, "Bekleme Süresi," 277.

⁷ Demet Özdamar, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski – Yeni Türk Medeni Kanunu Karşılaştırmalı)* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), 390.

Bekleme süresinin kaldırılması çekişmesiz yargıya girmektedir (HMK m. 382/IV). Görevli mahkeme aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise kadının yerleşim yeri mahkemesidir⁸.

Son olarak değinilecek husus ise, bekleme süresi ile ilgili olarak dava açıldığında kadının gebe olmadığına tespiti için hastaneye gidilmeden önce mahkemede kadının bileğine mühür vurulma gibi bir uygulama bulunmakta idi. Burada mühür silinmeden hastaneye başvurularak gerekli tetkiklerin yapılması gerekiyordu⁹. Zira amaç tetkikler için yerine başka bir kişinin geçmesini engellemektir. İnsanların mühürlenerek bir hukuki sürecin işletilmesi insan onuruna yakışmadığı için çok eleştiri almıştır¹⁰. 31.07.2004 tarihli Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 41a bendinde değişikliğe gidilerek sol kola mühür uygulaması kaldırılmıştır¹¹.

II. BEKLEME SÜRESİNE UYULMAMASININ EVLİLİĞİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

Bekleme süresi kesin olmayan bir evlenme engelidir. Bu sebeple bekleme süresine uyulmadan yapılan bir evlilik geçersiz olarak değerlendirilemez¹². Zira sürenin getirilmesinde amaç yukarıda da ifade edildiği üzere dünyaya gelecek olan bir çocuğun soybağını kolaylıkla tespit etmektir.

⁸ Gençcan, *Evlilik Hukuku*, 376, 377.

⁹ Hatice Selin Pürselim, "MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no.1 (2021): 518.

¹⁰ Mühür vurma sadece bekleme süresi hususunda değil yaş tespitinde, bekâret kontrolünde (tecavüzün tespiti için) iş göremezlik raporunda, ayırt etme gücünün tespitinde ve benzeri durumlarda ilgili kişilerin sol kollarına yapılan bir uygulama idi.

¹¹ 19.01.2012 tarihli değişikliğe göre "Mahkeme ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından nesep tayini için gönderilen şahısların, son altı ay içinde çekilmiş ve mahkeme veya Cumhuriyet savcılıklarınca onaylanıp usulüne uygun zarflanmış ikişer adet vesikalık fotoğraflarını getirerek nüfus cüzdanlarıyla birlikte mesai gün ve saatlerinde başvurmaları" gerekmektedir.

¹² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 48; Yücer Aktürk, "Bekleme Süresi," 200.

Süreye uyulmaksızın her nasılsa bir evlenme gerçekleşir ve bu süre içerisinde bir çocuk dünyaya gelirse TMK m. 290 gereği ikinci evlilikteki koca babadır. Burada riskli olan durum ikinci evlilikteki kocanın çocuğun kendisinden olmadığını bildiği halde sessiz kalarak soybağını reddetmemesi idi. Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereği artık hem anne¹³ hem de gerçek baba olduğunu iddia eden kişi¹⁴ de soybağının reddi davası açabilecektir.

III. BEKLEME SÜRESİ İLE İLGİLİ ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Öğretide çoğunluk bekleme süresine ihtiyaç olmadığı yönünde görüş belirtmiştir. Bir fikre göre, gerek DNA gerekse TMK m. 290 ile getirilen karine gereği doğan çocuğun babasının tespit edilebileceğinden dolayı TMK m. 132'ye gerek bulunmamaktadır¹⁵. Kadın erkek eşitliğini savunan bir görüş tarafından da Medeni Kanun'da yer alan ve kadınlara üç yüz gün evlenme yasağı getiren bekleme süresinin tıbbi gelişmeler bakımından gerekliliğinin bulunmadığı savunulmuştur.¹⁶ TMK m. 132'ye gerek duymayan görüş kadın erkek eşitliğine ve TMK m. 290'dan dolayı soybağının tespitte sorun yaşanmayacağına vurgu yapmıştır.

TMK m. 132'nin yerinde olduğunu savunan karşı fikre göre ise, Türk hukukunda bekleme süresi kaldırılmamış ancak İsviçre'deki hukuki sonuç Medeni Kanun'daki TMK m. 290 f. 1 gereği ikinci evlilikteki kocanın babalık

¹³ TMK m. 286 f. 1 hükmünün iptali ile kocanın haricinde anne de soybağının iptali davası açabilecektir. Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. E. 2023/37 K. 2023/14, 26.07.2023, RG. 20.10.2023, S. 32345.

¹⁴ TMK m. 291 f. 1'deki "baba olduğunu iddia eden kişi" ibaresinin iptali ile artık biyolojik baba olduğunu iddia eden kişi de kocanın ölmesini, gaipliğine karar verilmesini veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesini beklemesine gerek kalmaksızın soybağının reddi davası açabilir. Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. E. 2023/135 K. 2024/18, 23.01.2024, RG. 6.03.2024, S. 32481.

¹⁵ Dural vd., *Aile Hukuku*, 61; Yücer Aktürk, "Bekleme Süresi," 201.

¹⁶ Dural vd., *Aile Hukuku*, 61; Gayretli Aydın, "Bekleme Süresi," 281; Nüket Paksoy Erbaydar ve Aysun Balseven Odabaşı, "Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi," *Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Fe Dergi* 10, no.1 (2018): 116, 117.

karinesi üstün tutulmuştur. Yazara göre bu düzenleme doğru değildir. Zira ilk evlilikteki erkek eşin onuru göz ardı edilmiştir¹⁷.

Ancak karinelerle babalığın tespit edilmesinden önce çocukla baba arasında baştan sağlıklı bir soybağı kurulması daha doğru olacaktır. Bir çocuğa DNA testi yapılması da o çocuğun özel hayatını ihlal eden bir durumdur. Bu nedenle de TMK m. 132 gereksiz ya da işlevselliği olmayan bir hüküm değildir. Burada önemli olan çocuğun soybağını bu testlere ihtiyaç duymaksızın ve özel hayatını ihlal etmeksizin korumaktır.

Kadın ve erkek elbette haklar bakımından eşittir. Ancak doğurganlık özelliği olmayan erkekle kadının bu yönde eşit olmasını ileri sürmek fizyolojik olarak mümkün değildir¹⁸.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BAYRAKTAR KARARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Başvuru Konusu Olay

Söz konusu başvuru¹⁹; “Başvurucu’nun, Türk Medeni Kanunu’nun 132. maddesinde boşanmış kadınların yeniden evlenmesi için öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinden, hamile olup olmadığının tespitine ilişkin tıbbi muayeneden geçmeksizin²⁰, muaf tutulması talebinin yetkililer tarafından

¹⁷ Bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), 60. Ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, “Evliliğin Sona Ermesi Halinde Kadın Eşin Bekleme Süresi,” Hatemi Hukuk Bürosu, Erişim Tarihi Haziran 28, 2024, <https://www.hatemihukukburosusu.com/isvicreden-medeni-kanun-alinirken-yapilan-degisiklikler.html>

¹⁸ Aynı yönde bkz. Sera Reyhani Yüksel, “Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no.2, (2014): 186-187. Yazar daha sonraki bir makalesinde bu görüşünden DNA testinin getirdiği kolaylıklar nedeniyle vazgeçmiştir. Bkz. Sera Reyhani Yüksel, “Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.145 (2019): 406.

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bayraktar/ Türkiye Davası, Başvuru No: 27094/20, 27 Haziran 2023.

²⁰ Bir kadının gebe olup olmadığı tıbbi muayeneye gerek olmaksızın kan testi sonucunda tespit edilebilmektedir. Haliyle kararda geçen “tıbbi muayene” kavramı isabetli olmamıştır.

reddedilmesine ilişkindir. Başvurucu, Sözleşme'nin 8, 12 ve 14. maddelerine dayanarak, boşanmış kadınların hamile olmadıklarını ispatlamadıkları sürece üç yüz günlük bekleme süresine uyma yükümlülüğünün ayrımcılık teşkil ettiğini ve özel hayata saygı ile evlenme haklarının ihlali olduğunu iddia etmektedir²¹."

"Başvurucu, İstanbul Anadolu Aile Mahkemesi'ne başvurarak hamile olmadığını gösterir sağlık raporunu sunmaksızın Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılmasını talep etmiştir. Söz konusu bekleme süresini öngören Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini ve bu nedenle Anayasa'ya ve Sözleşme başta olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarının korunmasına ve kadına yönelik ayrımcılıkla mücadeleyle yönelik birçok sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürerek, bu hükmün Anayasa'ya uygunluğu konusunda ön karar tesisi için dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini de istemiştir²²."

Boşanma kararı 21.01.2014 tarihinde kesinleşmiştir. 09.07.2014 tarihinde gebe olmadığı ispatlanmadan üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için ilk derece mahkemesine başvurulmuştur. Mahkeme 19.09.2014 tarihinde²³ üç yüz günlük bekleme süresini kaldırma talebini usulden reddetmiş ve ayrıca TMK m. 132'nin Anayasa'ya aykırılık talebini de kabul etmemiştir. Yargıtay da temyiz başvurusu üzerine alt derece mahkemesinin kararını 06.03.2015 tarihinde onamıştır²⁴.

Başvurucu 22.01.2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne gitmiştir²⁵. "3 Nisan 2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi, Başvurucu'nun bireysel başvurusunu; söz konusu hak ve özgürlüklere müdahale olmaması, müdahale olsa dahi ilgili

²¹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 1.

²² Bayraktar/ Türkiye Davası, § 5.

²³ Üç yüz günlük bekleme süresi 17.11.2014 tarihinde dolmaktadır. Haliyle ilk derece mahkemesinin karar tarihi olan 19.09.2014'te bu sürenin dolmasına iki ay gibi kısa bir süre kalmıştır.

²⁴ Bu tarih itibarıyla üç yüz günlük bekleme süresi de çoktan aşılmış olmaktadır.

²⁵ Ancak bu tarih itibarıyla Başvurucu'nun Anayasa Mahkemesi'ne gitmesini gerektiren hukuki bir yarar da kalmamıştır. Zira kişi artık beklemeden bir evlilik yapabilir.

müdahalenin hak ve özgürlükleri ihlâl etmemesi sebeplerinden ötürü özel hayata saygı hakkı ve eşitlik ilkesine ilişkin şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir²⁶.”

“Başvurucu, boşanmanın kesinleştiği tarihten başlatılan üç yüz günlük yasal bekleme süresinin tamamlanmasını beklemeden evlenebilmesi için yasal mercilerin kendisini hamile olup olmadığını ifşa etmeye ve bu hususun tespiti için tıbbi muayeneye tâbi tutmaya zorlamasından şikâyetçi durumdadır²⁷.”

“Başvurucu, Türk Medeni Kanunu’nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinin cinsiyete dayalı tartışmasız bir ayrımcılık oluşturduğu iddiasındadır. Başvurucu, kadınlara erkeklerle ilgili bu eşitsiz muamelenin, yetkili makamların ileri sürdüklerinin aksine, bir kadının hamile olma ihtimali ile hiçbir şekilde haklı kılınamayacağını ve hükûmetin tezine katılmanın, hamile kadınları doğum yapana kadar evlenme hakkından mahrum etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Başvurucu’ya göre boşanmış kadınlara, bekleme süresi sona ermeden yeniden evlenmeleri için hamile olmadıklarını gösteren ve cinsel yaşamlarını ifşa eden bir sağlık raporu almalarının zorunlu kılınması, kadınlara yönelik derin ve sistematik bir ayrımcılık ve insan haklarına da saldırı teşkil etmektedir. Başvurucu, bu kuralın hiç evlenmemiş kadınlara kıyasla boşanmış kadınlara bir ayrımcılık teşkil ettiği kanaatindedir²⁸.”

B. Hükûmetin İtirazı

Türk Hükûmeti; Sözleşme’nin 8., 12. ve 14. maddeleri gereğince yapılan şikâyetler bakımından mağdur statüsünün ve zararın olmadığına ilişkin iki tane ilk itiraz ileri sürmüştür. “*Mağdur statüsüne ilişkin Başvurucu’nun yeniden evlenme planına ilişkin somut bir kanıt sunmadığını ve o zamandan beri yeniden evlenmediğini*

²⁶ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 12.

²⁷ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 32.

²⁸ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 62.

belirten hükûmet²⁹, bu nedenle Başvurucu'nun, söz konusu bekleme süresinin yaşamı üzerinde olumsuz bir etkisi olduğunu kanıtlayamadığı kanaatindedir. Hükûmet, belirtilen sebepten ötürü 300 günlük bekleme süresinden doğrudan etkilenmediğini iddia ettiği Başvurucu'nun, mağdur statüsüne sahip olduğu iddiasında bulunamayacağını ileri sürmektedir³⁰."

"Diğer ilk itiraza ilişkin ise hükûmet, boşanmasına ilişkin mahkeme kararı 21 Ocak 2014 tarihinde kesinleşmiş olmasına rağmen Başvurucu'nun 9 Temmuz 2014 tarihinde bekleme süresinin kaldırılmasını talep ettiğini kaydetmiştir. Hükûmete göre Başvurucu, yeniden evlenme planını, üç yüz günlük bekleme süresinin kalan dört ayının kendisine önemli bir dezavantaj yarattığını gösterecek şekilde ayrıntılı ve ikna edici bir şekilde açıklayamamıştır. Sonuç olarak hükûmet; Mahkeme'yi, önemli bir zarar yokluğu sebebiyle başvuruyu kabul edilemez ilan etmeye davet etmektedir³¹."

"Mahkeme'nin müdahalenin varlığına ilişkin geliştirdiği kuramı kapsamında hükûmet, Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen müdahalenin açıklık, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerine uygun olduğunu ve ilgili maddenin nesep tayini amacı gütmesi sebebiyle başkalarının hak ve özgürlükleri ile düzenin korunması meşru amaçlarını taşıdığını ileri sürmektedir³²."

"Müdahalenin gerekliliğine ilişkin olarak hükûmet, bekleme süresinin kaldırılması için boşanmış kadından hamile olunmadığını gösterir sağlık raporu talep edilmesinin amacının, evlilikten sonra doğan çocuğun nesebinin tayinini belirlemek ve bu konuda ortaya çıkabilecek karışıklıkları önlemek olduğunu belirtmektedir. Hükûmet, söz konusu zorunluluğun; tarafların, toplumun, herkesin ve özellikle çocuğun risk altında olan menfaatlerini koruma amacı taşıdığının altını çizmektedir. Hükûmet, ilgili kadının ibraz etmek zorunda olduğu sağlık raporunun yalnızca kan ve idrar tahlilinden ibaret olduğunu ve

²⁹ AİHM'e göre "Başvurucu'nun başvurusunu sunduğu sırada ciddi bir yeniden evlenme olasılığının bulunduğu konusunda kurgu yapmak, Mahkeme'nin görevi değildir." Bayraktar/ Türkiye Davası, § 27.

³⁰ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 21.

³¹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 22.

³² Bayraktar/ Türkiye Davası, § 38.

herhangi bir jinekolojik muayene gerektirmediğini; söz konusu incelemenin kadın için katlanılamaz tıbbî bir durum ve önemli bir müdahale teşkil etmediğini ilave etmektedir³³.” Bu nedenle “hükûmet, kadın ve erkek arasındaki bekleme süresinden kaynaklanan muamele farklılığının, nesnel ve makul bir gerekçesi olduğunu; bu konuda izlenen meşru amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir³⁴.”

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bayraktar Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında bazı sözleşmelere değinmiştir. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile kurulan ve bu Sözleşme'nin uygulanması için hayata geçirilen Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin 46. oturumunda (12 – 30 Temmuz 2010) Türkiye'de kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi için sonuç gözlemleri kabul edilerek 16 Ağustos 2010'da yayımlanmıştır. Raporun 40 nolu paragrafında üç yüz günlük bekleme süresinin halen uygulandığı; 41 nolu paragrafında da bu durumun düzeltilmesi gerektiği vurgulanmıştır. (§ 20)

Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ve 12. maddeyle ilintili 14. maddesinin ihlal edildiği iddiası bulunmaktadır:

8. maddeye göre “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” Olayda gebelik testi istenmesi ile özel hayatın ihlal edildiği ifade edilmiştir.

Hükûmet Başvurucu'nun üç yüz günlük süre içerisinde herhangi bir sebeple mağdur olmadığını ileri sürerken; AIHM hükûmet tarafından ileri sürülen mağdur statüsü yokluğu ilk itirazını reddetmiştir. (§ 30)

“Önemli bir zarar yokluğu iddiasını taşıyan diğer ilk itiraza ilişkin olarak ise Mahkeme; hükûmetin, Başvurucu'yu, başvurusunu yetkili makamlar önünde üç yüz

³³ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 39.

³⁴ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 66.

günlük bekleme süresinin bitimine ancak dört ay kalmışken yani oldukça geç yapmış olduğu konusunda eleştirdiğini kaydetmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Başvurucu'nun boşandıktan sonra yeniden evlenmeye karar verdiği zamanın uygunluğu hususunda herhangi bir tahminde bulunmanın kendisine düşmediğini belirtmektedir. Başvurucu, bekleme süresinin bitimine yalnızca dört ay kala bekleme süresinin kaldırılması için başvuru yapmış olsa dahi Mahkeme, Başvurucu'ya dayatılan bekleme süresinin Başvurucu'nun muhtemel bir yeniden evlenme tarihi seçme özgürlüğünü kısıtlama suretiyle etkilediğini ve bu etkinin hafife alınamayacağını göz önünde bulundurmaktadır³⁵."

"Mahkeme, boşanmasının akabinde Başvurucu'nun boşanmış kadınlara uygulanan üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için yasal yollara başvurma zorunluluğu altında olduğunu ve bu yargı süreci kapsamında Başvurucu'dan, hamile olmadığını kanıtlayan bir sağlık raporu sunmasının talep edildiğini kaydetmektedir. Mahkeme, bu durumun Başvurucu'nun, bir kadın olarak, özel hayatının en mahrem alanını ilgilendirmekte olmasından ötürü huzurdaki davanın Sözleşme'nin 8. maddesini ilgilendirdiği kanaatinde³⁶."

"Mahkeme, bu sürenin kaldırılması talebinin reddine sebep olan ve Başvurucu'nun hamile olmadığını kanıtlama amacı taşıyan tıbbî muayene zorunluluğunun Başvurucu'nun özel hayatı üzerinde açık bir etkisi olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple Mahkeme, Başvurucu'ya uygulanan bekleme süresi ile bu sürenin kaldırılması için hamile olmadığını kanıtlama amacıyla Başvurucu'ya şart koşulan tıbbî muayene³⁷ yükümlülüğünün, Başvurucu'nun Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunmakta olan özel hayata saygı hakkının kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiği kanaatinde³⁸."

"Mahkeme, Başvurucu'ya boşandıktan sonra üç yüz günlük bekleme süresi yüklenmesinin ve başvurmuş olduğu yargılama sürecinin tarafı olarak, boşanmadan sonra bekleme süresinin kaldırılması suretiyle başkasıyla evlenebilmesini, yalnızca tıbbî muayene yoluyla elde edilebilecek ve hamile olmadığını gösterir sağlık raporu ibraz etme şartına bağlamanın herhangi bir acil

³⁵ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 31. Burada Mahkemenin kararına katılmaktayız. Hak sahibi, hakkını hukuk kurallarının çizdiği sınırlar dâhilinde dilediği zaman kullanabilir.

³⁶ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 43.

³⁷ Gebelik testi, tıbbi bir muayene içermemektedir. Burada AİHM kavram hatası yapmıştır.

³⁸ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 44.

toplumsal ihtiyaca hizmet ettiği, izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğu yahut yerel otoritelerce müdahaleyi haklı kılmak için ortaya konan gerekçelerin yeterli ve ilgili olduğu sonucuna ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindedir. Bu doğrultuda mevcut davada, Başvurucu'nun özel hayatına saygı hakkına gerçekleştirilen müdahale, demokratik bir toplumda gerekli değildir³⁹."

İhlal edildiği iddia edilen 12. maddeye göre "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir."

14. maddeye göre "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

"Başvurucu, Türk Medenî Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinin cinsiyete dayalı tartışmasız bir ayrımcılık teşkil ettiği iddiasındadır. Başvurucu, kadınlara erkeklerle ilgili bu eşitsiz muamelenin, yetkili makamların ileri sürdüklerinin aksine, bir kadının hamile olma ihtimali ile hiçbir şekilde haklı kılınamayacağını ve hükûmetin tezine katılmanın, hamile kadınları doğum yapana kadar evlenme hakkından mahrum etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Başvurucu'ya göre boşanmış kadınlara, bekleme süresi sona ermeden yeniden evlenmeleri için hamile olmadıklarını gösteren ve cinsel yaşamlarını ifşa eden bir sağlık raporu almalarının zorunlu kılınması, kadınlara yönelik derin ve sistematik bir ayrımcılık ve insan haklarına da saldırı teşkil etmektedir. Başvurucu, bu kuralın hiç evlenmemiş kadınlara kıyasla boşanmış kadınlara bir ayrımcılık teşkil ettiği kanaatindedir⁴⁰."

"Mahkeme, yeniden evlenmek için böyle bir süreye uymak zorunda olmayan erkeklerin hariç tutulmasıyla, Medeni Kanun'un 132. maddesinde öngörülen bekleme süresine yalnızca kadınların tabi olduğunu kaydetmektedir⁴¹."

³⁹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 58.

⁴⁰ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 62.

⁴¹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 80.

“Mahkeme bu bağlamda, bekleme süresine saygı gösterme yükümlülüğünün hükûmet tarafından iddia edilen amacının, doğmamış olası bir çocuğun biyolojik ebeveynini belirlemek ve bu açıdan belirsizliği önlemek olduğu yönündeki iddiasını kaydetmektedir. Hükûmet tarafından belirtilen bu görüş, resmi evlilik kurumuna dayanan geleneksel bir aile anlayışına sahiptir ve bu görüşün zorunlu olarak modern Avrupa toplumlarının gelişimini yansıtmaması düşünülemez; bu toplumlarda, çok sayıda aile, hemsinli birlikteliği yahut birlikte yaşama gibi resmi evlilikten farklı bir birlik biçimine dayanmakta ve hatta birçok çocuk evlilik dışı veya anonim sperm bağış yoluyla doğabilmektedir⁴².”

“Mahkeme boşanmış kadınlara hamile olma ihtimalleri nedeniyle bekleme süresi dayatma ve bu sürenin kaldırılmasını talep etmeleri hâlinde hamile olmadıklarını kanıtlamalarını isteme uygulamasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğini saptamaktadır⁴³.”

D. Kararın Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üç yüz günlük bekleme süresini düzenleyen TMK m. 132 hükmünü AIHS m. 8 ve 14'e aykırı bulmuştur. Haliyle kararda TMK m. 132'nin hem kadın - erkek eşitliğinin hem de özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği ifade edilmiştir.

Kararda Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gereği de cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle üç yüz günlük bekleme süresi eşitliğe aykırı bulunmuştur (m. 1, 2, 5, 16). Ancak doğurmak kadına özgü bir durumdur. Bu sebeple bekleme süresini kadın-erkek eşitliğine aykırı bulmadığımızdan cinsiyet ayrımcılığına yol açmayacağını düşünmekteyiz. Doğurganlık özelliği olmayan erkeklerle bu yönde eşit olmaya çalışmak fizyolojik olarak mümkün değildir. Haliyle Mahkemenin kararında belirtildiği gibi “erkeklerin üç yüz beklememesi”ni eşitliğe aykırı bulmak tutarlı değildir.

Üç yüz günlük sürenin kaldırılması için kadının gebe olmadığını ispatlanması süreci ise 8. madde gereği özel hayatın gizliliğini ihlal olarak

⁴² Bayraktar/ Türkiye Davası, § 86.

⁴³ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 88.

değerlendirilmiştir. Üç yüz günlük süre engeline takılmamak için öngörülen bu kural özel hayatı ihlal etmemektedir. Zira burada amaç tek başına bir kadının gebe olup olmadığını tespitten ziyade soybağında meydana gelebilecek karışıklığa engel olmaktır⁴⁴. Her ne kadar AİHM eleştirel bir ifade ile doğmamış bir çocuğun soybağının tespitini kolaylaştırmayı anlamlı bulmasa da ilerde doğma ihtimali bulunan bir çocuğun yararını düşünmek toplumsal menfaat bakımından önemlidir. Zira soybağının düzgün tespiti ve nüfus kayıtlarının doğru tutulması nesilleri koruyan bir öneme sahiptir. Basit bir kan testi verilmesinin özel hayatı ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır. Zira bu sağlık verileri sadece ilgili makamlara verilmektedir.

AİHM kararında hem cins birlikteliklerinden, evlilik dışı beraberliklerden ve sperm bağıışı ile dünyaya gelen çocuklardan söz edilmiş, modern Avrupa toplumu vurgusu yapılmıştır. Özellikle sperm ya da yumurta bağıışı ile dünyaya gelen çocuklarda kökenini bilme hakkı, büyük bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yolla dünyaya gelen çocukların ilerde ne tür ruhsal problemlerle karşılaşabilecekleri ise göz ardı edilmiştir. Kararda kadın için öngörülen bekleme süresi modern toplum kuralının ihlali gibi gösterilerek bir dayatma yoluna gidilmiştir. Oysa Mahkeme’de ifade edilen modern toplumun gereği olarak gösterilen örnekler toplumun ve nesillerin yozlaşmasına yol açmaktadır.

Üç yüz günlük bekleme süresine uymaksızın yapılan evliliklerden dünyaya gelen çocuklarda karineler (TMK m. 290) ya da DNA testi vurgusu yapılarak TBK. m. 132’ye gerek duymadıklarını yukarıda ifade etmiştik. TMK m. 290’da yer alan karinenin zaten aksi ispat edilebilir. Kadın-erkek eşitliği ve özel hayatın gizliliği ihlali vurgusu yapılırken ileride DNA testine maruz kalacak kadın ya da erkeğin özel hayatının gizliliği göz ardı edilmiştir. Gerek çocuğun üstün yararı gerekse kökenini bilme haklarının Başvurucu’nun menfaatlerinden daha üstün bir niteliğe sahip olduğu ortadadır. Bu nedenle DNA ya da soybağının reddi yollarına hiç gerek kalmaksızın TBK. m. 132’den yararlanmak daha sağlıklı olacaktır.

Ayrıca AİHM’in bu önemli kararında ortaya çıkan husus, Türkiye’de açılan davada hukuki bir yararın ispatlanamamasıdır. İhtimaller dâhilinde mahkemelerin meşgul edilmesi doğru görülmemektedir. Elbette Türkiye taraf

⁴⁴ Benzer yönde bkz. Şeyma Ülger Nalbant, “İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda İddet,” *Kocatepe İslami İlimler Dergisi* 5, no.2 (2022): 609.

olduğu uluslararası sözleşmelere uymakla yükümlüdür. Ancak TMK m. 132 yeniden evlenmek isteyen kadınları cezalandıran değil, çocukların soybağını korumaya yönelik bir hükümdür. AİHM'in kararında *henüz doğmamış olası bir çocuğun* soybağını korumanın anlamsızlığına değinilmiştir. Oysa doğduktan sonra korumaya kalmak bir çocuğun çok daha yıpranmasına neden olabilecek niteliktedir.

Avrupa toplumunun modernlik anlayışı ile Türk toplumunun modernlik anlayışı birbirine uymayabilir; ancak bu Türk toplumunun modern olmadığı anlamına gelmemektedir.

Kararda "Bekleme süresi, yalnızca boşanma kararının kesinleştiği tarihte başlamaktadır, oysaki çoğu durumda eşler, uygulamada bazen yıllarca sürebilen boşanma davasının başlangıcından itibaren artık birlikte yaşamaya son vermektedirler." (§ 55) ifadesi yer almaktadır. Ancak hukuk bitmeyen bir evliliği bitmiş gibi değerlendirerek sorunları çözemez. Bu çözüm yolu hukuki olmaktan da uzaktır. Zaten Türk hukuk sistemi boşanmış ya da gebe bir kadının yeniden evlenmesine karşı değildir⁴⁵. Üç yüz günlük bekleme süresi geçmeden gebe bir kadın evlendiğinde baba TMK m. 290 gereği ikinci evlilikteki koca olacaktır. Çocuğun gerçek babası ilk koca ise soybağının yeniden tesisi için zahmetli ve yıpratıcı bir süreç ortaya çıkacaktır. Bu sebeple Mahkemenin kararında "...hamile kadınları doğum yapana kadar evlenme hakkından mahrum etmek" ifadesi hukuki değildir. Toplumda yaşayan herkesin içinde buldukları koşullar gereği uyması gereken hukuk kuralları bulunmaktadır.

SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Türk Medeni Kanunu'nda soybağında karışıklığı önlemek amacıyla yer alan bekleme süresi özel hayatın ihlaline ve kadın erkek ayrımcılığına yol açmamaktadır. Zira fizyolojik farklılıklarda kadın ile erkeğin eşit olması mümkün değildir. Ayrıca TBK m. 312'nin uygulanmadığı bir durumda çocuğun soybağını tespit amacı ile yapılacak olan DNA testi de özel hayatın gizliliğini ihlal oluşturacaktır.

⁴⁵ Oysa AİHM kararında bu izlenim uyandırılmaya çalışılmıştır.

Üç yüz günlük bekleme süresinin her koşulda aranıyormuş gibi bir algı oluşturulması ise doğru değildir. Kadının bu süre içerisinde doğum yapması halinde hâkim kararına gerek olmaksızın bekleme süresi son bulmaktadır. Yine kadının gebe olmadığını ispatlaması ya da boşandığı kişiyle tekrar evlenmesi halinde de üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması hususunda mahkemeye başvurulabilmektedir.

AİHM'in kararında özel hayatın ihlaline vurgu yapılması, cinsiyet ayrımcılığına değinilmesi, modern toplum yapısı, evlilik dışı ya da sperm bağış yoluyla da çocukların dünyaya gelebilecek olmasına değinilmesi ise konuyu izah etmekten uzaktır. Ayrıca bu yöntemlerle çocuk sahibi olunmasının adeta teşvik edersine ifade edilmesi toplumun ahlaki yapısını bozmaktan öteye gitmeyecektir. Hukuk kurallarının oluşturulmasında bir toplumun ahlak kurallarının da büyük bir önemi bulunmaktadır.

TMK m. 132, evli bir kadının evliliğinin bitmesinden sonra doğacak olan bir çocuğun soybağında karışıklık yaşanmaması için getirilmiş bir düzenlemedir. Haliyle evliliği biten bir kadın gebe ise, doğum gerçekleşene kadar bekleme süresi devam edecektir. Oysa bekâr bir kişi de evlenmeden önce gebe kalabilir ve çocuğunun babası olmayan bir kişiyle evlenebilir. Böyle bir durumda da aslında çocuk ile biyolojik babası arasında soybağı ilişkisi olmayacaktır. TMK m. 132 bu yönüyle eleştirilebilir niteliktedir, ancak TMK m. 132'nin bekâr kadınları kapsamına almamasının sebebi Türk toplumunda bekâr bir kadının evlilik dışı çocuk sahibi olmasının kabul görmemesinden dolayı olacağı kanaatindeyim. Ancak bu durumlarla da karşılaşılması muhtemeldir ve çözüm üretilmesi gerekmektedir. Bu sebeple de evlenme başvurusunda bulunan tüm kadınlardan sağlık raporunun içinde gebelik testine yer verilebilir.

TMK m. 132 özellikle çocuk açısından psikolojik ve sosyolojik olarak da koruma sağlamaktadır. Zira bir çocuğun biyolojik babası ile soybağı ilişkisinin baştan sağlıklı bir şekilde kurulamaması, gerek çocuk açısından gerekse baba açısından psikolojik ve sosyolojik pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Burada özellikle şu iki problemle karşılaşılabilir. Bunlardan ilki biyolojik babanın mahkeme kararına rağmen çocuğu istememesidir. İkinci olarak ise, baba olarak gösterilen kişinin dava neticesinde biyolojik baba çıkmamasıdır. Bu durumda hem çocuk hem de baba olarak gösterilen kişi ciddi sorunlar yaşamaktadır. Baba olarak hedef gösterilen kişiler DNA testine göre biyolojik baba çıkmaları bile toplumda

zor duruma düşmekte ve linç edilmektedirler. Tüm bu ifade edilen sıkıntılar aslında TMK m. 132 hükmünün uygulamasının yanlış olmadığıdır⁴⁶.

TMK m. 132'nin gereksiz olduğu kabul edilecek olursa bir kadın boşandıktan sonra gebe iken evlendiğinde karine gereği ikinci evlilikteki koca baba sayılacaktır. Soybağının düzgün tutulmasını umursamayan insanlar sessiz kalır ve soybağının reddi davasını açmazlarsa bu durumda kamu yararı zarar görecektir. Bu sebeple TMK m. 132 gereksiz bir hüküm değildir.

AİHM kararına ve çoğunluğun görüşüne katılmamakla birlikte TMK m. 132'nin yeniden ele alınması gereği de ortadadır. İlgili hüküm gereği bekleme süresinin kaldırılması için hâkim kararı gerekmektedir. Kadının gebe olmadığını mahkeme yoluyla ispatlamaya çalışması yerine evlenirken zaten talep edilen sağlık raporunda kadının gebe olup olmadığına bakılabilir. Ayrıca kadın bu üç yüz gün içinde tekrar boşandığı kocasıyla evlenecekse yine mahkeme kararına gerek olmamalıdır. Hatta burada evlenirken talep edilen sağlık raporunda da gebeliğe bakmaya gerek yoktur. Zaten amaç kadının biten bir evlilikteki kocadan gebe olup olmadığını tespit etmektir.

TMK m. 132'de hâkim kararının kaldırılmasından başka üç yüz günlük bekleme süresinin uzunluğu tartışılabilir ve daha kısa bir süre öngörülebilir. Öğretide de bir fikre göre, üç yüz günlük bekleme süresi yerine doksan günlük bir bekleme süresi getirilebilir⁴⁷. Böyle bir sürenin varlığı daha duygusal olan kadının yeniden evlenirken daha fazla düşünerek doğru bir karar alması noktasında da yardımcı olacaktır.

⁴⁶ Konuyla doğrudan ilintili olmasa dahi basında büyük yankı uyandıran habere göre bir hâkim soybağı nedeniyle yaşadığı sorunlardan dolayı eşinden boşanmak istemiş ve eşi tarafından yakılarak öldürülmüştü. Olayda dünyaya gelen çocuk gerçek baba üzerine kayıtlıydı. Ancak evlilik bitmeden yaşanan ilişkiler ve ikinci eşe çocuğun kendisinden olduğu hususunda söylenen yalanlar soybağı üzerinde gerçek olmayan algılara yol açmış ve bir aile faciasına dönüşmüştü. Özgür Cebe, "Hâkim eşini kızgın yağ dökerek yakıp intihar etmişti: Altından öyle bir hikâye çıktı ki...", *Sözcü Gazetesi*, erişim tarihi Nisan 22, 2024, <https://www.sozcu.com.tr/son-dakika-hakim-esini-kizgin-yag-dokerek-yakip-intihar-etmis-ti-altindan-oyle-bir-hikaye-cikti-ki-wp7653744> Sonuç olarak DNA raporu ile bir çocuğun gerçek babası tespit edilebilir. Ancak uyulması gereken TMK m. 132 kadın erkek eşitsizliği ya da özel hayatın ihlalinin ziyade çocuğu, erkeği hatta kadını koruyan bir yönü bulunmaktadır.

⁴⁷ Hatemi, *Aile Hukuku*, 60.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2024.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı-Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Erdem, Suat. "İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı." *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17, no.2 (2013): 71-95.
- Gayretli Aydın, Seda. "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no:136 (2018): 263-292.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Evlendirme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023.
- Hüseyin Hatemi, "Evliliğin Sona Ermesi Halinde Kadın Eşin Bekleme Süresi." Hatemi Hukuk Bürosu, Erişim Tarihi Haziran 28, 2024, <https://www.hatemihukukburosusu.com/isvicreden-medeni-kanun-alinirken-yapilan-degisiklikler.html>
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Özdamar, Demet. *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski – Yeni Türk Medenî Kanunu Karşılaştırmalı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Öztan, Bilge. "Medeni Kanun'un Kabulününün 70'inci Yılında Aile Hukuku." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no.1 (1995): 79 – 125.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Paksoy Erbaydar, Nüket ve Aysun Balseven Odabaşı. "Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi." *Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Fe Dergi* 10, no.1 (2018): 112-119.
- Pürselim, Hatice Selin. "MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no.1 (2021): 513 – 542.

- Reyhani Yüksel, Sera. "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no.2 (2014): 175-200.
- Reyhani Yüksel, Sera. "Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.145 (2019): 397-420.
- Rieck, Jürgen und Saskia Lettmaier. *Ausländisches Familienrecht*. München: C.H. BECK, 2023.
- Ülger Nalbant, Şeyma. "İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda İddet." *Kocatepe İslami İlimler Dergisi* 5, no.2 (2022): 597-616.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Yücer Aktürk, İpek. "Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Sorunu." *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.2 (2023): 195-208.
- Zevkliler, Aydın, Emre Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey. *Medeni Hukuk-III Aile Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

İHMALİ HAREKETLERLE İŞLENEN DOLANDIRICILIK SUÇUNUN CEZALANDIRILMASI SORUNU

The Problem of Punishment of the Crime of Fraud Committed by Omission

Meral EKİCİ*

Burak TAŞ**

Öz

İhmali hareketle işlenen suçlar ceza hukukunun en tartışmalı konuları arasında yer almaktadır. İhmali suçlar gerçek ve görünüşte ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza kanunlarının bireylere yapılmasını emrettiği hareketlerin yapılmamasıyla gerçekleşen norma aykırılıklar gerçek ihmali suçları oluşturur. Ceza Kanunlarının yasakladığı hareketlerin yapılmasıyla ise icrai suçlar oluşur. Bir yasak normuna aykırı hareket ederek yani kanunun yapılmasını yasakladığı hareketleri yaparak işlenen icrai suçların ihmali hareketle işlenmesi durumunda ise gerçek olmayan ihmali suçlardan söz edilir.

İcrai hareketle işlenen bütün suçların ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olup olmadığı, ceza hukukunun temel problemlerindedir. Bu bağlamda kural

* Doçent Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, meral.ekici@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5857-5662.

** Doktor Öğretim Üyesi, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, tas.burak@outlook.com, ORCID: 0000-0001-6481-1580.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.08.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 06.11.2024.

Atıf/Citation: Ekici, Meral ve Burak Taş. "İhmali Hareketlerle İşlenen Dolandırıcılık Suçunun Cezalandırılması Sorunu." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1334-1368.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

olarak icrai hareketlerle işlenen dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle de işlenip işlenemeyeceği, ihmali hareketlerle işlenebileceği sonucuna ulaşılsa bile, cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmalıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kitabında, Alman ve İtalyan Ceza Kanunlarından farklı olarak, ihmali hareketle işlenen icrai suçların cezalandırılmasının hukuki dayanağını oluşturacak genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum doktrin ve yargı kararlarında konuya ilişkin, kimi zaman hukuki güvenlik ilkesini de ihlal eder nitelikte, farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

5237 sayılı TCK'da ihmali hareketle işlenen icrai suçlara ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığından, TCK'nın özel hükümler kitabında düzenlenmiş olan icrai suçların, ihmali hareketle işlenmesi durumunda, suçların bu işleniş şeklinin cezalandırılmasının hukuki dayanağı yoktur. Bu nedenle ihmali hareketle işlenen dolandırıcılık suçunun da cezalandırılabilirliği görüşü, kanunilik ilkesinin gerekleriyle çelişmektedir. Bu çalışmada, hukuk güvenliği ve kanunilik ilkesi bağlamında ihmali davranışla işlenen dolandırıcılık suçunun cezalandırılabilirliği irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dolandırıcılık, Hile, İhmali Davranış, Aydınlatma Yükümlülüğü, Kanunilik ve Hukuki Güvenlik İlkesi.

Abstract

Crimes committed by omission constitute one of the most controversial issues of criminal law. Negligent crimes are divided into two as real and apparent negligent crimes. Violations of the norm that occur by not to act that the criminal laws order individuals to do constitute genuine omission crimes. On the other hand, the acts prohibited by the Criminal Laws constitute positive act crimes. In the case that positive crimes committed by acting contrary to a norm of prohibition, that is, with the actions prohibited by the law, are committed by omission, we speak of derivative omission crimes.

It is one of the main problems of criminal law whether it is possible to commit all positive act crimes committed by omission. In this context, it is controversial whether the crime of fraud, which is committed by positive act as a rule, can also be committed by omission, even if it is concluded that it can be committed by commission, whether it can be punished. Unlike the German and Italian Penal

Codes, the general provisions of the Turkish Penal Code No. 5237 do not contain a general regulation that would constitute the legal basis for the punishment of positive acts committed by omission. This situation leads to the emergence of different approaches in the doctrine and judicial decisions, in some cases violating the principle of legal security.

Since the TPC No. 5237 does not have a general regulation on the positive act crimes committed by omission, there is no legal basis for punishing this form of crimes if the positive act crimes regulated in the special provisions book of the TPC are committed by omission. Therefore, the view that the crime of fraud committed by omission can also be punished contradicts the requirements of the principle of legality. In this study, the punishability of the crime of fraud committed by omission in the context of legal security and the principle of legality is examined.

Anahtar Kelimeler: Fraud, Deception, Omission, Obligation to Disclose, Principle of Legality and Security.

GİRİŞ

Dolandırıcılık suçu ve ihmali konusunda temel olarak iki sorun bulunmaktadır. Çözümü gereken bu iki sorun dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olup olmadığı ve dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle işlenmesi halinde cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bu sorunların çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle önceki kanun düzenlemesi ve yeni kanun karşılaştırmasının yapılması gerekir. Bu karşılaştırma, eski kanun düzenlemelerinin yeni kanun düzeninde yapılacak değerlendirmelerde bir veri olarak kullanılabilmesine ve isabetli sonuçlara ulaşılabilmesine hizmet edecektir. Ardından bütüncül bir bakış açısıyla sonuca ulaşabilmek için kavramların tekil incelemesini yapmak faydalı olacaktır. Bunun için önce ihmali suçların genel yapısı, devamında da dolandırıcılık suçuna ilişkin genel bilgilere göz gezdirmek gerektiği kanaatindeyiz. Dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği hususu irdelendikten sonra, dolandırıcılık suçu özelinde ihmali hareketle işlenen icrai suçların temel unsuru olan garantörlük ve garantörlük kaynakları ortaya konacaktır. Kanundan, özel güven ilişkisinden, dürüstlük ilkesinden ve öngelen hareketlerden kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü ayrı

ayrı açıklandıktan sonra, dolandırıcılık suçunda hilenin ihmali hareketlerle gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Bu tartışmalar sonucunda, çalışmamızda hilelinin ihmali hareketlerle gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaştığımız için, ardından ikinci problem olan ihmali hareketlerle gerçekleştirilen hileli davranışlarla işlenen dolandırıcılık eylemlerinin cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı konusu ele alınacaktır. İmali hareketlerle gerçekleştirilen hilenin cezalandırılması sorununa ilişkin kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliği ilkesi temelinde değerlendirmeler yapılacaktır. Türk ceza hukuku doktrini ve uygulamasındaki görüşler bu iki temel hukuk ilkesi açısından analiz edilecektir.

I. YASAL DÜZENLEME

765 sayılı TCK'nın 503. maddesinin 2. fıkrasında: *mağdurda esasen var olan hatadan hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanmanın da dolandırıcılık suçunu oluşturacağı* düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde "susmanın" hile olarak değerlendirilemeyeceği ve dolandırıcılık suçunun susarak yani ihmali hareketlerle işlenemeyeceği görüşü genel olarak kabul edilmekteydi.¹

765 sayılı TCK'nın 503. maddesinin 2. fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme, 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinin gerekçesinde: *"Hile ... karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir."* şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Fakat madde gerekçesi metne

¹ Somay Tümerkan, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri) (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1987), 45. "... mağdurda var olan hatayı muhafaza için, hile ve desise kullanmaksızın, sesini çıkarmayarak ... ve bu hatayı düzeltmeyerek haksız bir menfaat sağlamak, esas itibarıyla, dolandırıcılık suçunu meydana getirmez; dolandırıcılık için failin aktif bir fiili gereklidir..." Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 454; Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), 376. Karşı görüş için bkz. İzzet Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 64.

dahil olmadığından burada yer alan açıklamalar, konuya ilişkin sorunları çözmemiş, tartışmaları sonlandırmamıştır.²

Türk ceza hukuku doktrininde, dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle de işlenebileceği görüşü bugün ağırlıklı olarak savunulmaktadır.³ Bu görüşe göre, 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi ihmali şekilde işlenebileceği düzenlenmeyen

² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 773-774.

³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 795, 796; Osman Yaşar ve Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 5075; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, 23; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2017), 406; Faruk Erem, *Dolandırıcılık* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları, 1956), 9; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 184; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 411; Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 789; Aras Türay, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1 (2010), 1687; Raif Bıkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2023), 436; Uğur Arslan, "Sigorta Dolandırıcılığı Suçu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, no.130 (2017), 99, 100; Sami Öztürk, *Güveni Kötüye Kullanma-Bedelsiz Senedi Kullanma-Dolandırıcılık ve TCK Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 258; Gani Kamışlı, *Dolandırıcılık Suçu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 48. Alman ceza hukuku doktrininde de dolandırıcılık suçunun açık veya zımni olarak gerçekleştirilen icrai hareketlerin yanında ihmali hareketlerle de işlenebileceği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Wolfgang Maass, *Betrug verübt durch Schweigen* (Giessen: Brühl, 1982), 5vd; Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp ve Jan C. Schuhr, *Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte* (Heidelberg: C.F. Müller, 2018), kn. 503; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Baden-Baden: C.H. Beck, 2018), §263, kn. 38; Wolfgang Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil 2: Vermögensdelikte* (Heidelberg: Springer, 2015), 265vd; Rudolf Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil 1: Vermögensdelikte* (München: C.H. Beck, 2015), §13, kn. 27; Reinhart Maurach ve Friedrich Christian Schroeder ve Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1* (Heidelberg: Müller, 2009), §41, kn. 49.

Başka bir görüş ise bilgilendirme/aydınlatma yükümlülüğünün varlığı halinde mağdurdaki önceden var olan aldanma halinden yararlanmanın da dolandırıcılık suçu teşkil edeceğini savunur. Açıkça ihmali dolandırıcılıktan söz edilmese de bu görüşe göre aldanmadan yararlanma davranışın niteliğine göre ihmali. Bkz. Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, "Dolandırıcılık Suçu," *Malvarlığına Karşı Suçlar* Ed. Ahmet Gökçen (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 221.

suçlarda eşdeğerlik değerlendirmesi, kanunda ihmale yönelik genel bir düzenleme olmasa bile gerçekleştirilebilecektir.⁴ Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir.⁵

Doktrininde savunulan başka bir görüşe göre ise ihmali olduğu sanılan fiiller aslında dolandırıcılık suçu bakımından icrai niteliktedir.⁶ Örneğin hatadan yararlanma veya var olan hatanın sürdürülmesi bakımından failin icrai davranışı aktif ve icrai olmak durumundadır.⁷ Bu görüşe göre susmak ya da kişide oluşan yanılığa tepki vermeyerek hilenin gerçekleştiğini savunmak genişletici yorum yasağı ile çelişecektir.⁸

⁴ Güneş Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no.1 (2021), 308-309.

⁵ "Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinin gerekçesinde "Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmalî davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır." denildiğine göre, sanıkların konaklama ücretini ödeme niyeti bulunmadığı halde ödeyecekmiş gibi kayıt yaptırıp otelde kaldıktan sonra ödemedi ayrılmış olmaları, ihmali hareketle yapılan hileye örnektir. Bütün yargıtay içtihatlarında hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığına olaysal olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulandığına göre bu şekildeki eylemin hile boyutuna ulaşip ulaşmadığının belirlenmesi için istenen sonucun alınıp alınmadığına bakılmalıdır. Bu açıklamalara göre olayı değerlendirdiğimizde sanıklar yanıltıcı bilgi ve belge vermemiş olsa dahi otelde kalma iradesini gösterip imza atarak otel yönetimi ile hukuki ilişki içerisine girmişlerdir. Bu durumda otel yönetimi sanıkların otel ücretini ödeyeceklerini sanarak hataya düştüğünden kayıtlarını yapmıştır. Sanıkların ücret ödemeyecekleri konusunda hataya düşen karşı tarafı bilgilendirme yükümlülükleri vardır. Aksi takdirde ihmali hareketle hile yapmış olacaklarından ücret ödemedi ayrılmak dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır." Yar. 23. CD., E. 2015/6686, K. 2016/4615, T. 12.03.2016.

⁶ İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III* (Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2013), 2675.

⁷ Malkoç, *Türk Ceza Kanunu*, 2675. Bu görüş aynı zamanda failin hatayı düzeltme yükümlülüğü varsa yine dolandırıcılık suçunun gündeme geleceğini belirtmektedir.

⁸ Bkz. Erhan Güray, *Dolandırıcılık ve Belgede Sahtecilik Davalarında Yargılama Süreci* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 55.

Ancak iştirak ettiğimiz ve giderek kendisine daha fazla taraftar bulan diğer bir görüşe⁹ göre; hile ihmali hareketle gerçekleştirilebilse bile, dolandırıcılık suçu ihmali hareketlerle işlendiğinde cezalandırılmaz. Bir kimseyi ihmali hareketlerle aldatıp onun veya bir başkasının malvarlığını zarara uğratarak, kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişinin TCK gereğince cezalandırılabilmesinin önünde Kanun'un sistematüğinden kaynaklanan engeller vardır.

Doktrindeki bu görüş ayrılığını ve iştirak ettiğimiz görüşün gerekçelerini açıklayabilmek için öncelikle ihmali suçlara kısaca değinmek gerekmektedir.

II. GENEL OLARAK İHMALİ SUÇLAR

İhmali suçlar gerçek (saf) ihmali suçlar ve görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçlar şeklinde ikiye ayrılır. Gerçek yani saf ihmali suçlarda, suçun kanuni tanımında belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü¹⁰ ve bu yükümlülüğe aykırı olarak ortaya çıkan ihmali hareket açık bir şekilde gösterilir.¹¹ Bu suçlar, kanunun emrettiği belirli bir hareketi yapma yükümlülüğü yerine getirilmediği,

⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 518; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 773-774; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 737. Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 511; Kangal, "Dolandırıcılık," 258; M. Yasin Yavrutürk, *Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 99; Meral Ekici Şahin, *Dolandırıcılık Suçu, Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 261-263; Osman Erdoğan, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 70.

¹⁰ Davranışta bulunma yükümlülüğü (*the duty to act*), garantörlüğün kaynağını oluşturan esas unsurdur. Cristina Nicorici, "Commission by Omission," *New Legal Reality: Challenges and Perspectives-The 8th International Scientific Conference of the Faculty of Law of the University of Latvia* (Riga, 21-22 October 2021), 347.

¹¹ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 395vd.; Amerikan hukukunda aynı yönde Paul H. Robinson, "Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of Criminal Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the United States," *New York Law School Law Review* 29, no.1 (1984), 101-102.

diğer bir ifadeyle kanunun açık emrine aykırı olarak emredilen hareket veya hareketlerin yapılmasının ihmâl edildiği anda işlenir.¹²

Görünüşte ihmali suçlarda esasında icrai hareketle işlenebilen bir suç, ihmali hareketlerle işlenmektedir. Görünüşte ihmali suçlar neticeyi önleme yükümlülüğü olan bir kimse (garantör) tarafından işlenebileceğinden¹³ bu suçlarda herkes fail olamaz.¹⁴ Yalnızca “belli bir neticenin gerçekleşmesini önleme konusunda, özel bir yükümlülük altında bulunan” kişiler görünüşte ihmali suçların faili olabilir.¹⁵

Neticeyi önleme yükümlülüğü, ahlaki değil, hukuki esaslara dayanmakta ve bu yükümlüğün iki kaynağı bulunmaktadır. Bunlar belirli hukuki değerler lehine koruma yükümlülüğü (koruyucunun yükümlülüğü) ve belirli tehlike kaynaklarını kontrolü altında bulundurma konusunda tehlikeye hâkim olma yükümlülüğü (tehlikeye hâkim olanın yükümlülüğü)¹⁶ olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷

¹² Örneğin, TCK m. 98, TCK m. 257/2, TCK m. 175 veya TCK m. 176 gerçek ihmali suçlardır. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 203, 204vd; Demirbaş, 240.

¹³ Artuk ve Gökçen, *Genel Hükümler*, 322vd.

¹⁴ Dülger, *Genel Hükümler*, 337.

¹⁵ Artuk ve Gökçen, *Genel Hükümler*, 322vd.

¹⁶ Artuk ve Gökçen, *Genel Hükümler*, 322vd.

¹⁷ Dülger, *Genel Hükümler*, 337.

Tipik neticeyi önleme yükümlülüğü de kanundan¹⁸, sözleşmeden, özel güven ilişkisinden¹⁹, risk üstlenmeden²⁰ veya önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareketten²¹ kaynaklanabilmektedir.²²

¹⁸ İrlanda hukukunda kanundan kaynaklanan garantörlük kaynağında özgün örnekler bulunmaktadır. Örneğin *DPP v Bartley* davasında ([1997] 6 JIC 1301.) bir kadın, Garda'ya yaptığı şikâyetin göz ardı edilmesinin ardından 25 yıl boyunca üvey kardeşi tarafından cinsel istismara maruz kalmıştır. Nihayetinde Garda'nın, iddiaların tümünü soruşturma görevini yerine getirmedeği tespit edilmiştir. Önceki *R. v Dytham* ([1979] 1 QB 722) davası emsal olarak gösterilmiş, bir polis memuru bir adamın öldüresiye dövülmesine seyirci kaldığı ve müdahale etmediği için kamu görevini kötüye kullanmaktan mahkûm edilmiştir. Her iki dava da polis memurlarının tüm topluma karşı özen yükümlülüğü olduğu ve yaptıkları işin yüksek riskli doğası nedeniyle açıkça harekete geçmeleri gerekirken harekete geçmemelerinin cezai mahkumiyetle sebep olacağı konusunda emsal teşkil etmektedir. Samuel Carthy, "A Critical Analysis of the Criminalisation of Omissions," *Trinity Collage Law Review* <https://trinitycollegelawreview.org/a-critical-analysis-of-the-criminalisation-of-omissions/#_ftnref12> (Erişim Tarihi: Haziran 18, 2024).

¹⁹ Rengier, *BT I*, §13, kn. 29.

²⁰ Maurach, Schroeder ve Maiwald, *BT I*, §41, kn. 49;

İngiliz hukukunda risk üstlenmenin bir türü olarak, gönüllü üstlenme de garantörlük kaynakları arasında değerlendirilmektedir (Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2024), 159). *R v Gibbins ve Proctor* davasında ([1918] 13 CrAppR 134.) birinci sanık eşini terk etmiş ve çocuklarını da yanına alarak ikinci sanıkla birlikte yaşamaya başlamıştır. İkinci sanık kızlarından birini beslememiş ve aşıktan ölmesine izin vermiştir. Sonuçta her iki sanık da kasten öldürmeden hüküm giymiştir. İkinci sanık maktulle akraba olmasa da onun annesi gibi davranmış ve bu nedenle ona özen gösterme ve bakım yükümlülüğü altına girmiştir. *R v Stone ve Dobinson* davasında ([1977] 1 QB 354.) birinci sanığın kendisinden bir oda kiralayan kız kardeşi sefalet içinde yaşadıkdan sonra ölmüştür. Hem kendisi hem de kız kardeşe bakan oda sorumlusu ikinci, sanık insan öldürmekten suçlu bulunmuştur. Ölen kişiyi yıkadığı, yemek verdiği ve doktor çağırma girişiminde bulunduğu için oda ve bakım sorumlusu ikinci sanık, gönüllü olarak bakım yükümlülüğü üstlenmiştir. Carthy, "A Critical Analysis of the Criminalisation of Omissions."

²¹ Garantörlük konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), 123; Hakeri, *Genel Hükümler*, 159vd;

İngiliz hukukunda da kişinin ihmalden dolayı cezai olarak sorumlu tutulabileceği daha soyut koşullardan biri olarak başkaları için tehlike yarattığı bir durum gündeme gelmektedir. *R v Miller* davasında (1983] 2 AC 161.), Lordlar Kamarası sanığı ihmal sonucu yangına sebebiyet vermektan suçlu bulmuştur. Sanık elinde sigarasıyla uyuyakalmış, uyandığında yatağının yandığını görmüş ve yangını söndürmek için çaba sarf etmek yerine başka bir odaya geçerek binanın zarar

Görünüşte ihmali suçların cezalandırılması için iki şart aranmaktadır. Bunlar; garantörlük ve ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer olmasıdır.²³ Serbest hareketli suçlar, örneğin kasten öldürme veya yaralama, ihmali davranışla işlendiğinde garantörlüğün tespiti cezalandırma için yeterli olacaktır. Garantörlük varsa eşdeğerlik de kendiliğinden gerçekleşmektedir. İhmali hareketin, icrai harekete eşdeğer olduğu kabul edilmekte ve ayrıca eşdeğerlik şartı aranmamaktadır. Bağlı hareketli suçlarda ise garantörlük ve eşdeğerlik birlikte aranmaktadır.²⁴ Çünkü bağlı hareketli suçlarda tipiklik belirli hareketlerle gerçekleştirilmektedir ve bu, suç tipinde açıkça düzenlenir.

III. DOLANDIRICILIK SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Dolandırıcılık icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Bir kimseyi hileli davranışlarla aldatmak icrai bir hareket gerektirir. Kural olarak icrai hareketlerle işlenebilen dolandırıcılık suçu, ihmali hareketlerle işlendiğinde görünüşte ihmali suç özelliği gösterir.²⁵ Bu durumda, bir kimsenin ihmali hareketlerle aldatılarak malvarlığı itibariyle zarara uğratılması ve bunun karşılığında bir yarar elde edilmesinin cezalandırılabilirliği, görünüşte ihmali suçlarda cezai sorumluluğun şartlarını belirleyen genel kurallara bağlıdır.

görmesine izin vermiştir. Bu durum, tehlike yaratan bir kişinin bu tehlikenin etkilerini hafifletmek için yasal bir görev altında olduğuna dair makul bir emsal teşkil etmiştir. R v Evans davasında ([2009] 1 WLR 1999.) bu ilke genişletilmiş ve dava insan öldürme mahkûmiyetiyle sonuçlanmıştır Sanık, kız kardeşi için aşırı dozda aldığı ve öldüğü eroini temin etmiş, ancak hem kendisi hem de annesi yasal sorunlardan korktukları için tıbbi yardım istememişlerdir. Mahkeme, yaşamı tehdit eden bir duruma katkıda bulunan bir kişinin, diğerinin hayatını kurtarmak için makul adımlar atma yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir. Carthy, "A Critical Analysis of the Criminalisation of Omissions."

²² Hakan Hakeri, "İhmali Suçlar," *Ceza Hukuku Dergisi* 2 (4) (2007), 145vd; Dülger, *Genel Hükümler*, 337vd.; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997), 473vd.

²³ Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 174-175.

²⁴ Hakeri, *İhmal*, 194; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 411.

²⁵ Maurach, Schroeder ve Maiwald, *BT I*, §41, kn. 49.

Dolandırıcılık aynı zamanda, sadece hileli davranışlarla işlenebilen bağlı hareketli bir suçtur.²⁶ Bağlı hareketli suç tiplerinde, norm ihlalinin suç tipinde açıkça gösterilen hareketlerle gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu suçlarda tipik neticeye herhangi bir şekilde sebebiyet vermek yeterli değildir. Netice sadece tipiklikte gösterilen hareketlerle gerçekleştirildiğinde, fiil tipe uygun olur. Bu nedenle bağlı hareketli suçlarda, garantörlüğün yanında ayrıca ihmali hareketin haksızlık içeriğinin, icrai harekete eşdeğer olup olmadığı da araştırılmak durumundadır.

Dolandırıcılık suçunda, karşısındakinin “hataya düşmesini” engellemekle yükümlü olan kişi garantördür.²⁷ Garantör, muhatabının hataya düşmemesi için onu aydınlatmalıdır.²⁸ Karşısındakinin hataya düşmesini engellemek; kişi zaten bir yanılığa içindeyse bu yanılmayı ortadan kaldırmak zorundadır. Garantör, muhatabının hatasını düzelterek, onu kendisinin veya bir başkasının malvarlığına zarar verecek bir tasarrufta bulunmaktan alıkoymalıdır. Bir anlamda dolandırıcılık suçu açısından garantörün görevi, bir başkasının malvarlığını, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişinin malvarlığına zarar veren tasarruflarına karşı korumaktır. Garantörün malvarlığında meydana gelecek zararı önleme, malvarlığını koruma görevi yalnızca malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin hataya düşmesi, iradesinin sakatlanması halleriyle sınırlıdır. Bunun dışında garantörün örneğin, bir başkasının malvarlığını hırsızlık veya mala zarar verme gibi eylemlere karşı korumak gibi bir yükümlülüğü yoktur.

²⁶ Centel, Zafer ve Çakmut'a göre; hile niteliğinde olan hareketler kanunda gösterilmediği için, dolandırıcılık serbest hareketli bir suçtur. Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı*, 507; Aynı yönde Kangal, “Dolandırıcılık,” 256; Özbek/Doğan/Bacaksız, *Özel Hükümler*, 738; Artuk, Gökçen, *Alşahin ve Çakır* ise dolandırıcılık suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu ve bu suçun icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebileceğini belirtmiştir. Bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 673.

²⁷ Schoenke, Schroeder ve Perron, *StGB*, §263, kn. 19.

²⁸ Erdoğu, *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*, 67.

Dolandırıcılık suçunda kanun, sözleşme, özel güven ilişkisi, yükümlülüklerle aykırı öngelen davranışlar veya çok istisnai bazı durumlarda “dürüstlük ilkesi” “garantörlük kaynağı” olabilir.²⁹

Dolandırıcılık suçunda ayrıca, failin muhatabı aydınlatması gerekirken, hukuki yükümlülüğüne aykırı olarak hareketiz kalmayı seçmesi, muhatabını malvarlığına zarar veren tasarrufta bulunmaktan alıkoymaması, icrai hareketle gerçekleştirilen hileye eşdeğer olmalıdır.³⁰ Dolayısıyla failin garantör olup olmadığı tespit edildikten sonra, ayrıca ihmalî davranışın icrai davranışa eşdeğer olup olmadığı da araştırılmalıdır.³¹ Bu nedenle “sessiz kalmak veya susmak”, tek başına hileli bir davranış olarak değerlendirilemez³². “Susmak”; susan kişinin muhatabını “aydınlatma” konusunda hukuki bir yükümlülüğü varsa ve “susma” bir açıklama, beyan değeri taşıyorsa³³ dolandırıcılık suçu kapsamında hileli davranış olarak değerlendirilebilir.³⁴

²⁹ Seibert, *Die Garantienpflichten beim Betrug*, 25vd; Wessels, Hillenkamp ve Schuhr, *BT 2*, kn. 505; Ekici Şahin, *Dolandırıcılık*, 250.

³⁰ Toroslu, *Özel Kısım*, 184; Sibel Kılıçarslan İsfen, “Alman Ceza Kanunu’nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma,” *Hukuk Köprüsü* 5, no.9 (2015), 86.

³¹ Maurach, Schroeder ve Maiwald, *BT 1*, §41, kn. 49; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 411.

³² Mitsch, *BT 2*, 265.

³³ Bağlı hareketli suçlarda herhangi bir hareketle neticeye sebebiyet verilmesi değil, belli hareketlerle neticenin gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan, ihmalî hareketin icrai hareketle gerçekleştirilen hileye eşdeğer olması aranır. Bkz. Hakeri, *İhmal*, 194, 195; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 410-411. “Muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmalî davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.” Yar. 15. CD., E. 2011/10967, K. 2012/1299, T. 19.01.2012.

³⁴ Yurtlu, *İhmalî Suçlar*, 339; Okuyucu Ergün, “Dolandırıcılık,” 309; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler*, 673.

Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir. Ancak konu ile ilgili bir Yargıtay kararının muhalefet şerhinde hatalı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bir taşınmazın satışı sonrası tapu memurunun sehven satışı tapu kütüğüne işlememesi üzerine satıcının evi tekrar başkasına satma eylemi ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının (Yar. CGK., E. 2014/470, K. 2016/176, T. 5.4.2016) muhalefet şerhinde, “Madde gerekçesinde işaret olunduğu üzere hilenin ihmalî davranışla da gerçekleştirilebileceği kabul edilse bile somut olayda sanığın hataya düşen kamu görevlisini bilgilendirmek konusunda herhangi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır.” diyerek ve bu görüşüne yerleşik Ceza Genel Kurulu Kararlarını dayanak göstererek aydınlatma yükümlülüğünün yeterli olduğu ve

Dolandırıcılık neticeli bir suçtur. Suçun kanuni tanımında öngörülen tipik netice, bir kimsenin aldatılması değil, aldatılan kişinin üzerinde tasarrufta bulunduğu malvarlığının zarara uğraması ve bu zarara karşılık olarak failin veya bir başkasının bir yarar elde etmesidir. Bu durumda garantörün önlemekle yükümlü olduğu netice, malvarlığı zararlıdır. Fail başkasının malvarlığının garantörü olduğundan, bu malvarlığı üzerinde tasarruf eden muhatabının içine düştüğü hatayı düzeltmek, onu aydınlatmak ve böylece malvarlığına zarar veren tasarrufta bulunmaktan alıkoymak zorundadır.

Bu açıdan garantörün yükümlülüğü, “muhatabı malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaya sevk eden hatayı (yanılgıyı) düzeltme”, hatadan koruma temeline dayanan özel bir yükümlülüktür.³⁵ Garantör, muhatap olduğu kişinin yanlış algısını düzelterek, muhatabın hataya düşmesiyle malvarlığı zararının ortaya çıkması arasındaki illiyet bağı ortadan kaldırmalıdır.

ayrıca eşdeğerlik değerlendirmesinin aranmasına gerek olmadığını ortaya koymuştur. Ancak burada aydınlatma yükümlülüğünün tarafı ile ilgili hatalı değerlendirmede bulunmuştur. Kamu kurumlarını aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçunda aydınlatma yükümlülüğü kamu kurumuna karşı değil, hukuki ilişkinin tarafına karşıdır. Bu nitelikli dolandırıcılık türünde kamu kurumları araç olarak kullanılarak hile mağdura karşı gerçekleştirilmektedir. Kanun koyucu da hileyi güçlendiren bu aracı kılma eyleminin dolandırıcılık suçunun haksızlık içeriğini arttırdığı kanaatiyle daha ağır ceza öngörmüştür. Ayrıca olayda dolandırıcılık suçunun illiyet bağı noktasında oluşmadığını belirtmek gerekir. Kararın muhalefet şerhinde bu husus ise diğer değerlendirmenin aksine yerinde bir şekilde ortaya konmuştur. Sanık ve mağdur arasında gerçekleştirilen satış işleminin tapu kütüğüne tescil edilmemesi nedeniyle resmen/şeklen gerçekleşen satış tarihinden bu yana taşınmaz mülkiyetinin sanığa ait olduğu hususu da dikkate alınarak, ikinci kez gerçekleştirilen satış işlemi ile mağdurun uğradığı zarar arasında bir illiyet bağı da bulunmadığı vurgulanmıştır. Mağdurun zarara uğradığı tarihin ilk satış tarihi olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle eylemin kamu kurumunun aracı kılınması suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Ceza Genel Kurulu çoğunluğu, daha önceden sattığı ve parasını aldığı taşınmazı, idari işlemlerin tamamlanmamasından yararlanarak ilgisine ya da tapu sicil müdürlüğüne haber vermek yerine gerçek durumu gizleyerek satışını ikinci kez yapan, bu sanıkla duygusal yakınlığı olup taşınmazı bedelsiz devralan ve başkasına satan sanığın hileli davranışlar yapmak suretiyle katılanın aleyhine olarak kendilerine haksız bir yarar sağlamış olmaları nedeniyle kamu kurumunu aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluştuğunu kabul etmiştir. Ancak burada mağdurun uğradığı zarar, sanığın elde ettiği yarar ile hile eylemi arası zamansal olarak illiyet bağı gerçekleşmediğinden çoğunluk görüşünün hatalı olduğu kanaatindeyiz.

³⁵ Schoenke, Schroeder ve Perron, *StGB*, §263, kn. 19.

IV. DOLANDIRICILIK SUÇU AÇISINDAN SÖZ KONUSU OLABİLECEK GARANTÖRLÜK KAYNAKLARI

A. Genel Olarak

Dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenmesi ve bu yönüyle eşdeğerlik koşulunun sağlanmasında garantörlük kaynakları karşılaştırmalı hukukta da önemli bir konudur. Örneğin Amerikan hukukunda medeni hukuk uyuşmazlıklarıyla ceza hukuku uyuşmazlıkları arasında katı bir ayırım bulunmadığından, ihmali harekete ilişkin genel değerlendirmeler yapılmaktadır. İhmali hareketle gerçekleştirilen dolandırıcılık, taraflardan birinin açıklamakla yükümlü olduğu önemli bir gerçeği açıklamamasına dayanan genel bir hukuk dolandırıcılığıdır. Amerikan hukuk sisteminde ihmal yoluyla dolandırıcılığın unsurları, eyaletten eyalete farklılık göstermektedir. Örneğin, Teksas'ta ihmali hareketle işlenen dolandırıcılığın unsurları şu şekildedir:

(1) davalının, bilgisi dahilindeki önemli bir gerçeği gizlemiş veya davacıya açıklamamış olması;

(2) davalının bu gerçeği açıklama yükümlülüğünün bulunması;

(3) davalının, davacının gerçeği bilmediğini bilmesi ve davacının gerçeğe ulaşma konusunda eşit fırsata sahip olmaması;

(4) davalının, gerçeği gizleyerek veya açıklamayarak davacıyı bir eylemde bulunmaya teşvik etmeyi amaçlaması;

(5) davacının, davalının sessizliğine güvenmiş olması;

(6) davacının, aydınlatma yükümlülüğünü ihmal ermesinin bir sonucu olarak davalıya zarar vermiş olması. (In re Arnette, 454 B.R. 663, 689 (N.D. Tex. 2011) (atfen, Horizon Shipbuilding, Inc. v. Blyn II Holding, LLC, 324 S.W.3d 840, 850 (Tex. App. 2010))).³⁶

³⁶ Elliot Ginsburg ve Carmen Caruso, "Fraud by Omission: An Argument for Broader Disclosures and Renewed Enforcement," *Franchise Law Journal* 35, no.1 (2015), 2.

Amerikan hukukunda eyalet uygulamaları çeşitlenmekle birlikte³⁷, ihmal yoluyla dolandırıcılık iddiası, bir davacının böyle bir iddiayı ileri sürerken göz önünde bulundurması gereken en az iki temel sorumluluk sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bunlar:

- (1) Aydınlatma yükümlülüğünün kaynaklarının neler olduğu,
- (2) Doğası gereği kendini dışa vurmeyen ihmali bir harekete, cezalandırmada nasıl dayanılacağıdır.³⁸

Kişinin, hangi durumlarda muhatabını aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu konusunda, yargı kararlarından hareketle şu sonuca ulaşılabilir:

- (1) Taraflar arasında gizli veya güvene dayalı bir ilişki varsa;
- (2) Kanun bir aydınlatma yükümlülüğü getiriyorsa;
- (3) Taraflardan biri diğerine maddi gerçekleri kısmen açıklamış, ancak tam ve doğru açıklamada bulunduğu izlenimi yaratmışsa.³⁹

Amerikan Hukuku'nda sorun içtihatlar yoluyla çözülsede Türk ve Alman Hukukunda daha detaylı değerlendirmeler yapılmaktadır. Türk ve Alman Hukukunda garantörlük kaynakları daha teknik bir bakış açısıyla incelenmektedir: Dolandırıcılık suçunda aydınlatma yükümlülüğü; kanundan, özel güven ilişkisinden, dürüstlük ilkesinden veya öngelen hareketten kaynaklanabilmektedir.⁴⁰

³⁷ California'da, davalının davacının ihmal edilen gerçeği bilmediğini bilmesi şartı yoktur; bunun yerine unsurlar şu şekildedir: (1) davalı önemli bir gerçeği gizlemiş veya saklamış olmalıdır, (2) davalı gerçeği davacıya açıklama yükümlülüğü altında olmalıdır; (3) davalı gerçeği davacıyı dolandırmak amacıyla kasıtlı olarak gizlemiş veya saklanmış olmalıdır; (4) davacı gerçeğin farkında olmamalıdır ve gizlenen gerçeği bilseydi yaptığı gibi davranmayacak olmalıdır; ve (5) gerçeğin gizlenmesi sonucunda davacı zarar görmüş olmalıdır (SCC Acquisitions Inc. v. Cent. Pac. Bank, 207 Cal. App. 4th 859, 864 (Cal. Ct. App. 2012) (atfen, Blickman Turkus, LP v. MF Downtown Sunnyvale, LLC, 162 Cal. App. 4th 858, 868 (Cal. Ct. App. 2008)).). Ginsburg ve Carusos, "Fraud by Omission," 2.

³⁸ Ginsburg ve Carusos, "Fraud by Omission," 2-3.

³⁹ Rivermont Inn, Inc. v. Bass Hotels & Resorts, Inc., 113 S.W.3d 636, 641 (Ky. Ct. App. 2003). Ginsburg ve Carusos, "Fraud by Omission," 2-3.

⁴⁰ Ekici Şahin, *Dolandırıcılık*, 250 vd.

B. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kaynağı

1. Kanundan Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü

Bireylere, karşısındaki kişiyi aydınlatma yükümlülüğü yükleyen ilk kaynak kanundur. Somut olayda garantörlüğün kaynağının belirlenmesi gerekir. Ceza Kanunu'ndan⁴¹ başka, kişiye beyanda bulunma, aydınlatma veya açıklama yükümlülüğü öngören diğer kaynaklar belirlenmelidir. Genel olarak kamu hukuku, iş hukuku veya sigorta hukuku bir kimseye muhatabını aydınlatma ödevi yükleyebilmektedir. Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1435'te "*sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür*"⁴² hükmü yer almaktadır. Bu hükümle Türk Ticaret Kanunu sigorta yaptıran kişiye sigorta sözleşmesi yaptığı sırada bildiği bütün hususları sigortacıya bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bu hüküm karşısında sigorta yaptıran kişinin kasıtlı olarak susması, bildiği hususları sigortacıya bildirmemesi, kanunun kendisine yüklediği muhatabını aydınlatma yükümlülüğünün ihhalidir. Örneğin, kasko sigortası yaptıran otomobilde bulunan ve kaza riskini yükselten, dolayısıyla sigorta primini artıran bir arızayı bildiği halde, bunu sigortacıya söylemeyen araç sahibinin "susması", açıklama yapmaması, icrai harekete eşdeğer ihmali bir davranıştır.⁴³

Kişiye açıklama yapma yükümlülüğü yükleyen bir diğer kanun ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'dur. 5510 sayılı Kanunu'nun 56. maddesinde⁴⁴, sosyal yardım alan kişilere durumlarında meydana gelen değişiklikleri, yardım aldıkları Sosyal Güvenlik Kurumunu derhal bildirme

⁴¹ Ceza Kanunu garantörlük kaynaklarından biri değildir. Garantörlüğün Ceza Kanunu dışındaki kanunlardan kaynaklandığı genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. Mitsch, *BT 2*, 268.

⁴² Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'na (VVG §19) göre de sigorta yaptıran bildiği bütün hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

⁴³ Aynı yönde bkz. Arslan, "Sigorta Dolandırıcılığı Suçu," 100. Alman hukukunda kanundan kaynaklanan garantörlükler için bkz. Kılıçarslan İsfen, "Dolandırıcılık," 86, 87.

⁴⁴ 5510 sayılı Kanun'un "Gelir ve aylık bağlanacak haller" başlıklı 56. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş veya çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar; 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır."

yükümlülüğü getirilmiştir. Bu nedenle babasından kalan yetim aylığını alabilmek için eşinden boşanan, ancak boşandığı eşiyile aynı evde yaşamaya devam eden kadınlar, eşiyile birlikte yaşadığını kuruma bildirmez, ancak durum kurum tarafından tespit edilirse, kendilerine bağlanmış olan gelir ve aylıklar kesilir.⁴⁵ 5510 sayılı Kanun m. 96'da⁴⁶ da durumlarındaki değişikliği kuruma bildirmeyen kişilere yapılan ödemelerin geri alınacağı hükme bağlanmıştır. Haksız ödemelerin

⁴⁵ 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesinin son fıkrasında yer alan bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu iddiası; "...Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan "evli olmama" koşulu boşanma ile aşılarak yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bakar kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyiniyetli davranmamaktadırlar. 5520 sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen ölüm aylığı alabilmek için "evli olmamak" koşulunu aşmak amacı ile iyiniyete dayanmayan ve dürüst olmayan boşanma isteği ve çabası ile boşanma kararı elde edip buna bağlı olarak ölüm aylığı alınması, açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması hukuk devletinin koruması altında değerlendirilemez. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması engellemeyi amaçlayan itiraz konusu kural hukuk devletine aykırı bir düzenleme olarak görülemez...Bunun yanında ölüm aylığı, sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal yapısıyla doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 65. maddesine göre, "Devlet Sosyal ve ekonomik alanda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyile birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır...31.05.2006 günlü 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı..." olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. AYM Kararı, E. 2009/86, K. 2011/70, T. 28.04.2011, Resmi Gazete Tarih: 15.12.2011, Sayı: 28148.

⁴⁶ 5510 sayılı Kanun'un "Yersiz ödemelerin geri alınması" kenar başlıklı 96. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir: "Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir ve aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

Kasıtlı veya kusurlu davranışlardan doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden, itibaren hesaplanacak olan kanuni faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır."

geri alınmasına ilişkin usul ve esaslar “Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”te gösterilmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; “örneği Kurumca hazırlanan belgelerle bildirilmesi taahhüt edilen durum değişikliklerinin bir ay içinde Kuruma bildirilmemesi... ilgilinin kasıtlı ve kusurlu davranışını oluşturur” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Kendisine aylık veya sosyal yardım bağlanan kişilerin, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından hazırlanan “Tahsis Talep ve Beyan Taahhüt Belgesi” doldurup, imzalamaları gerekmektedir. Bu belgede kendisine ödeme yapılmasını veya aylık bağlanmasını talep eden kişi, beyanlarının doğruluğunu ve gerçeğe aykırı beyanda bulunması veya gelir-aylık bağlandıktan sonra, durumunda bu ödemelerin kesilmesini gerektiren bir değişiklik meydana gelmesi halinde, bunları kuruma derhal bildireceğini taahhüt eder. Böylece kişi, ödemelerin kesilmesini gerektiren değişiklikleri Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmek konusunda hukuki bir yükümlülük altına girer.⁴⁷ Kurumu mevzuat gereği bilgilendirme yükümlüğü altına giren kişi, aynı zamanda kurumun maddi olarak zarara uğramamasını engelleme konusunda bir sorumluluk üstlenerek garantör konumuna yükselir. Bu nedenle kişinin kurumu bilgilendirme, yani durumundaki değişikliklere ilişkin olarak aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ve durumunda meydana gelen değişikliği bildirmeksizin, yani beyanda bulunma hukuki yükümlülüğüne aykırı olarak sessiz kalıp kendisine yapılan ödemeleri kabul etmesi, durumunda ödemenin kesilmesini gerektiren herhangi değişiklik olmadığı yönündeki beyana eşdeğer, ihmali bir harekettir. Burada olduğu gibi kişinin bilgi verme, karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünün olduğu durumlarda, yükümlülük ihmalleri, TCK m. 157’de düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçu açısından hileli birer davranış niteliğindedir.⁴⁸

⁴⁷ Benzer bir yükümlülük Alman Sosyal Güvenlik Kanunu’nda da vardır. SGB §60 (1)’e göre; sosyal yardım, eğitim öğretim desteği, işsizlik parası, çocuk parası gibi sosyal yardım veya benzer bir mali destek alan kişiler, kişisel durumlarına ilişkin değişiklikleri derhal bildirmekle yükümlüdürler.

⁴⁸ Ancak Yargıtay bu gibi olaylarda dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına karar vermektedir. “...hukuken geçerli olan bir kararla boşandıktan sonra, eşlerin bir arada yaşamasını engelleyen birlikte yaşamanın suç olduğuna dair kanuni bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, eşlerin bir arada yaşamasının boşanmanın maaş almak amacıyla yapıldığının ve hileli davranışın kanıtı olamayacağı, nitekim 5510 sayılı Kanun’un 56. maddesinde bu durumu tespit edilen kimselerin

Pozitif hukuk kuralları arasında bulunan bir diğer icrai davranışta buluna yani bildirim yükümlülüğü 5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu maddede 5510 sayılı Kanun işverenlerin yanlarında çalışan kişilerin işe girişlerini, "sigortalı işe giriş bildirgesi"yle Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmelerini zorunlu tutmuştur. Aynı maddede yanında çalışanları kuruma bildirimde yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere, idari para cezası verileceği de düzenlenmiştir. İşveren yanında çalışan kişileri kuruma bildirmez ve primlerini yatırmazsa, işveren haksız bir yarar elde ederken çalışanlar ekonomik olarak zarara uğrar. Bu nedenle Alman hukukunda da kabul edildiği gibi, hukuken bildirimde yani beyanda bulunma yükümlülüğünün olduğu hallerde, kişinin bu yükümlülüğüne aykırı olarak susması yani bildirim yükümlülüğünü ihmal etmesi, ihmali hareketle işlenen dolandırıcılık suçunu oluşturabilir.⁴⁹

gelir ve aylıklarının kesileceği ve ödenmiş tutarların geri alınacağı belirtilmiştir, bu hususta cezai düzenlemenin bulunmadığı, sanıkların eyleminin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu gözetilerek, dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığına yönelik kabulde Anayasa, AİHS ve kanuni düzenlemeler dikkate alındığında bir isabetsizlik görülmemiştir..." Yar. 15. CD., E. 2014/ 234, K. 2014/ 3633, T. 26.02.2014, (karar yayınlanmamıştır); aynı yönde Yar. 15. CD., E. 2017/11061, K. 2019/1995, T. 12.03.2019, <www.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: Temmuz 19, 2019). Kanaatimizce, Yargıtay'ın kararlarına konu olan olaylarda dolandırıcılık suçu açısından değerlendirilmesi gereken husus muvazaalı boşanma veya eşlerin boşandıktan sonra birlikte yaşamaya devam etmeleri değildir. Muvazaalı boşanma dolandırıcılık suçu açısından ancak cezalandırılmayan bir hazırlık hareketi olabilir. Bu gibi olaylarda dolandırıcılık suçu açısından değerlendirilmesi gereken davranışlar, kendisine maaş bağlanmasını isteyen kişinin "Tahsis Talep ve Beyan Taahhüt Belgesini" doldururken gerçeğe aykırı beyanda bulunması veya bu belgeyi doldururken taahhüt ettiği durum değişikliğini kasıtlı olarak zamanında kuruma bildirmemesidir. Kişinin, gerçeğe aykırı beyanı icrai, taahhüde aykırı olarak durum değişikliklerinin kuruma bildirilmemesi ise ihmali davranışlarla gerçekleştirilen hile niteliğindedir. Yargıtay'ın bu gibi olaylara ilişkin olarak verdiği kararların gerekçelerine katılmamakla birlikte, görünüşte ihmali suçların cezalandırılmasına ilişkin Türk hukukunda yasal boşluk bulunduğu kanaatinde olduğumuz için, kişilerin bildirim yükümlülüklerini ihmal ettikleri olaylara ilişkin ulaştığı sonucun "cezasızlık" açısından isabetli olduğunu düşünüyoruz.

⁴⁹ Alman ceza hukukunda bir işverenin, yanında çalışan ve sigorta yaptırma yükümlülüğü bulunan işçileri, sigorta kurumuna bildirmeden yani kendi payına düşen primleri ödemediği sigortasız olarak çalıştırmasının da dolandırıcılık suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Bkz. BGHSt 32, 236; Tiedemann, *LK- StGB*, §57, kn. 69; Schoenke, Schroeder ve Perron, *StGB*, §263, kn. 21.

2. Özel Güven İlişkisinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü

Diğer bir garantörlük kaynağı ise kişiler arasındaki özel güven ilişkisidir. Kişinin muhatabını bilgilendirme, aydınlatma ve hataya düşmekten alıkoyma yükümlülüğü, onunla arasındaki özel güven ilişkisinden doğabilir.⁵⁰ Kişiler arasındaki güven ilişkisinin kaynağı bir sözleşme veya sözleşme dışında özel bir yakın ilişki olabilir.⁵¹

Kişinin muhatabını aydınlatma yükümlülüğü, “muhatabın malvarlığını koruma” konusunda üstlendiği ödevden kaynaklanmalıdır.⁵² Her sözleşme kişiyi, muhatabının malvarlığını koruma yükümlülüğü altına sokmaz.⁵³ Ticari risk sınırları içinde kalan hususlarda, kişilere genel bir aydınlatma yükümlülüğü yüklenmemiştir. Adi bir satış sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarının birbirlerine bildikleri her şeyi açıklama yükümlülükleri yoktur. Sözleşme serbestisinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde, sözleşmenin taraflarının karşı tarafın menfaatlerinden önce kendi menfaatlerini düşünmesi olağandır. Bu nedenle taraflar kendi aleyhlerine olabilecek hususları karşı tarafa açıklamaktan kaçınabilir.

Ticari örf ve adete göre, taraflardan birinin tecrübesizlik veya bilgisizliğinden kaynaklanan risk, sözleşmenin diğer tarafına yüklenemez.⁵⁴ Taraflardan birinin açıklama yapmaması yani sessiz kalması durumunda, sözleşmenin diğer tarafının malvarlığı itibariyle zarar göreceği olması veya bu kişinin tecrübesizliği, basiretsiz

⁵⁰ Rengier, *BT I*, §13, kn. 29.

⁵¹ Wessels, Hillenkamp ve Schuhr, *BT 2*, kn. 505.

⁵² Schoenke, Schroeder ve Perron, *StGB*, §263, kn. 23; Fischer, *StGB*, §263, kn. 51; Tiedemann, *LK-StGB*, §263, kn. 66vd.

⁵³ Rengier, *BT I*, §13, kn. 29. Dürüstlük ilkesine dayanan garantörlüğün sınırlandırılması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde tarafların kendi çıkarlarını koruması esastır. Bu nedenle bir sözleşmenin taraflarından kendi aleyhlerine olabilecek hususları mutlak surette karşı tarafa açıklamaları istenemez ve kendilerine böyle bir aydınlatma yükümlülüğü yüklenemez. Sözleşme serbestisinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde, karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü belirli durumlarla sınırlı olarak kabul edilir. Kılıçarslan İsfen, “Dolandırıcılık,” 87.

⁵⁴ Seibert, *Die Garantienpflichten beim Betrug*, 109.

veya dikkatsiz karar vermesi durumu değiştirmez.⁵⁵ Aksinin kabulü sözleşme yapan herkesi, kendisine sorulmamış hususları dahi sözleşmenin diğer tarafına açıklama yükümlülüğü altına sokar.

Kişiler arasında özel güven ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, özel hukuk sözleşmeleri ceza hukuku açısından bir garantörlük kaynağı değildir.⁵⁶ Bu nedenle sözleşmenin taraflarından birinin özel olarak korunmasını gerektiren bir nedenin bulunmadığı olağan ticari ilişkilerde, sessiz kalmak ve sözleşmenin diğer tarafını bilgilendirmemek tek başına hile olarak değerlendirilemez.⁵⁷

Özel güven ilişkisine dayanan ve taraflara muhatabını aydınlatma yükümlülüğü yükleyen sözleşmeler, genel olarak başkasının malvarlığını korumayı gerektiren danışmanlık hizmetlerine ilişkin sözleşmelerdir. Örneğin, mali müşavirlik, finans danışmanlığı, vergi danışmanlığı veya avukatlık sözleşmesi, doğası gereği sözleşmenin diğer tarafının menfaatlerini, malvarlığını koruma; karşı tarafı aydınlatma ve onun iradesinde meydana gelen sakatlıkları ortadan kaldırma yükümlülüğü yükleyen sözleşmelerdir.⁵⁸

Taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin bulunmadığı sözleşmelerde ise, taraflardan birine diğerini aydınlatma yükümlülüğü yüklenmemiştir. Örneğin, bir banka veya kredi kurumuyla müşteri arasında kurulan olağan bir kredi sözleşmesi, kredi alan kişiyi banka veya kredi kurumunu bilgilendirme, aydınlatma yükümlülüğü altına sokmaz. Adi sözleşmelerde, taraflar arasındaki akrabalık veya arkadaşlık ilişkisi gibi uzun yıllardır devam eden sosyal ilişkiler de karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü doğurmaz.⁵⁹

Nitekim Federal Alman Mahkemesi, bir bankayla yapılan cari hesap sözleşmesinin ve bu sözleşme nedeniyle bankayla müşteri arasındaki sözleşmeye dayanan düzenli ilişkinin, müşteriye hesabına yapılan hatalı havaleyi bankaya bildirme yükümlülüğü yüklediği yönünde karar vermiştir. Mahkeme kararına konu olan olayda, bir müşteri K bankasındaki hesabında bulunan 550 bin Euronun

⁵⁵ Wessels, Hillenkamp ve Schuhr, *BT 2*, kn. 506.

⁵⁶ Schoenke, Schroeder ve Perron, *StGB*, §263, kn. 22.

⁵⁷ Eisele, *BT II*, kn. 540.

⁵⁸ Rengier, *BT I*, §13, kn. 31.

⁵⁹ Schoenke, Schroeder ve Perron, *StGB*, §263, kn. 22.

D bankasındaki hesabına havale edilmesi için talimat verir. Banka çalışanı, müşterinin hesabındaki parayı kontrol ettikten sonra, havale talimatının birkaç gün içinde işleme alınacağını söyler. Banka çalışanının yanında ayrılan hesap sahibi, akabinde hesabındaki paranın 500 bin Eurosunu elden çeker. Banka çalışanı, birkaç gün sonra havale talimatını işleme koyar. Ancak bu sırada müşterinin hesabındaki paranın çoğunu elden çekmiş olduğunu fark etmez ve hesapta bulunan 50 bin Euro yerine, talimatta yazan 550 bin Euroyu müşterinin diğer hesabına havale eder. Hesap sahibi banka çalışanının hatası sonucu hesabına fazla para gönderildiğini fark etmesine rağmen, bu parayı hesaptan çekerek harcar. Federal Alman Mahkemesi söz konusu olayda müşterinin, hata sonucu hesabına fazla miktarda para gönderildiği konusunda bankayı aydınlatmak gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı ve bu nedenle sessiz kalmasının hile kabul edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Mahkemeye göre bu olayda hesap sahibinin hile olarak değerlendirilebilecek ihmali bir hareketi bulunmadığından, dolandırıcılık suçu oluşmamıştır.⁶⁰

3. Dürüstlük İlkesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü

Özel hukukta geçerli olan “dürüstlük ilkesi” de dolandırıcılık suçu açısından bir garantörlük kaynağı olabilir. “Dürüstlük ilkesi” Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2’de ve Alman Medeni Kanunu (BGH) §242’de düzenlenmiştir. Söz konusu ilke, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüst davranması gerektiği düşüncesine dayanır.

“Dürüstlük ilkesi” Alman ceza hukuku öğretisinde geçmişte, “doğruluk ve güven” veya “objektif iyiniyet” olarak da adlandırılmakta ve sözleşmeden

⁶⁰ BGHSt 39, 392, 397- 399. Rengier, *BT I*, §13, kn. 22- 30. Yargıtay da 765 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde benzer bir karar vermiştir: “S’nin Yapı Kredi Bankası Yenişehir Şubesindeki 2102 sayılı şahsi hesabına Karadeniz Ereğlisi’nden gelen ve kendisine ait olmayan ... Lira yanlışlıkla işlenmiştir. Adı geçenin, bankadan gelen ihbarname üzerine bu havalenin kendisine ait olmadığını anlaması ve ilgililere bildirmesi gerekirken; bu hesaptan ... Lira’yı çektiği yapılan incelemede ortaya çıkmıştır. Olayda, TCK’nın 503. maddesinde yazılı dolandırıcılık suçunun unsurları bulunmamaktadır. Ancak bankadaki görevliler hataya düştükleri için; S, bu miktar parayı eline geçirmiş ve almadığını söylemek suretiyle temellük iddiasında bulunmuştur. Bu yönden fiil TCK’nın 511. maddesinin 2. fıkrası hükmüne uymaktadır...” YCGK, 21.2.1972, 6-48/89, aktaran: Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, 24- 25, dp. 36.

bağımsız ayrı bir garantörlük kaynağı olarak değerlendirilmekteydi.⁶¹ Bu nedenle hukuki bir ilişkiye taraf olan ve sözleşme yapan herkesin, sözleşmenin diğer tarafını aydınlatma yükümlüğü altında olduğu ve aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ederek, muhatabının maddi olarak zarara uğramasına yol açan kişinin dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulacağı görüşü kabul edilmekteydi.⁶²

Alman ceza hukuku doktrinine günümüzde hâkim olan görüş ise dürüstlük ilkesinden kaynaklanan genel bir aydınlatma yükümlülüğünü reddetmektedir.⁶³ Buna göre, her hukuki ilişki veya her sözleşme, hukuki ilişkinin veya sözleşmenin taraflarına, karşı tarafı aydınlatmak gibi genel bir yükümlük yüklemesiz. Dürüstlük ilkesinin, genel bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilecek şekilde geniş yorumlanması isabetli değildir. Dürüstlük ilkesinin bir garantörlük kaynağı olduğunun kabul edilebilmesi için: sözleşmeyle aydınlatma yükümlülüğünün üstlenilmesinde olduğu gibi, "taraflar arasında var olması gereken özel güven ilişkisine" benzer bir koşul aranmalıdır.⁶⁴ Genel bir ilke olan "dürüstlük ilkesinden", salt taraflar hukuki bir ilişki içinde buldukları için, açıklama yapma veya aydınlatma konusunda genel bir hukuki yükümlülük çıkartılamaz.⁶⁵

⁶¹ Açıklamalar için bkz. Seibert, *Die Garantienpflichten beim Betrug*, 105- 107.

⁶² Maurach-Schroeder-Maiwald, *BT I*, §41, kn. 51. Eleştirel yaklaşım için bkz. Maass, *Betrug verübt durch Schweigen*, 145. Aynı görüş Türk ceza hukukunda da savunulmaktadır. Bkz. Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla*, 24, 25, dp. 36.

⁶³ İngiltere 2006 tarihli Dolandırıcılık Kanunu'nun 1(2)(b) maddesi, dolandırıcılığın bilgiyi açıklamamak suretiyle işlenebileceğini öngörmektedir. Suçun unsurları 2006 tarihli Dolandırıcılık Yasası'nın 3. bölümünde ana hatlarıyla belirtilmiştir: (a) yasal olarak açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri dürüst olmayan bir şekilde bir başkasına açıklamadığı ve (b) bilgileri açıklamayarak - (i) kendisi veya bir başkası için bir menfaat elde etmeyi veya (ii) bir başkasının zararına neden olmayı veya bir başkasını zarar riskine maruz bırakmayı amaçladığı durumlarda sorumluluk gündeme gelir (Chris Monaghan, *Financial Crime and Corporate Misconduct- A Critical Evaluation of Fraud Legislation* ed. Chris Monaghan ve Nicola Monaghan (London ve New York: Routledge, 2019), 22). Bu düzenleme de genel bir dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğünün olmadığını, kanunla böyle bir yükümlülük öngörüldüğünü göstermektedir.

⁶⁴ Seibert, *Die Garantienpflichten beim Betrug*, 106; Wessels-Hillenkamp-Schuh, *BT 2*, kn. 506; Kindhäuser-Boese, *BT II*, §27, kn. 30.

⁶⁵ Wessels, Hillenkamp ve Schuh, *BT 2*, kn. 506; Aksi görüş için bkz. Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, 796.

Yaygın olarak yapılan genel sözleşmelerde “dürüstlük ilkesinden” kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü, sadece iradenin oluşumu aşamasında ortaya çıkan ve karşı taraf açısından sözleşmenin kurulması aşamasında özel önem arz ettiği bilinen hususlarla sınırlı olarak kabul edilmektedir.⁶⁶ Sözleşmenin tarafları açısından böyle bir aydınlatma yükümlülüğün örneğin, kira veya araç satış sözleşmelerinde mevcut olduğu genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁷ Eşyanın belirli bir özelliğe sahip olması veya olmaması veya ayıplı olup olmaması, alıcı açısından sözleşmenin kurulması açısından belirleyici bir husus ise ve bu husus satıcı tarafından biliniyorsa satıcı açıklama yapmakla yükümlüdür.⁶⁸ Nitekim Almanya’nın Bavyera Eyalet Üst Mahkemesi, kendisi oturacağını söyleyerek, kişisel ihtiyaç nedeniyle kiracıdan evi boşaltmasını isteyen ev sahibinin, daha sonra bu ihtiyaç ortadan kalkmasına rağmen, durumu kiracıya bildirmemesini, ihmalî hareketle gerçekleştirilen hile kabul etmiştir.⁶⁹ Benzer şekilde ikinci el otomobil satan kişinin de sattığı otomobilin hasarlı olup olmadığı konusunda muhatabını aydınlatmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir.⁷⁰

Bununla birlikte “dürüstlük ilkesine” dayanan genel bir aydınlatma yükümlülüğü reddedildiği için⁷¹, satıcının sattığı malın aynısının başka bir satıcı tarafından daha uygun fiyata satıldığını bildiği halde bunu muhatabından gizlemesi⁷² veya kira sözleşmesi yaptıktan sonra işsiz kalan ve ödeme gücünü kaybeden kiracının ev sahibini durumdan haberdar etmemesi, aydınlatma yükümlülüğünün ihmalî⁷³ olarak değerlendirilmemektedir. Örneğin, pazarda aynı kalite kiraz farklı tezgahlarda farklı fiyatlardan satılıyor olabilir. Pazarın girişinde tezgahı olan satıcının kilosunu 200 TL’ye sattığı kirazın, pazarın iç kısımlarında bulunan bir tezgahta 100 TL’den satıldığını müşteriye söylemek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle ilk satıcıdan kirazı aldıktan sonra, pazarı

⁶⁶ Wessels, Hillenkamp ve Schuhr, *BT 2*, kn. 506.

⁶⁷ Sattığı aracın hasarlı olduğunu alıcıdan gizleyen kişinin, ihmal suretiyle hileli bir davranışta bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Kindhäuser ve Boese, *BT II*, §27, kn. 30.

⁶⁸ Seibert, *Die Garantienpflichten beim Betrug*, 109.

⁶⁹ BayObLG JZ 1987, 626, 627.

⁷⁰ BayObLG NJW 94, 1078.

⁷¹ Eisele, kn. 540.

⁷² Seibert, *Die Garantienpflichten beim Betrug*, 109.

⁷³ Fischer, *StGB*, §263, kn. 51.

gezen ve aynı kirazın 100 TL'ye satıldığını gören müşterinin aldatıldığını ve kendisine karşı dolandırıcılık suçunun işlendiğini iddia etmesinin bir önemi olmayacaktır.

4. Öngelen Hareketlerden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü

Öngelen hareketler de dolandırıcılık suçu açısından bir garantörlük kaynağı olabilir. Örneğin, yaptığı yanlış açıklamayla, muhatabında gerçekte bağdaşmayan bir kanaat uyandıran ve bu nedenle onun malvarlığına ilişkin bir tasarrufta bulunmasına yol açan kişi, durumu sonradan fark ettiğinde yaptığı yanlış açıklamalı, muhatabını aydınlatmalıdır.⁷⁴

Öngelen hareket icrai veya ihmali olabilir. Ancak her iki durumda da failin öngelen hareketi, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali niteliğinde yani taksirle gerçekleştirmiş olması gerekir.⁷⁵ Aksi halde yani kasten yanlış bilgi vermesi veya vermekle yükümlü olduğu bilgiyi kasten vermemesi durumunda; hilenin icrai hareketlerle gerçekleştirilmesinden veya sözleşmeden ya da dürüstlük ilkesinden kaynaklanan bir garantörlüğün ihmalden söz edilebilir.

V. İHMALİ HAREKETLERLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HİLENİN DOLANDIRICILIK SUÇU KAPSAMINDA CEZALANDIRILMASI SORUNU

İhmali hareketin yani kişinin açıklama yapması gerekirken susmasının hile olarak değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmalıdır.⁷⁶ Öğretide madde gerekçesinden hareketle, dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle işlenebileceğini kabul etmekle birlikte cezalandırmaya ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmayanlar olduğu gibi⁷⁷, ihmali hareketle işlenen dolandırıcılık

⁷⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve Alman hukukunda verilmiş olan yargı kararı örnekleri için bkz. Maass, *Betrug verübt durch Schweigen*, 46vd.; Tiedemann, *LK- StGB*, §263, kn. 68.

⁷⁵ Seibert, *Die Garantenpflichten beim Betrug*, 84.

⁷⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, *Özel Ceza Hukuku*, 773-774.

⁷⁷ Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 795, 796.

eylemlerinin cezalandırılmasının önünde herhangi bir yasal engel görmeyenler⁷⁸ de bulunmaktadır. Ancak Türk ceza hukuku öğretisinde giderek ağırlık kazanan görüş ise ihmalî hareketle işlenen dolandırıcılık suçunun cezalandırılmasının önünde TCK'nın ihmalî hareketle işlenen icrai suçların cezalandırılmasına ilişkin olarak benimsediği sistematikten kaynaklanan hukuki engeller bulunduğu yönündedir.⁷⁹

TCK'da Alman Ceza Kanunu §13 ve İtalyan Ceza Kanunu m. 40'taki gibi, ihmalî hareketle işlenen icrai suçların cezalandırılmasının koşullarını belirleyen, genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Alman Ceza Kanunu §13'e göre: "*Ceza kanununda düzenlenmiş olan bir suç tipinde öngörülen neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren kimse, bu kanuna göre ancak neticeyi önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunması ve ihmalin suç tipinde gösterilen icrai harekete denk olması halinde cezalandırılabilir*". Bu nedenle Alman Ceza Kanunu'nun özel hükümler kısmında icrai hareketle işlenebileceği düzenlenen bir suç ihmalî hareketle işlendiğinde, söz konusu ihmalî hareket AİCK §13'te belirlenmiş olan koşulları karşılıyorsa cezalandırılmaktadır.⁸⁰ AİCK §13'te yer alan bu düzenleme Alman hukuku açısından ihmal suretiyle işlenen icrai suçların cezalandırılmasının yasal dayanağını oluşturmakta ve kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamaktadır. Benzer şekilde İtalyan Ceza Kanunu m. 40'ta da: "*... Hukuken önlemekle yükümlü olunan bir sonucun önlenmemesi, o sonuca neden olmaya eşdeğerdir.*" hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükmün hukuki sonuçları da AİCK §13 ile aynı yöndedir.⁸¹

5237 sayılı TCK'da ihmalî hareketle işlenen icrai suçların cezalandırılmasının koşullarını belirleyen genel bir düzenleme yapmamış, bunun yerine belli bazı suçların ihmalî hareketle işlenmesi durumunda cezalandırılacağına ilişkin özel

⁷⁸ Bu görüşü savunan yazarlar için 3 no'lu dipnota bakınız.

⁷⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Özel Ceza Hukuku*, 773-774; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 518vd.; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı*, 511; Ekici Şahin, *Dolandırıcılık*, 262, 263.

⁸⁰ Carthy, "A Critical Analysis of the Criminalisation of Omissions". Özgenç, özel hükümler kısmında icrai şekilde işlenebilen suçların hangilerinin ihmalî şekilde işlenebileceğinin açıkça düzenlenmesinin de sorunu çözmediğini ifade etmiştir. Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 398.

⁸¹ Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık," 308.

hükümler öngörmüştür. Nitekim TCK'da ihmali hareket yalnızca kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88/2) ve işkence (TCK m. 94/5) suçları açısından özel olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu TCK'nın aksine Kabahatler Kanunu m. 7'de kabahatlerin tamamı açısından uygulanacak genel bir düzenleme öngörmüştür. Bu maddeye göre: *"İhmali davranışla işlenmiş bir kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir"*.

Kanaatimizce kanun koyucunun Kabahatler Kanunu'nun tersine TCK'da ihmali hareketle işlenen icrai suçların tamamına uygulanacak genel bir düzenleme yapmak yerine, belirli suç tipleriyle sınırlı özel düzenlemeler yapmayı tercih etmiş olması tesadüf değil, bilinçli bir seçimdir. Kanun koyucunun Kabahatler Kanunu'nda düzenlemeyi unutmadığı bir şeyi, Ceza Kanunu'nu yaparken unutmuş olması zayıf bir olasılıktır. Bizce kanunlaştırma konusundaki bu tercihi, kanun koyucunun iradesinin TCK'da açıkça düzenlenmediği sürece icrai hareketle işlenen suçların ihmali hareketle işlenmesi halinde cezalandırılmaması gerektiği yönünde olduğunu göstermektedir⁸².

TCK m. 157'de suç olarak tarif edilen fiil, bir kimsenin hileli davranışlarla aldatılıp, aldatılan kişinin veya bir başkasının zararına, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlamasıdır. Maddede suç olarak tanımlanan ve yapılması yasaklanan hareket, bir kimsenin hileli davranışlarla aldatılmasıdır. Bir kimsenin hileli davranışlarla aldatılması ifadesi ilk olarak akla, bir kimsenin yaralanması veya öldürülmesinde olduğu gibi icrai bir hareketi getirmektedir. Hileli davranışlarla aldatmanın icrai hareket gibi ihmali hareketi de kapsadığı ve bu nedenle ihmali hareketle yapılan hilenin cezalandırılmasına ilişkin açık bir

⁸² 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 105 inci maddesi de icrai hareketle işlenen her suçun ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezalandırılmasının mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. 6831 sayılı Kanununun 23.3.2023 Tarih ve 7442 sayılı Kanunla değişik 105 inci maddesine göre: *"69 uncu maddede yazılı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurlarla, orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanunu'nun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır"*. Hakeri'ye göre bu düzenleme de kanun koyucunun iradesinin ihmali hareketle işlenen icrai suçların, sadece kanunda açıkça gösterilen hallerde cezalandırılabileceği yönünde olduğunu ortaya koymaktadır. Kanaatimizce de kanun koyucu ihmal konusunda genel hüküm yerine özel hükümler ihdas etmek ile garantörsel ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenlenmiş olması halinde cezalandırılabileceğini irade etmektedir. Hakeri, *Genel Hükümler*, 157.

düzenleme yapılmasına gerek olmadığı ileri sürülebilir. Aynı iddia kasten yaralama ve kasten öldürme suçları açısından da geçerlidir. Ancak kanun koyucu kasten öldürme veya kasten yaralama suçları açısından, bu iddiayı geçersiz kılan bir kanunlaştırma yöntemi benimsemiştir. Kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarının icrai olduğu kadar ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebilir olmasını ihmali hareketlerin cezalandırılması için yeterli görmemiş, ihmali hareketle işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama fiillerinin cezalandırılacağını ilişkin açık düzenlemeler yapmıştır. Buna karşın “aydınlatma yükümlülüğüne” aykırı hareket ederek başkasının malvarlığının zarara uğratılmasının ceza hukuku açısından bir değer taşıyıp taşımadığı konusunda bilinçli olarak susmuştur.

TCK m. 157'nin gerekçesinde, dolandırıcılık suçunun ihmali davranışlarla işlenmesi halinde de cezalandırılacağı konusunda yapılan açıklamalar, ihmali hareketle gerçekleştirilen hileli davranışların cezalandırılması için yeterli bir yasal dayanak oluşturmamaktadır.⁸³ Eğer kanun koyucunun iradesi ihmali hareketle gerçekleştirilen dolandırıcılık eylemlerini de cezalandırmak yönünde olsaydı, bu hususu gerekçeye bırakmaz, kanunda açıkça düzenlerdi.⁸⁴

AİCK §13'teki gibi genel veya TCK m. 83, TCK m. 88 veya TCK m. 94'teki gibi özel düzenlemeler olmadan, ihmali hareketle gerçekleştirilen hileli davranışlar TCK m. 157 kapsamında cezalandırılmaz.⁸⁵ Aksinin kabulü, TCK m. 2'de düzenlenmiş olan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil nedeniyle kimseye ceza verilemeyeceğine ilişkin kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yaklaşımdır.⁸⁶

⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok, *Özel Ceza Hukuku*, 773-774; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 518, 519.

⁸⁴ Behiye Eker Kazancı ve İlker Zeyrek, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (2019), 531.

⁸⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, 157; Özgenç ise doktrindeki bu tartışmalara rağmen uygulamada somut bir sorunla henüz karşılaşmadığını ifade etmektedir. Yine de Özgenç, kanunilik ilkesinin gereği olarak kanuni düzenleme ihtiyacına dikkat çekmektedir. Bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 398, 399.

⁸⁶ Hakeri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7/2'nin “işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” şeklindeki hükmünün bizatihi belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ve bu hükmeye dayanılarak kanunlarda yer alması dahi belirsiz

Öte yandan TCK m. 83/2'de kasten adam öldürme suçu açısından, yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer sayılmasının şartları belirlenmiştir. Bu düzenleme yalnızca kasten öldürme suçu ile sınırlı olarak ihmali hareketin cezalandırılmasının şartlarına ilişkindir ve ihmali hareketle işlenen kasten öldürme fiillerinin cezalandırılmasının hukuki dayanağını oluşturmaktadır. TCK m. 83/2'nin, TCK'nın özel hükümlerinde düzenlenmiş olan diğer suç tiplerine kıyasen uygulanması TCK m. 2/3'teki yasak nedeniyle mümkün olmadığı gibi⁸⁷, isabetli de değildir. Çünkü özelliği gereği her suç tipi açısından, ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabilmemesinin şartları farklılık gösterecektir. Dolandırıcılık suçunda, "aydınlatma yükümlülüğünün ihmalinin" ne zaman icrai hareketlerle aldatmaya yani susmanın icrai davranışlarla gerçekleştirilen hileye eşdeğer kabul edileceği ve cezalandırılacağı yasal olarak belirlenmemiştir.

Ayrıca, kanun koyucu kasten adam öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketlerle işlenmesi halinde TCK m. 83 ve m. 88 gereğince failin cezasının indirileceğini öngörmüştür. Buna karşın dolandırıcılık suçu açısından böyle bir ceza indirimini söz konusu olmayacaktır⁸⁸. Yani dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle işlendiğinde de cezalandırılabilmesi kabul edilse bile, failin cezasında TCK m. 83 veya TCK m. 88'de olduğu gibi bir indirim yapılamayacaktır. Bu durumda kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarına oranla, haksızlık içeriği daha az olan dolandırıcılık suçunu ihmali hareketlerle işleyen failin cezasında neden indirim yapılmayacağı sorusu cevaplanmalıdır.

SONUÇ

Dolandırıcılık hileli davranışlarla bir başkasını aldatma temelinde icrai hareketlerle işlenebilen bağlı hareketli bir suçtur. Ancak icrai hareketlerle işlenebilen dolandırıcılık suçu ihmali hareketlerle işlendiğinde, görünüşte ihmali suç niteliği kazanır. İhmali hareketle işlenebilen dolandırıcılık suçunda garantör;

cezalandırma uygulamalarının hukuka aykırı olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. Hakeri, Genel Hükümler, 17vd., 23.

⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, *Özel Ceza Hukuku*, 773-774; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı*, 511; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 518, 519. Aksi görüş için bkz. Koca ve Üzülmöz, *Özel Hükümler*, 796.

⁸⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 774.

muhatabını “hataya düşmekten” koruma ve malvarlığına zarar veren bir tasarrufta bulunmaktan alıkoyma ödevi bulunan kişidir. Dolandırıcılık suçunda garantörlük kaynakları kanun, sözleşme, özel güven ilişkisi, yükümlülüklerle aykırı öngelen davranışlar veya çok istisnai bazı durumlarda dürüstlük ilkesi olabilir.

Dolandırıcılık bağlı hareketli bir suç olduğundan, ihmali hareketle işlenebilmesi için garantörlüğün varlığı tespit edilmeli ve garantörün yükümlülüğünü yerine getirmemesi yani ihmali icrai harekete eşdeğer olmalıdır. Eşdeğerlik olmadan, sessiz kalmak veya susmak tek başına hileli davranış olarak değerlendirilemez. Bu nedenle hukuki ilişkide sessiz kalan tarafın, karşısında bulunan muhatabı aydınlatma konusunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunması ve bu kişinin susmasının bir beyan, bir açıklama değeri taşıması gerekir.

Dolandırıcılık suçunda netice, mağdurun malvarlığında bir zarar oluşması ve failin veya bir başkasının bir yarar elde etmesidir. Bu durumda garantörün yükümlülüğü, zarar neticesinin önlenmesidir. Bu neticenin önlenmesi için garantörün, muhatabın iradesini sakatlayan hatayı düzelterek onu aydınlatması gerekmektedir.

İhmali hareketlerle hilenin gerçekleştirilmesi mümkün olsa da ihmali hareketlerle gerçekleştirilen dolandırıcılığın cezalandırılması kanaatimize mümkün değildir. Türk Ceza Kanunu’nda, Alman Ceza Kanunu §13 ve İtalyan Ceza Kanunu m. 40’taki gibi ihmali hareketin cezalandırılmasının şartlarının belirlenmesine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yalnızca kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88/2) ve işkence (TCK m. 94/5) suçlarının ihmali davranışlarla işlenmesinin hukuki sonuçları açıkça düzenlenmiştir. Bu durum kanun koyucunun genel düzenleme yapmak yerine, belirli suç tiplerine ilişkin özel düzenlemeler ihdas etmeye yönelik bakış açısını yansıtmakta ve açıkça düzenlenmeyen hallerde ihmali davranışların cezalandırılmasını tercih etmediğini göstermektedir.

Kanunilik ilkesinin gerekleri göz önüne alındığında hile ihmali hareketle gerçekleştirilebilse bile, dolandırıcılık suçu ihmali hareketlerle işlendiğinde cezalandırılmaz. Nitekim dolandırıcılık suçunda, “aydınlatma yükümlülüğünün ihmalinin” ne zaman icrai hileye eşdeğer kabul edileceği ve cezalandırılacağı yasal

olarak belirlenmemiştir. Aksinin kabulü, TCK m. 2'de düzenlenmiş olan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil nedeniyle kimseye ceza verilemeyeceğine ilişkin kanunilik ilkesine aykırıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Arslan, Uğur. "Sigorta Dolandırıcılığı Suçu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, no.130 (2017): 89-118.
- Artuç, Mustafa. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Bıkmaz, Raif. *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2023.
- Carthy, Samuel. "A Critical Analysis of the Criminalisation of Omissions." *Trinity Collage Law Review*. <https://trinitycollegelawreview.org/a-critical-analysis-of-the-criminalisation-of-omissions/#_ftnref12> Erişim Tarihi: Haziran 18, 2024.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- Dülger, M. Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Eisele, Jörg. *Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte*. Stuttgart: Kohlhammer, 2015.
- Eker Kazancı, Behiye ve Zeyrek, İlker. "TCK'da Dolandırıcılık Suçu." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, (2019), 517-583.
- Ekici Şahin, Meral. *Dolandırıcılık Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi 2019.
- Erdoğu, Osman. *Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Erem, Faruk. *Dolandırıcılık*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları, 1956.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Baden-Baden: C.H. Beck, 2018.

- Ginsburg, Elliot ve Caruso, Carmen. "Fraud by Omission: An Argument for Broader Disclosures and Renewed Enforcement." *Franchise Law Journal* 35, no.1 (2015): 1-18.
- Gökçen, Ahmet ve Balcı, Murat "Dolandırıcılık Suçu." *Malvarlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Güray, Erhan. *Dolandırıcılık ve Belgede Sahtecilik Davalarında Yargılama Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2017.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- Hakeri, Hakan. "İhmali Suçlar," *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no.4 (2007): 137-169.
- Kamışlı, Gani. *Dolandırıcılık Suçu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Bayraktar Köksal, Kangal Zeynel, Evik, Vesile Sonay, Memiş Kartal, Pınar, Yıldız, Ali Kemal, Akyürek, Güçlü, Sınar, Hasan, Retornaz, Eylem Aksoy, Bostancı Bozbayındır, Gülşah, Evik, Ali Hakan, Altunç, Sinan, Aytekin İnceoğlu, Asuman ve Erman, Barış. *Özel Ceza Hukuku - Malvarlığına Karşı Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kılıçarslan İsfen, Sibel. "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma." *Hukuk Köprüsü* 5, no.9 (2015): 81-91
- Kindhäuser, Urs ve Boese, Martin. *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten Gegen Vermögensrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Maass Wolfgang. *Betrug verübt durch Schweigen*. Giessen: Brühl, 1982.
- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III*. Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2013.
- Maurach, Reinhart, Christian Schroeder, Friedrich ve Maiwald, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil., Teilband 1, Heidelberg: Müller, 2009.*

- Mitsch, Wolfgang. *Strafrecht, Besonderer Teil 2: Vermögensdelikte*. Heidelberg: Springer, 2015.
- Monaghan, Chris. *Financial Crime and Corporate Misconduct- A Critical Evaluation of Fraud Legislatio*. ed. Chris Monaghan ve Nicola Monaghan. London ve New York: Routledge, 2019.
- Nicorici, Cristina. "Commission by Omission." *New Legal Reality: Challenges and Perspectives-The 8th International Scientific Conference of the Faculty of Law of the University of Latvia* (Riga, 21-22 October 2021): 347-353.
- Okuyucu Ergün, Güneş. "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no.1 (2021): 304-312.
- Önder, Ayhan. *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Öztürk, Sami. *Güveni Kötüye Kullanma-Bedelsiz Senedi Kullanma-Dolandırıcılık ve TCK Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Perron, Walter in: Schoenke, Adolf ve Schroeder, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C.H. Beck, 2019.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht, Besonderer Teil 1: Vermögensdelikte*, München: C.H. Beck, 2015.
- Robinson, Paul H. "Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of Criminal Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the United States." *New York Law School Law Review* 29, no.1 (1984): 101-124.
- Seibert, Thomas. *Die Garantenpflichten beim Betrug*, Hamburg: Dr. Kovač, 2017.

- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Tümerkan, Somay. *Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1987.
- Türay, Aras. "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1 (2010): 1681-1697.
- Wessels, Johannes, Hillenkamp, Thomas ve Schuhr, Jan C. *Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2018.
- Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4. Cilt, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Yavrutürk, M. Yasin. *Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yurtlu, Fatih. *İhmali Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İCRA TAKİBİNDEN FERAGAT

In the Light of Yargıtay Decisions Waiver of Execution Proceedings

Aziz Serkan ARSLAN*

Öz

Alacaklının, yükümlülüklerini kendi iradesiyle yerine getirmeyen borçlusuna karşı devletin yetkili mercileri aracılığı ile alacak hakkına kavuşmasını konu edinen, icra hukukunda sıklıkla karşılaşılan hususlardan biri de icra takibinden feragattir. Takipten feragat imkânı maddî hukuktaki irade serbestisinin ve tasarruf yetkisinin icra hukukundaki görünümlerinden biridir. Buna göre, alacaklı icra takibinin her aşamasında alacağından ve buna kavuşmak amacıyla başlatmış olduğu takipten feragat edebilecektir. Alacaklının icra takibinden feragati, davadan feragatten farklı olarak, beyanda aksi belirtilmemişse hakkın özünden de feragat edildiği şeklinde yorumlanmaz. Alacaklı takipten feragat etmiş olsa dahi, beyanda açıkça alacak hakkından feragat ettiğini belirtmediği sürece borçluya karşı daha sonra aynı alacak için takip yapabilecektir. Yargıtay kararlarında alacaklının icra takibinden feragat etmesine kural olarak izin verilmekle birlikte

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, azizserkanarслан@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7703-3044.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 03.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 19.11.2024.

Atıf/Citation: Arslan, Aziz Serkan. "Yargıtay Kararları Işığında İcra Takibinden Feragat." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1369-1400.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

takipten feragat hakkının takip esnasında kullanılmasına ilişkin farklı kararlara ve sınırlamalara rastlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İcra Takibi, Feragat, Haciz, Tasarruf İlkesi, Alacaklı.

Abstract

One of the frequently encountered issues in the enforcement law, which deals with the creditor's obtaining the right of receivable through the competent authorities of the state against the debtor who does not fulfil his obligations voluntarily, is the waiver of enforcement proceedings. The possibility of waiver of enforcement proceedings is one of the manifestations of the freedom of will and the power of disposition in civil law in the enforcement law. Accordingly, the creditor may waive his/her receivable at every stage of the enforcement proceedings and the proceedings initiated in order to obtain it. Unlike the waiver of the lawsuit, the creditor's waiver of the enforcement proceedings shall not be interpreted as a waiver of the essence of the right, unless otherwise stated in the declaration. Even if the creditor has waived the enforcement proceedings, the creditor will be able to pursue the same receivable against the debtor for the same receivable later, unless the declaration does not explicitly state that the creditor has waived the right to the receivable. In the decisions of the Court of Cassation, although the creditor is allowed to waive the enforcement proceedings as a rule, different decisions and limitations are encountered regarding the use of the right to waive the enforcement proceedings during the enforcement proceedings.

Keywords: Execution Proceedings, Waiver, Foreclosure, Principle of Parties Control, Creditor.

GİRİŞ

Alacaklının alacak hakkını devlet yardımı ile alabilmek amacıyla başlatmış olduğu icra takibinden feragat etmesi konusu uygulamada yaygın olarak kullanılan fakat sıklıkla problem yaşanan konulardan biridir. Bunun en önemli nedenlerinden biri feragat kurumunun maddi hukuku ilgilendirdiği kadar usul hukukunu ve icra hukukunu da ilgilendirmesi ancak sonuçları bakımından bazı farklılıkların bulunmasıdır. Kısaca bir hakkın hukukî işlem ile tamamen veya kısmen nihaî olarak sona erdirilmesi şeklinde tanımlanan feragat kavramının icra

hukukundaki mahiyetine ilişkin, uygulayıcı konumda bulunan icra dairelerine ve icra mahkemelerine yol gösterebilecek kaynak sayısı son derece sınırlıdır. İcra takibinden feragat edilmesine ilişkin İİK'da açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle bu konuda en önemli dayanak noktası HMK hükümleri ve Yargıtay kararlarıdır. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda icra takibinden feragat edilmesine belli koşullar altında olanak sağlamakla birlikte bu koşullara ilişkin olarak HMK hükümlerine atıfta bulunmaktadır.

Alacağına kavuşmak için icra takibi başlatan alacaklı maddî hukuktaki irade serbestisine ve tasarruf yetkisine kural olarak icra hukukunda da sahiptir. İcra takibinin her aşamasında alacaklı alacağından ve buna kavuşmak amacıyla başlatmış olduğu takipten feragat edebilecektir. İcra takibinden feragat kurumunun HMK'da düzenlenen davadan feragat kurumundan en önemli farkı, alacaklı tarafından feragat beyanı her ne kadar tek taraflı ve borçlu tarafından kabulü zorunlu olmayan bir irade beyanı şeklinde icra dairesine sunulmuş olsa dahi beyanda aksi belirtilmemişse, hakkın özünden de feragat edildiği anlamına gelmemesidir. Dolayısıyla alacaklı açıkça esas alacağına ilişkin taleplerinden de feragat ettiğini icra dairesine beyan etmemiş ise takibin sonlandırılmasından sonra aynı alacağına dayalı olarak yeniden takip yapabilecektir.

Çalışmamızda öncelikle feragate ilişkin genel bilgiler verildikten sonra HMK ve diğer mevzuat hükümleri ışığında icra takibinden feragatin niteliği, özellikleri ve koşulları irdelenecektir. Son olarak Yargıtay'ın güncel kararları göz önünde bulundurularak takipten feragatin sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK

Borçlunun yükümlülüklerini kendi iradesiyle yerine getirmemesi halinde onu buna zorlayarak alacaklının alacak hakkına kavuşmasını konu edinen icra hukukunun en önemli kaynağı ülkemizde 1932 senesinde yürürlüğe giren 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunudur.¹

¹ Hakan Pekcanitez ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022), 34ff.; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 67ff.; M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 17; Ramazan Arslan ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 47ff.; L. Şanal Görgün,

İcra ve İflas Kanununda bir konu ile ilgili hüküm bulunmaması halinde kanunun pek çok maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmıştır. Bu bağlamda Yargıtay da önüne gelen dosyadaki uyuşmazlığa ilişkin İİK'da düzenleyici hüküm bulunmadığı takdirde HMK hükümlerine başvurarak sorunu gidermektedir.²

İcra ve İflas Kanununda açıkça yasal düzenleme olmayan durumlardan biri de icra takibinden feragat konusudur. Gündelik dilde 'vazgeçme' şeklinde de kullanılan feragat kavramı sözlükte kendi isteğiyle vazgeçme, el çekme şeklinde tarif edilmektedir.³ Esasen maddi hukuk kaynaklı olan ve bir hakkın hukukî işlem ile tamamen veya kısmen nihaî olarak sona erdirilmesi şeklinde tanımlanan feragat kavramı, medeni yargılama hukukunda genel olarak davadan feragat kurumunu düzenleyen HMK m.307 ile m.312 arasında ele alınmıştır.⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 'Davaya son veren taraf işlemleri' bölümünde 'Davadan feragat' başlıklı 307. madde hükmünde feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak düzenlenmiştir.

Feragat usul hukukunu olduğu kadar maddi hukuku da ilgilendiren bir kurumdur. Maddî hukukta taraflar, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde irade özgürlüğüne sahiptir (TBK m.26). Hak sahibi, kanunun kendisine tanıdığı

Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 65; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 22ff.; Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980), 24; Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Teorisi* (İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1973), 32.

² İcra ve İflas takipleri sırasında çeşitli davalar ve diğer hukuki çareler söz konusu olmaktadır. Bunlar hakkında öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanmakla birlikte, Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde İcra ve İflas takiplerinin niteliğine uygun düştüğü oranda HMK hükümleri de uygulanır. Bkz. Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflas Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği," iç. Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt 2, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 1846; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usûlleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1960), 1; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 19; Pekcanitez ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*, 24.

³ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 423; *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı (Ankara: Türk Dil Kurumu, 2005), 689.

⁴ Leyla Akyol Aslan, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 14ff.

hak üzerinde, yine hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Bu tasarruf serbestisinin görünümünden biri de kişinin hukuk düzenince kendisine sunulan bir haktan feragat etmesidir (Örn. TBK m.125, TMK m.528, 573 vd). Bu bağlamda maddi hukuk kaynaklı alacak hakkı, icra takibine konu edildiğinde alacaklı maddî hukuktaki irade özgürlüğüne ve tasarruf yetkisine kural olarak icra hukukunda da sahiptir.⁵ Bu irade serbestisinin ve tasarruf yetkisinin gereği olarak, alacaklı alacağının tamamı veya bir kısmı için borçluya karşı icra takibi başlatabilir. Alacaklı takibin başlatılmasında olduğu gibi takibin yürütülmesi ve sona erdirilmesi bakımından da tasarruf yetkisine sahiptir. Dolayısıyla alacaklı icra takibinin her aşamasında borcun haricen ödenmesi veya borçlu ile anlaşma yapılması gibi nedenler ile alacağından ve buna kavuşmak amacıyla başlatmış olduğu takipten feragat edebilecektir.⁶ İcra hukukunda geçerli olan tasarruf ilkesinin yanı sıra alacaklının icra takibini geri alması hâlinde aciz vesikasının sicilden terkin edileceğine ilişkin İİK m.143'te düzenlenen hükümden, İİK m.264/4'te düzenlenen alacaklının takipten vazgeçmesi üzerine ihtiyatî haczin hükümsüz kalacağına ilişkin hükümden ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenen icra takibinden vazgeçilmesi hâlinde takipten vazgeçildiği aşamaya göre değişen oranda tahsil harcının alınacağına ilişkin hükümlerden kanun koyucunun icra hukukunda takipten feragat edilmesine izin verdiği anlaşılmaktadır.⁷

II. TAKİPTEN FERAGATİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

İcra takibinden feragat hususunda İİK' da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda maddi hukukta feragat hakkına ilişkin durumlar ve HMK m.307 ile devamı maddelerindeki hükümler mahiyeti elverdiği ölçüde takipten feragate ilişkin boşluğun doldurulmasında kullanılabilir. Maddî

⁵ Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 53.

⁶ Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 72; Pekcantez ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*, 29ff.

⁷ Nurbanu Erzurumlu Işık ve Cansu Korkmaz, "Yargı Kararları Çerçevesinde Genel Haciz Yoluyla Takibin Geri Alınması ve İcra Hukuku Bakımından Yarattığı Bazı Sorunlar," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73, no. 2 (2024): 1194.

hukuk anlamında feragatin konusu ve şartları, davadan feragatten farklıdır. Maddî hukuk anlamında feragat, öncelikle maddî hukuk anlamında bir hakkın varlığını zorunlu kıldığı gibi, aynı zamanda da bir sözleşmedir.⁸ Bu bağlamda feragatin içerik itibariyle maddî hukuk işlemi olduğu kabul edilebilir. Zira hak sahibi feragat beyanı ile esas haktan vazgeçmektedir.

Davadan feragatte ise dava açma hakkının sahibi olan davacı feragat beyanı ile sadece dava hakkından değil, maddî hukuka ilişkin hak ya da hak iddiasından da vazgeçmektedir. Bir başka ifadeyle, davacı bu irade açıklamasıyla eğer dava konusu yaptığı hak gerçekten mevcut ise bu haktan vazgeçmekte, eğer gerçekte böyle bir hak yoksa bu hakkın mevcut olmadığını bildirmektedir. Yani, söz konusu beyanıyla bir anlamda davada haksız çıktığını kabul etmektedir.⁹ Davayı geri almadan farklı olarak davacının tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran davadan feragat hakkın özünden de feragati içerir ve tekrar aynı hakkın talep edilmesi halinde maddi kesin hüküm niteliği taşır.¹⁰

Maddî hukuk işlemi olan feragatin geçerli olması için şekil şartlarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Hal böyle olmakla birlikte bir maddî hukuk işlemi dava esnasında yapıldığı takdirde, onun için gerekli olan maddî hukuka ilişkin şekil şartlarının yerini, usul hukukuna ilişkin şekil şartları alır. Bu bakımdan davadan feragat, maddî hukuka ilişkin feragatin aksine, bir sözleşmeye, karşı tarafın kabulüne ya da bir mahkemenin ya da vesayet mahkemesinin onayına ihtiyaç göstermeyen hem maddî hukuka hem de usul hukukuna ait unsurları bünyesinde taşıyan karma karakterli (çift nitelikli) bir hukukî işlem olarak kabul edilmektedir.¹¹

⁸ Akyol Aslan, *Davadan Feragat*, 137.

⁹ Akyol Aslan, *Davadan Feragat*, 138.

¹⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. IV* (İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001), 3632; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 792. '*Feragatin kesin hüküm oluşturma etkisi maddi anlamdadır ve feragat nedeniyle reddedilen dava, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeniden açılmaz*'. **Yar. 10. HD, E. 2017/1823, K. 2017/5530**, 06.07.2017; Yar. 13. HD, E. 2006/15804, K. 2007/2793, 01.03.2007.

¹¹ Akyol Aslan, *Davadan Feragat*, 140; Kudret Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 52ff.; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh* (Ankara:

İcra takibinden feragat ise davadan feragatten farklı olarak, takipten feragat beyanı her ne kadar tek taraflı ve borçlu tarafından kabulü zorunlu olmayan bir irade beyanı şeklinde icra dairesine sunulmuş olsa dahi, beyanda aksi belirtilmemişse hakkın özünden de feragat edildiği şeklinde yorumlanmaz. Zira uygulamada icra takibi esnasında taraflar alacak hakkından vazgeçmemek kaydı ile sulh olabilmek, borçluya vade tanımak veya başkaca bir gerekçe ile takipten vazgeçmek yoluna gidebilmektedir. Bu durumda feragat beyanının içeriğinde ayrıca alacak hakkından da feragat edildiğine ilişkin açık bir irade beyanı yoksa alacak hakkı devam etmekle birlikte sadece takipten vazgeçildiği kabul edilmektedir.¹² Yargıtay'ın bu konuda istikrar kazanmış kararlarında da icra takibinden vazgeçilmiş olmasının esas haktan vazgeçildiği anlamına gelmediği, esas haktan vazgeçilmesi için bu yönde açık irade beyanı gerektiği belirtilmektedir.¹³

AÜHF Yayınevi, 1972), 41; Süha Tanrıver, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Ankara, Yetkin Yayınları, 1996), 108.

¹² Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 207ff.; Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7; Arslan ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*, 183; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, 65; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 122.

¹³ 'Davacı hakkındaki icra takibinden vazgeçmesi, alacaktan açıkça feragat beyanı bulunmadığı sürece, alacaktan feragat anlamına gelmeyecek ve tekrar takip başlatılabilecektir'. Yar. 11. HD, E. 2020/6657 K. 2022/602, 25.01.2022. Öte yandan mahkemece, "davalı hakkında daha önce başlatılan takipten feragat edilmiş olması", davanın reddini gerektiren bir diğer gerekçe olarak gösterilmiş ise de, davacı vekili İcra Müdürlüğünde 7.5.2009 tarihinde, "takibimizden feragat ediyoruz. Senet aslının tarafımıza tevdiini talep ederiz." Şeklinde beyanda bulunmuş olup, söz konusu bu beyan, hakkın özünden feragat niteliğinde değildir. Esas haktan feragatin açık bir şekilde yapılması gerekli olduğundan, hakkın özünden değil, sadece takipten feragat edildiği anlaşılmaktadır. Takipten feragat rağmen esas hak, hukuki varlığını korumaya devam ettiğinden, alacaklı, alacağının tahsili için dava veya yeniden icra takibi yoluna başvurabilir. Somut olayda da davacı, feragat etmiş olduğu takipten sonra alacağının tahsili için iş bu davayı açmış olup, mahkemece, davada delil olarak dayanan ve imzası inkâr edilmeyen, 18.3.2009 tanzim tarihli adi senette yazılı olan alacak miktarının davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yar. 13. HD, E. 2011/80 K. 2011/834, 25.01.2011; Aynı yönde Yar. HGK, E. 1995/12-814; K. 1995/1010, 22.11.1995.

Bu bakımdan *'esas alacağa ilişkin taleplerden de vazgeçiyorum'* şeklinde şerh düşülmeden yapılan feragat beyanı ile takibin sonlandırılmasından sonra aynı alacağa dayalı olarak yeniden takip yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Kambiyo senedine dayalı olarak yapılan takiplerde takipten feragat halinde, alacaklı açıkça alacak hakkından feragat etmemişse senet alacaklıya iade edilecektir. Alacaklı almış olduğu senedi tekrar takibe koyabileceği gibi 3. bir kişiye ciro da yapılabilir ve senet 3. kişilerce yeniden takibe konulabilir.¹⁴

Esasen dava veya maddi hukuk bakımından feragat ile icra takibinden feragat kurumu arasındaki hakkın özünün devam edip etmediğine ilişkin ortaya çıkan farklılığın ve yargı kararlarındaki karışıklığın önüne geçmek için takipten feragat

¹⁴ 'Ödeme emri tebliği üzerine, borçlu yasal süre içinde mercie verdiği itiraz dilekçesinde; takip konusu senedin hamili Ö.A. tarafından, Mersin 3. İcra Müdürlüğü'nün 1991/2658 sayılı dosyası ile takip yapıldığını, borcun ödendiğini, alacaklının feragatı nedeniyle bu dosyanın işlemde kaldırıldığını, aynı senede dayanılarak ikinci kez takip yapılamayacağını ileri sürerek, takibin iptalini istemiştir. Mersin 3. İcra Müdürlüğü'nün 1991/2658 sayılı dosyasının incelenmesinden; Alacaklı Ö.A. tarafından borçlu T.Ö. hakkında, 23.3.1991 tanzim ve 23.4.1991 vade tarihli 7.000.000.-TL. bedelli bonoya dayanılarak takip yapıldığı, alacaklının icra tutanağına geçirilen imzalı beyanında "takipten feragat ediyorum. Senedin tarafıma iadesini talep ederim" dediği, feragat nedeniyle dosyanın işlemde kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu senet Ö.A.'nın beyaz cirosu ile lehtar H.B.'ye geçmiş, adı geçen tarafından borçlu hakkında işbu takip açılmıştır. Esas haktan feragat beyanının açık olması gerekir. Alacaklı Ö.A. esas haktan feragat ettiğini bildirmemiştir. Takipten feragat, esas haktan feragati tazammun etmez. Borçlu, borcun ödendiğini bir belge ile kanıtlayamadığına göre itirazın reddine karar verilmek gerekirken kabulü isabetsizdir'. Yar. 12. HD, E. 1991/11509, K. 1992/4534, 09.04.1992. 'Dava dışı şahısların keşidecisi olduğu senet, icra takibine konulmuş ise de bu takip nedeniyle bir tahsilat yapılamaması üzerine icra takibinden vazgeçildiği icra dosyasının incelenmesinden anlaşılmaktadır. Vaki feragat, alacağın özünden değil, sadece icra takip hukuku anlamında tahsil talebinden feragat mahiyetindedir. Takip hukuku anlamında alacağın tahsilinden vazgeçmek, alacağın özünden vazgeçmek olarak kabul edilemez. Davalı savunmasında borçlandığı bedelin hava parası olduğunu ileri sürmüş ise de bu savunmasını ispatlayacak herhangi bir kanıt gösterememiştir. Öyle olunca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırın olup bozmayı gerektirir'. Yar. 13. HD, E. 2006/15804, K. 2007/2793, 01.03.2007.

ile takipten vazgeçme kavramları ayrı ayrı kullanılmalıdır.¹⁵ Alacaklının talebinde *'takipten vazgeçiyorum'* ifadesini kullanması halinde alacak hakkını saklı tuttuğu, *'takipten feragat ediyorum'* ifadesini kullanması halinde ise aynen usul hukukundaki ve maddi hukuktaki gibi hakkın özünden de vazgeçtiği anlamı çıkarılmalıdır. Bu sayede, icra hukukunda da feragat talebinin maddi hukuk ve usul hukuku ile aynı sonuçları doğurması ve terim birliği sağlanabilecektir. Aynı şekilde *'alacaklar baki kalmak kaydıyla takip işlemlerinin sonlandırılması'*, *'takibin geri alınması'* şeklindeki feragat kelimesi içermeyen taleplerde, feragat değil vazgeçme olarak kabul edilmelidir.

Uygulamada maddi hukuka uygun şekilde sonuç doğuracak feragat talebinden bahsedebilmek için açıkça *'alacak hakkımdan da feragat ediyorum'* ibaresinin geçmesi aranmaktadır. Ancak bu durumda takipten feragat maddi hukuktaki sonuçları doğuracak ve sonradan aynı alacağa bağlı yapılacak takiplerin önüne geçebilecektir.¹⁶ Sadece *'takipten vazgeçiyorum'* ifadesi ise feragat ile aynı anlamda kullanılmakta, alacak baki kalacağı için sadece dosya işleminden kaldırılmakta ancak yeniden takip yapılabilmektedir.¹⁷

İcra takibinden feragat halinde, takip talebinde bulunulmasıyla doğan tüm hukukî sonuçlar ortadan kalkar, icra takibi hiç yapılmamış gibi kabul edilir. Bunun sonucu olarak zamanaşımının veya hak düşürücü sürelerin kesilmesi gibi takibin başlangıcıyla birlikte doğan etkiler ortadan kalkar. Aynı şekilde feragat olunan takibe ilişkin görülmekte olan şikâyet talepleri, itirazın kaldırılması talepleri ve itirazın iptali davası gibi takipten doğan uyuşmazlıklar da konusuz kalır ve yargı mercilerince bu taleplere dair esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına

¹⁵ Yar. 13. HD, E. 2010/906, K. 2010/7067, 25.05.2010; Yar. 12. HD, E. 1991/11509, K. 1992/4534, 09.04.1992; Yar. HGK, E. 2017/2524, K. 2018/1668, 08.11.2018; Yar. 13. HD, E. 2011/80, K. 2011/834, 25.01.2011; Yar. 8. HD, E. 2014/27083, K. 2016/15101, 07.11.2016; İstanbul BAM 16. HD, E. 2017/4865, K. 2018/2637, 07.12.2018.

¹⁶ *'İtiraza konu takibe dayanak yapılan aynı senetler için daha önce yapılan bu takipte alacağa ilişkin hakkında özünden de vazgeçilmiş olduğundan aynı senetlere dayanarak yeniden takip yapılamayacağına...'* Yar. 12. HD, E. 2013/15553, K. 2013/23217, 20.06.2013.

¹⁷ *'İlk takip zamanaşımı süresi içerisinde yapıldıktan sonra, yeni takip yapılmak üzere eldeki takip talebinden vazgeçmenin, hakkın özünden vazgeçme olarak nitelendirilemeyeceğine...'* Yar. HGK, E. 1995/12-814, K. 1995/1010, 22.11.1995.

karar verilmesi gerekir.¹⁸ Zira icra takibi yapılmamış gibi kabul edildiğinden, itirazın kaldırılması veya iptali yoluna giden taraf açısından veya icra dairesince yapılan bir işlemin iptal edilmesi veya düzeltilmesi ya da yapılmamış bir işlemin yapılması bakımından şikâyet talebinde bulunan taraf açısından, hukukî yarar ortadan kalkmıştır. Ancak takipten feragat nedeniyle takibe bağlı davaların veya şikâyetin konusuz kaldığı durumlarda, dava ve şikâyet tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumları tespit edilerek yargılama giderlerine karar verilmelidir.¹⁹

Alacaklının takipten feragati, beyanda açıkça alacak hakkından feragat ettiğini belirtmediği sürece hakkın özünden feragati içermediğinden, alacaklı her ne kadar takipten feragat etmiş olsa dahi borçluya karşı daha sonra aynı alacak için yapacağı takiplerde veya açılacak davalarda borçlunun temerrüde düştüğü anın tespiti açısından, ödeme emri borçluya tebliğ edilmiş ise borcu bilmediği

¹⁸ ‘Somut olayda, davalı asilin İcra Müdürlüğü'ne hitaben vermiş olduğu 10.12.2010 tarihli feragat dilekçesinde dava konusu senede dayalı olarak davacı aleyhine girişilen icra takibinden kayıtsız ve şartsız feragat edildiği belirtilmiş ve feragat nedeniyle dava konusu senedin davacıya iadesi talep edilmiştir. Dilekçe içeriğinden feragatin haktan feragat niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, davadan sonra gerçekleşen bu feragat nedeniyle davanın konusuz kaldığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığın değerlendirilmeye yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir’. Yar. 19. HD, E. 2015/2224, K. 2015/16938, 15.12.2015.

¹⁹ “...Şikâyet başvurusundan sonra ortaya çıkan bir olay nedeniyle artık şikâyet konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada şikâyetin konusuz kalmasından söz edilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin yargılamaya devam etmesine gerek yoktur. Şikâyetin konusuz kalması halinde, artık şikâyet (esas talep) hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmaz. Bu halde, mahkeme, şikâyet (esas) hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Çünkü, bu tür kararlarda, hükümler gibi (eda, tespit, inşai) diğer nihai kararlardandır...Davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin yargılamaya devam ederek, dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğunu tespit edip, o tarafı yargılama giderlerine mahkûm etmesi gerekir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 21.12.2005 gün ve 2005/6-762-755 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.) İcra hukukuna özgü şikâyet başvurularında da durum aynıdır.”, Yar. HGK, E. 2010/106, K. 2010/107, 24.02.2010. Feragatin davalara etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erzurumlu Işık ve Korkmaz, “Takibin Geri Alınması,” 1228ff.

şeklindeki iyi niyet iddiasının önüne geçecektir.²⁰ Ayrıca borçlunun temerrüt anı da feragat edilen takibin başladığı an olarak kabul edilecektir.²¹

Alacaklının takipten feragati ile birlikte harçlar ödenerek takip sona erdirilmiş ise, ileride aynı alacak için başlatılacak takipte, önceki icra takibi son bulduğu için derdestlik itirazı ileri sürülemeyecek, bunun için borçlu tarafından süresiz şikâyet yoluna başvurulamayacaktır. Ancak feragat beyanına rağmen harçların ödenmemesi durumunda takip dosyası açık kalacağından, aynı alacağa dayalı yeniden takip yapılması durumunda derdestlik durumu ortaya çıkacak ve borçlunun başvurusu üzerine aynı alacağa dayalı yapılan sonraki takip iptal ettirilebilecektir.²²

²⁰ İcra takibinin geri alınmasıyla birlikte, takip hiç yapılmamış gibi kabul edilse de ödeme emrinin gönderilmesi üzerine doğan borçlunun iyiniyetinin ortadan kalkması sonucu korunmuş olur. Nitekim borçlu ödeme emri ile birlikte takibe konu olan borcun varlığını öğrenmiş olur ve böyle bir borcu bilmediğini veya bilebilecek durumda olmadığını ileri süremez. Buna karşılık, borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden icra takibi geri alınmışsa borçlunun, hakkında takip başlatıldığını bilmeyeceği varsayımından hareketle iyiniyetin ortadan kalkması sonucu doğmaz. Bkz. Erzurumlu Işık ve Korkmaz, "Takibin Geri Alınması," 1212.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alper Tunga Küçük, "İcra Takibinde Borçlunun Temerrüde Düşme Anının Belirlenmesi," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1-2 (2020): 2352; Erzurumlu Işık ve Korkmaz, "Takibin Geri Alınması," 1213; 'Takip dayanağı belgede ödemenin hangi tarihte yapılacağı konusunda vadeyi içerir bir kayıt bulunmadığı gibi, faiz istenebilmesi için, belgede ödeme tarihinin de açıkça belirtilmesi gerekir, belgede böyle bir kayıt yok ise faiz ancak borçlunun temerrüde düşürülmesi halinde, temerrüt tarihi itibarıyla istenilebilir. Taraflar arasında borcun vade tarihinin kesin olarak belirlenmediği ve icra takibinden önce davalının temerrüde düşürülmediği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda, vade tarihi belirsiz olan para alacağı için davalı borçlu icra takibinden önce temerrüde düşürülmediğinden temerrüt faizi ancak icra takibinden sonraki dönem için talep edilebilir'. Yar. HGK E. 2013/12-193, K. 2013/1077, 11.09.2013.

²² Ayşe Kılınç, *İcra Takibinde Derdestlik* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 102ff. "...Şikâyete konu takip dosyasında davalı tarafça feragat harcı yatırılmadığı sürece takip derdest kalmaya devam edecektir. Derdest bir icra takibinde ise, alacaklının talebi üzerine icra işlemlerine devam edilmesi mümkün olduğundan, davacının bu takibin iptalini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır. Davalı vekilinin 09/12/2020 tarihli dilekçesi üzerine takibin işleminden kaldırılması konusunda herhangi bir işlem yapılmadığından ve takip dosyası derdest olduğundan, şikâyetin konusuz kaldığından söz edilemez. Bu nedenle, mahkemece takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi yerinde görülmemiştir.", İzmir BAM 8. HD, E. 2021/1402, K.

III. TAKİPTEN FERAGATİN ŞEKLİ VE ZAMANI

Takipten feragat, takibin derdest olduğu icra dairesine hitaben takibin alacaklısı tarafından verilecek bir dilekçe ya da sunulan bir yazılı beyanla yapılır (HMK m.309'a kıyasen).²³ Takip alacaklısının birden fazla olduğu durumlarda, alacaklılar arasında zorunlu takip arkadaşlığı varsa söz konusu alacak hakkı üzerinde tüm alacaklılar hep birlikte tasarruf yetkisine oldukları için takibin başlangıcında olduğu gibi sona erdirilmesinde de tüm takip arkadaşlarının birlikte hareket etmesi gerekir.²⁴ Bu bağlamda takipten feragat talebinin alacaklıların hepsi tarafından yapılması gereklidir.

Takip alacaklıları arasında ihtiyarî takip arkadaşlığının bulunduğu durumlarda ise alacaklılardan birisi ya da birkaçı takipten feragat talebinde bulunabilir. Bu durumda takip sadece talepte bulunan alacaklılar yönünden sona erer.

Alacaklının takipten feragati, beyanda açıkça alacak hakkından feragat ettiğini belirtmediği sürece hakkın özünden feragati içermediğinden bunun bir neticesi olarak, birden fazla borçluya karşı girişilen bir takipte borçlulardan sadece birine ilişkin takipten feragat edilmiş olması sadece ona karşı yapılan

2022/42, 07.01.2022; Yargıtay'ın katılmadığımız aksi yöndeki bir kararı için bkz. 'Alacaklı, 06.07.2015 tarihinde icra müdürlüğüne sunduğu iki ayrı dilekçe ile "takipten" ve "takip alacağından" feragat ettiğini bildirmesine rağmen, 01.09.2015 ve 03.09.2015 tarihlerinde haciz talebinde bulunmuş ve bu talepleri icra müdürlüğüne kabul görmüştür. Takip konusu alacaktan feragat edilmesi halinde, takibe devam edilmesi mümkün değildir. Bu durumda, mahkemece, borçlunun şikayetinin kabulü ile takip konusu alacaktan feragat edilmesi nedeniyle ortada takibi mümkün bir alacak kalmadığından, takibin devamı yönündeki icra takip işlemlerinin iptaline karar verilmesi gerekirken, tahsil harcının borçlu tarafından yatırılmadığından bahisle alacaklının yapmış olduğu feragatlerin hüküm doğurmayacağı yönünde gerekçe ile şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir'. Yar. 12. HD., E. 2016/7524, K. 2016/25595, 19.12.2016.

²³ 'Takip dosyasının incelenmesinde davacı tarafça anılan belge takip dosyasına ibraz edilmediği gibi, davacı tarafın takip dosyasına intikal etmiş bir vazgeçme beyanının da mevcut olmadığı ve Harçlar Kanununun 23 ncü maddesi uyarınca bir harç ödenmediği anlaşılmıştır. Her ne kadar alacaklının yaptığı icra takibinden vazgeçilmesi mümkün ve bunun için borçlunun rızası gerekli değil ise de, takip dışı bir feragat İcra Müdürlüğüne ulaşmadıkça sonuç doğurmaz'. Yar. 11. HD, E. 2002/10514, K. 2003/2323, 13.03.2003.

²⁴ Buse Dişel, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2014), 83ff.

takibi sonlandıracak, ancak asıl borcu sonlandırmayacağı için diğer borçlulara veya müteselsil kefillere karşı yapılan icra takiplerine devam edilebilecektir.²⁵

Takipten feragat alacaklıya tanınmış bir hak olup, haricen borçlu ve alacaklı arasında yapılan bir sözleşmeye dayanılarak borçlu tarafından takipten feragat kural olarak istenemez.²⁶ Ancak borçlunun, alacaklı ile feragat konusunda yapmış olduğu *sulh sözleşmesine dayanarak icra takibine son verilmesi talebi halinde, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermelerine ilişkin sulh olmasını içeren Yargıtay kararı burada da kıyasen uygulanabilir.*²⁷ *Yargıtay kararı şu şekildedir; "Buna göre sulh mahkeme önünde yapılabildiği gibi mahkeme dışında da yapılabilir. Mahkeme dışı sulh diğer sözleşmeler gibi, tamamen maddi hukuk hükümlerine tabidir. Mahkeme dışı sulhun tarafları bağlaması ve mahkemece dikkate alınması iki halde mümkündür. Birinci halde, taraflar mahkeme dışında sulh oldukları sözleşmeyi mahkemeye verip buna göre sulh olduklarını bildirmişlerse, bu husus mahkemece tutanağa geçirilir, taraflara okunur ve imza ettirilir, bu halde mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür. İkinci halde ise, taraflar ikisi birlikte davaya bakan mahkemeye sulh olduklarını bildirmezler ve taraflardan biri böyle bir sulh sözleşmesini inkâr ederse mahkeme dışı sulhe dayanan taraf bunu kanıtlamakla yükümlüdür". Karara kıyasen icra takibinin tarafları takipten feragati de içeren sulh sözleşmesini icra dairesine verip buna göre sulh olduklarını bildirirlerse, bu husus icra dairesi tarafından tutanağa*

²⁵ Erzurumlu Işık ve Korkmaz, "Takibin Geri Alınması," 1198; Müteselsil alacaklılığın ya da borçluluğun mevcut olduğu durumlarda Harçlar Kanunu'nun 23. maddesi ile düzenlenen harç bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Müteselsil borçlulukta takip borçlularının tamamının tek bir borçtan sorumlu olması (TBK m. 162), müteselsil alacaklılıkta ise tek bir alacağın bulunması (TBK m. 169) söz konusu olduğundan her bir takip arkadaşı bakımından alacağın tamamı üzerinden ayrı ayrı tahsil harcı alınmaması gerekir. Bkz. Enver Karmış, "İcra ve İflâs Kanunu Işığında Harçlar Yasasının Uygulanması," *Legal Hukuk Dergisi* 2, (2003): 344-345.

²⁶ Aslan'a göre tarafların mahkeme dışında yaptıkları sulh sözleşmesinin içeriğine davanın geri alınması işlemini monte etmelerine de bir engel yoktur. Örneğin mahkeme dışı sulh çerçevesinde davalının davayı kısmen kabul etmeyi, davacının da davayı kısmen geri almasını vaat etmesine ya da davalının bazı taahhütleri karşılığında davacının davayı geri almasına bir engel bulunmamaktadır. Fakat sadece davanın geri alınmasını içeren bir soyut sulh sözleşmesi yapıp yapılamayacağına tereddütle yaklaşılmalıdır. Çünkü davanın geri alınması ancak davalının açık rızasıyla sonuç doğurabilecek bir işlemdir. Bkz. Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 227ff.

²⁷ Yar. 9. HD, E. 2008/9306, K. 2008/5747, 24.03.2008.

geçirilir, taraflara okunur ve imza ettirilir ise bu şekilde takip sonlandırılabilir. İkinci halde ise, takibin tarafları ikisi birlikte takibin yapıldığı icra dairesine sulh olduklarını beyan ederek feragat ile takibin sona erdirilmesini bildirmezler ve taraflardan biri böyle bir sulh sözleşmesini inkâr ederse, dışarıda yapılan sulh sözleşmesine dayanan taraf feragate ilişkin hususu kanıtlamakla yükümlü tutulmalıdır.

Feragat tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurabilmesi için karşı tarafın izin veya icazetine yahut icra dairesinin onayına gerek yoktur (HMK m.309/2).²⁸ Bu bağlamda alacaklının icra takibinden feragat talebi üzerine, icra dairesinin sadece feragatin usuli kurallara uygun yapılıp yapılmadığını örneğin harçların yatırılıp yatırılmadığını, vekilin özel yetkiye sahip olup olmadığını gibi durumları incelemesi yeterlidir.²⁹

Alacaklı vekilinin icra takibinden feragat edebilmesi için buna ilişkin vekaletnamesinde açıkça yetkilendirilmiş olması kural olarak gereklidir. HMK m.74 gereği vekile açıkça yetki verilmemiş ise vekil davadan veya kanun yollarından feragat edemez. Davadan feragate ilişkin madde düzenlemesi, davanın devamı niteliğindeki icra takipleri için de geçerlidir. Ancak burada icra takibinden feragatin hakkın özünden feragati içermemesi nedeniyle ikili bir ayırım yapmakta fayda vardır. Buna göre vekil açıkça alacak hakkından vazgeçmeksizin takipten feragat ediyor ise bu durumu HMK m.123'te düzenlenen davanın geri alınması gibi değerlendirmek ve HMK m.74 gereği vekaletnamede ayrıca özel bir yetki aramamak yerinde olacaktır. Buna karşın vekil, takiple birlikte icra takibine konu alacak hakkından da açıkça feragat ediyor ise, bu durumda vekilin vekaletnamesi başlatılmış olan icra takibinden feragat edebileceği şeklinde özel bir yetki içermiyorsa, vekil müvekkilinin yazılı bir beyan veya talimatı olmaksızın devam eden icra takibinden de feragat edememelidir.³⁰

²⁸ Alacaklı yaptığı icra takibinden vazgeçebilir. Yeni takip talebini geri alabilir. İcra takibinden vazgeçme esas haktan feragat niteliğinde değildir. Bunun için borçlunun rızasına gerek yoktur. Bkz. Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 181.

²⁹ Murat Atalı, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt 3 (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017), 2015.

³⁰ Alacaklı, feragat yetkisi bulunan vekilinin yaptığı feragatten dönemez. Çünkü, vekilin yaptığı feragat beyanı müvekkil için sonuç doğuracaktır. Ancak, vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkide, vekilin, vekaletnamesinde feragat özel yetkisi bulunsa bile, müvekkilinden talimat almadan

Uygulamada kullanılan matbu vekaletname örneklerinden hareketle, vekile davadan feragate ilişkin özel yetki verildiği ancak icra takiplerine ilişkin vekaletnamede herhangi bir kaydın yer almadığı durumlarda davadan feragate ilişkin verilen özel yetkinin icra takibinden feragati de içerdiği kabul edilmelidir.³¹

İcra hukukunda takipten feragat açıkça haktan da feragati içermediğinden alacaklı takibe konu alacak hakkından da feragat ediyor ise bu feragat beyanının açık, kesin ve koşulsuz olarak yapılması gerekir (HMK m. 311'e kıyasen). Alacaklı takip konusu alacağını haricen tahsil etmemiş olsa dahi feragat beyanında bulunabilir.³² Bununla birlikte uygulamada alacaklı taraf, alacak hakkından ve devam eden takibinden feragat etmekle birlikte, hukuken kendisi tarafından ödenmesi gereken feragat (tahsil) harçlarının karşı tarafça ödenmesi koşulunu ileri sürebilmektedir.³³ Bu durumda takip, şarta bağlanan feragat iradesi nedeni ile

takipten feragat etmemesi uygun olur. Alacaklı, kendisinden açıkça talimat almadan takipten feragat eden vekilini azleder ve vekil TBK m.505 gereğince "müvekkilinden talimat alsaydı ne şekilde hareket edecek idi ise o davranışta bulunduğunu" ispat edemezse, alacaklı vekilini azletmiş olmasında haklı sayılır. Bu nedenle, alacaklı, haklı olarak azletmiş olduğu vekiline vekâlet ücreti ödemekle yükümlü değildir. Ancak bu sonuçlar, alacaklı ile vekil arasındaki iç ilişki bakımından söz konusu olur. Bu durum, vekâletnamesinde feragat özel yetkisi bulunan vekilin, müvekkilinden talimat almadan yaptığı feragatin geçerliliğini etkilemez. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Akyol Aslan, *Davadan Feragat*, 301ff.

³¹ 'Somut olayda; icra dosyasında mevcut bulunan ... 17. Noterliğince düzenlenen 11/06/2014 tarih, okunamayan yevmiye no.lu vekaletnamede... Ltd. Şti. ve ... "Adına avukat ve avukatlar tayin etmek sureti ile, leh veya aleyhine açılmış, açılacak bilumum dava ve takiplerden dolayı...temsile, haklarımızı korumayı temin...için uygun göreceği bütün işlemleri takip etmeye...dava açmaya...davadan ve kanun yollarından feragat etmeye ..." Av... vekil tayin edilmiştir. Borçlu vekilinin vekaletnamesinde davadan ve kanun yollarından feragate, kabul, sulh gibi en geniş anlamda feragat kabul yetkilerinin mevcut olduğu görülmüştür. Dolayısıyla mevcut vekaletname HMK'nun 73/1. maddesi kapsamında genel vekaletname olup, takibe itirazdan vazgeçme yetkisini kapsar'. Yar. 12. HD, E. 2016/9638, K. 2017/1526, 08.02.2017.

³² Buna ilişkin olarak Harçlar Kanunu m.23'te '*İcra Takibinden Vazgeçme*' başlığı altında düzenlenen hükümde 'her ne sebep ve suretle olursa olsun' icra takibinden vazgeçildiğinin zabıtnameye yazılması için vazgeçilen miktara ait tahsil harcının yarısının alınacağı ancak haczedilen mal satılıp paraya çevrildikten sonra vazgeçilirse tahsil harcının tam olarak alınacağı belirtilmiştir.

³³ Harçlar Kanunu 1 sayılı tarifesinde feragat harcının alınması, ödeme emri veya icra emrinin tebliği şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden önce icra takibinden feragat edilmesi halinde alacaklı tarafından feragat harcı ödenmeyecektir ve feragat

sonuçlanmış sayılmayacaktır. Ancak uygulamada karşılaşıldığı üzere alacaklının icra dairesine yapmış olduğu feragat talebinden sonra borçlu tarafında harçları ödemesi sonucunda takibin sonuçlanması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ise esasen takibin hukuki açıdan feragat ile değil alacaklı ile borçlu arasında gerçekleşen zımni bir sulh anlaşması ile sona erdiği kabul edilmelidir.

Alacaklı takip konusu alacağın bir kısmından feragat edebilir. Ancak bu durum kalan kısım için takibin sonlanması anlamına gelmeyecektir. Alacaklı, kalan kısım için icra takip işlemlerine devam edilmesini talep edebilir. Zira HMK m.307'nin madde gerekçesinde davadan feragate ilişkin 1086 sayılı Kanunun 91. madde hükmü korunurken, maddeye kısmen feragat hususu ilave edilerek, talep sonucundan kısmen vazgeçmenin de mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda alacak hakkının devlet zoru ile elde edilmesini konu alan icra takiplerinde de alacaklının alacak hakkının bir kısmından feragati, dolayısıyla icra takibinden kısmen feragat etmesi mümkündür. Hatta alacaklının, bölünebilir olması halinde alacağının bir kısmından hakkı da sona erdirecek şekilde feragat etmesi, diğer kısmı için takibi geri alacak şekilde feragat etmesi tasarruf ilkesi gereğince mümkündür. Bu durumda alacaklı, açıkça alacak hakkından feragat etmediği kısım için yeniden takip yapabilecektir. Açıkça alacak hakkından feragat ettiği kısım için takip yapması durumunda ise, borçlu itiraz yolu ile bu kısım için alacak hakkının sona erdiğini ileri sürebilecektir.

Alacaklının icra takibine ilişkin haciz, satış gibi bir takım icra takip işlemlerini talep etme hakkından en baştan feragat ederek takibini sürdürmesi mümkün değildir.³⁴ Zira icra takip işlemleri alacaklının alacağına kavuşmasını sağlayan bir zincirin halkaları sayılacak olursa, kesinleşen takipten sonra icra organınca gerçekleştirilen haciz veya satış gibi işlemlerin amacı alacaklılara teminat

talebi ile birlikte takip sonuçlandırılacaktır. Alacaklının icra takibini açarken yatırmış olduğu peşin harç, Harçlar Kanunu m.29'da belirtildiği üzere icra takibinden feragat halinde ödenecek harçtan mahsup edilecektir. Uygulamada icra takibinden feragate dair talepte bulunulmuş, ancak tahsil harcı ödenmemişse alacaklıdan on beş gün içinde harcın ödenmesi istenilmekte; bu süre içinde harcın ödenmemesi hâlinde, harç tahsil müzekkeresi yazılarak müteakip işlemlere harcın yatırılması hâlinde devam edilmektedir. Bkz. Erzurumlu Işık ve Korkmaz, "Takibin Geri Alınması," 1205; Ali Tat, *Uygulamada İcra ve İflâs Hukuku Harç Rehberi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 61.

³⁴ Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri, Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 27ff.

sağlamak değil; onların hiç değilse bu aşamadan sonra borçlunun malvarlığı ile tatmin edilmesine yardımcı olmak, bu bağlamda borçlunun alacaklıları zarara sokacak tasarruf işlemi bulunma yetkisini engellemektir. Bu yüzden henüz gerçekleşmemiş olan icra takip işlemlerinin bir kısmını talep hakkından alacaklının en baştan feragat ederek takibine devam edebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte alacaklı, icra dairesince gerçekleştirilmiş olan haciz, satışa hazırlık gibi icra takip işlemlerinden gerekli harçların ödenmesi halinde feragat edebilecektir.

Alacaklı icra takibinin her aşamasında takipten feragat edebilir.³⁵ Takibin taraflarının takip sona erene kadar tasarruf yetkilerinin bulunması nedeniyle, takip sona ermiş ise ortada derdest bir takip kalmadığından icra takibinden feragat işlemi sonuç doğurmaz. Takipten feragat edilmesi bakımından, başvuru takip yolunun bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda feragat ilamsız takip yoluna ilişkin olabileceği gibi ilamlı takip yolu için de mümkündür. Aynı şekilde rehinin paraya çevrilmesi ve iflas yolu ile takipten de feragat edilmesi mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nda takipten feragat ilişkisi herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir. Harçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye göre ise haczedilen malın satılıp paraya çevrilmesinden sonra da takipten feragatin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.³⁶

Harçlar Kanunu m.23'e göre, takipten feragat talebinin işleme konularak zabınameye yazılabilmesi, bu sayede icra takibi bakımından sonuçlarını doğurabilmesi için tahsil harcının ödenmiş olması gereklidir. Aksi halde icra dairesi takip işlemlerine devam edebilecektir.

³⁵ Bununla birlikte ihalede teklif verildiği andan sonra takibin geri alınması, alıcının hukuki durumu bakımından tereddüt yaratacağı için bu aşamadan sonra takibin geri alınmaması yönünde Alman hukukunda ve Türk hukukunda görüşler mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Friedhelm Gaul ve diğerleri, *Zwangsvollstreckungsrecht* (München: C. H. Beck, 2010) § 26, 14; Erzurumlu Işık ve Korkmaz, "Takibin Geri Alınması," 1206ff.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kudret Aslan, "7343 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerle Birlikte Hacizli Malların Satış Talebi ve Satış Giderleri," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 2 (2023): 841ff.

Alacak hakkından açıkça feragat edilmemiş bir takibin sürekli olarak yenilenmesi suretiyle borçlunun cebrî icra işlemleriyle karşı karşıya bırakılması ve alacağın elde edilmesi yerine borçluya zarar vermek amacıyla cebrî icraya başvurulması, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece icra takibinden feragat işlemi ve yenilenmesi tekrarlanabilir.³⁷

İcra takibinde alacaklı, hem alacağından hem de takipten feragat etmiş ise bu beyanından dönemez. Bunun tek istisnası TBK m.30 vd. düzenlenen irade bozukluğu halleridir. Takipten feragat esnasında irade bozukluğu sebepleri var ise bu nedenler ileri sürülerek feragatin iptali istenebilir. Bu durumda HMK m.311 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere feragat ve kabule ilişkin irade beyanları, hata, hile veya ikrah sebeplerinden biriyle sakatlanmış ise beyanda bulunan taraf, borçlar hukuku kuralları çerçevesinde, iradeyi sakatlayan sebebi ispat etmek şartıyla, feragat veya kabulün iptali için genel mahkemelerde dava açabilecektir.³⁸

IV. TAKİPTEN FERAGATE İLİŞKİN GÜNCEL YARGITAY KARARLARI VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

³⁷ Erzurumlu Işık ve Korkmaz, "Takibin Geri Alınması," 1203.

³⁸ "Davadan feragat; yanılma, aldatma ve korkutma nedenleriyle iptali ayrı bir dava açılarak ileri sürülebileceği gibi irade bozukluğu nedenleriyle feragatin geçersiz olduğu aynı dava içinde de ileri sürülebilir. Bu durumda mahkemece iddiaya ilişkin deliller toplanarak, feragat beyanının hukuki bir sonuç doğurup doğurmayacağı hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Ne var ki, böyle bir inceleme yapıp karar verilebilmesi için öncelikle feragat beyanının irade bozukluğu nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülmesi gerekmekte olup, bu konuda mahkemece kendiliğinden inceleme yapılması olanaklı değildir. Nitekim aynı hususlar Hukuk Genel Kurulunun 25.10.2022 tarihli ve 2021/8-284 Esas, 2022/1371 Karar sayılı kararında da vurgulanmıştır." Yar. HGK, E. 2021/(14)7-462, K. 2023/247, 22.03.2023.; Kanaatimizce asıl haktan da feragat edilen bir takipte, davadan feragatin kanun yoluna gidilerek iptali imkanına kıyasen, takip içerisinde şikayet yolu ile hata, hile, ikrah sebebine dayanılarak iptali istenemez. Zira burada icra dairesi tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı bir işlem söz konusu olmadığı gibi, sınırlı inceleme yetkisi olan icra mahkemesi tarafından bu konuda inceleme yapılamaz.

İcra takibinden feragat ilişkin Yargıtay kararlarında takipten feragat hakkının takip esnasında kullanılmasına ilişkin farklı kararlara ve sınırlamalara rastlanmaktadır.

Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kararlarında kural olarak alacaklının tek taraflı bir irade beyanı ile takipten feragat etmesine izin verilmekle birlikte, dosya alacaklısının alacağı üzerine haciz konulmuş olması halinde, takip dosyasına haciz koyduran alacaklının İİK m.120 gereği dosya üzerinde takip yetkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın üzerine haciz konulan dosyada, dosya alacaklısının tasarruf yetkisinin ortadan kalktığına, alacaklı yahut vekilinin üzerine haciz konulan dosyaya haricen tahsil, feragat, vazgeçme taleplerinde bulunamayacağına hükmedilmektedir.³⁹

³⁹ 'Takip başladıktan sonra, takip konusu olan alacağın bir başkasına devredilmesi (temlik edilmesi) mümkündür. *Dosya alacaklısının alacağı üzerine haciz konulmuş olması halinde, üzerine haciz konulan dosyada alacaklının tasarruf yetkisi sınırlanmış olduğundan; alacaklı yahut vekilince üzerine haciz konulan dosyaya haricen tahsil, feragat ve vazgeçme taleplerinde bulunulamayacaktır*'. Yar. 12. HD, E.2022/8458, K.2023/1183, 27.02.2023; Yar. 12. HD, E. 2022/1051, K. 2022/7569, 21.06.2022; 'Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; davacı alacaklı tarafından dava dışı borçlu M..hakkında, Malatya İcra Müdürlüğü'nün 2014/24850 Esas sayılı dosyası üzerinden, 1 adet bonoya dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibi başlatıldığı, örnek no 10 ödeme emrinin borçluya tebliği üzerine takibin kesinleştiği, akabinde davacı alacaklı tarafından 03.11.2021 tarihli dilekçe ile dava dışı borçlu M.'den alacağını haricen tahsil ettiğinden takibin kapatılmasını talep ettiği, İcra Müdürlüğü'nce talebin reddedildiği, zira başlatılan takip alacağına, davacı alacaklının borçlu bulunduğu, Malatya İcra Müdürlüğü'nün 2019/13502 Esas sayılı dosyasından 01.08.2019, 19.08.2020, 12.10.2020 ve 20.08.2021 tarihlerinde ve yine İstanbul 1. İcra Müdürlüğü'nün 2019/2170 Esas sayılı dosyasından da 27.08.2020, 30.11.2020 ve 21.12.2020 tarihlerinde ayrı ayrı haciz konulduğu, bu halde davacı alacaklının başlatmış, ve alacaklı bulunduğu takip dosyası üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı görülmekle, takibin haricen tahsil edildiği nedenle kapatılması yetkisinin ortadan kalktığı, dolayısıyla İcra Müdürlüğü'nün davacı alacaklının talebine yönelik ret kararının isabetli, mahkemece bu doğrultudaki şikayetin reddi kararının da usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle.. BAM kararının onanmasına...' Yar. 12. HD, E. 2022/11929, K. 2023/3763, 29.05.2023; Dosya alacağına haciz konulduğu ve konulan hacizlerin devam ettiği, dosya alacağı üzerine konulan haciz miktarları kadar dosyanın taraflarının dosya üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlandığı anlaşılma, borçlunun konulan hacizlerin kaldırılması talebinin icra müdürlüğüne reddine

Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında ise, dosya alacaklısının alacağı üzerine haciz konulmuş olsa da eğer haciz koyduran kişi İİK m.120 gereğince alacağın tahsiline ilişkin icra mahkemesinden yetki almış ise, haciz konulan dosyada haricen tahsil, feragat, vazgeçme taleplerinde bulunulamayacağına, ancak İİK m.120 gereğince alacaklı alacağın tahsiline ilişkin icra mahkemesinden yetki almamış ise haciz konulan dosyada haricen tahsil, feragat, vazgeçme taleplerinde bulunulabileceğine hükmedilmektedir.⁴⁰

karar verilmesi usul ve yasaya uygun olup, bu işleme yönelik şikâyetin ilk derece mahkemesince reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır'. Konya BAM 7. HD, E.2021/1762, K.2021/1717, 06.12.2021.

⁴⁰ '.... vekilince bu yetki belgesi 2. İcra Müdürlüğü'ne sunularak takip işlemleri yapılmış, takibin derdest bulunduğu aşamada, borçlu ... alacaklı olduğu Şanlıurfa 2. İcra Müdürlüğü'ne 30.09.2014 tarihinde müracaat ederek 02.12.2011 tarihli feragatnameyi sunup dosyanın kapatılmasını talep etmiştir. Şanlıurfa 2. İcra Müdürlüğü tarafından alacaklı ... istemi, 02.12.2011 tarihli belgeye istinaden alacağın haricen tahsil edildiğinin kabulü ile dosyanın kapatılmasına karar verilmiştir. Şanlıurfa 3. İcra Müdürlüğü'nün 2014/8829 esas sayılı dosyasında alacaklı konumunda olan'nin, İİK'nun 120. maddesine dayalı yetkisi nedeniyle, şikâyet konusu edilen takipte taraf sıfatı ve menfaati bulunduğu anlaşıldığından, mahkemenin gerekçesi bu nedenle doğru bulunmamıştır. Öte yandan şikâyetçi'nin, Şanlıurfa 3. İcra Müdürlüğü'nün 2014/8829 Esas sayılı dosyasında, aynı yer 2. İcra Müdürlüğü'nün 2011/1703 sayılı dosyasını haciz koyduğu miktar kadar takip ve tahsil yetkisi aldığı görülmektedir. Adı geçen anılan bu yetki belgesinde geçen alacak yönünden takibe devam etme yetkisi bulunduğundan, dosya alacaklısının ibranameye dayalı yaptığı feragat, bu miktar için yönünden bağlayıcı kabul edilemez. Bu nedenle şikâyetin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir'. Yar. 12. HD, E. 2014/28894, K. 2015/4493, 03.03.2015; 'İİK'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasında, alacağın tahsilinin veya dava hakkının kullanılmasının takip alacaklılarına haklarına halel gelmemek şartıyla devredilmesinden söz edilmektedir. Borçluya ait olan tahsilatı talep etme yetkisi ve gerektiği takdirde dava veya takip yoluna başvurma hakkının kullanılması alacaklılara devredilmektedir. Takip borçlusu halen alacak hakkının sahibi olmaya devam ederken o alacağına ilişkin dava takip yetkisini yitirmektedir. Burada takip yetkisi istisnai olarak maddi hukuktaki hak sahipliğinden ayrılmakta; hak sahibi takip borçlusu iken kural olarak haciz işlemiyle tasarruf yetkisi ortadan kalkmayan borçlunun, bu tasarruf yetkisi ve buna bağlı olarak takip yetkisi, takip alacaklıları tarafından kullanılmaktadır (Uğur Bulut, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ocak- 2013, s. 233-234). Somut olayda, dosya alacağı üzerine farklı icra dosyalarından haciz konulmuş ise de söz konusu dosya alacaklılarının alacaklı oldukları İcra Dairesi'nden aldığı tahsil yetki belgesini sunarak şikâyete konu takip dosyasında işlemler yapmasından sonra, borçlunun alacaklı olduğu dosyadaki tahsil hakkı ve yetkisi ile bu alacak üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalkacak ve haciz koyduran alacaklıya geçecektir. Şikâyete konu dosyaya haciz

Yargı mercilerinin özellikle dosya alacağına üzerine haciz konulmuş olması halinde alacaklının takipten feragat hakkının olup olmadığı konusunda vermiş olduğu kararlarındaki farklılığın nedeni, İİK m.120 gereği dosya üzerinde takip yetkisi aranıp aranmayacağına ilişkindir. Bu farklılıktan doğan sonuçlar uygulamada önemli sorunlara neden olabilmektedir. Örneğin, *'takibinden feragat iradesini dosyaya sunan ve tahsil harcını ödemiş olan alacaklı, dosyanın feragat ile kapanması talebinin reddedilmesi halinde ödemiş olduğu tahsil harcını geri alabilecek midir? veya feragat talebi kabul edilmediği ve dosya kapanmadığı için kaldığı yerden borçlunun mallarının haczedilmesini isteyebilecek midir? Yahut alacaklı tarafından daha önceden haciz konulan veya satış işlemleri başlatılan ancak dosyaya haciz koydurduğu halde İİK m.120 gereği takip yetkisi alınmayan dosyadaki bu malların durumu alacaklının feragat talebi durumunda ne olacaktır?'* gibi sorunlar bunlardan sadece bazılarıdır.

Bu farklılığa çözüm aranırken öncelikle alacaklının alaktan ve takipten feragat iradesini ortaya koymasına ve buna ilişkin tahsil harcının ödenerek dosyanın kapatılmasını talep etmesine rağmen, Yargıtay kararlarında gerekçe olarak geçen dosyaya haciz koyduran 3. kişinin menfaatinin, dosya borçlusunun ve alacaklısının menfaatinin üstün tutulmasının ve onların tasarruf yetkilerini kısıtlamasının yerinde olduğu irdelenmelidir. Kanaatimizce burada dosyaya haciz koyduran alacaklının İİK m.120 gereğince borçlu yerine takip yetkisi alıp almadığına göre ikili bir ayırım yapılmasında fayda vardır.⁴¹

koyan alacaklılar tarafından İİK'nin 120. maddesi kapsamında düzenlenerek sunulmuş bir tahsil yetki belgesi bulunmadığına göre dosyadaki alacağına ilişkin tahsil hakkı ve yetkisi de dosya alacaklısı davalıya ait olup feragat harcı da yatırılmış olduğuna göre davalı alacaklının feragat beyanı dikkate alınarak işlem yapılması gerekir. O halde mahkemece, şikâyetin kabulü ile davalı alacaklının alaktan feragat beyanı doğrultusunda işlem yapılmak üzere icra müdürlüğünün 29/01/2021 tarihli kararının iptaline karar verilmesine...' Sakarya BAM 8. HD, E.2021/1633, K.2022/112, 20.01.2022.

⁴¹ 'İcra müdürlüğünce takip alacaklısına İİK'nin 120. maddesi uyarınca yetki verilebilmesi için, hacze iştirak eden bütün alacaklıların muvafakatının bulunması şarttır. Somut olayda ise, şikâyet dilekçesinde, borçlu ...'dan kendisinin de alacaklı olduğu iddia edilmiş olup, icra müdürlüğünce borçlu hakkında başka alacaklılar tarafından takip yapıp yapılmadığı, yapılmışsa alacaklılar belirlenmeden ve anılan alacaklıların muvafakati alınmadan doğrudan takip alacaklısı ... İİK'nin 120/2. maddesi gereğince yetki belgesi verilmesi doğru bulunmamıştır. O halde, mahkemece, borçlu ... hakkında takip yapan ve şikâyete konu olacak üzerine

Dosya alacaklısının dosyadan feragat beyanında bulunduğu ana kadar dosyaya haciz koyduran 3.kişinin İİK 120. maddesi gereğince takip yetkisi almamış ve bunu dosyaya sunmamış olması durumunda; Yargıtay'ın bazı kararlarında belirtildiği üzere dosya alacaklısının feragat beyanının işleme konulması daha yerinde olacaktır. Zira İİK'nın 120. maddesinin ikinci fıkrasında, alacağın tahsilinin veya dava hakkının kullanılmasının takip alacaklılarının haklarına hanel gelmemek şartıyla devredilmesinden söz edilmektedir. İİK m. 120'ye göre takip yetkisi alınan ve dosyasına sunulan bir takipte, takip borçlusu halen kendi alacak dosyasında alacak hakkının sahibi olmaya devam ederken o alacağı ilişkin dava takip yetkisini yitirmektedir. Böyle durumlarda takip yetkisi istisnai olarak maddi hukuktaki hak sahipliğinden ayrılmakta; hak sahibi takip borçlusu iken kural olarak haciz işlemiyle tasarruf yetkisi ortadan kalkmayan borçlunun, bu tasarruf yetkisi ve buna bağlı olarak takip yetkisi, takip alacaklıları tarafından kullanılmaktadır.⁴² Nitekim feragat talebinde bulunulan icra dosyası alacağı üzerine farklı icra dosyasından haciz konulmuş ise; söz konusu dosya alacaklısının alacaklı olduğu icra dairesinden aldığı tahsil yetki belgesi ile takip dosyasında işlemler yapmasından sonra, borçlunun alacaklı olduğu dosyadaki tahsil hakkı ve yetkisi ile bu alacak üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalkacak, dosyasına haciz koyduran alacaklıya geçecektir.

Dosya alacaklısının alacaklı olduğu icra dairesinden tahsil yetki belgesi almadığı ve bunu haciz koydurduğu takip dosyasına sunmadığı durumlarda ise, borçlunun alacaklı olduğu dosyada alacağı üzerindeki tasarruf hakkının ortadan kalktığını ve haciz koyduran alacaklıya geçtiğini söylemek menfaat dengesine aykırı olacak ve 3. kişinin haczi, kendisinin tarafı dahi olmadığı bir dosyanın kapanmamasına neden olacaktır. Üstelik alacaklısı tarafından feragat olunan dosyada, feragat anında bulunmayan İİK m.120'deki yetki belgesinin, 3. kişinin ileride alarak sunma ihtimaline binaen beklenilmesi dosyanın akıbetini haciz koyduran alacaklının keyfiyetine bırakılacak ve dosya belirsiz süreli olarak açık kalacaktır.

konulan hacze iştirak eden başkaca alacaklı olup olmadığı tespit edilerek oluşacak sonuca göre, icra müdürlüğüne yetki belgesi verilip verilemeyeceği hakkında karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu konudaki istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir'. Yar. 12. HD, E. 2017/7761, K. 2018/11240, 12.11.2018.

⁴² Uğur Bulut, *İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 233ff.

Bu bağlamda dosya alacaklısının alacağı üzerine haciz konulmuş olmasına rağmen, icra dairesinden tahsil yetki belgesi alınmadığı ve bunun haciz konulan takip dosyasına sunulmadığı durumlarda, üzerine haciz konulan dosyada alacaklının tasarruf yetkisinin sınırlanmış olduğundan bahisle, artık alacaklı tarafından üzerine haciz konulan dosyaya haricen tahsil, feragat ve vazgeçme taleplerinde bulunulamayacağına ilişkin Yargıtay içtihatları yerinde değildir. Uygulamada icra dairelerinin haricen tahsilat nedeniyle, alacaklıların takipten feragat ve vazgeçme taleplerini, dosya haczi bulunduğu gerekçesiyle reddetmeleri doğru olmadığı gibi, aynı gerekçeye dayanarak borcu haricen alacaklıya ödeyen borçlunun, malları üzerindeki haczin kaldırılması talebinin reddetmeleri de doğru değildir. Zira bu hacizli mallar takip alacaklısının alacaklıları için değil, sadece somut takip alacaklısının alacağı için haczedilmiştir. Borçlu, alacağını haricen de olsa ödediğine göre artık onun malları üzerindeki hacizler kaldırılmalıdır; aksi takdirde bu hacizleri artık aşkın haciz olarak nitelendirmek gerekir.

Bununla birlikte dosya alacağına haciz konulması anında dosya da para var ise ve henüz dosya alacağına haciz konulan takibin alacaklısına aktarılmamış ise, taşınır haczinin borçlunun tasarruf yetkisine etkisine ilişkin İİK m.86/1 de yer alan '*Borçlu, alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi alınmaksızın mahcuz taşınır mallarda tasarruf edemez. Haczi koyan memur hilafına hareketin cezai mesuliyeti müstelzim olduğunu borçluya ihtar eder*'. hükmü gereği alacaklının takipten feragat etme imkanı engellenmelidir. Dosyada para olmaması halinde ise, haczedilebilecek bir malvarlığı değeri bulunmadığı için doğrudan İİK m.120 hükmünün uygulanmasına ihtiyaç duyulacağından, İİK m. 120'deki yetki belgesi alınarak dosyaya sunulmamış ise takipten feragat edilebilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu m.120 gereği yetki belgesi alarak dosyaya sunmamış olan ve henüz dosya üzerinde takip yetkisi bulunmayan alacaklının veya dosyaya takip yetkisi sunmakla birlikte bir yıl içerisinde hiçbir işlem yapmayan alacaklının korunması amacıyla feragat ile dosyanın kapatılmamasının ortaya çıkardığı diğer bir sorun ise, dosya üzerine konulan haczin ne kadar süre sonra düşeceğine ilişkindir. Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında bu haczin taşınır haczi olduğu kabul edilmekle birlikte, bir yıl içerisinde satış istenilmediği takdirde kalkacağı

kabul edilmemekte ve haczin süresiz olarak devam edeceği belirtilmektedir.⁴³ Bu durumda alacaklı herhangi bir masraf dahi yapmadan, basitçe bir dosya haczi talebi ile borçlusunun alacaklı olduğu dosyaya haciz koyabilecek ve bu haciz ne taşınır ne de taşınmaz üzerine konulan hacizlere bile tanınmayan ayrıcalığa sahip olarak, süresiz şekilde devam edecektir.

Bu durum icra hukukunun temel ilkelerinden şeklilik ve belirlilik ilkesi bir yana, kişilerin hukuki güvenliğinin korunması ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.⁴⁴ Ayrıca borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları, İİK m.106. madde metninden çıkarılmadan önce Yargıtayca da kabul edildiği üzere taşınır hükmündedir. Bu nedenle haciz hakkında İİK m.106 ve m.110 uygulanır. Ancak borçlunun hak ve alacağının taşınır satışı gibi satışı söz konusu olmaz. İcra ve İflas Kanununda satışın dışında, özel paraya çevrilme usulleri düzenlenmiştir. Bunlardan birisi de İİK m.120/2' dir. Bu maddeye göre, borçlunun üçüncü kişideki hak ve alacaklarının haczi halinde, alacaklı, icra müdüründen takip yetkisi alarak

⁴³ 'İcra ve İflas Kanunu'nun 'paraya çevirme' başlığını taşıyan 106. ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, taşınır hükmündedir. Aynı Kanun'un 110. maddesinde ise; "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar" hükmü yer almaktadır. Somut olayda; haciz 07.02.2017 tarihinde, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu 11. İcra Dairesi'nin 2015/20495 Esas sayılı dosyası üzerine konulmuş olup İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun bu takip dosyasındaki alacağı menkul hükmünde ise de Yargıtay yerleşik içtihatlarına göre dosya alacağına haciz konulması durumunda, alacaklı ancak fiili olarak o dosyaya para girdiği tarihten itibaren kendisinin alacaklı olduğu dosyaya paranın gönderilmesini isteyebileceği, öncesinde fiili imkansızlık olduğu göz önüne alındığında alacağı için bir başka takip dosyasına haciz koydurulan alacaklının haczinin korunmasının gerektiği, somut olayda da haciz koydurulan dosyaya henüz tahsil edilip giren bir paranın mevcut olmadığı, bu durumda da alacaklının herhangi bir parayı kendi dosyasına isteyemeyeceği ve 6 aylık haciz düşme süresinin de başlamayacağı, dolayısı ile İİK'nun 120/2. maddesi uyarınca verilen yetki belgesi isteme süresinin de 6 aylık süreye bağlanmasının yerinde olmadığı, zira İİK'da yetki belgesi talep etmek için belirli bir sürenin öngörülmediği, İİK'nun 106-110. maddelerinin kıyasen uygulanarak haciz tarihinden itibaren 6 ay içinde yetki belgesi istenmemesi nedeni ile haczin düşmüş olması kabul edilerek yetki belgesinin iptal edilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir'. Yar. 12. HD, E. 2022/574, K. 2022/7298, 15.06.2022.

⁴⁴ Özkes, *İlkeler*, 101; Pekcanter ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*, 32ff.

haczedilen hak ve alacağın tahsilini sağlamalıdır. Bir diğer anlatımla haczedilen hak ve alacağı paraya çevirmelidir.⁴⁵ Bu bağlamda borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacağının haczinde, satış talebinden anlaşılması gereken, İİK m.120/2 gereğince yetki talebinde bulunmaktır. Buna göre, alacaklı, hak ve alacağın haczinden itibaren İİK m.106/1 gereğince bir yıllık sürede icra dairesine başvurarak İİK m.120/2'ye göre kendisine yetki verilmesini talep etmelidir. Aksi halde İİK'nın 110. maddesinde düzenlenen 'Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar' hükmü gereği dosya üzerine konulan haciz belirsiz süreli devam etmemeli, bir yıllık satış isteme süresi içerisinde yetki belgesi alınarak dosyaya sunulmamış ise düşmelidir.⁴⁶

⁴⁵ 'Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu 8. İcra Dairesi'nin 2011/11595 Esas sayılı dosyası üzerine konulmuş olup, İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun bu takip dosyasındaki alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebinin, satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekir'. Yar. 12. HD, E. 2017/85, K. 2017/5611, 06.04.2017; 'Somut olayda; haciz 07.02.2017 tarihinde, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu İstanbul Anadolu 11. İcra Dairesi'nin 2015/20495 Esas sayılı dosyası üzerine konulmuş olup İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun bu takip dosyasındaki alacağı menkul hükmünde ise de Yargıtay yerleşik içtihatlarına göre dosya alacağına haciz konulması durumunda, alacaklı ancak fiili olarak o dosyaya para girdiği tarihten itibaren kendisinin alacaklı olduğu dosyaya paranın gönderilmesini isteyebileceği, öncesinde fiili imkansızlık olduğu göz önüne alındığında alacağı için bir başka takip dosyasına haciz koydurulan alacaklının haczinin korunmasının gerektiği, somut olayda da haciz koydurulan dosyaya henüz tahsil edilip giren bir paranın mevcut olmadığı, bu durumda da alacaklının herhangi bir parayı kendi dosyasına isteyemeyeceği ve 6 aylık haciz düşme süresinin de başlamayacağı, dolayısı ile İİK'nun 120/2. maddesi uyarınca verilen yetki belgesi isteme süresinin de 6 aylık süreye bağlanmasının yerinde olmadığı, zira İİK'da yetki belgesi talep etmek için belirli bir sürenin öngörülmediği, İİK'nun 106-110. maddelerinin kıyasen uygulanarak haciz tarihinden itibaren 6 ay içinde yetki belgesi istenmemesi nedeni ile haczin düşmüş olması kabul edilerek yetki belgesinin iptal edilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." Yar. 12. HD, E. 2022/574, K. 2022/7298, 15.06.2022.

⁴⁶ Yargıtay'ın eski tarihli önceki kararı ise tam aksi yönde olup şu şekildedir. 'İcra ve İflas Kanununda satışın dışında, özel paraya çevrilme usulleri düzenlenmiştir. Bunlardan birisi de İİK'nun 120/2. maddesidir. Bu maddeye göre, borçlunun üçüncü kişideki hak ve alacaklarının haczi halinde, alacaklı, icra müdüründen takip yetkisi alarak haczedilen hak ve alacağın tahsilini

Yargıtay'ın dosya alacağı üzerine konulan haczin belirsiz süre devam edeceğine ilişkin kararı, aynı bakış açısı ile borçlunun bankada bulunan alacağının haczedilmesi için İİK m.89 gereği haciz ihbarnamesi gönderilmesi durumlarında, bankada borçlunun parası olmamasına ve borçlunun ilerleyen zamanda hesabının kapatılmasını talep etmesine rağmen, bankanın haciz koyduran alacaklının ileri de doğabilecek menfaatini korumak için süresiz olarak hesabı kapatamaması gibi bir sonucu da doğuracak niteliktedir.

Bununla birlikte alacaklının dosyadan feragat beyanında bulunduğu andan önce, dosya alacağına haciz konularak İİK m.120 gereği alınan takip yetkisinin dosyaya ibraz edilmiş olması halinde, 3. kişinin artık o takipte taraf sıfatı ve menfaati bulunduğu kabul edilmesi ve dosya alacaklısının feragat beyanına rağmen dosyanın kapatılmaması yerinde olacaktır.

Ayrıca İİK m.120 gereği henüz takip yetkisi olarak haczedilen dosyaya sunmamış olan alacaklının dosya alacaklısının feragat beyanından sonra İİK m.120 gereği takip yetkisi olarak dosyaya sunması durumunda, tahsil harcı ödenmiş ve kapanması talep edilmiş dosya üzerinden yeniden takip işlemleri yapabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira feragat beyanından sonra yetki belgesi sunan 3. kişi o dosyanın tarafı olmadığı gibi icra dairesinin aynı dosyadan tekrar tahsilat yaparak tahsil harcı alması da mümkün değildir.

SONUÇ

Uygulamada sıklıkla başvurulmakla birlikte İcra ve İflas Kanununda açıkça yasal düzenleme olmayan durumlardan biri de icra takibinden feragat konusudur. Kural olarak alacaklının başlatmış olduğu takibin tüm sonuçları ile ortadan kalkmasına neden olan feragat kurumu maddi ve usul hukukundakinden farklı

sağlamalıdır. Bir diğer anlatımla haczedilen hak ve alacağı paraya çevirmelidir. İşte borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacağının haczinde, satış talebinden anlaşılması gereken, İİK.nun 120/2. maddesi uyarınca yetki talebinde bulunmaktır. Buna göre, alacaklı, hak ve alacağın haczinden itibaren İİK.nun 106. maddesinde öngörülen 6 aylık sürede icra müdürlüğüne başvurarak İİK.nun 120/2. maddesine göre kendisine yetki verilmesini talep etmelidir. Aksi halde İİK.nun 110. maddesi uyarınca haciz düşecektir. Somut olayda, alacaklı tarafından haciz tarihinden itibaren 6 aylık süre içinde icra müdürlüğüne başvurularak İİK.nun 120/2. maddesine göre yetki talep edilmediği görülmekte olup, bu durumda İİK.nun 110. maddesi uyarınca haciz düşmüş bulunmaktadır.' Yar. 12. HD, E. 2015/12762, K. 2015/25154, 20.10.2015.

olarak, icra takiplerinde feragat talebinde açıkça belirtilmemiş ise hakkın özünden feragat edilmesi anlamına gelmez. Bu nedenle icra takibinden feragat eden bir alacaklı aynı alacağı için daha sonradan yeniden takip yapabilir.

Dava veya maddi hukuk bakımından feragat ile icra takibinden feragat kurumu arasındaki hakkın özünün devam edip etmediğine ilişkin ortaya çıkan farklılığın ve yargı kararlarındaki karışıklığın önüne geçmek için, takipten feragat ile takipten vazgeçme kavramları ayrı ayrı kullanılmalıdır. Bu bağlamda alacaklının talebinde '*takipten vazgeçiyorum*' ifadesini kullanması halinde alacak hakkını saklı tuttuğu, '*takipten feragat ediyorum*' ifadesini kullanması halinde ise aynen usul hukukundaki ve maddi hukuktaki gibi hakkın özünden de vazgeçtiği anlamı çıkarılmalıdır. Bu sayede icra hukukunda da feragat talebi, maddi hukuk ve usul hukuku ile aynı sonuçları doğuracak ve terim birliği sağlanabilecektir. Aynı şekilde '*alacaklar baki kalmak kaydıyla takip işlemlerinin sonlandırılması*', '*takibin geri alınması*' şeklindeki feragat kelimesi içermeyen taleplerde '*feragat*' değil '*vazgeçme*' olarak kabul edilmelidir.

İcra takibinden feragat talebi, takibin her aşamasında takibin derdest olduğu icra dairesine hitaben takibin alacaklısı tarafından verilecek bir dilekçe ya da sunulan bir yazılı beyanla yapılır. Feragat tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurabilmesi için karşı tarafın izin veya icazetine yahut icra dairesinin onayına gerek yoktur.

Alacaklı takip konusu alacağın bir kısmından feragat edebilir. Bu durumda kalan kısım için icra takip işlemlerine devam edilmesini talep edebilir. Alacaklı vekilinin icra takibinden feragat edebilmesi için buna ilişkin vekaletnamesinde açıkça yetkilendirilmiş olması gereklidir. HMK m.74 gereği vekile açıkça yetki verilmemiş ise vekil davadan veya kanun yollarından feragat edemez.

İcra takibinden feragat ile ilişkin bazı Yargıtay kararlarında dosya alacaklısının alacağının üzerine haciz konulmuş olması halinde, takip dosyasına haciz koyduran alacaklının İİK m.120 gereği dosya üzerinde takip yetkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, üzerine haciz konulan dosyada dosya alacaklısının tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığına ve alacaklı yahut vekilince üzerine haciz konulan dosyaya haricen tahsil, feragat, vazgeçme taleplerinde bulunulamayacağına hükmedilmektedir. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında ise İİK m.120 gereğince alacaklı alacağın tahsiline ilişkin icra

mahkemesinden yetki almamış ise, haciz konulan dosyada haricen tahsil, feragat, vazgeçme taleplerinde bulunulabileceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce burada dosyaya haciz koyduran alacaklının İİK m.120 gereğince borçlu yerine takip yetkisi alıp almadığına göre ikili bir ayırım yapılmasında fayda vardır. Dosya alacaklısının dosyadan feragat beyanında bulunduğu ana kadar, dosyaya haciz koyduran 3.kişinin İİK 120. maddesi gereğince takip yetkisi almamış ve bunu dosyaya sunmamış olması durumunda, dosya alacaklısının feragat beyanının işleme konulması yerinde olacaktır. Aksi halde dosya üzerine haciz koymuş 3. kişinin, alacaklı olduğu icra dairesinden tahsil yetki belgesi almadığı ve bunu haciz koydurduğu takip dosyasına sunarak işlemler yapmadığı durumlarda, borçlunun alacaklı olduğu dosyada, alacaklının alacak üzerindeki tasarruf hakkının ortadan kalktığını ve haciz koyduran alacaklıya geçtiğini söylemek menfaat dengesine aykırı olacak ve 3. kişinin haczi, tarafı dahi olunmayan bir dosyanın kapanmamasına neden olacaktır. Ayrıca hacizli mallar takip alacaklısının alacaklıları için değil, sadece somut takip alacaklısının alacağı için haczedildiği için, borcunu haricen de olsa ödeyen borçlunun malları üzerindeki hacizler kaldırılmalıdır; aksi takdirde bu hacizleri artık aşkın haciz olarak nitelendirmek gerekecektir.

Buna ek olarak alacaklısı tarafından feragat olunan dosyada, feragat anında bulunmayan İİK m.120'deki yetki belgesinin, 3. kişinin ilerde alarak sunma ihtimaline binaen beklenilmesi dosyanın akıbetini haciz koyduran alacaklının keyfiyetine bırakılacak ve dosya belirsiz süreli olarak açık kalacaktır. Bu durum aynı zamanda hukukunun temel ilkelerinden şeklilik, belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Hal böyle olmakla birlikte alacaklının dosyadan feragat beyanında bulunduğu andan önce, dosya alacağına haciz konularak İİK m.120 gereği alınan takip yetkisinin dosyaya ibraz edilmiş olması halinde, 3. kişinin artık o takipte taraf sıfatı ve menfaati bulunduğu kabul edilmesi ve dosya alacaklısının feragat beyanına rağmen dosyanın kapatılmaması yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akyol Aslan, Leyla. *Davadan Feragat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Ansary, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usûlleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1960.
- Arslan Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Arslan, Aziz Serkan. *İcra Takip İşlemleri, Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Aslan, Kudret. "7343 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerle Birlikte Hacizli Malların Satış Talebi ve Satış Giderleri." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no. 2 (2023): 783-849.
- Aslan, Kudret. *Medenî Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Atalı Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. Cilt 3 İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Berkin, Necmeddin. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980.
- Bulut, Uğur. *İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Dişel, Buse. *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2014.
- Erzurumlu Işık, Nurbanu ve Cansu Korkmaz. "Yargı Kararları Çerçevesinde Genel Haciz Yoluyla Takibin Geri Alınması ve İcra Hukuku Bakımından Yarattığı Bazı Sorunlar." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73, no. 2 (2024): 1191-1254.
- Gaul, Hans Friedhelm, Eberhard Schilken, Becker Eberhard Ekkehard ve Lakkis Panajotta. *Zwangsvollstreckungsrecht*. München: C. H. Beck, 2010.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

- Karmuş Enver. "İcra ve İflâs Kanunu Işığında Harçlar Yasasının Uygulanması." *Legal Hukuk Dergisi* 2, (2003): 332-352.
- Kılınç, Ayşe. *İcra Takibinde Derdestlik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 4*. İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Küçük, Alper Tunga. "İcra Takibinde Borçlunun Temerrüde Düşme Anının Belirlenmesi." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1-2 (2020): 2335-2357.
- Meriç, Nedim. *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*. Ankara: AÜHF Yayınevi, 1972.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Tanrıver, Süha. *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Tat, Ali. *Uygulamada İcra ve İflâs Hukuku Harç Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Türkçe Sözlük*. 10. Baskı. Ankara: Türk Dil Kurumu, 2005.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Teorisi*. İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1973.
- Yıldırım M. Kâmil ve Nevhis Deren Yıldırım. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Yılmaz, Ejder. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflas Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği." iç. Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt 2 1835-1866, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

17.-18. YÜZYIL OSMANLI UYGULAMASINDA İRTİFAK HAKKI OLARAK MECRA VE MESİL HAKKI (SU AKITMA İRTİFAKI)

The Rights of Mecra and Mesil (Water Flow Easement) as an Easement in Ottoman Practice during the 17th-18th Centuries

Melikşah AYDIN*

Öz

Su akıtma irtifakı olarak da nitelendirilen mecra ve mesil hakkı, eşya hukukunun önemli bir konusunu oluşturmakla beraber özellikle tarım toplumu olan ülkelerde halkın uyuşmazlık konularından önemli bir kısmını teşkil eder. Arazisini sulayacak olan çiftçiler, evine su taşıyacak veya evindeki kirli suyu dışarı aktaracak olan sakinlerin bu işlemi yaparken mecra ve mesil hakkına uygulanan hukuk kurallarına göre davrandığı görülmektedir. Yukarıda bahsedilen özellikleri taşıyan 17.-18. Yüzyıl Osmanlı hayatındaki suyun kullanımının fetva metinleri ve kadı sicilleri üzerinden görünümünü ele almak bu çalışmanın ana konusudur. Konu araştırılırken su akıtma irtifakının nasıl kurulacağı, nasıl kullanılacağı ve kullanılırken dikkat edilmesi gereken hususlar, belirtilen sınırlamalar dahilinde ele alınmıştır.

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, melikshahaydin@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4077-5025.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 10.11.2024.

Atıf/Citation: Aydın, Melikşah. "17.-18. Yüzyıl Osmanlı Uygulamasında İrtifak Hakkı Olarak Mecra ve Mesil Hakkı (Su Akıtma İrtifakı)." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1401-1438.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, İrtifak, Su akıtma irtifakı, Osmanlı hukuku, 17.-18. yüzyıl uygulaması.

Abstract

The rights of watercourse (mecra) and drainage (mesil), also known as the easement of water flow, constitute an important subject in property law and represent a significant portion of disputes among people, particularly in agrarian societies. It has been observed that farmers who irrigate their land and residents who transport water to their homes or discharge wastewater from their homes adhere to legal rules applied to the rights of watercourse and drainage while performing these actions. The main focus of this study is to examine the use of water in 17th-18th century Ottoman life, which possesses the characteristics mentioned above, through fatwa texts and court records (kadi registers). In this research, the study investigates how the easement of water flow is established, how it is utilized, and the points to consider during its use within the specified limitations.

Keywords: Islamic Law, Easement, Water diversion easement, Ottoman law, 17th-18th Centuries practice.

GİRİŞ

İrtifak hakları eşya hukukunun konusunu oluşturmakla birlikte, İslam hukukundaki sistematik ile pozitif hukukumuzdaki sistematik farklılığından dolayı, fıkıh kitaplarında eşya hukukunun diğer konuları gibi belirli bir konu başlığı altında yer almamıştır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan su akıtma yani mecra ve mesil hakkı, kaynaklarda genellikle hakku'l-şirb başlığı altında kendine yer bulmuştur. Çalışmamızda ilk olarak irtifak hakkının tanımı ve kapsamı, İslam hukuku açısından hukuki dayanağı yani Kur'an ve hadislerdeki karşılıkları aktarılacaktır. Daha sonra ise su akıtma irtifakının içinde bulunduğu eşyaya bağlı irtifaklardan bahsedilecek ve nihayet su akıtma irtifakı yani mecra ve mesil hakkı açıklanacaktır. Su akıtma irtifakından genel olarak bahsedildikten sonra bu irtifakın kurulması, kapsamı, tespiti ve kullanılması ayrı başlıklar altında detaylı bir şekilde açıklanacaktır.

Çalışmamızın konusu 17. ve 18. yüzyıl Osmanlı uygulaması olduğundan hareketle, sadece bu yüzyıl içindeki fetva metinleri, İstanbul ve Konya kadı sicilleri özelinde bir sınırlandırma yapılmıştır. Bu dönemde çıkarılan kanunnamelere bakılmasına rağmen, buradan bir veri elde edilememiştir. Tabii ki bu dönemin genel kuralları İslam hukukuna dahil olduğu için özellikle Hanefi fıkhnın temel kaynakları ve her ne kadar dönem dışı olsa da klasik dönem Hanefi fıkhı temel alınarak kodifiye edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin de ilgili maddelerine bakılmıştır. Bu çalışma belirlenen dönemdeki Osmanlı uygulaması açısından mecra ve mesil haklarını ele alan ilk çalışmadır. Daha önce bu hakların İslam ve kısmen Osmanlı hukuklarındaki boyutu ele alınmakla beraber, fetva metinleri ve sicil örneklerini içermesi açısından öncü bir konumdadır.

I. GENEL OLARAK İRTİFAK HAKKI

Bu başlıkta genel olarak irtifak hakkından bahsedilecek, irtifak hakkının tanımı ve İslam hukukundaki hukuki dayanağı hakkında bilgi verilecektir.

A. Tanım

İrtifak kelimesi sözlükte “birinin dirseğine veya koltuk yastığına dayanması, hacet talep etme, ihtiyaç duyma”¹ anlamlarında kullanılmıştır. İslam hukuku ile ilgili klasik dönemde yazılmış kitaplarda, irtifak kelimesi doğrudan ifade edilmemekle beraber özellikle “*merafık*” gibi farklı kelimeler kullanılmıştır.² İrtifak kavramı yerine kullanılan kelime veya kavramlar, mecra hakkı, giriş koyulması, çöp dökülmesi, arazinin içinden geçme, nehirde çamaşır yıkama gibi, yahut genel

¹ Ferit Devellioğlu, *Lûgat* (Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası, 1970), 536; Recep Özdemir ve Mustafa Harun Kıyık, *İslâm Eşya Hukuku* (İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2019), 101.

² Ahmet Bilgin, “İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 5, (1992): 86; Hasan Hacak, “İrtifak,” iç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22:461; Özdemir ve Kıyık, *İslam Eşya Hukuku*, 102; Mustafa Ünal, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 42.

anlamda “yararlanma” vasfını sağlayan diğer fiilleri karşılamak adına kullanılmıştır.³

Pozitif hukukçular irtifak hakkını, “sahibine, üzerine kurulmuş olduğu eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini veya ikisini yahut da bu yetkilerin bir kısmını veren sınırlı ayni hak” olarak tanımlamışlardır.⁴

İrtifak hakkının aktif (olumlu) ve pasif (olumsuz) olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. İrtifak hakkı sahibinin, örneğin bir başkasının arazisinden geçme hakkı bulunuyorsa ve bu hak sahibi olan kimse, araziden geçerek bu hakkını kullanırsa, irtifak hakkı sahibinin yararlanması irtifak hakkının aktif (olumlu) yönünü oluştururken, arazi sahibinin buna katlanması yani arazisinden geçilmesine mecburen izin vermesi ise irtifak hakkının pasif (olumsuz) yönünü oluşturur.⁵

Hanefi hukukçular irtifak hakkını bir taşınmazın menfaatinden bir başkasının yararlanması amacıyla kararlaştırılmış bir hak şeklinde tanımlamışlardır. Maliki, Şafii ve Hanbeliler ise bir taşınmaza ait olan bazı menfaatleri elde etmek şeklinde tanımlamışlardır. Cumhura göre bir insanın taşınmazdan yararlanması dışında, taşınmazın taşınmazdan yararlanması da imkân dahilindedir.⁶

Pozitif hukukumuzda ise irtifak hakları “Bir taşınmaz üzerinde, bir kullanma ve yararlanmaya rıza göstermeyi, yahut mülkiyete özgü bazı hakların kullanılmasından kaçınmayı gerektiren ve diğer bir taşınmaz veya kişi yararına ayni hak olarak kurulan yüküm”⁷ şeklinde tanımlanmıştır. TMK md. 779’a göre: “Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine

³ Hasan Hacak, “İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1993), 31; Ünal, *İrtifak Hakları*, 29.

⁴ Şakir Berki, *Aynî Haklar* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965), 99; Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 636-637; Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku, Mahdut Aynî Haklar*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1974), 38.

⁵ Berki, *Aynî Haklar*, 99; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 636-637; Akipek, *Mahdut Aynî Haklar*, 38.

⁶ Nezih Hammad, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, çev. Recep Ulusoy (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 172-173; Ünal, *İrtifak Hakları*, 46.

⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Doruk Yayınları, 1976), 168-169

konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar.” Md. 794’e göre ise “İntifa hakkı, taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.” Bu tanımlara göre; irtifak hakları bir taşınmaz lehine kurulabilir, ayrıca bir kişi lehine de kurulabilir. Pozitif hukukumuzda irtifak hakları sadece bir taşınmaz üzerinde kurulan hakları değil, bir malvarlığı bir taşınır veya alacak üzerinde de kurulabilecek olan intifa hakkını da kapsar. Bir taşınmaz üzerindeki bir yapıdan tam olarak yararlanabilme hakkı olan üst hakkı da bu kapsamdadır.⁸

B. Hukuki Dayanak

Kur’an-ı Kerim’de ve hadislerde irtifak hakkına dayanak sayılabilecek kurallar ve örnekler bulunmaktadır.

“Onlara, suyun (deve ile) kendileri arasında (nöbetleşe) paylaştırıldığını, bildir. Her su nöbetinde sahibi hazır bulunsun.”⁹

Bu ayet, Salih peygamber ve kavmi olan Semud halkı hakkındadır. Allah Teala bu kavme mucizevi özellikleri olan bir dişi deve göndermişti. Kavmin kullandığı suyun halk ve deve arasında dönüşümlü olarak yararlanmaları kuralı koyulmuştu. Ancak Semud kavmi kendilerine imtihan olarak gönderilen bu kurula uymamışlar ve zarar verilmemesi emredilen deveyi öldürmüşlerdir.¹⁰

⁸ Akipek, *Mahdut Aynı Haklar*, 44; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 895; Ünal, *İrtifak Hakları*, 46.

⁹ Kamer, 54/28.

¹⁰ Hayreddin Karaman vd., *Kur’an Yolu (Türkçe Meal ve Tefsir)* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020), 5:190-191. Cessas’a göre İmam Muhammed bu ayeti su kaynağının nöbetleşe biçimde kullanılmasına, su hakkından yararlanmak için anlaşma yapılmasına dayanak olarak göstermiştir. Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi Cessas, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, çev. Mehmet Keskin, (Ankara: İ’tisam Yayınları, 2018), 8:393.

Bir diğer ayette şöyle buyrulmuştur: “*Salih, şöyle dedi: “İşte bir dişi deve! Onun (belli bir gün) su içme hakkı var, sizin de belli bir gün su içme hakkımız vardır.”*”¹¹ Bu ayette belirtilen su içme hakkı yani (şirbun) ifadesinin, insanlar, hayvanlar ve tarlaların sulanma hakkını bildirdiğini söyleyenler bulunmaktadır.¹² Dolayısıyla İslam hukukçuları da bu ayetlerin irtifak haklarının Kur’an’daki dayanağı olduğu görüşündedirler.¹³

Hadisler içindeki irtifak haklarına dayanak oluşturabilecek örnekler şunlardır:

Abdullah b. Zübeyr’den rivayet edildiğine göre Zübeyr b. Avvam ile Ensar’dan bir sahabe tarla sulama sırası ve su nöbeti ile ilgili bir konuda uyuşmazlık yaşamışlar ve konuyu Rasulullah (s.a.v)’e getirmişlerdir. Rasulullah da Zübeyr b. Avvam’a hurma ağaçlarını sulamasını, suyu çok tutmadan diğer sahabeye salmasını söylemiş, bu durumdan memnun olmayan sahabe hükme itiraz etmiştir. Zübeyr b. Avvam, Rasulullah (s.a.v)’in akrabası olduğu için ona iltimas geçtiğini iddia etmiştir. Bunun üzerine Rasulullah (s.a.v) aksine böyle bir iftiradan korktuğu için aslında hakkı olmasına rağmen Zübeyr’e suyu çok tutmamasını söylediğini belirtmiş; ancak yine de böyle bir ithamla karşılaştığı için hakkı olduğu üzere Zübeyr’in suyu iyice tutmasını, ağaçların köklerine varıncaya kadar salmamasını söylemiştir.¹⁴

Bir başka hadise göre Rasulullah (s.a.v); bir kimsenin tarlasındaki hurma ağacından yararlanma hakkı yahut sudan yararlanma hakkı olan kişinin, o tarladan geçme hakkının da olacağını belirtmiştir.¹⁵

¹¹ Şuarâ, 26/155.

¹² Hamdi Döndüren, *Ahkâmu 'l-Kur'ân, Kur'ân-ı Kerim ve Fıkhi Tefsiri* (İstanbul: Erkam Yayınları, 2020), 6:649.

¹³ Hacak, “İrtifak Hakları,” 36-37.

¹⁴ Muhammed Buhârî, *Sahîh-i Buhârî*, çev. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi (İstanbul: Karınca&Polen Yayınları, 2017), *Musakat*, 6-8.

¹⁵ İbn Hacer Askalânî, *İthâfü'l-Kârî bi'İhtisâri Fethu'l-Bârî*, çev. Soner Duman, Abdullah Durmuş, Osman Güman (İstanbul: Polen Yayıncılık, 2007), 5: 281.

Hız. Ömer, halifeliği devrinde kendi önüne gelen bir davada su kullanma hakkını şöyle tanımuştır: Dahhak b. Halife, tarlasını sulamak için bir sulama kanalı yapmak istemiş; ancak su yolunun Muhammed b. Mesleme'nin arazinden geçmesi gerekmiştir. Muhammed b. Mesleme ise izin vermemiştir. Uyuşmazlık kendisine gelen Hız. Ömer de bu kanalın Muhammed b. Mesleme'nin arazisine de faydası olacağını belirtmiş, Muhammed'in hala razı olmaması üzerine su yolunun Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçmesine karar vermiştir.¹⁶

Serahsi de insanların su kaynağından ortaklaşa faydalanmalarının Rasulullah (s.a.v) devrinden beri süregelen bir uygulama olduğunu, dolayısıyla sünnete uygun olduğunu belirtmiştir.¹⁷

II. EŞYAYA BAĞLI İRTİFAK HAKKI

Tanım olarak eşyaya bağlı irtifak hakları, herhangi bir taşınmaz üzerinde olmak üzere, başka bir taşınmaz lehine olarak kurulan bir yüküdür.¹⁸ Burada irtifakın bir taşınmaz lehine olarak kurulmuş olması, bu hakkın sahibinin lehine irtifak tanınan taşınmaz olduğunu düşündürse de bir taşınmazın hak sahibi olması mümkün olmadığından, lehine irtifak kurulan taşınmazın maliki bu irtifak hakkına sahip olur. Malikin hak sahibi olması o taşınmazın mülkiyetini elinde bulundurması sebebiyledir. Mülkiyet el değiştirdiğinde hak sahibi de yeni malik olmuş olur.¹⁹

Bir fetva metnine göre; bir kimsenin taşınmazında mecra hakkı bulunan bir kimse olması durumunda, taşınmaz sahibinin taşınmazı mecra hakkı ile beraber üçüncü bir kişiye satması ve mecra hakkı sahibinin de buna razı olması

¹⁶ Malik b. Enes, *Muvatta'*, Tah. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, (Beyrut: Daru'l-İhyau't-Turâsî'l-Arabî, 1406/1985), *Akdiye*, 33; Ünal, *İrtifak Hakları*, 52.

¹⁷ Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi, *el-Mebsut*, ed. Mustafa Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 23:161.

¹⁸ Berki, *Ayni Haklar*, 99; Akipek, *Mahdut Ayni Haklar*, 53, Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 648; Özdemir ve Kıyık, *İslam Eşya Hukuku*, 103, Ünal, *İrtifak Hakları*, 87.

¹⁹ Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 648; Mehmet Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar* (Ankara: Savaş Yayınları, 2021), 95; Ünal, *İrtifak Hakları*, 87.

durumunda mecra hakkının düşeceği, mecra hakkı sahibinin taşınmaz sahibinden tazminat isteyemeyeceği belirtilmiştir.

“Zeyd mülk menzili arsasında cari Amr'ın ancak hakk-ı mecrası olmakla Amr çeşmesi suyunun fazlasını Zeyd'in menzili arsasından icra ederken Zeyd menzilini mecra-yı mezbur ile Bekir'e semen-i maluma bey' ve teslim edip Amr dahi bey'a razı olsa Amr'ın hakk-ı mecrası sakıt olur mu? el-Cevab: Olur.”

“Bu surette Amr mücerred "Mukaddema hakk-ı mecram var idi" deyu Bekir'in izninsiz çeşmesi suyunun fazlasını ol menzil arsasından icraya yahud semen-i mezburdan hakk-ı mecraya mukabil namıyla Zeyd'den nesne almağa kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”²⁰

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre irtifak haklarının sadece eşyaya bağlı olarak kurulduğunun kabul edildiği ifade edilse de aslında başta Malikiler olmak üzere cumhura ve Hanefilerin bir kısmına göre ve Mecelle'de de kabul edilen görüşe göre düzensiz kişisel irtifakların kurulması da kabul edilmektedir.²¹

Daha önce de bahsedildiği üzere, genel kabul gören görüşe göre; eşyaya bağlı irtifaklarda yararlanan taşınmazın maliki irtifak hakkının da sahibi olur. Bu hak mülkiyet hakkına bağlanmıştır. Dolayısıyla sağlararası yahut ölüme bağlı bir hukuki işlemin konusu olamaz. Bu açıdan kişisel irtifaklardan ayrılmaktadırlar.²²

Genel kabul gören bu görüşün dışında Hanefilerde farklı bir görüşün de bulunduğunu belirtmek gerekir. Hanefilerdeki bu görüşe göre irtifak hakları mülk-i menfaat kapsamında ve eksik mülkiyet de denilen bu haklar mülk edinilebilirler. Bu menfaatler mülkiyet hakkına ihtiyaç duymazlar ve taşınmazdan ayrı olarak mülkiyete konu olabilirler.²³ Mecelle'nin ilgili maddesinde de su

²⁰ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava* haz. Süleyman Kaya vd. (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), 585 (no: 2999-3000).

²¹ Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mevsîlî, *el-İhtiyar li- Ta'lîlî'l Muhtar*, çev. Mehmet Keskin (İstanbul: Hikmet Neşriyat, 2013), 3:466; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (MAA), m. 1145, 1168, 1225, 1226, 1232; Bilgin, “İrtifak Hakları,” 89; Hacak, “İrtifak Hakları,” 24; Ünal, *İrtifak Hakları*, 270-271.

²² A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 517-518; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 784; Ünal, *İrtifak Hakları*, 88.

²³ Bilgin, “İrtifak Hakları,” 89

akıtma irtifakının kendi başına bir hukuki işlemin konusunu oluşturabileceği hüküm altına alınmıştır. “*Mesil dahi tarik gibidir. Yani bir müşterek hanede diğer kimesnenin hakk-ı mesili olsa ol hane sahipleri haneyi taksim edip mesili hali üzere terk ederler.*”²⁴ Ancak her ne kadar taşınmazdan ayrı değerlendirilse bile, su hakkının kullanıldığı su yolundan ayrı olarak devredilemeyeceği Mecelle şerhlerinde açıklanmıştır.²⁵

Miladi 1749 yılına ait bir kadı sicilinde mecra hakkının taşınmazdan ayrı olarak satılabileceğine delil olacak bir hüküm bulunmaktadır.

“...Sahib-i arzuhâl Ahmed Ağa b. Hüseyin dîvân-ı âlilerinde ma’kûd meclis-i şer’de Hüseyin Ağa b. Eyüb ile terâfu’larında yedimde mülküm olup Havâss-ı Aliyye kazâsında Sazlıdere ta’bîr olunur mevzi’de hafr-ı âbâr ve tahte’l-arz lağımlar ile Sedbaşı nâm mahâlde merhûm Sultan Bâyezid tâbe serâhu suyoluna bâ-izn-i mütevellî ilhâk olunan bir masûra üç çuvaldız mâ-i lezîzden buçuk masûra hakk-ı mecrâ ve bir çuvaldız çeşmede cârî olandan mâ’adâ bir masûra mâ-i lezîzi lağım ve kanavâtıyla tarafeynden îcâb ve kabûlü hâvî bey’-ı kat’î-i şer’î ile târih-i î’lâmdan sekiz ay mukaddem altı yüz elli guruşa mezbûr Hüseyin Ağa’ya bey’ edip ol dahi ber-minvâl-i meşrûh iştirâ ve temellük ettikten sonra semeni olan meblağ-ı mezkûrdan iki yüz gurusunu ahz edip bâkî mezbûr Hüseyin Ağa zimmetinde dört yüz elli gurusu hakkım olmağla taleb ederim deyü ba’de’d-da’vâ ve’s-suâl mezbûr Hüseyin Ağa cevâbında işbu müdde’î-i mezbûr meblağ-ı mezkûru bundan akdem târih-i î’lâm senesi Muharrem’inin yirmi beşinci günü benden taleb ve da’vâ eylediğinde ben dahi ber-minvâl-i muharrer bir masûra mâ-i lezîz iştirâ eylediğimi ikrâr lâkin semeni olan altı yüz elli gurusu tamamen merkûma teslîm edip hatta tamamen ahz ve istifâsını hâlâ Havâss-ı Refî’a kâdısı umdetü’l-mevâliyi’l-izâm Abdurrahman Efendi huzûrunda ikrâr dahi etmişidi deyü def’le mukâbele eylediğimde ol dahi def’-i mezkûrumu ikrâr lâkin ikrâr-ı mezkûru kâziben etmişdim dedikte müdde’î-i merkûm ikrâr-ı meşrûhunda kâzib olmadığına bi’t-taleb ben tahlîf olunup merkûm bana bî-vech mu’ârazadan men’ olunmuşidi deyü min-küllî’l-vücûh takrîrine mutâbık bir kıt’a î’lâm-ı şer’î ibrâz

²⁴ MAA, md. 1168.

²⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, haz. Rasim Gündoğdu, Osman Erdem (İstanbul: DİB Yayınları, 2017), 3:2198.

edip ve mezbûr Ahmed Ağa i'lâm-ı mezkûrun mazmûnu[nu] mukır ve mu'terif olmağla bir def'a şer'le fasl olunan da'vânın tekrar istimâ'ına mesâ'-ı şer'î olmamağla merkûm Ahmed Ağa bî-vech mu'ârazadan men' olunduğu huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu."²⁶ Bu kararda daha önceden kurulmuş olan bir mecra-mesil hakkının bir başkasına satıldığı görülmektedir.

Eşyaya bağlı irtifakların üç temel unsuru yüklü taşınmaz, yararlanan taşınmaz ve yararlanma hakkı'dır. Bu irtifaklar olumlu, olumsuz yahut da karma irtifak şeklinde meydana gelebilir.²⁷ Yüklü taşınmaz yani aleyhine irtifak kurulmuş olan taşınmaz ile yararlanan taşınmaz yani lehine irtifak kurulmuş olan taşınmazın birbirine bitişik komşu olmaları elzem değildir. Geçit irtifakı bakımından bu zorunluluk oluşsa da manzara irtifakı için bu zorunluluktan bahsedilemez. Bu açıdan asıl mesele irtifak hakkından beklenen yararın elde edilmesidir.²⁸

A. Su Akıtma (Mecra ve Mesil Hakkı)

1. Genel Olarak

Bir taşınmazın kullanımı için gereken suları yahut bir taşınmaz üstünde biriken veya atık suları başka bir taşınmaz üzerinde geçirme yetkisi tanıyan irtifaka su akıtma (mecra ve mesil) hakkı denir.²⁹

Bilmen, mesil hakkını "Bir hanenin veya başka bir mahallin, harice, yani: başkasının mülküne suyu ve seli akmak ve damlalık hakkıdır. Bu da «Hukuk-u mücerrede» dendir. Mesil, suyun aktığı, geçip gittiği yerdir."³⁰ şeklinde, mecra

²⁶ *Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (1162-1163/1749-1750)*, haz. Mehmet Akman vd. (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 139.

²⁷ Oğuzman, vd., *Eşya Hukuku*, 907.

²⁸ Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 54; Ünal, *İrtifak Hakları*, 89.

²⁹ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 556-557; Ünal, *İrtifak Hakları*, 162.

³⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976), 6:12.

hakkını ise “Bir yerden suları akıtmak, kehrizi geçirmek salahiyetidir. Buna ‘hakk-ı mesil’ de denir.”³¹ şeklinde tanımlanmıştır.

Mecelle’de mesil hakkı “*Bir hanenin, harice suyu ve seli akmak ve damlalık hakkıdır*”³² şeklinde tanımlanmıştır. Çağdaş İslam hukukçularından bazıları mecra ve mesili farklı iki irtifak şeklinde tanımlamışlardır. Bu tanımlara göre mecra hakkı; kaynak hakkına sahip olan kimsenin, kaynak suyunu başkasının taşınmazından kendi taşınmazına geçirmek için kullandığı ve temiz suyun taşınmasını içeren bir irtifaktır. Mesil hakkı ise bir arazide yahut çatıda biriken yağmur vb. suların yahut atık suyun dışarı atılması için kurulmuş olan bir irtifaktır. Dolayısıyla mecra irtifakı temiz suyun taşınmasını konu edinirken, mesil irtifakı ise kirli, atık suyun taşınmasını konu edinir.³³

Klasik fıkıh kitaplarında ise bu şekilde bir ayrıma gidilmeden kirli suyun taşınması için mecra, temiz suyun taşınması için ise mesil ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.³⁴ Mecelle’de ise “*hakku’l-mesil*” ve “*hakku’l-mecra*” kavramları ayrı ayrı kullanılmış olsa da bu kavramların birbirleri yerine de kullanıldığı görülmekle beraber Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi’de bu kavramların eş anlamlı olduğunu ve sadece birinin su akıtma irtifakını tanımlamak için kullanılabileceğini belirtmiştir.³⁵ Yukarıda görüldüğü üzere Bilmen’de bu görüştedir, yani mecra ve mesil hakkının birbirinin yerine kullanılabileceğini belirtmiştir.

Osmanlı’da hakk-ı mecra kavramı bir kimsenin su kaynağından kendi evine su akıtması durumunda bu sudan devlete vermesi gereken suyu ifade için kullanılagelmiştir. İnsanlar bu suyu getirirken gerek devletin açtığı su yollarını kullanmışlar yahut suyu devlete ait araziden geçirmişlerdir. İşte buradaki hakk-ı

³¹ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 7:57.

³² MAA, md. 144.

³³ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 3:127-130; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: OSAV Yayınları, 2017), 706; M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2017), 353; Ali Türkmen, *İslâm Eşya Hukuku* (Samsun: Erol Ofset, 1996), 80; Ünal, *İrtifak Hakları*, 163.

³⁴ Serahsi, *Mebcut*, 14:139, 17:95; Ünal, *İrtifak Hakları*, 163.

³⁵ MAA, md. 144, 235, 1151, 1165, 1168, 1224, 1231; Ali Haydar, *Dürrü’l-Hükkâm*, 3:2189.

mecra aynı zamanda açıklanan sebeplerle devlete ödenmesi gereken vergiyi de kapsamaktadır.³⁶

Günümüz dünyasında mecra hakkının statüsünün sadece suyun taşınmasından sıyrılarak, elektrik, doğalgaz, internet kabloları ve borularının yapılmasının da buraya dahil edilmesi ve bunlarında birer mecra olarak kabul edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Pozitif hukukçular da bunu kabul etmişlerdir.³⁷

2. Mecra-Mesil Hakkının Kurulması

Kanundan kaynaklı olarak mecra ve mesil hakkının kurulması konusunda kendi arazisine su akıtmak için akarsudan mecrasının bulunduğunu iddia edip bu sudan kendi arazisine su yolu yapmak isteyen kimsenin iddiasını ispatlayacak şahit göstermesi yani iddiasını ispatlaması gerekir.³⁸

Bazı kimseler, kendi arazilerinde yararlanacakları su hissesi konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, yani ortak olan bir sudan kimin ne kadar yararlanacağı konusunda anlaşamazlarsa, kullanacakları su miktarı her kimsenin arazisinin büyüklüğü oranında belirlenir. Çünkü buradaki durum arazinin büyüklüğüne göre ihtiyacın artacağı ve ihtiyacın giderilmesi ile ilgilidir. Arazisi yüksekte olup suyun ilk geldiği arazi sahibi, suyu tutup kendi arazisinde alıkoyamaz. Suyu salıp diğerlerinin de yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür.³⁹

Mecra ve mesil hakkında kıdeme itibar olunacağı yani bunların eskiden olduğu üzere bırakılacakları ve devam edecekleri ancak hukuka aykırı olarak kurulmuş ve devam edegelen şeyde kıdeme itibar edilmeyeceği, bunların zararları varsa kaldırılacağı Mecelle'nin ilgili maddesinde belirtilmiştir. "*Hakk-ı müürda ve hakk-ı mecrada ve hakk-ı mesilde kıdeme itibar olunur. Yani bunlar kadimden olageldiği*

³⁶ Ünal, *İrtifak Hakları*, 165.

³⁷ TMK, md. 727, 744; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 540; Mehmet Handan Surlu ve Gülay Öztürk, *Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 24.

³⁸ Şeyhizade Abdurrahman, *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur (Dâmâd)*, çev. Mehmet Çelik (İstanbul Yasin Yayınları, 2011), 6:104.

³⁹ Şeyhizade Abdurrahman, *Mecma'u'l-enhur*, 6:104-105.

*vech üzere terk ve ibka olunurlar Zira (6.) madde hükmünce kadım olan şey hali üzere ibka olunur. Ve hilafına delil olmadıkça tağyir olunmaz. Amma şer'a muhalif olan kadime itibar yokdur. Yani fi '1-asl na meşru' olarak yapılmış olan şey kadim olsa da ana itibar olunmayıp zarar-ı fâhişi var ise izale olunur. (27.) maddeye bak. Mesela bir hanenin çirkabı ezkadim tarık-ı 'amma cari olagelse ve mârreye zararı olsa kadimine itibar olunmayıp zararı defettirilir."*⁴⁰

Konya kadı sicillerine yansıyan bir örneğe göre eskiden beri su yolu vasıtası ile mecra hakkının bulunduğu bir taşınmazda, zamanla bu su yolu bozulmuş ve işlevini yitirmiştir. Daha sonra yararlanan taşınmazın bir başka komşu taşınmazından yeni bir su yolu yapılması ve mecra hakkı tanınması için su yolunun geçeceği arsa ile bir başka arsa takas edilmiş ve mecra hakkı kurulmuş olmuştur.⁴¹

Herhangi bir kimsenin mülkünde olmayan bir arazide hark kazarak yani su yolu yaparak kendi arazisine su taşıyan kimsenin yaptığı su yolunu bozup, onu getirdiği suyu kendi tarlasına aktaran kimsenin yaptığı bu işin hukuka aykırı olduğu, su yolunu ilk yapan kimsenin, o kimsenin müdahalesini engelleyebileceği

⁴⁰ MAA, md. 1224. Benzer bir hükümde mesil hakkının kullanımında da zarara sebep olunması durumunda zararın hak sahibince giderilmesinin zorunluluğu açıklanmıştır. "Bir haneden bihakkın cari olan kariz dolup yahut yarılıp da hane sahibine zarar-ı fahiş olsa karizin sahibi bu zararı def'e mecbur olur." MAA, md. 1233.

⁴¹ "... Veznedâr Çeşmesi dimekle ma'rûf üç 'aded çeşmeye mütevellî olan işbu râfi'ü'l-kitâb 'Alî Beşe ibn Mehmed nâm kimesne mahzarında ikrâr-ı tâm ve takrîr-i kelâm idüp Buzhâne kurbunda vâkî' Du'âcioğlu bağı dimekle ma'rûf bağ benim olup mârû'z-zikr çeşmelerin su yolu benim bağımın şimâl tarafında künk yolu ve mecrâ-yı kadîmi olup lâkin mürûr-ı eyyâm ile harâba teveccüh idüp hâlâ mütevellî-i merkûm tecdîd murâd itmekle benim bağımın kible tarafında olan arsa-i hâliyeye künk döşemek âsân ve mecrâsında üsret olmayup vakfa nâfi' olmağla benim bağım içinde olup kible tarafında olan arsa-i hâliyeye mârû'z-zikr çeşmelerin suyu mecrâsı için mütevellî künk döşemek üzere benim bağım içinden mârû'z-zikr şimâl tarafında su yolunun künk yerini benim mülkûme idhâl itmek üzere 'alâ tarîki'l-mübâdele bey' eylediğimde ol dahî minvâl-i meşrûh üzere iştirâ ve kabûl itmeğin mârû'z-zikr kible tarafında olan arsa-i hâliyemi künk döşemek için mütevellî-i merkûm 'Alî Beşe'ye teslîm ol dahî mârû'z-zikr şimâl tarafında olan harâbe künk yolunu bana teslîm eylemiştir didikte gibbe't-tasdîki'ş şer'î mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu." *Konya Kadı Sicili, Defter No: 45 (1126-1127/1714-1715)*, haz. İzzet Sak ve Cemal Çetin (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 16.

ile ilgili fetva bulunmaktadır. Bu durum Mecelle'nin 1265. maddesinde de "Memluk olmayan nehirlerden herkes arazisini saky edebilir. Ve arazisini saky etmek ve değirmen inşa eylemek üzere cedvel ve hark açabilir. Fakat saire mazarratı olmamak şarttır. Binaen'aleyh suyu taşıyıp da halka zarar verse yahut nehrin suyu bütün bütün kesilse veyahut kayıkların seyrine mani' olsa men' olunur."⁴² şeklinde açıklanmıştır.

"Zeyd, bir kimesnenin mülki olmayan hali yerde hark hafr edip bir nehr-i kebirden su götürüp tarlasını saky ederken Amr, bi-ğayr-i hak Zeyd'in harkını şakk edip suyu ile kendi tarlasını saky murad eylese Zeyd, Amr'ı men'e kadir olur mu? el-Cevab: Olur."⁴³

Bir kimsenin değirmen suyunun eskiden beri bir vakıf araziden akıp gelmesi söz konusu iken üçüncü bir kişinin bu mecra hakkını vakıf mütevellisinden satın alması sonucu, suyun akmasını engelleyemeyeceği yönünde fetva bulunmaktadır. Burada mecra hakkının taşınmazdan ayrı satılamayacağına ilişkin kesin bir hüküm bulunmazken, cevaz verilmeyen hususun kadimden beri aka gelen suyun yolunun değiştirilemeyeceği, bir zarar bulunmadıkça böyle bir tasarrufta bulunulamayacağı kuralının açıklanması söz konusudur.

"Zeyd'in değirmen suyu kadimden bihakkın bir vakıf arsadan aka gelmiş iken Amr: "Ben suyun mecrasını mütevelliden tapu ile satın aldım" deyu Zeyd'i suyu vaz'-ı kadim üzere icradan men'e kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz."⁴⁴

Kadimden beri akan suyun mecrasının değiştirilemeyeceği, vakıf mütevellisinin o suyu başkasına satamayacağına dair fetva da bulunmaktadır.

"Bir su kadimden bihakkın arsası mukataalı vakıf ve binası Zeyd'in mülki olan menziline cereyan edegelmiş iken arsa mütevellisi Amr, Bekir'den bir miktar

⁴² "Birin mülkü olmayan nehirlerden herkes arazisini sulayabilir. Ve arazisini sulamak ve değirmen inşa etmek üzere su kanalı ve ark açabilir. Fakat başkalarına zararının olmaması şarttır. Bundan dolayı suyu taşıyıp da halka zarar verse yahut nehrin suyu bütün bütün kesilse veya kayıkların seyrine engel olsa men olunur." Yaşar Güçlü, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Osmanlıca Aslı Günümüz Alfabetiyle Yazımı ve Güncel Türkçesi Birlikte)*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 390.

⁴³ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi (Açıklamalı Osmanlı Fetvaları)*, haz. H. Necati Demirtaş (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014), 2:392.

⁴⁴ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi*, 2:392.

akçe alıp suyu mecray-ı kadiminden bi-ğayr-i hak ihrac ve Bekir'in menziline icraya kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz."⁴⁵

Kadimden beri olmayan bir mecra hakkının kurulması ise belirli şartlar mümkün olabilir. Mecelle'de bir kimsenin evine ek olarak yaptığı yeni odasının sularını diğerlerinin evine akıtmayacağı hüküm altına alınmıştır. "*Bir kimesne muhdes odasının damlasını aharın hanesine akıtamaz.*"⁴⁶

Kadimden beri yapılmış ve kullanılan bir su yoluyla bir kimsenin değirmenine akan suyun fazla olduğunu iddia edip su yoluna yaptığı bir ekleme ile kendi değirmenine suyu bağlayan kimsenin yaptığı haksız su yolunu ilk değirmen ve su yolu sahibi yıktırabilir. Burada hukuka aykırı olan iş, suyun fazlalığını öne sürerek su yolu sahibinin mülkünde, kendi su yolunu inşa etmektir.

"Bir su kadimden Zeyd'in değirmenine cereyan ederken Amr, mücerred "su kadr-i kifayeden ziyadedir" deyu suyu, Zeyd'in harkından taşıp kendinin muhdes değirmenine akıtmak için Zeyd'in mülk bendi üzerine bi-ğayr-i hak bina ihdas murad eylese Zeyd Amr'ı men'e kadir olur mu? el-Cevab: Olur."⁴⁷

Bazı örneklerde ise Konya Mahkemesi, su akıtma irtifakı ile birlikte onarım amaçlı geçit irtifakının da bulunduğu yönünde karar vermiştir.⁴⁸

⁴⁵ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi*, 2:392.

⁴⁶ MAA, md. 1231.

⁴⁷ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi*, 2:393.

⁴⁸ "...da'vâ ve takrîr-i kelâm idüp benim 'Abdurreşîd nâm mevzi'de mülk bağım olup mezbûrun dahî benim bağım civârında bağı olmağla kadîmden bu âna değin benim bağım sakî olundukda mezbûrun bağında olan evkâsından su girüp eşcâr bağçesiyle puştalarının ve kürûmunun arasından ve küçük bağının kenârından benim bağıma su cârî olu gelmişiken ve târîh-i kitâbdan kırkbeş sene mukaddem babam bağ-ı mezbûru iştirâ eyledikde mübâya'a hüccetinde dahî babaları bağ-ı mezbûru mevzi'-i merkûmdan hakk-ı mecrâsıyla bey' eyledikleri mestûr ve mezkûr iken hâlâ mezbûr Seyyid 'Abdulkerîm hakk-ı mecrâma mâni' olmuşdur yedimde olan fetvâ-yı şerîfe mücibince men' ve def' olunması matlûbumdur diyüp fetvâ-yı şerîfe ve bin altmış sekiz senesi Şevvâlinin evâ'ili târîhiyle müverrah ve mahmiye-i mezburede niyâbeten hâkimü'ş-şer'î'ş-şerîf olan Yahyâ Efendi'nin imzâ ve hatmını hâvî ve mevzi'-i merkûmdan hakk-ı mecrâsı olmak üzere bey' olduğunu nâtk hüccet-i şer'îye ibrâz eyledikde gibbe's-su'âl merkûm Seyyid 'Abdulkerîm cevâbında bağ-ı mezbûr benim ile karındaşların beynlerinde sâbıkan müşâ' iken karındaşlarım mevzi'-i mezbûrdan su icrâsına izn virmekle ben dahî izn virüp sinîn-i sâbıkada

3. Mecra ve Mesil Hakkı'nın Kapsamı

Su akıtma irtifakı, suyun yüklü taşınmaz üzerinden taşınmasını kapsadığı için suyu taşıyabilecek su yolu, boru, su arki gibi vasıtalara ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla bu ekipmanların yapımı sebebiyle dolaylı bir üst hakkını da beraberinde getirmektedir. Mecra ve mesil hakkı bu sebeple yararlanan taşınmaz sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde suyu taşımak için gerekli olan yapıları inşa etme yetkisi tanımaktadır. Suyun alınması durumunda, suyun temiz olarak taşınması için gerekli olan ıslah faaliyetlerini de yapma hakkına sahip olunacaktır. Konu ile ilgili bir fetva metninde de bu konu açıklanmıştır.

“Zeyd'in değirmenine cereyan eden su kadimden bi-hakkın Amr'ın arsasından harkla cereyan ederken dolmakla Zeyd harkı ıslah ve etrafına ilka-i tin murad ettikde Amr Zeyd'e "Nehr-i tahirin halimi olmaz" deyu Zeyd'i nehrin etrafına ilka-i tinden men'a kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁴⁹

Hak sahibine verdiği yararlanma açısından bakıldığından olumlu irtifak kategorisine giren su akıtma hakkı, yararlanan taşınmaz sahibine suyu akıtmak, suyu akıtmak için gereken yapıları inşa etmek ve bu yapıların bakımını yapmak haklarını tahsis ederken; yüklü taşınmaz malikine ise bu haklara katlanma yükümlüğünü yükler.⁵⁰ Mecelle'de bu durum “*Birinin arsasından diğer kimesnenin*

mevzi'-i mezbûrdan icrâ ide gelmişidi lâkin mezbûr Mustafâ su icrâ eyledikde nehrin kenârından bağım içinden bilâ izn mürûr itmekle ben karındaşlarımın hissesini iştirâ idüp mecmû'u müstakil mülküm olduğuna binâ'en su icrâsını ve mürûrunu men' eyledim diyüp hüccet-i mezkûre târîhinden bu âna gelince kırk beş senedir mevzi'-i mezburdan bağını sakî itdikce su icrâ ide geldiğini ikrâr itmekle fetvâ-yı şerifenin mazmûn-ı dürer bârında Zeyd'in mülk bağının suyu kadimden câri 'Amr'ın bağı içinde olan nehrden sulana gelmiş iken hâlâ 'Amr bî-gayr-ı vech Zeyd'in bağına ol nehrden su virmemeye kâdir olur mu el-cevâb olmaz deyu buyurulmağın bermûcib-i fetvâ-yı şerife merkûm Mustafâ'nın mevzi'-i mezbûrdan hakk-ı mecrâsı olup ve su icrâ eylediği vâkitde nehr-i mezbûrun harâbını ta'mîr için nehr-i mezburun kenârından ba'de'l-i'lâm mürûr lâzım olmağın husûs-ı mezbûr için mu'ârazadan mezkûr Seyyid 'Abdulkerîm'i men' bir le mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu.” *Konya Kadı Sicili, Defter No: 39 (1113/ 1701-1702)*, haz. İbrahim Solak ve İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 81.

⁴⁹ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, 586, no: 3010.

⁵⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 3:2190, 2196; Bilgin, “İrtifak Hakları,” 105; Serda Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fatih Matbaası, 1973), 2:124; Ünal, *İrtifak Hakları*, 166.

harkı yahut su yolu bihakkın cari olagelirken arsa sahibi 'fîmâ ba'd icra ettirmem' diye men' edemez."⁵¹ şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Kadimden beri bulunan bir mecra hakkının yüklü taşınmaz malikinin tek taraflı iradesi ile bozması mümkün değildir. Konu ile ilgili bir fetva metninde de bu husus açıklanmıştır.

"Zeyd'in menziline cereyan eden su kadimden bi-hakkın Amr'ın menziline cereyan eden suyun mecrasından cereyan edegelmişken Amr Zeyd'e "Ba'de'l-yevm razı olmam, ahar yerden icra eyle" demeğe kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz."⁵²

Bir kimsenin kadimden beri bir başkasının arazisinden geçen bir su yolu, kanalı bulunsa ve kanalın geçtiği taşınmaz sahibi bu su yolunu, arkı veya ırmağı engellemek isterse, bu isteği hukuka uygun olmaz. Su yolunu engelleyemez.⁵³ Mecelle'de de bu durum hüküm altına alınmıştır. "*Birinin 'arsasından diğer kimesnenin harkı yahut su yolu bihakkın cari olagelirken 'arsa sahibi fîmâ ba'd icra ettirmem diye men' edemez.*"⁵⁴ "*Bir hanenin yağmur suları ezkadim komşusunun hanesine akmakta olduğu halde komşusu bundan sonra akıtmam diye men' edemez.*"⁵⁵ "*Bir tarikde olan hanelerin damlaları ezkadim ol tarika mensub ve oradan alt tarafında vaki' bir arsa içinden cari olagelirken arsa sahibi arsasındaki mesil-i kadimi seddedemez. Seddederse hâkim tarafından seddi ref ile vaz'-ı kadimine ircâ olunur.*"⁵⁶

Bir fetvaya göre; bir vakıf çeşmeye akan su kadimden beri bir kimsenin arazisinden geçmekte iken, yüklü taşınmaz sahibinin suyun aktığı künk yani boruyu delmesi üzerine yararlanan taşınmaz sahibi vakıf mütevellisinin boruyu tamir edip, yüklü taşınmaz sahibinin müdahalesini engellemek istemesi üzerine

⁵¹ MAA, md. 1228.

⁵² Feyzullah Efendi, *Fetava-yı Feyziye*, haz. Süleyman Kaya vd. (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 419, no: 2456.

⁵³ Şeyhizade Abdurrahman, *Mecma'u'l-enhur*, 6:103.

⁵⁴ MAA, md. 1228.

⁵⁵ MAA, md. 1229.

⁵⁶ MAA, md. 1230.

yüklü taşınmaz sahibinin buna izin vermemesi hukuka aykırıdır. Yararlanan taşınmaz sahibi bu açıdan engellenemez.

“Bir vakıf çeşmeye cereyan eden su kadimden bi-hakkın künkle Zeyd'in menzili içinden cereyan ederken Zeyd künkü tegallüben delip suyu isti'mal eder olsa çeşme mütevellisi Amr künkü kapayıp Zeyd'i men murad ettikde Zeyd mücerred "Menzilim içinden murûr etmekle hakkım olmuş olur" deyu Amr'ı def'a kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁵⁷

Kadı sicillerine yansıyan bir örneğe göre mecra hakkından yararlanan taşınmazın vakıf olması durumunda vakıf mütevellisine su yolunun tamiri için izin verildiği görülmektedir. Müteveli, mahkemedен izin almaksızın bu tamir işlemini gerçekleştiremez.⁵⁸

İrtifak hakkı sahibi suyun taşınması için gereken yapıları inşa ederken ve daha sonra bunların bakımını yaparken yüklü taşınmazın içine girebilir. Yüklü taşınmaz sahibi bunu engelleme hakkına sahip değildir.⁵⁹ Bu sebeple yararlanan taşınmaz sahibinin yüklü taşınmazda kısmi bir geçit irtifakına sahip olduğu da söylenebilir.

⁵⁷ Feyzullah Efendi, *Fetava-yı Feyziye*, 420, no: 2457.

⁵⁸ “...Siyavuş Paşa Vakfı'na bi'l-fi'il mütevellî olan işbu hâmilü'l-kitâbi'l-müstedâb fahrü'l-emâsil ve'l-akrân el-Hâc Mustafa Ağa b. Abdülmennân nâm mütevellî meclis-i şer'î şerîf-i enver ve mahfil-i dîn-i münîf-i ezherde takrîr-i kelâm ve ifâde-i merâm edip merhûm-ı müşârun-ileyhin medîne-i mezbûrede medfûn olduğu türbesi duvarında hasbeten lillâhi te'âlâ binâ eylediği çeşmede cereyân eden suyun yolu zikr olunan çeşmeden yine medîne-i mezbûrede başhâne dükkânı önüne varınca mürûr-ı eyyâm ile harâb olmağın tevliyet-i mahkiyem hasebiyle cânib-i şer'î şerîfden müceddeden binâya izin taleb ederim dedikde kibel-i şer'î kavîmden vech-i muharrer üzre zikr olunan su yolunu mârrü'z-zikr çeşmeden başhâne dükkânı önüne varınca müceddeden binâya izin verilip mâ hüve'l-vâki' gıbbe't-taleb ketb olundu.” *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (1065- 1066/1655)*, haz. Baki Çakır (İstanbul: ISAM Yayınları, 2011), 70. Benzer bir hükümlere Konya sicillerinde de rastlanmaktadır. Burada da mecra hakkının kullanılmasına yarayan su yolunun tamiri için kadıdan izin alınmıştır. *Konya Kadı Sicili, Defter No: 38*, haz. İbrahim Solak-İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 131-132; *Konya Kadı Sicili, Defter No: 1*, haz. Leyla Özpolat ve İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 279.

⁵⁹ MAA, md. 1228; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 3:2190, 2196; Bilgin, “İrtifak Hakları,” 105; Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, 2:124; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, 141; Ünal, *İrtifak Hakları*, 166.

Yaptığı su yolunun bakım ve onarımı için yüklü taşınmaza girebilme hakkına sahip olan irtifak hakkı sahibi, geçtiği bu yere ağaç dikme gibi su akıtmaya yarayan yapının işlevi ve kullanımı ile ilişkili olmayan faaliyetlerde bulunamaz. Çünkü ağaç dikmenin bu yapının inşası, bakımı ve onarımı ile ilgili bir işlevi bulunmamaktadır. Su akıtmaya yarayan bir yapı dışında başka bir yapı yahut tesis inşa edemez.⁶⁰

Yüklü taşınmaz sahibi, yararlanan taşınmaz malikinin yani irtifak hakkı sahibinin kendi taşınmazına girmesine engel olursa, daha önce yapılmış olan su akıtmaya yarayan yapının bakımı ve onarımını kendisi bizzat yapmalıdır. Bu sorumluluk kendine ait olur.

Yüklü taşınmaz maliki isterse irtifak hakkı sahibinin kendi arazisine girmesine, su akıtmaya yarayan yapının bakım ve onarımını yapmasına müsaade eder, yahut da izin vermezse bakım ve onarımı kendisi yapmakla mükellef olur.⁶¹ Bu durum Mecelle’de “*Birinin arsasından diğer kimesnenin harkı yahut su yolu bi-hakkın cari olagelirken arsa sahibi ‘fi ma ba’ d icra etdirmem’ diye men’ edemez Ve bunlar ıslah ve tamire muhtac oldukda mümkün ise sahibi mecraya duhul ile bunları ıslah ve tamir eder. Amma ol arsaya girmedikçe tamirleri mümkün olmadığı halde sahibi arsasına girmeye izin vermez ise hâkim tarafından kendisine ya ‘arsana girmek üzere izin ver yahut sen tamir et’ diye cebr olunur.*”⁶² şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Konya kadı sicillerine yansıyan bir örnekte mecra hakkının kullanılmasına engel teşkil eden dere boyundaki ağaçların ıslahı için izin istenmiş, önce mahallinde keşif yapıldıktan sonra bu ağaçların mecra hakkını engellemesinin önlenmesine karar verilmiş, ıslah izni verilmiştir.⁶³

⁶⁰ Serahsi, *Mebcut*, 23:176; Surlu ve Öztürk, *Mecra Hakkı*, 49; Ünal, *İrtifak Hakları*, 166.

⁶¹ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 184; Ünal, *İrtifak Hakları*, 166.

⁶² MAA, md. 1228.

⁶³ “...nâm kimesneler meclis-i şer’-i şerîfe gelüp ... Vâdi-i Merâm’dan cârî olan çayın Selifâr başına değin kenarlarında ağaçlar nâbit olmağla seyl tuğyân itdikde sed olup mecrâsına mâni’ olmağla bizim ve civârımızda olan bağât ashâbının bağlarına küllî zarar isâbet itmeğın cânib-i şer’den üzerine varılıp ba’d-e’n-nazar kal’ ve kam’ına izn virilmek matlûbumuzdur didiklerinde savb-ı şer’den Mevlânâ el-Hâc Mustafâ Efendi irsâl olunup ol dahî zeyl-i kitâbda isimleri mestûr olan müsîmîn ile mevzi’-i mezbûra varup nazar olundukda fîl-vâki’ çay-ı mezbûrun kenarında

Su yoluna zarar veren kimselerin bu zararı tazmin etmekle mükellef olduklarına dair bir sicil örneğine göre bir taşınmaz üzerinde bulunan eskiden beri kullanılan su yoluna ve çeşmeye zarar veren kimsenin bu zararı tazmin etmesi istenmiş, daha sonra yargılama sırasında sulh olarak anlaşmışlardır.⁶⁴

Bir diğer diğer sicil kaydında da mecra hakkının kullanıldığı bir su yolunun yüklü taşınmaz içinde zarara uğraması sebebiyle tamir edilebilmesi için yüklü taşınmaz sahibinin engellemesinin önlenmesine hüküm verilmiştir.⁶⁵

mârü'z-zıkr Selifâr başına değin eşcâr olup seyl tuğyânında cereyânına mâni' olduğu mütehakkık olduğunu mevlânâ-yı mezbûr mu'âyene ve müşâhede eylediğini mahallinde ketb ve tahrîr ve ba'dehu ma'â ba's olunan Seyyid Ahmed Çelebi ile meclis-i şer'a gelüp 'alâ vukû'a heber virmeğin çay-ı merkûmun Kiraslıbendi mahallinden Selifâr başına değin kenarında olan eşcârın kal' ve kam'ına izn bir le mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu." *Konya Kadı Sicili, Defter No: 37, (1102-1103/1691-1692)*, haz. İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 55-56.

⁶⁴ "... merhûm Ahmed Efendi Hazretlerinin vakfından olup medîne-i Üsküdar'a muzâfa Kanlıcak karyesinde vâki' bahçe derûnunda kâ'in bi'r-i mâ'nın suyu kadîmden beru tulumba ve lerzî ve terâzü ile civârında kâ'in yalı ta'bîr olunur menzîlimize icrâ olunugelip tulumba ve mecrâsı külliyyen harâb olmağla bâ-izn-i mütevellîye kadîmi misillü mülkümüz olmak üzere bi'r-i mezkûre vaz' ve mecrâsına ferş ve binâ eylediğimiz iki yüz elli guruş kıymetli tulumba ve lerzîleri ve terâzüyü mezbûr es-Seyyid Abdullah Efendi fuzûlî hedm ve ref' ve tulumba ağacını şak etmekle kıymet-i mezkûrelerini mezbûr es-Seyyid Abdullah Efendi'den tazmîn taleb ederim deyü da'vâ eylediğimde..." *İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (1201-1203/1786-1787)*, haz. Coşkun Yılmaz vd. (İstanbul: Kültür AŞ, 2019), 135.

⁶⁵ "... Ârife nâm hatunun meşrûtiyyet üzere sâkine olduğu Nişancı Paşa Mahallesi'nde vâki' bostânı derûnunda bir künk ile anayolu ta'bîr olunan mecrâ su yolu üzerine varılıp akd-i meclis-i Nebevî ve mecrâ-yı merkûm mu'âyene ve müşâhede olunup ashâb-ı arzuhâlin menzillerine ve Sofular Mahallesi çeşmesine kadîmî cereyân eden mâ-i lezîzin anayolu ta'bîr olunur mecrâ-yı mâ-i kadîm olduğunu nâzır-ı merkûm ve ser-bölükleri ve ahâlî-i mahalleden müseccelü'l-esâmî on nefer Müslimîn haber verdiklerinden mâ'adâ mezbûre Ârife Hatun'dan suâl olundukda mecrâ-yı mâ-i mezbûre ta'mîr vukû'unda vâki' olup künklerini kırdım deyü ta'addisini münkir olup mücerred bostânım derûnunda zuhûr etmekle âharın ne alâkası vardır deyü mecrâ-yı mâ-i mezbûra müte'allika şer'î cevâbı ve yedinde bir senedi dahi olmamağla mecrâ-yı mâ-i merkûm ke'l-evvel nâzır-ı merkûm ma'rifetiyle seddolunup hilâf-ı şer' ta'addî olunmamak üzere mezbûre Ârife'ye ve müstecirîne tenbîh-birle mevlânâ-yı mezbûr vâki' hâlî ba'de't-tahrîr ma'an ba's olunan ümenâ-i şer'le gelip inhâ ve takrîr eyledikleri huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu." *Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (1154-1161/1741-1748)*, haz. Coşkun Yılmaz vd. (İstanbul: Kültür AŞ, 2019), 318. Mecra hakkının kullanıldığı su yolunun tamiri için para vakfedildiği örnekler de

Eskiden beri kullanılan su yolunun taşınmaza ve çevreye zarar vermesi durumunda taşınması hususuna örnek olarak verilebilecek bir sicil kaydında; Küçük Karaman Çarşısındaki hanların keneflerindeki atık suyun Süleymaniye Camii'nin taş duvarına dolması ve buraya zarar vermesi sebebiyle su yolunun değiştirilip ve bazı yapıların yerlerinin de değiştirilmesi öngörülmüştür.⁶⁶

Bir fetva örneğine göre kendi değirmeninin suyunu mecra hakkı kapsamında bir başkasının arazisinden geçiren kimse, bu su yolunun tamir ve bakıma ihtiyacı olduğunda bu tamiri kendi mecra hakkının geçtiği yer içinden yapabilme imkanına sahip iken yüklü taşınmazın içine girerek tamir etmek isterse, yüklü taşınmaz sahibi onu geçişini engelleyebilir. Çünkü tamiri başka şekilde yapma imkânı bulunmaktadır.

“Zeyd, değirmeninin suyunu hakk-ı icrası olmakla Amr'ın mülk arsasından icra' ederken suyun mecrası ıslaha muhtaç oldukda mecranın içinden mürur ve ıslah mümkün iken Zeyd, Amr'ın izinsiz Amr'ın arsasına duhul ve mürur murad eylese Amr Zeyd'i men'e kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”⁶⁷

Bir diğer fetvada ise bir su yolunda yararlanan iki kişinin bulunması halinde, suyun ilk geldiği değirmen sahibi, su yolunun yukarı tarafında tamire ve onarıma ihtiyaç duyulan parçaları hâkim izni olmaksızın kendi parası ile tamir edip

bulunmaktadır. *İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M. 1663-1664)*, haz. Coşkun Yılmaz vd. (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 285.

⁶⁶ “... evkâf-ı mezbûreden olup mahmiye-i Küçük Karaman Çarşısı'nda vâki' lede'l-cirân hudûdu ma'lûm olup, yirmi sekiz bâb odaları müştemil olan hanın içinde merhûm Sultan Süleyman Hân câmi'-i şerîfinin suyu mürûr etmeğin, han-ı mezbûrun dolma taş duvarına zararı olduğundan gayrı han-ı mezbûr kenîflerinin kârîzi dahi su yoluna mülâsık olmakla su yolu meremmeti takarrubu ile zikr olunan kârîzin dahi ba'zı mevâzi'ine halel târî olmakla cereyânda kalıp taşra çıkmak ile cemî'-i ebniyesine zarar tatarruk etmeğin, bundan akdem kibel-i şer'den üzerine nâ'ib ve muhammin varıp vech-i meşrûh üzre zararı mukarrer olmağın, zikr olunan kârîz ve kenîfler âhar yere nakli lâzım oldukda, vakf-ı mezbûr bozahânesinin han-ı merkûma mülâsık olan tarafına nakl olunup ve kadîmi kenîfler bozulup yeri bozahâneye ilhâk olunmak münâsib ve her vechile vakfa nâfi' olmağın cânib-i şer'den izin verilip mesârifine beş bin akçe tahmîn olunmuşdu.” *İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (1027/1618)*, haz. Yılmaz Karaca vd. (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 87.

⁶⁷ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi*, 2:395.

yeniledikten sonra, aşağı taraftaki değirmen sahibine “*tamirden dolayı kendi payın olan şu kadar borcu öde*” diyemez.

“Bir harkdan cereyan eden su Zeyd'in değirmenine ba'dehu Amr'ın tarlasına cereyan ederken ol harkın a'lasından bazı mevazı bozulup kery ve ıslaha muhtaç oldukda Zeyd izn-i hâkim yokken Amr'ın izninsiz şu kadar akçe sarf edip harkı kery ve ıslah eylese Zeyd Amr'a mücerred "Harkdan cereyan eden sudan ikimiz intifa' etmekle masrafımın şu miktarını bana damin ol" deyu cebre kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁶⁸

Su hakkının kullanıldığı su yolunun tamire ihtiyacı bulunması halinde bu tamirin yararlanan taşınmaz sahibi tarafından yaptırılacağı, yararlanan taşınmaz eğer vakıf mülkü ise vakıf mütevellisi tarafından yaptırılması gerektiği, tamir masraflarının bu vakıftan alınacağı ile ilgili bir sicil kaydı bulunmaktadır.⁶⁹

Daha önce yapılmış olup zamanla işlevsiz hale gelen ve tamire ihtiyaç duyan su yolunun tamirinden önce keşif yapıldığı ve akan su miktarının belirlendiği sicil örneklerinden anlaşılmaktadır. Buradaki keşfin yapılma amacı su yolunun tamir

⁶⁸ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, 585, no: 3001.

⁶⁹ “... Abbas Ağa Vakfı'na mütevellî olan fahrü'l-akrân İdris Ağa b. Mehmed meclis-i şer'-i şerîfe gelip takrîr-i kelâm edip vakf-ı mezbûrdan olup mahmiye-i merkümede Çelebioğlu mahallesinde inde'l-cîrân ma'lûmü'l-hudûd olan fevkânî vakıf menzilin tahta-pûşu ve câmeşuyhânesi ve yine mahmiye-i merkümede Altımermer'e cârî olan vakıf çeşmesinin suyolu mürûr-ı eyyâm ve kürûr-ı a'vâm ile harâb ve ta'mîre muhtâc olmağla izn-i şer'le mevâzi'-i mezkûru ta'mîr etmiş idim, el-hâletü hâzihî savb-ı şer'den üzerine varılıp ihdâs ettiğim ebniyenin ne mikdâr akçeye tahammülü vardır, takvîm-i sahîh ile takvîm ve tahmîn olunmak matlûbumdur dedikte kibel-i şer'den Mevlânâ Hasan Efendi ve hâssa mi'mârlardan Üstâd Ali Çelebi b. Halil irsâl olunup zeyl-i mastûrda isimleri mastûr olan Müslimîn ile üzerine varılıp mu'âyene ettiklerinde fi'l-hakîka zikr olunan tahta-pûşun müceddeden ahşâb ve elvâh ve mesâmîr-i mütenevvi'a ve kaygan taş ve kireç ve horasan ve lökün ve neccâriyesi ve mezkûr câmeşuyhânenin seng-i âteş ve ahşâb ve elvâh ve mesâmîr-i mütenevvi'a ve neccâriye ve ırgadiye ve hammâliyesi beş bin üç yüz on altı akçe ve mârru'z-zikr çeşmenin suyolu meremmâtına ber-müceb-i defter-i müfredât mütevellî-i mezbûr iki bin dört yüz seksen akçe ki cem'an yedi bin yedi yüz doksan altı akçeye tahammülü vardır, ekalli ile olmak mümkün değildir deyu ittifâk ettiklerinin mevlânâ-yı mezbûr mahallinde tahrîr ba'dehû gelip [155a] meclis-i şer'de inhâ ve takrîr etmeğin mâ-hüve'l-vâkı' bî't-taleb ketb olundu.” *Evkaf-ı Hümayûn Müfettişliği 1 Numaralı Sicil (H. 1016-1035 / M. 1608-1626)*, haz. Coşkun Yılmaz vd. (İstanbul: Kültür AŞ, 2019), 533.

edilirken daha önceki durumda taşınan su miktarı ile aynı miktarda su taşıyabilecek şekilde yani aslına uygun şekilde yapılması gerekliliğidir.⁷⁰

Kadı sicillerinde dikkat çeken bir husus da daha önce yapılmış olan su yolunu tamir ve onarımdan geçirip bu tamire para harcayan su hakkı sahibi, su nazırı, su yolcuları kethüdası, su yolcuları ve o bölge halkından olan kimselerden oluşan keşif heyetinin yaptığı masrafları takdir etmelerini ve bu konuda bir keşif yapmalarını talep etmektedir. Keşif heyeti de yapılan masrafı, su yolunun uzunluğu, konulan boru vb. aletlerin boyu ve genişliğini ölçüp yaklaşık bir tamir ücreti çıkarmaktadırlar. Su hakkı sahibinin doğrudan yaptığı masrafları bildirmek yerine, masrafların tahmini değerini ölçtürmek için mahkemeye başvurması dikkat çekmektedir. Bir olasılık devlete su hakkı için vereceği vergiden düşmek için olduğu düşünülebilir.⁷¹

⁷⁰ “... Pertev Paşa hazretleri hâl-i hayâtında mahalle-i mezbûrede [vâki’] saraylarına cârî olmak üzere medîne-i Hazret-i Ebâ Eyyûb-i Ensârî -radiye anhu Rabbühü’l-Bârî-’de Bıçakçı Ferhad mahallesinde vâki’ Mevkûfâtı demekle ma’rûf Mehmed Efendi nâm kimesnenin bahçesinde âbâr-ı müteferrika hafr ettirip [taht]e’l-arzdan lağımlar ve kanavât ile cem’ ve tahsîl eylediği suyun yolu mürûr-ı eyyâm ile harâb olup (...) ve mikdârı ma’lûm olmadığı ecilden bi’l-fi’l su nâzırı olan Mehmed Ağa ma’rifetiyle sâlifü’z-zikr su keşf ve vezn eyle deyû yedimizde olan fermân-ı şerîf mücebince kibel-i şer’den üzerine varılıp ba’de’l-keşf ve’l-mu’âyene tahmîn-i sahîh ile tahmîn ve mu’tâd-ı kadîm üzere vezn ve ayâr ve ketb ve terkîm olunmak matlûbumdur deyû yedlerinde olan fermân-ı âliyi ibrâz ve feth-i kırâat olundukda mazmûn-ı münîf-i mezbûrûnun takrîr-i meşrûhlarına mutâbık bulunmağın savb-ı şer’-i hafîrden mevlânâ Mustafa Efendi b. İsmail irsâl olunup ol dahi Hâssa Su yolcularından İsmail Beşe b. Abdullah, Mustafa Çelebi b. Veli ve sâir zeyl-i kitâbda muharrerü’l-esâmî müslimin ile zikr olunan bahçeye varıp (...) erbâbı beyninde vezn ve ayâr ve tahmîn-i sahîh ile ale’l-vechî’l-mu’tâd vezn ve tahmîn olundukda kâmil (...) masura ve bir çuvaldız su cârî olduğunu mu’âyene ve müşâhede eylediklerini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde tahrîr ba’dehû ma’an irsâl olunan çukadâr Hüseyin Beşe b. Recep ve Mehmed b. Mahmud ile meclis-i şer’a gelip her biri alâ vukû’ihi inhâ ve takrîr etmeğın mâ cerâ bi’t-taleb ketb olundu.” *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 90 Numaralı Sicil (1090-1091/ 1679-1680)*, haz. Fuat Recep vd. (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 443.

⁷¹ “... Müderris köyü demekle ma’rûfe olan karyenin cânib-i şimâlinde vâki’ derede hafr ettirdiği âbâr-ı müteferrikadan cem’ edip yine mahmiye-i mezbûrede vâki’ Tevekkül çeşmesi’nde ve mahalle-i mezbûrda olan sarayında icrâ eylediği üç masura suyun yolları mürûr-ı eyyâm ve kürûr-ı a’vâm ile harâb olup zikr olunan üç masura su bir nice zamân cereyândan kalıp bi’l-küllîye münkat’ olmağın müvekkile-i mûmâ-ileyhânın izni ile menşe’inden makarrına varınca yollarını kendi malımdan tecdîd ettirip sâlifü’z-zikr çeşmede ve sarayında ke’l-evvel icrâ

Mecra hakkında yararlanan taşınmazların birden çok olması ve sahiplerinin farklı olması durumunda su hakkının nöbetleşe kullanımı ve su yolunun tamiri konusunda da masrafları paylaştıkları sicil örneklerinde görülmüştür.⁷²

Su yolundan yararlanan birden çok kimsenin bulunması durumunda, bir zaman sonra su yolunun tamire muhtaç hale gelmesi sonucu, yararlananlardan biri diğerlerine tamiri birlikte üstlenmeyi teklif etmesi durumunda ortaklardan

ettirmişidim hâlâ müvekkile-i müşârün-ileyhâ zikr olunan su yoluna harc ve sarf eylediğim meblağın meretebe-i tahammülü keşf ve tahrîr olunmasın taleb ederler dedikde mahkeme-i şerîfeden mevlânâ Receb Efendi b. Abdi irsâl olunup ol dahi bi'l-fi'l su yolu nâzırı olan kıdvetü'l-emâsil ve'l-akrân Hasan Ağa b. Abdülmennân ve su yolcular kethüdâsı olan Mehmed Kethüdâ ve Sultan Mehmed Hân suyolcuları bölükbaşısı olan Mahmud b. Ali ve Hâssa su yolcularından Mahmud b. Abdullah, üstâd İbrahim b. Abdullah ve zeyl-i kitâbda mastûrû'l-esâmî olan müslimîn ile mârrû'z-zikr su yolunun üzerine varıp vekil-i mezbûrun tevdîd eylediği ve mevâzî'i keşf ve müşâhede ve mu'âyene eylediklerinde mezbûrân Hasan Ağa ve Mehmed Kethüdâ ve merkûmûn Mahmud ve diğer Mahmud ve İbrahim ve sâir müslimîn ile zikr olunan suyun başından kurbunda vâkî' vezîr-i müşârün-ileyh hazretlerinin suları kemerine gelince iki yüz yetmiş yedi kulaç lağımın her bir kulacının tathîri için altmışar akçeden cem'an altı bin altı yüz yirmi akçe ve zikr olunan kemere gelinceye değin müceddeden vaz' olunan yedi yüz aded künkün her biri lökünü ile ve üstâdiyyesi ve sâir levâzımı ile yirmişer akçeden cem'an on dört bin akçe ve zikr olunan Tevekkül çeşmesi'nden dahi kendi sarayına varıncaya değin müceddeden vaz' olunan üç yüz yedi aded kurşun borunun her biri cümle levâzımı ile ikişer yüz otuz akçeden yetmiş bin altı yüz yirmi akçe ki yüz bir bin iki yüz otuz akçe vekil-i mezbûr Ali Ağa'nın harc ve sarf eylediğini tahmîn-i sahîh ile tahmîn ve ittifâk ve ittihâd eylediklerini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde tahrîr, ba'dehû gelip meclis-i şer'de inhâ ve takrîr etmeğin mâ hüve'l-vâkî' ketb ve imlâ olundu." *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638)*, haz. Salih Kahrıman vd. (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 344.

⁷² "...Çelikiyeri demekle ma'rûf mevzi'de vâkî' iki göz değirmene mutasarrıf olan râfi'ü'l-kitâb fahrü'l-akrân İsmail Ağa mahzarında ikrâr ve takrîr-i kelâm edip mezbûr İsmail Ağa'nın mârrû'z-zikr değirmeninin bâlâsında bizim dahi müşrif-i harâb değirmenimiz olup bu ana gelince tarafından intifâ' ettiğimiz cârî olan suyun mecrâsı bizim değirmenimizden mezbûr İsmail Ağa değirmeni harkına vâsıl olup minvâl-i muharrer üzere istimâl olunagelmışidi lâkin bir iki senedir eyyâm-ı sayfda hizmetkârlarımız nizâ' üzere olduklarında hâlâ tarafeynin rızâsı ile münâvebe edip iktizâ etdikde bir gün bizim değirmenimize ve bir gün dahi mezbûr İsmail Ağa değirmenine cârî olmak üzere muâhede olunup ve harc-ı hendek ve hark dahi ale's-seviyye mâ-beynimizde sarf olunup ba'de'l-yevm minvâl-i muharrer üzere terâzî olduğumuzu..." *Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (1067-1069/1656-1658)*, haz. Coşkun Yılmaz vd., (İstanbul: Kültür AŞ, 2019), 661.

biri bu işe yanaşmasa bile ona zorla yaptırılır. Bir başka görüşe göre ise zorla yaptırılmaz; ancak zarar meydana gelmesi durumunda zarar ondan tahsil edilir.⁷³ Bir fetvaya göre böyle bir durumda; diğerleri de bu teklifi kabul etmemeleri üzerine teklifte bulunan kişi kendi parası ile tamiri yaptıktan sonra diğerlerinin su almasını engelleyebilir. Ancak diğerleri kendi paylarına düşen kısmı verdikten sonra engelleme yapılamaz.

“Bir harkdan cereyan eden su önce Zeyd'in değirmenine ba'dehu birkaç kimesnelerin değirmenlerine cereyan ederken ol değirmenin taraf-ı a'lasında ba'zı mevazii bozulup kery (ayıklama, kazma) ve ıslaha muhtaç oldukda Zeyd ol kimesnelere: "Harkı a'le'l-iştirak ikra' ve ıslah edelim" deyip mezburlar imtina' itmeleriyle Zeyd, ol kimesnelere müracaat etmek üzere emr-i hakimle malinden kadr-i ma'ruf şu kadar akçe sarf edip ikra' ve ıslah eylese Zeyd'e masrafından merkulara isabet eden miktarı istifa edince mezburları su ile intifadan men'e kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”⁷⁴

Mesil hakkı olarak düşündüğümüzde atık suların tahliyesi ile yağmur sularının tahliyesi fıkıh kitaplarında farklı kategorilerden değerlendirilmiştir. Kendi evinin çatısından komşu taşınmaza yağmur suyu akan taşınmaz sahibi, komşu taşınmazda bu suyun tahliyesi için bir irtifak hakkı kurarak yağmur suyunu su kanalı, boru, ark gibi yapılar vasıtasıyla başka bir yere taşımaya zorlanamaz. Yağmur suları bu açıdan atık sulardan farklı değerlendirilmiştir. Komşu taşınmaz sahibi, çatıdan akan yağmur sularının kendi taşınmazına akmasına katlanmak zorunluluğu altındadır.⁷⁵

4. Mecra ve Mesil Hakkı'nın Tespiti

Kadimden beri bulunmayan bir mecra hakkının ilk olarak tesisinde kamu yararına bakılacağı bir fetva metninde şu şekilde açıklanmıştır: Bir bölge ahalisi taşınmaz sahiplerinin iznini alarak bir bölgeye çeltik tarımı yapmak için su almak istediklerinde, bu bölgenin yukarısındaki bölge ahalisi kendilerine bir zararı

⁷³ Şeyhizade Abdurrahman, *Mecma'u'l-enhur*, 6:101.

⁷⁴ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi*, 2:394.

⁷⁵ Kurtoğlu, *İslâm Hukuku Dersleri*, 2:124; Hacak, “İrtifak Hakları,” 96; Ünal, *İrtifak Hakları*, 167.

bulunmamasına rağmen, kadimden beri bu bölgede çeltik tarlası bulunmadığı için bu mecranın kurulmasına muhalefet edemez, bunu engelleyemez.

“Bir karye ahali tasarruflarında olan tarlalarında izn-i sahib-i arzla hark hafr ve ihdas ettikleri çeltik tarlalarına enhar-i gayr-i memlukeden su icra etmek istediklerinde ol karyenin a'lasında olan karye ahailerine zararı yokken mücerred "Bu karyede kadimden çeltik tarlaları olmamakla yeniden su icra edip intifa' ettiğinize razı olmazız" deyu bi-gayr-i vech mezburları men'a kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar.”⁷⁶

Kadı sicillerine yansıyan bir örnekte su yolunun tespiti ve bu yolundan eve alınacak suyun miktarının belirlenmesi için keşif yapıldığı, bu keşifte o bölge sakinleri, mimarbaşı, su yolu nazırı, su yolcuları kethüdası ve su yolcularının bulunduğu görülmektedir. Bu belirlemenin devlete bu su için verilecek ücretin yani verginin hesaplanması için olduğu düşünülebilir. Söz konusu örnekte su hakkı bulunan kimsenin paşa kızı ve taşınmazın da saray vassında olduğu düşünüldüğünde keşif heyetinin üyeleri daha çok anlam kazanmaktadır.⁷⁷

Kadı sicillerindeki bazı örneklerin başında davanın ve ilamın niteliğinin su hakkı olduğu “Su hüccetidir” denilmekle ortaya konulmuştur. Bir diğer örnekte su hakkı olarak alınan suyun miktarının yeniden ölçülmesi için keşif yapılmıştır. Bu keşfe su nazırı, su yolcuları kethüdası, bölükbaşı ve o bölgede yaşayan insanlardan bir heyet görevlendirilmiştir. Bu heyet ise suyun bir kısmının su hakkı sahibine, kalanının ise diğer yerlere bölüştürülmesine karar vermiştir. Buradan

⁷⁶ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, 583, no: 2990.

⁷⁷ “... saraylarında ile'l-ân cereyân eden bir kamyş ve bir masura mâ'in medîne-i Ebî Eyyûb el-Ensârî -radyallâhu te'âlâ- indinde Debbâğlar deresi demekle ma'rûf mevzi'de Kırkçeşme suyu mecrâsına ilhâk olunduğu mahalde hâlâ ne mikdâr idiği tahmîn-i sahîh ile tahmîn olunmak için savb-ı şer'-i kavîmden âdem irsâl olunmak taleb etmeğin cânib-i şer'-i şerîfden mevlânâ Mustafa Efendi irsâl olunup ol dahi bi'l-fi'l mi'mârbaşı olan kıdvetü'l-emâcîd ve'l-a'yân Kasım Ağa ve su yolu nâzırı olan fahrü'l-emâsil ve'l-akrân Hasan Ağa taraflarından husûs-ı mezbûr için irsâl eyledikleri el-Hâc İbrahim b. Sefer ve su yolcuları kethüdâsı olan üstâd Mehmed b. Mustafa ve su yolcularından Veli Bey b. Ramazan nâm kimesneler ile mahall-i mezbûra varıp tahmîn-i sahîh ile tahmîn eylediklerinde mâ-i mezbûr Kırkçeşme suyu mecrâsına ilhâk olunduğu mahalde hâlâ ancak bir masura su olduğuna icmâ' ve ittîfâk eylediklerini...” *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638)*, 67.

çıkarılacak bir sonuç da su hakkı sahibinin kimliği veya su hakkını kullanacak yararlanan taşınmazın vasfının ne olursa olsun yapılacak keşifte yöre halkının, su yolcularının ve su nazırının bulunduğu, keşfi yapacak kimselerin alelade kimseler olmadığı ve konu hakkında bilgi sahibi kimselerden oluştuğu görülmektedir.⁷⁸

Eskiden yapılmış olan ve halen kullanılan atık su yolunun değiştirilemeyeceği, yüklü taşınmaz sahibinin buna engel olamayacağı ile ilgili sicil örnekleri bulunmaktadır. Bu hususta kadime itibar olunacağı kuralının uygulandığı görülmektedir.⁷⁹

⁷⁸ "...Ayazma ve Yolcu Çayırı demekle ma'rûf ve mevzi'de kendi malıyla on yedi aded bacalar ve taht-ı arzdan lağımlar ve kanavât ile cem' ve tahsil eylediği mâ'in üzerine varılıp ba'de'l-keşf ve'l-mu'âyene erbâbı beyninde mu'tâd-ı kadîm üzere vezn ve ayâr ve tahmîn-i sahîh ile tahmîn olunmak müvekkilim mûmâ-ileyhin murâdudur dedikte cânib-i şer'-i hafîrden mevlânâ Mehmed Efendi b. Nasuh irsâl olunup ol dahi hâssa su nâzırı mefharü'l-emâsil ve'l-akrân Mehmed Ağa b. Abdülmennân tarafından husûs-ı âti'l-beyâna vekil-i sâbitü'l-vekâlesi ve hâssa su yolcuları kethüdâsı olan el-Hâc Mustafa b. Hasan ve bölükbaşlarından Hasan Çelebi b. Mahmud ve İsmail Çelebi b. İbrahim ve Mehmed b. Abdullah ve sâir zeyl-i vesîkada mektûbetü'l-esâmî cemâ'at-i müslimîn ile mevzi'-i mezkûrda zikr olunan mâ'in üzerine varıp keşf ve mu'âyene ve vech-i mu'tâd üzere vezn ve ayâr ve tahmîn-i sahîh ile tahmîn olundukda kâmil iki buçuk masura su mevcûd ve cereyân ettiğini mu'âyene ve mesâha eylediklerinden sonra sâlifü'z-zikr suyu mevzi'-i mezkûre karîb merhûm ve mağfûrun-leh Sultan Süleyman Hân hazretleri suyu yoluna bi iznî'l-mütevellî ilhâk ve idrâc ve buçuk masurası hakk-ı mecrâ alıkonulup bâkî iki masura su kalmağla zikr olunan iki masura suyu müvekkil-i mûmâ-ileyh İbrahim Ağa dediği mahalden ifrâz ve murâd eylediği mahalde icrâ etmek üzere icmâ' ve ittifâk ettiklerini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde ketb ve tahrîr ba'dehû ma'an irsâl olunan Mehmed b. Eyüb ile meclis-i şer'a gelip alâ vukû'ihî inhâ ve takrîr etmeğin mâ hüve'l-vâkî' gıbbe'l-ibtigâ kayd şüd." *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 90 Numaralı Sicil (1090-1091/1679-1680)*, 118.

⁷⁹ "... müvekkilem mezbûretânın zikr olunan menziline merkûmân Dilâver ve el-Hâc Süleyman'ın menziline yağmur suyu akagelip şimdi merkûm Dilâver ve Süleyman mâni' olurlar, cânib-i şer'den üzerine varılıp mu'ârazadan men' olunması matlûbumdur dedikte cânib-i şer'den [197] bizzat ve hâssa mî'mârlardan üstâd Kara Mehmed b. Abdullah ve zeyl-i kitâbda mastûrû'l-esâmî olan müslimîn ile menzil-i mezbûrun üzerine varılıp müşâhede olundukda mezbûretân Nazlı ve Aslı'nın menziline merkûmân Dilâver ve el-Hâc Süleyman'ın menziline yağmur suyu akagelip su yolu olduğu mukarrer olıcak merkûmân Dilâver ve el-Hâc Süleyman mu'ârazadan men' birle mâ hüve'l-vâkî' bî't-aleb ketb olundu." *Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643)*, haz. Baki Çakır vd. (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 263.

5. Mecra ve Mesil Hakkı'nın Kullanılması

Mecra ve mesil hakkında kıdeme itibar olunur. Yani bazı kimselerin sularının bir yerden akıp gitmesine istihkakı varsa bunlar kadimden beri oldukları üzere bırakılırlar. Bunların aksine bir delil bulunmadıkça bu hakka dokunulamaz ve değiştirilemez. Ancak hukuka aykırı olarak yapılagelmiş olan bir kadime itibar olunmaz. Buradaki hak hukuka aykırı olarak tesis edilmiş ise kadimden beri yapılagelse de fahiş zararı bulunursa hak ortadan kalkar.⁸⁰

Konya kadı sicillerine yansıyan bir örnekte kadimden beri mecra hakkının bulunduğu iddiasında olan taşınmaz sahiplerinin iddiası yüklü taşınmaz sahibince reddedilip, mecra hakkının bulunmadığı öne sürüldüğünde, davacıların getirdiği şahitler mecra hakkının 8 yıldır bulunduğu ve hak sahiplerinin bu sudan bağlarını suladıklarına şehadet edince mahkeme mecra hakkının bulunduğu ve davalı yüklü taşınmaz sahibinin yararlanan taşınmaz sahiplerinin hakkını engelleyemeyeceğine hükmetmiştir.⁸¹

⁸⁰ Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu, 7:182-183.

⁸¹ "...nâm kimesneler meclis-i mezbûrda merkûm 'İbâdullah Efendi ibn 'Abdulhalîm Efendi mahzarında üzerine her biri da'vâ ve takrîr-i kelâm idüp merkûm 'İbâdullah Efendi'nin işbu mu'âyene olunan bağının şimâl cânibinde olan duvarının ortasında kadîmden Çaylibendi demekle ma'rûf sekb olup duvar-ı mezbûrun taşrasında olan nehrin suyundan bizim her birimizin bağlarına sekb-i merkumdan ve bağ-ı mezbûrun içinden su cârî olgelüp her birimizin hakk-ı mecrâmız olup ve bu minvâl üzere 'amel oluna gelmişiken târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem mezbûr 'İbâdullah Efendi zikr olunan mecrâlarımızdan bağını muhâfaza murâd itmekle bağ-ı mezbûrun kible tarafında olan köşesinden karşısında olan içde ağacına dek tûlen altmış yedi çift adımı ve 'arzen sekiz ayak işbu mu'âyene olunan mevzi' Arık Ahmed'den ve mârû'z-zikr içde ağacından aşağı tûlen kırk üç çifte adımı ve 'arzen sekiz ayak mevzi' Laçın nâm kimesneden iştirâ olunup mezbûr 'İbâdullah Efendi'nin ve bizim rızâlarımız ile mecrâlarımız mevzi'-i kadîmden tahvîl ve duvar hâricinden mârû'z-zikr iştirâ olunan mevzi'den hark ihdâs olunup merkûmun iltimâsıyla bağlarımızın suyunu mârû'z-zikr nehr-i muhdesden alup târîh-i kitâba gelince sekiz senedir bağlarımızın işbu mevzi'-i muhdesden suyumuzu icrâ idegelmişiken hâlâ merkûm 'İbâdullah Efendi kadîmî mecrâmızı sed idüp mâni' olduğu gibi sonradan ihdâs itirdiği mevzi'-i mezburdan dahî bağlarımıza su icrâ itdirmeyüp mâni' olmuştur su'âl olunup men' ve def ' olunması matlûbumuzdur didiklerinde gibbe's-su'âl merkûm 'İbâdullah Efendi cevâbında benim bağımın mârû'z-zikr duvarında Çaylibendi nâmıyla bend ve bağımın içinden mezbûrların bağlarının hakk-ı mecrâsı yokdur ve zikr olunan mevzi'i ben mezbûr Arık Ahmed'den yedi guruşa iştirâ eyledim mülkümdür mezbûrlara su icrâsına rızâ virmedim deyu

İki kimse, değirmenlerini bir sudan işleyerek işletirlerken daha sonra yapılan değirmen sahibi değirmenini yıkıp yeniden ve ilk yapıya uygun olmayarak inşa edince, eski değirmenin su akışına ciddi zarar verse ve onun işleyişini etkilerse, ilk değirmen sahibi sonradan aslına uygun olmayarak yapılan bu değirmeni yıktırıp zararının giderilmesini talep edebilir. Burada aslanan mesele zararın giderilmesidir, sonraki değirmen sahibi ilk yapıya uygun olarak değirmenini yenileyebilir, buna engel bulunmamaktadır.

“Zeyd'in kadim değirmeninin üst yanında Amr'ın değirmeni olub ikisi bir su ile işlerler iken Amr değirmenini hedm edip mücerred bina ettikde tarz-ı evvel üzere bina etmeyip evvelkinden alçak bina etmekle Zeyd'in değirmeninin deveranına ziyade hanel gelip zarar-bin olsa Zeyd, Amr'a zararını defettirmeğe kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”⁸²

inkâr itmeğin müdde'ûn-ı merkûmûndan müdde'âlarını mübeyyine beyyine talep olundukda 'udûl-i müslimînden 'Ulvîzâde dimekle ma'rûf es-Seyyid Mehmed Çelebi ibn es-Seyyid Sâlih ve 'Abdulkâdir Efendi ibn Mahmûd Efendi ve Sefer Halîfe ibn el-Hâc Velî ve 'Alî bin Lutfullah nâm kimesneler li-ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup eserü'l-iştîshâd fî'l-vâki' mezbûr 'İbâdullah Efendi'nin bağının mârû'z-zikr duvarının ortasında kadîmden işbu mu'âyene olunan mevzi'de Çaylıbendi dimekle ma'rûf sekb olup ve müdde'ûn-ı merkûmûnun bağlarının mârû'z-zikr sekbden ve merkûm 'İbâdullah Efendi'nin bağı içinden hakk-ı mecrâları olup sularını icrâ idegelmişler idi lâkin târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem mezbûr 'İbâd Efendi bağını muhâfaza murâd idüp nizâ' itmeleriyle bizim huzûrumuzda işbu mu'âyene olunan duvar köşesinden iğde ağacına varınca tûlen altmış yedi çift adımı ve 'arzen sekiz ayak mevzi'i mezkûr Arık Ahmed'den merkûm 'İbâdullah Efendi yedi guruşa iştirâ ve mezbûrların bağlarına su mecrâsı için ta'yîn idüp ve mârû'z-zikr iğde ağacından aşağı tûlen kırk üç çift adımı ve 'arzen sekiz ayak mevzi' dahî üç guruşa iştirâ olunup bağlarının sularını târîh-i kitâba gelince sekiz senedir Çaylıbendi sed olunmak mukâbelesinde zikr olunan mevzi'lerden iki tarafın rızâlarıyla icrâ idegelmişlerdir biz bu husûsa şâhidleriz şehâdet dahî ideriz deyu edâ-i şehâdet-i şer'îye eylediklerinde ba'de'tta' dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın sonradan iştirâ eylediği mülk mevzi'den mecrâyâ râzî olmadıkça mecrâ-yı kadîmleri olan Çaylıbendi'nden müdde'ûn-ı merkûmûnun hakk-ı mecrâları olmak üzere mevlânâ-yı mezbûr tenbîh ve hüküm eylediğini mahallinde ketb ve tahrîr ve ba'dehu ma'â ba's olunan Seyyid Ahmed ile meclis-i şer'a gelüp ihbâr itmeğin mâ-vaka'a bi'ttaleb ketb olundu.” *Konya Kadı Sicili, Defter No: 37*, haz. İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 23-24. Benzer bir hüküm için bkz. Aynı defter, *Konya Kadı Sicili, Defter No: 37*, hüküm no: 227-2, 376.

⁸² Çatalcalı Ali Efendi, *Fetava-yı Ali Efendi*, 2:393. Benzer bir fetva için bkz. Feyzullah Efendi, *Fetava-yı Feyziye*, 420, no: 2461.

Zararı bulunan bir su yolunun kaldırılacağı ile ilgili fetva örnekleri bulunmaktadır.

“Zeyd bir karye içinde cereyan edip ahalisi içegeldikleri suyun kenarına kenif ihdas edip suyu telvis eder olsa ahali-i karye Zeyd'e ol kenifi kal' ettirmeğe kadir olurlar mı? el-Cevab: Olurlar.”⁸³

Bir sicil örneğinde ise halen kullanılmakta olan temiz su yolunun altından açılan atık su yolunun yani lağımın, temiz su yoluna bir zarar verip vermediğinin tespiti yapılmak istenmiş, su yolu nazırı, su yolcuları kethüdası, su yolcuları ve bölgede yaşayan kimselerin yaptıkları keşif sonucunda atık su yolunun temiz su yoluna bir zarar vermediği tespit edilmiş ve davacının atık su yolunu kapattırma talebi reddedilmiştir.⁸⁴

Fetva metinlerinde kıdeme itibar olunacağına kuralının tezahürleri bulunmaktadır. Öyle ki bir fetvada, eskiden beri değirmen için kullanılan bir sudan, su çok olduğunda kullanılıp ve kalan suyun diğer değirmene verildiği, su az olduğunda ise ilk değirmenin kullanıp diğerine su verilmediği ve eskiden beri uygulamanın bu şekilde olduğu bir durumda; ikinci değirmen sahibinin suyun az olması durumunda ilk değirmene giden suyu kesip kendi değirmenine akıtması hukuka aykırı olacaktır. Burada eskiden beri devam edegelen uygulamalar esastır.

⁸³ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, 587, no: 3012.

⁸⁴ “... mahallinde tahrîr ettirmek için iftihârü'l-emâcid ve'l-ekârim câmi'ü'l-mehâsin ve'l-mekârim hâlen Bostancıbaşı olan Mehmed Ağa -dâme izzuhû- taraf-ı karînü'ş-şereflerinden ta'yîn olunan Mehmed Bey b. Ahmed nâm hâssa Bostancı meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımü't-tevkîre gelip takrîr-i kelâm ve ta'bîr anî'l-merâm edip Havâss-ı aliyye kazâsına tâbî' Hasköy'de sâkin olup Ermeni tâ'ifesinden Gülbeği v. Bayık nâm Ermeni karye-i mezbûre kurbunda vâkî' Hadîka-i sultâniye'ye cârî olan suyolunun altından kârîz ihdâs eylemişdir, cânib-i şer'-i şerîfden üzerine varılıp vâkî' hâl keşf ve tahrîr olunup men' olunmak matlûbumdur dedikde, cânib-i şer'-i mutahhardan bizzat ve hâlen suyolu nâzırı olan Hasan Ağa tarafından suyolcular kethüdâsı olan Mehmed Bey b. Mustafa ve suyolculardan üstâd Veli Bey b. Ramazan ve zeyl-i kitâbda mastûrî'l-esâmi olan bîgaraz müslümânlar ile zikr olunan mahalle varılıp nazar olundukda fi'l-hakîka zikr olunan suyolunun altından kârîz ihdâs olunup lâkin zikr olunan suyoluna aslâ zararı yokdur ve Mahmiye-i İstanbul'da vâkî' olan suyollarının dahi altından kârîz ihdâs olunagelmışdir deyû mezbûrân suyolcular ve sâirleri icmâ' ve ittifâk eylediklerinden sonra zikr olunan suyolunun altından kârîz ihdâs etmenin zararı olmadığı mütehakkik olmağın mâ hüve'l-vâkî' bi't-taleb ketb olundu.” *Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643)*, 292.

“Kadimden bi-hakkın Zeyd'in değirmenine harkla cereyan eden su ziyade oldukda harkın bendinden aşır Amr'ın değirmenine cereyan edip su kalil oldukda Amr'ın değirmeni işlemeyip kadimden böyle olagelmişken halen su kalil olup bend aşırı Amr'ın değirmenine cereyan etmediği vakitte Amr Zeyd'in değirmeni harkını bigayr-i hak şakkekip kendi değirmenine icra etmeğe kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁸⁵

Su yolunun başkalarına zarar vermesi durumunda kadimden beri bulunsa bile zarar vermesinin engellenmesi kuralı ile ilgili sicil kayıtları da bulunmaktadır. Söz konusu olayda at değirmenindeki beygirlerin atık su yolunun Ahiçeşme su yoluna zarar vermesi üzerine bu zararın engellenmesi hüküm altına alınmıştır.⁸⁶

Bir su yolunu kullanan birden çok mecra hakkı sahibi bulunması durumunda, ortaklaşa suyu kullanan ortaklardan birisi kendi arazisine akan su yolunun ağzını, kanalı veya arkı genişletemez. Diğer ortaklara zarar vermese bile bu işlemi yapamaz. Su paylaşım günleri belirli ise bu günleri değiştiremez.⁸⁷

Bir fetva metnine göre eskiden beri bir kasabanın çeltik tarlasına akan suyu, kasaba ahalisinden birkaç kimsenin mecra hakkı bulunmaksızın başka bir yerden götürmeye hakları bulunmamaktadır.

⁸⁵ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, 584-585, no: 2998.

⁸⁶ “... Eyüb'de Otaçlılar kurbünde vâki' sâhibe-i arzuhâl Hanife'nin tasarrufunda olan at değirmenine varıp cemâ'at-i Müslimîn huzûrlarında akd olunan meclis-i şer' de mezbûre Hanife değirmen-i mezkûrda mevcûd olan bargirlerin çirkâbı kurbünde vâki' Hacı Murad Vakfı'nın mütevellî temessükü mantûku üzere ayak çeşmeleri kârîzine ilhâka me'zûn olmağla ilhâk murâd etdikde Ahiçeşme'ye cârî olan su yoluna zararı vardır deyü ahâl-i mahalleden bazıları mümâna'at etmeleriyle keşfolunup vâki'-i hâl mütebeyyin olsun deyü mezbûre Hanife taleb etmeğin erbâb-ı miyâhdan kethüdâları Mehmed Ağa ve Usta İbrahim ve sâir cemâ'at-i Müslimîn ile rü'yet ve müşâhede eylediklerinde mârru'z-zıkr' Ahiçeşme'nin su yolu ma'lûm olmayıp ve esnâ-i ilhâkda su yolu dahi zuhûr eyledikde bir zirâ' tahtından kebîr paşa künkü ferşiyile zararı mündefi' olur deyü bi'l-ittifâk haberlerini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde ba'de't-tahrîr ma'an ba's olunan ümenâ-i şer'le meclis-i şer'a gelip alâ-vukû'ihî inhâ ve takrîr eyledikleri bi'l-iltimâs huzûr-ı âlilerine i'lâm olundu.” *Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (1154-1161/1741-1748)*, 588.

⁸⁷ Şeyhizade Abdurrahman, *Mecma'u'l-enhur*, 6:106.

“Kadimden bi-hakkın bir kasaba kurbunda olan miri çeltiğe cereyan eden suyu kasaba-i mezbure ahalisinden birkaç kimesneler bi-gayr-i hak mecra-yı kadiminden ihrac edip ahar yere icraya kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar.”⁸⁸

Bir kimsenin lağım suyu başka bir kimsenin evinin içinden geçmekte ise ve bu lağım da dolup taşarsa veya delinirse ve bundan dolayı ev sahibi zarara uğrarsa, lağım sahibi bu zararı tazminle mükelleftir. Ancak lağım suyu olağan şekilde akıp lağımın geçtiği ev sahibine bir zarar verirse bu zararı ödemekle mükellef değildir. Çünkü normal olağan ve kaçınılması mümkün olmayan bir zarar söz konusudur.⁸⁹

Konu ile alakalı bir fetva metnine göre bir kimsenin evinin suyu kurşun bir boru ile herkese açık bir yoldan geçerken, bir medresenin lağım suyunun aktarılması için bu kurşun borunun altından bir başka lağım yolu açılmak istendiğinde ve ikinci yapılan borunun ilk boruya zararı olmadığı kesin olmakla beraber, ilk evin sahibinin buna engel olması mümkün değildir.

“Zeyd’in menziline suyu kurşun boru ile bir tarik-i amdan cereyan ederken bir medresenin kenifi çirkabını icra etmek için mütevellisi Amr ol tarik-i amda kurşun borunun altında mütekatian kariz hafredip ol kurşun boru ile karizin mabeyninde kargir bina etmekle karizin çirkabının eseri suya vasıl olmayacağı mütehakkık iken Zeyd mücerred "Suyun altından kariz harfedip çirkab icra ettiğine razı olmam" deyu Amr'ı men'a kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”⁹⁰

Osmanlı'da devletin yapımını üstlendiği su yolunda ücret yani vergi aldığı ve bu ücretten bazı yöre halkının muaf olduğu anlaşılmaktadır. Bir örnekte Eyüp semtinde bir köy su yolu ücretinden muaf olmakla beraber Küçükçekmece ahalisinin bu muafiyetinin bulunmadığı ve bunlardan su yolu ücretlerinin tahsil edilmesi emredilmiştir.⁹¹

⁸⁸ Feyzullah Efendi, *Fetava-yı Feyziye*, 420, no: 2460.

⁸⁹ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 7:184.

⁹⁰ Feyzullah Efendi, *Fetava-yı Feyziye*, No: 2463, 420-421.

⁹¹ “Sûret-i buyruldu-yı şerîfdir ki kazâ-i mezbûrda olan suyolu için mu’âf olan kurâ ahâlîsi ile Küçükçekmece ahâlîsi izzetlü ve sa’âdetlü kâimmakâm hazretlerinin huzûrlarında suyolu nâzırı olan Mustafa Ağa muvâcehesinde mürâfa’a olunduklarında, karye-i mezbûre Küçükçekmece ahâlîsine ihsân buyurdıkları buyruldu-yı şerîfdir ki kayd olundu. Vârid olan emr-i şerîf-i âlîşân mücebince mu’accelen tahsîl ettirilip menzil-i mezbûrda vakt ve zamânıyla hâzır ve âmâde

SONUÇ

Sahibine, üzerine kurulmuş olduğu eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini veya ikisini yahut da bu yetkilerin bir kısmını veren bir sınırlı aynı hak olan irtifak haklarından birini de mecra ve mesil hakkı oluşturur. Doktrinde bu iki hakkı ayıranlar olsa da bu isimlerin birbirleri yerine kullanıldıkları da olmuştur. Bu hakkı 17. ve 18. yüzyıl Osmanlı uygulaması üzerinden ele alan bu çalışmada belirlenen sınırlamanın yapılması, belki de hukuk sistemi açısından altın yıllarını yaşayan Osmanlı hukukunun zirvesini oluşturan dönemi kapsamaktadır. Şeyhülislam Ebussuud Efendi sonrası önemli fetva mecmualarının yayınlandığı bu dönem, mahkeme kararı denilen sicil örnekleri açısından da önemli zenginlikler içermektedir. Ortaya çıkarılan örneklerden anlaşıldığı kadarıyla İslam hukukunun yürürlükte olduğu Osmanlı uygulamasında şeriata aykırı fetva veya sicil örneğine rastlanmamış, kanunnamelerde ise bu konu ile ilgili düzenlemelere tespit edilememiştir. Bir sicil örneği ise İslam hukuku ile ilgili önemli çalışmalarda yer alan bir bilgi eksikliği veya yanlışlığını ortaya çıkarması açısından dikkat çekicidir. Belirlenen dönemlerde ve hatta öncesi ve sonrasında da tarım toplumu olarak nitelendirilebilecek Osmanlı toplumunda, toprağın en önemli ihtiyacı olan suya ulaşmanın hukuki dayanağını oluşturan su akıtma hakkının özellikle fetva metinlerinde önemli bir sıklıkta yer aldığı ve sicillerde de birçok mahkeme kararına rastlanıldığı görülmektedir. Bu irtifakın kullanılmasında da Osmanlı'nın su kethüdarları, su yolcuları gibi özel kamu görevlileri bulunduğu ve birçok örnekte görüldüğü üzere mahkemece yapılan keşiflerin bu kimselerin katılımı ile düzenlendiği anlaşılmaktadır. Halkına suyu ulaştırma görevini üstlenen devletin bu durumlarda yararlananlardan vergi tahsil etmesi gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda Osmanlı'da su akıtma irtifakının ciddi bir uygulaması ve sistematığının varlığı müşahede edilmektedir.

ettirile deyû buyruldu." *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 74 Numaralı Sicil (1072-1073/1661-1662)*, haz. Hüseyin Kılıç vd. (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 72.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Akipek, Jale. *Türk Eşya Hukuku (Mahdut Aynî Haklar)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İtalinize: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem. İstanbul: DİB Yayınları, 2017.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (1162-1163/1749-1750)*. Ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- Berki, Şakir. *Aynî Haklar*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1965.
- Bilgin, Ahmet. "İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 5 (1992): 79-113.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976.
- Buhârî, Muhammed. *Sahîh-i Buhârî*. Çev. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi. İstanbul: Karınca&Polen Yayınları, 2017.
- Cessas, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi. *Ahkâmu'l-Kur'ân*. Çev. Mehmet Keskin. Ankara: İ'tisam Yayınları, 2018.
- Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: OSAV Yayınları, 2017.
- Çatalcalı Ali Efendi. *Fetava-yı Ali Efendi (Açıklamalı Osmanlı Fetvaları)*. haz. H. Necati Demirtaş. İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014.
- Devellioğlu, Ferit. *Lûgat*. Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası, 1970.
- Döndüren, Hamdi. *Ahkâmu 'l-Kur'ân, Kur'ân-ı Kerim ve Fıkhi Tefsiri*. İstanbul: Erkam Yayınları, 2020.
- Evkaf-ı Hümayûn Müfettişliği 1 Numaralı Sicil (1016-1035/1608-1626)*. Ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: Kültür AŞ, 2019.
- Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638)*. Haz. Salih Kahriman vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.

- Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (1065-1066/1655)*. Haz. Baki Çakır vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 74 Numaralı Sicil (1072-1073/1661-1662)*. Haz. Hüseyin Kılıç vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 90 Numaralı Sicil (1090-1091/1679-1680)*. Haz. Fuat Recep vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Eyüp Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (1154-1161/1741-1748)*. Ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- Feyzullah Efendi. *Fetava-yı Feyziye*. haz. Süleyman Kaya vd. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Güçlü, Yaşar. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Osmanlıca Aslı Günümüz Alfabetiyle Yazımı ve Güncel Türkçesi Birlikte*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Hacak, Hasan. "İrtifak" *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 22. İstanbul: TDV Yayınları, 2000. 460-464.
- Hacak, Hasan. "İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi." *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1993.
- Hammad, Nezh. *İktisadî Fıkıh Terimleri*. Çev. Recep Ulusoy. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643)*. Haz. Baki Çakır vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- İbn Hacer, el-Askalânî. *İthâfü'l-Kârî bi'ihtisâri Fethu'l-Bârî*. Çev. Soner Duman, Abdullah Durmuş, Osman Güman. İstanbul: Polen Yayıncılık, 2007.
- İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (1073-1074/1663-1664)*. Haz. Rasim Erol vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (1027/1618)*. haz. Yılmaz Karaca vd. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (1201-1203/1786-1787)*. Ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- Karaman Hayreddin, Mustafa Çağrıncı İbrahim Kâfi Dönmez, ve Sadrettin Gümüş. *Kur'an Yolu (Türkçe Meal ve Tefsir)*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.

- Konya Kadı Sicili, Defter No: 1 (970-1019/1563-1610)*. Haz. Leyla Özpolat-İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, Defter No: 37 (1102-1103/1691-1692)*. Haz. İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, Defter No: 38 (1103-1104/1692-1693)*. Haz. İbrahim Solak, İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, Defter No: 39 (1113/1701-1702)*. Haz. İbrahim Solak, İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili, Defter No: 45 (1126-1127/1714-1715)*. Haz. İzzet Sak, Cemal Çetin. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Sınırlı Aynî Haklar*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983.
- Kurtoğlu, Serda. *İslâm Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fatih Matbaası, 1973.
- Malik b. Enes. *Muvatta'*. Tah. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, Beyrut: Daru'l-İhyau't-Turâsî'l-Arabî, 1406/1985.
- Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud. *el-İhtiyar li- Ta'lîl'l Muhtar*. çev. Mehmet Keskin, İstanbul: Hikmet Neşriyat, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Özdemir, Recep ve Mustafa Harun Kıyık. *İslâm Eşya Hukuku*. İstanbul: Hiperyayın Yayınları, 2019.
- Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (1067-1069/1656-1658)*. Ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: Kültür AŞ, 2019.
- Serahsi, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed. *el-Mebcut*. ed. Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Surlu, Mehmet Handan ve Gülay Öztürk. *Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Şeyhizade Abdurrahman. *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur (Dâmâd)*. çev. Mehmet Çelik. İstanbul: Yasin Yayınları, 2011.
- Türkmen, Ali. *İslâm Eşya Hukuku*. Samsun: Erol Ofset, 1996.

Ünal, Mehmet. *Sınırlı Aynî Haklar*. Ankara: Savaş Yayınları, 2021.

Ünal, Mustafa. *İslam Hukukunda İrtifak Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-Fetava*. haz. Süleyman Kaya vd. İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Doruk Yayınları, 1976.

VERGİ DENETİMLERİNDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI VE OTONOM VERGİ DENETİMİ PERSPEKTİFİ

*Use of Artificial Intelligence in Tax Audits and Autonomous Tax
Audit Perspective*

Abdullah ÖMERCİOĞLU*

Öz

Dijitalleşme ve internet teknolojisindeki gelişmeler ile kamu hizmetlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Vergilendirme işlemlerinde de dijital dönüşüm uzun zamandır söz konusu olup özellikle yapay zekâ teknolojisindeki ilerlemelerin vergi idaresi sistemlerine adapte edilmesi ile işlemlerin daha az maliyetle, daha hızlı ve doğru yapılmasına imkân tanınmıştır. Özellikle vergi denetimlerinde yapay zekâ kullanılması üzerine vergi kayıplarının ve kayıt dışılığın önemli ölçüde azaltılması söz konusu olabilmektedir.

Çalışmada öncelikle yapay zekâ kavramının kısa gelişimi, tanımı ve fonksiyonel anlamda çeşitlerinden bahsedilmiştir. Daha sonra Türk vergi hukukunda yer verilen yoklama, inceleme, arama ve bilgi toplama denetim yolları genel hatlarıyla açıklanmış ve dijital denetim ile hâlihazırda uygulanan yapay zekâ destekli vergilendirme işlemlerine değinilmiştir. Bu çerçevede Türkiye’de ve çeşitli ülkelerde, detaylı risk analizi yapabilen ve bu yolla vergi kaçırma

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD, a.omerocioğlu@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7577-4356.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 19.11.2024.

Atıf/Citation: Ömercioğlu, Abdullah. "Vergi Denetimlerinde Yapay Zekâ Kullanımı ve Otonom Vergi Denetimi Perspektifi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1439-1465.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

potansiyeli bulunan mükellefleri tespit etmeye yardım eden yapay zekâ destekli vergi denetimi sistemlerinin uygulandığı görülmüştür. Çalışmanın son kısmında ise yapay zekâ teknolojisinin ilerleyen zamanda makine öğrenmesi ve derin öğrenme kabiliyetlerine sahip kılınması üzerine vergi denetimlerinin tam otonom şekilde gerçekleştirilmesine yönelik bir perspektif sunulmaya çalışılmıştır. Bu minvalde otonom vergi denetimine kaynak oluşturacak büyük vergi verisinin oluşturulmasında veri güvenliğinin ve mahremiyetin sağlanması, veri kalitesinin geliştirilmesi, vergi mevzuatının karmaşık ve değişkenliğinin giderilmesi, gerektiğine değinilmiştir. Son tahlilde ise otonom yargılama yapan robot yargıçlar ile otonom vergi denetimleri ilişkilendirilerek gelecekte vergi uyumsuzluklarının yapay zekâ programları arasındaki yorum farklılıklarından kaynaklanabileceği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Dijitalleşme, Vergi Denetimi, Otonom Denetim, Robot Yargıç.

Abstract

With the developments in digitalization and internet technology, it has become possible to provide public services electronically. Digital transformation has also been a topic in taxation transactions for a long time. Especially with the adaptation of advances in artificial intelligence technology to tax administration systems, transactions have been made possible with less cost, faster and more accurately. Especially with the use of artificial intelligence in tax audits, tax losses and informality can be significantly reduced.

In the study, firstly, the general development, definition and functional varieties of the concept of artificial intelligence are mentioned. Then, inspection, examination, search and information gathering audit methods included in Turkish tax law are explained in general terms and the currently implemented artificial intelligence-supported taxation transactions are mentioned with digital auditing. In this context, it has been observed that artificial intelligence-supported tax audit systems that can perform detailed risk analysis and help detect taxpayers with tax evasion potential are being implemented in Türkiye and various countries. In the last part of the study, a perspective is presented for tax audits to be carried out fully autonomously when artificial intelligence technology is equipped with machine learning and deep learning capabilities in the future. In this context, it is

mentioned that data security and privacy should be ensured, data quality should be improved, and the complexity and variability of tax legislation should be eliminated in the creation of big tax data that will form the source of autonomous tax audit. In the final analysis, autonomous tax audits should be associated with autonomous robot judges, and it is evaluated that tax disputes may arise from differences in interpretation between artificial intelligence programs in the future.

Keywords: Artificial Intelligence, Digitization, Tax Audit, Autonomous Audit, Robot Judge.

GİRİŞ

Dijitalleşme günümüzde hemen her alanda önemli bir kavram haline gelmiştir. Vergilendirme işlemlerinin de elektronik ortama taşınması uzun süredir gerçekleştirilmeye çalışılan politikalardan biridir. Bu sayede hem vergilendirme hizmetlerinin daha hızlı ve daha az maliyetlerle yürütülmesi sağlanmakta hem de denetim faaliyetlerinin anlık, uzaktan ve çevrimiçi yollarla yapılarak kolaylaştırılmasına imkân tanınmaktadır.

Vergi hukukundaki klasik/geleneksel uygulamalar dijitalleşme ve internet teknolojisi ile sanal ortama taşınmaktadır. Örneğin fiziki olarak düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı gereken birçok defter, kayıt ve belge artık dijital olarak düzenlenmekte, saklanmakta ve hatta ibraz edilmektedir. Artan teknolojik imkânlar sayesinde vergilendirme işlemlerinde sadece dijitalleşme değil aynı zamanda yapay zekâ uygulamalarının kullanılması gibi yeni ve alışılmadık yöntemler de geliştirilmektedir. Günümüzde sosyal hayatın vazgeçilmez teknolojilerinden biri olmaya başlayan yapay zekâ sistemlerinin temelde hemen her alanda olduğu gibi kamu hizmetlerinde ve özel olarak vergilendirme işlemlerinde de kullanılmaya başlanması kaçınılmaz olmuştur.

Vergi idarelerindeki bu dijital dönüşüm ve yapay zekâ sistemlerine adaptasyon süreci ile vergilendirme işlemlerinin daha hızlı, doğru ve düşük maliyetle yapılması, denetim imkânlarının kolaylaşması ve bu yolla vergiye uyumun artırılması mümkündür. Bu hususta özellikle vergi denetimlerinde yapay zekâ sistemlerinden faydalanılması vergi kaybının ve kayıt dışılığın önlenmesinde çok önemli bir rol oynayacaktır. Hâlihazırda vergi idareleri henüz yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelerin sınırlı olması sebebiyle çoğunlukla yapay zekâ

destekli araçlar geliştirerek fayda sağlamaktadır. Ancak teknolojik gelişme hızı düşünüldüğünde belki de yakın bir gelecekte birçok vergilendirme işleminin ve vergi denetimlerinin doğrudan yapay zekâ tarafından gerçekleştirileceği ve insan faktörünün en aza indirgeneceği değerlendirilebilir.

Bu çalışmada öncelikle yapay zekâ uygulamalarının kısaca gelişim sürecinden bahsedilerek tanımlanması ve fonksiyonel olarak çeşitleri açıklanacaktır. Daha sonra Türk vergi hukukunda yer verilen vergi denetim yolları özelinde dijital vergilendirme işlemleri ve denetim programlarına değinilecek ve vergi denetimlerinde yapay zekâ desteğinden faydalanılmasına ilişkin uygulamalar belirlenecektir. Akabinde gelecekte vergi denetimlerinin doğrudan yapay zekâ sistemleri ile tam otonom olarak gerçekleştirileceği perspektifi ile otonom vergi denetimi üzerine düşüncelere yer verilecektir. Bu kısımda otonom vergi denetim raporlarının hukuki mahiyetleri tespit edilmeye çalışılacak ve bu tür denetimlerin yapılmasında karşılaşılabilecek muhtemel sorunlar ortaya konularak önerilerde bulunulacaktır.

I. YAPAY ZEKÂ

Dijitalleşme ile önem kazanan ve gelişen yapay zekâ (*Artificial Intelligence*) kavramı ilk olarak 1956 yılında icat edilmiştir.¹ Bu kavramı tanımlamak için çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak beliren yöntemler, yapay zekâ kavramının çeşitli boyutlarda ele alınması ihtiyacını doğurmuştur.

A. Kısa Gelişim

Yapay zekâ kavramı her ne kadar 1956'da icat edilmiş olsa da öncü kabul edilen ilk çalışmalar 1943 yılında yapılmıştır. Canlı beynindeki nöron yapılından esinlenen bu çalışma 1950 yılında ilk yapay sinir ağı

¹ Stuart Russell ve Peter Norvig, *Artificial Intelligence A Modern Approach* (New Jersey: Pearson Education, 2010), 1.

bilgisayarının inşa edilmesine ve makine öğrenmesi kavramının gelişmesine öncü olmuştur.²

1955 yılına gelindiğinde ise günümüzde “yapay zekânın babası” olarak kabul edilen John McCarthy yürütücülüğünde yapay zekâ araştırmaları için proje teklifinde bulunmuş ve 1956 yılında tamamlanarak yapay zekâ kavramı kabul görmüştür.³

1959 yılında ilk yapay zekâ programları üretilmeye başlanmış ve matematik sorusu çözmek, satranç oynamak gibi bazı beceriler kazandırılmaya başlanmıştır.⁴ Veri setlerine dayanan sistemlerin geliştirilmesi 1969 yılından sonra meydana çıkmış; yapay zekânın bir endüstriye dönüşümü ise 1986 yılında bir şirketin sipariş yapılandırmasında kullanılıp yıllık yaklaşık 40 Milyon Dolar tasarruf etmesiyle gerçekleşmiştir.⁵

Günümüzde kullanım alanları ve sayısı gittikçe artan yapay zekâ sistemleri ise son 20 yıl içinde önemli ve büyük bir gelişim göstermiştir. Kullanılan veri setlerinin büyük veriye dönüşümü bunu hızlandırmıştır. Nitekim büyük veri; yapay zekâ sistemlerinin ihtiyaç duyduğu bilgi, karar verme ve süreç otomasyonlarını yürüten yüksek hacimli, yüksek hızlı ve/veya çok çeşitli bilgi varlıklarıdır.⁶ Oluşturulan büyük verilerin, günümüz internet ve bilgisayar sistemleri ile işlenmesi üzerine özel olarak istenen her türlü alanda yapay zekâ sistemlerinin daha hızlı ve doğru işlemesi mümkün hale gelmiştir.

² Warren McCulloch ve Walter Pitts, “A Logical Calculus of the Ideas Immanent in Nervous Activity,” *Bulletin of Mathematical Biophysics* 5, (1943): 115.

³ John McCarthy ve diğerleri, “Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955,” *AI Magazine* 27, 4 (2006): 12-14.

⁴ Russell ve Norvig, *Artificial Intelligence*, 18-19.

⁵ Russell ve Norvig, *Artificial Intelligence*, 24.

⁶ Kimberly Houser ve Debra Sanders, “The Use of Big Data Analytics by the IRS: What Tax Practitioners Need to Know,” *Journal of Taxation* 128, 2 (2018): 3.

B. Tanım

Yapay zekâ kavramı, ele alınış biçimine göre insan gibi düşünme ve davranma ile rasyonel düşünme ve davranma kategorilerine ayrılarak tanımlanabilmektedir. İnsan gibi düşünme ve davranma açısından yapılan tanımlar yapay zekâ sistemlerinin insani özellikler ile karşılaştırılması üzerinden; rasyonel düşünme ve davranma açısından yapılan tanımlar ise matematik ve mühendislik uygulamaları üzerinden gerçekleştirilmektedir.⁷ Bunlardan ilki sosyal tanım, diğeri ise sayısal tanım olarak adlandırılabilir.

Sosyal anlamda yapay zekâ; akıl sahibi olan, karar alma, düşünme, problem çözme, öğrenme gibi yeteneklere sahip, insanlar tarafından gerçekleştirildiğinde zekâ gerektiren işlevleri yapabilme kapasitesi bulunan makineler şeklinde tanımlanabilmektedir.⁸ Sayısal anlamda yapay zekâ ise; zihinsel süreçlerin hesaplamalardan faydalanılarak incelenmesi, makinelere analitik yöntemlerle algılama, karar verme ve hareket etme kabiliyeti kazandırılmasıdır.⁹

Yapay zekânın en geniş ve basit tanımı ise; düşünebilen ve öğrenebilen dijital sistem şeklinde yapılmaktadır.¹⁰ Bununla birlikte günümüzde yapay zekâ uygulamalarının yayılmasında ve bilinirliğinin artmasında önemli rol oynayan ChatGBT¹¹ programına göre; “yapay zekâ, bilgisayarların ve yazılımların insan benzeri düşünme, öğrenme, problem çözme ve karar verme yeteneklerini simüle etmesine olanak tanıyan bir alandır. Makine öğrenimi, derin öğrenme, doğal dil

⁷ Russell ve Norvig, *Artificial Intelligence*, 2-5.

⁸ Andre Vellino, “J. Haugeland, *Artificial Intelligence: The Very Idea*, Book Review,” *Artificial Intelligence* 29, 3 (1986): 349.

⁹ Hossein Hassani ve diğeri, “Artificial Intelligence (AI) or Intelligence Augmentation (IA): What Is the Future?,” *Ai Journal* 1 (2020): 145.

¹⁰ Majda Ivic, “Artificial Intelligence and Geospatial Analysis in Disaster Management,” *The International Archives of the Photogrammetry Remote Sensing and Spatial Information Sciences XLII-3/W8* (2019): 162.

¹¹ ChatGBT, OpenAI tarafından 2020 yılında temel modeli geliştirilen, metin tabanlı sorulara yanıtlar verebilen, bilgi sağlayabilen, yazı yazabilen ve çeşitli konularda kullanıcılar ile sohbet edebilen bir yapay zekâ dil modelidir. Erişim tarihi Eylül 15, 2024, <https://openai.com/index/chatgpt/>.

işleme gibi alt alanları içerir. Temel amacı, insan aklını taklit eden sistemler geliştirmektir. Örneğin, sesli asistanlar, öneri sistemleri ve otonom araçlar gibi uygulamalarda kullanılır.”

C. Türler

Yapay zekâ sistemleri, fonksiyonel olarak dört türde incelenmektedir. Bunlar; reaktif makineler, sınırlı hafızalı makineler, zihin teorisi ve öz farkındalık şeklinde sayılmaktadır.¹²

Reaktif makineler 1980’li yılların ortalarında refleks tepkilerini taklit etme yeteneğine sahip basit programlar olarak geliştirilmiştir.¹³ Bu “ilkel” yapay zekâ modeli bulunduğu ortama göre anlık tepkiler geliştirebilmekte ancak bunları hafızalarında depolayamamakta, başka bir deyişle öğrenmemektedir.¹⁴ Dolayısıyla benzer durumlarda aynı tepkilerde bulunmakta ve olası bir yanlışı tekrarlama eğilimi göstermektedir. Bu tür yapay zekâ modellerine bilinen en büyük örnek; 1996 yılında dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov’u yenen “Deep Blue” programıdır.¹⁵

Sınırlı hafızalı makineler; reaktif makinelerin özelliklerini barındırıp ayrıca sınırlı bir hafızası da olan ve bu sayede önceki deneyimlerden öğrenme yeteneği bulunan yarı gelişmiş yapay zekâ modelleridir.¹⁶ Günümüzde sınırlı hafızalı yapay zekâ makinelerinin en yaygın kullanımından birini oluşturan otonom araçlar, yol şartları, hız ve diğer araçlar gibi faktörleri analiz ederek ani kararlar verebilmekte ve bu öğrenme/analiz yoluyla güvenli sürüş sağlayabilmektedir.¹⁷

Yapay zekâ sistemleri şuan için yukarıda bahsedilen türlerle sınırlıdır. Bununla birlikte zihin teorisi ve öz farkındalık türleri henüz kuram aşamasında

¹² Deniz Turan, “Yapay Zekâ ve Vergi Uygulamalarına Etkisi,” *Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi* 2, 1 (2020): 58-59.

¹³ Russell ve Norvig, *Artificial Intelligence*, 434.

¹⁴ Hassani ve diğerleri, “Artificial Intelligence,” 145.

¹⁵ Murray Campbell ve diğerleri, “Deep Blue,” *Artificial Intelligence* 134 (2002): 59.

¹⁶ Hassani ve diğerleri, “Artificial Intelligence,” 146.

¹⁷ Ivic, “Artificial Intelligence,” 161.

görülmektedir. Zihin teorisi ile makinelere karşısındaki insanın duygu, düşünce ve inançlarını anlayıp empati yapma ve muhakeme etme yeteneği kazandırılmaya çalışılmakta; öz farkındalık ile de bu sistemin en ileri veya ideal aşamasını oluşturacak olan yapay zeka makinelerinin kendi duygu, düşünce ve inanç sistemlerini oluşturup gerçek bir canlı gibi sosyal iletişim kurabilmesi amaçlanmaktadır.¹⁸

II. VERGİ DENETİMİ VE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI

Yapay zekâ sistemleri, kullandığı veri setine göre şekillenen özel alanlar için faydalı çözümler sunabilmektedir. Bu bakımdan vergi hukuku büyük verisi kullanan yapay zekâ uygulamaları, vergileme ile ilgili işlemlerin daha hızlı ve doğru biçimde yerine getirilmesine imkân tanıyabilir.¹⁹

A. Genel Olarak Vergi Denetim Türleri

Denetlemek; bir işin doğru ve usulüne göre yapılıp yapılmadığını incelemek, murakabe etmek, teftiş etmek veya kontrol etmek olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Vergi denetimi de mükellef veya vergi sorumlularının vergi hukukundan kaynaklanan ödevlerini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirip getirmediğini kontrol etmek amacıyla yapılan eylemleri ifade etmektedir. Vergi denetimleri, vergi idaresi tarafından zamanaşımı süresi içinde gerçekleştirilmekte ve ödemesi gereken vergilerin doğruluğunu tespit etmeye yönelik tedbir ve teknikleri kapsamaktadır.²¹ Vergi denetimleri ile tüm mükellef ve vergi sorumlularının denetlenmesinden ziyade toplumdaki denetlenme olasılığı algısının olumlu yönde etkilenmesi daha önemli görülmektedir.²²

¹⁸ Ivic, "Artificial Intelligence," 161; Hassani ve diğerleri, "Artificial Intelligence," 146.

¹⁹ Arthur J. Cockfield, "Big Data and Tax Haven Secrecy," *Florida Tax Review* 18, 8 (2016): 497.

²⁰ *Güncel Türkçe Sözlük*, TDK, erişim tarihi Eylül 15, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

²¹ Mehmet Yüce ve İsmail Hakkı Yücelen, *Vergi Denetim Hukuku* (İstanbul: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021), 2.

²² İsmail Kitapçı, *Vergi Etiği - Vergi Psikolojisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 243.

Türk vergi hukukunda; 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) vergi denetimlerini 7. Kısım'da (m. 127-152); "yoklama", "inceleme", "arama" ve "bilgi toplama" olarak belirlemiştir.

Yoklama; vergi idaresinin bilgisi dışında kalan vergilemeye ilişkin maddi olayları, kayıt ve konuları araştırmak ve tespit maksadıyla vergi idaresince gerçekleştirilen denetim faaliyetlerini oluşturmaktadır.²³ Yoklama ile defter ve belge araştırmasından ziyade işe başlama, defter ve belgelerin düzenlenmesi ve saklanması gibi VUK'ta yer verilen şekli ödevlerin yerine getirilip getirilmediği tespit edilmektedir. Yoklama sonuçları yoklama fişine yazılmaktadır.

Vergi incelemesi; vergi kanunlarına göre incelemeye muhatap olanlar nezdinde, ödenmesi gereken vergilerin veya diğer ödevlerin yerine getirilip getirilmediğini araştırmak, tespit etmek ve yerine getirilmemişse getirilmesini sağlamak amacıyla defter, kayıt ve belgeler üzerinde vergi hukukuna ilişkin birtakım teknik ve usullerin tatbik edilmesi ve sonuçlandırılması faaliyetidir.²⁴ Vergi incelemesinin sonuçları vergi inceleme raporuna yazılmaktadır.

Arama, ayırt edici olması açısından daha doğru bir ifadeyle vergisel arama, vergi hukukunda bir delil elde etme yöntemidir. Arama denetimi ile bir ihbar ya da vergi incelemesi neticesinde, hakkında vergi kaçırdığı yolunda kuvvetli emareler bulunan kişiler veya olayla ilgili bulunan üçüncü kişilerin nezdinde ve üzerlerinde delil araştırması yapılmaktadır.²⁵ Arama ile elde edilen defter, belge ve kayıtlar incelemeye sevk edilmekte; bu sebeple aramalı inceleme olarak da ifade edilmektedir. Dolayısıyla arama sonucunda da inceleme raporu düzenlenmektedir.

Bilgi toplama; gerektiğinde mükellefin beyanlarının doğruluğunu tespit edebilmek maksadıyla ihtiyaç görülen bilgilerin vergi idaresinin talebi veya kanundan kaynaklı bir ödev olarak sürekli şekilde verilmesini temin eden bir denetim türüdür.²⁶ Toplanan bilgiler istihbarat arşivinde tasnif ve muhafaza edilmekte ve bu arşivlerden faydalanacak olanlar ile ne şekilde kullanılacağı

²³ Yüce ve Yücelen, *Vergi Denetim*, 129.

²⁴ Başar Soydan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 85.

²⁵ Engin Hepeksaz ve diğerleri, "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği," *Vergi Dünyası* 354 (2011): 151.

²⁶ Fatih Saraçoğlu ve diğerleri, *Vergi Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 185.

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenmektedir. Bu açıdan bilgi toplama denetiminde diğer vergi denetim yollarında olduğu gibi rapor düzenlenmemekte; sadece arşivleme faaliyeti gerçekleştirilmektedir.

B. Dijital Vergi Denetimi

Teknolojik gelişmeler ile elektronik ortamda defter, kayıt ve belge tutulabilmesi üzerine vergi denetimlerinin de elektronik olarak gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu şekilde denetim işlemleri elektronik ortamda yapılmakta, sonuçları elektronik ortamda kaydedilmekte, saklanmakta ve mükellefe elektronik olarak iletilmektedir. Vergi idarelerindeki bu dijital dönüşüm OECD tarafından "Vergi İdaresi 3.0" şeklinde ifade edilmektedir.²⁷

Türkiye'de Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB), gelişen teknolojinin ve iletişim ağlarının daha etkin kullanılması, vergi sistemine uyumun artırılması ve mükellef odaklı hizmetler sağlanması amaçlarıyla her yıl otomasyon üzerinden sağlanan vergi hizmetlerini artırmakta, mükelleflerin bilgi ve belgelere ulaşımını kolaylaştırmakta, denetim mekanizmasının teknoloji ve iletişim altyapısına dâhil edilmesi ile de vergi denetimini etkinleştirme çalışmalarını yürütmektedir.²⁸

Bu çerçevede GİB'in yürüttüğü "Vergi Daireleri Tam Otomasyon Projesi" (VEDOP) kapsamında vergi işlemlerinde dijital dönüşüme başlanmıştır. Projenin ilk basamağında 1998-2000 yıllarında vergi dairelerindeki işlemlerin bilgisayar ortamına aktarılması; 2004-2006 yıllarında bütün vergi dairelerinin entegrasyonu ve e-beyanname sistemine geçilmesi; 2007-2009 yıllarında e-fatura, e-defter e-tahsilat uygulamalarının geliştirilmesi yapılmıştır. Ayrıca "Elektronik Vergi Dairesi Başkanlığı" (e-VDB) uygulaması da 2015 yılında hizmete açılmıştır.²⁹ Projenin günümüzde devam eden son basamağı olarak 2023 yılından itibaren de güncelleme ve geliştirmelere devam edilmektedir.

²⁷ OECD, Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration (Paris: OECD Publishing, 2020).

²⁸ Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı, *Faaliyet Raporu* (2018): 25, erişim tarihi Ekim 11, 2024, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/04/VDK-2018-Birim-Faaliyet-Raporu-1102019-002.pdf>.

²⁹ Mustafa Çolak, *Mali Hukuk ve Dijitalleşme* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 74.

Türkiye’de güncel olarak kullanılan elektronik belge ve uygulamaları; e-beyanname, hazır beyan sistemi, e-defter, e-fatura, e-arşiv fatura, e-irsaliye, e-gider pusulası, e-bilet, e-sigorta komisyon gider belgesi, e-sigorta poliçesi, e-SMM, e-müstahsil makbuzu, e-dekont, e-döviz alım/satım, e-adisyon, e-yoklama, e-tebligat, e-haciz, e-defter-beyan, engelli vergi indirim sistemi (EVİS), KDV iadelerine ilişkin elektronik sistemler, riskli iade takip ve analiz programı (RİTAP), KDV iadesi makro analiz programı (MAR), sahte belge risk analiz programı (SARP), YMM raporlarının elektronik ortamda iletimi (e-YMM), elektronik ÖTV takip sistemi (e-ÖTV takip projesi) ve ÖTV iadesi risk analizi sistemi (ÖTVİRA projesi)’dir.³⁰

Vergi işlemlerinde olduğu gibi vergi denetimlerinin de dijital ortamda yapılması çalışmaları yürütülmektedir. Bu bakımdan Gelir İdaresi Başkanlığı, “Dijital Denetim Projesi” geliştirme çalışmalarını yürütmektedir. Bu proje ile “teftiş, inceleme, denetim ve diğer görevlendirmelerdeki iş ve işlem süreçlerinin, tamamen bilgisayar destekli yürütülmesini sağlamak amacıyla elektronik denetim uygulama ve yazılımlarına ağırlık verilmesi; bu kapsamda, vergi inceleme görevlerini baştan sona bir bütün olarak elektronik ortama taşımayı ve inceleme aşamalarını emek yoğun süreçlerden teknoloji yoğun süreçlere dönüştürmek” amaçlanmaktadır.³¹

Vergi Denetim Kurulu’nun (VDK) 2023 yılı faaliyet raporuna göre Dijital Denetim Projesi, süreç adımları, standart denetim dosyaları ve elektronik ortamda denetim olmak üzere üç temel unsurdan meydana gelmektedir. Süreç adımları; vergi incelemelerinde standart oluşturmak, denetimlerde mükellefler arası eşitlik ve adaleti sağlamak ve vergi denetim elemanlarına rehberlik yapmak maksadıyla bir dizi usul belirlenmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda özellikle sahte belge kullanma ve düzenleme incelemelerine ilişkin süreçler belirlenmiş ve VDK Bilgi İşletim Sistemleri’ne (VDKBİS) aktarımı sağlanmıştır. Standart denetim dosyaları; denetim raporlarının oluşturulmasına ve ibrazına yönelik teknik esasları belirleyecek şekilde hazırlanma çalışmaları yürütülmektedir. Projenin son unsurunu oluşturan elektronik ortamda denetim ise e-defter ve e-belge

³⁰ Çolak, *Mali Hukuk*, 86-108.

³¹ Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı, *Faaliyet Raporu* (2023): 38, erişim tarihi Ekim 11, 2024, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/17/2024/03/VDK-2023-Yili-Faaliyet-Raporu.pdf>.

kullanımının artmasıyla uzaktan inceleme yapılmasının kolaylaşması üzerine uygulamaya alınan Elektronik Veri İbraz Sistemi (e-Viz) sistemini içermektedir.

Aynı raporda VDKBİS, Başkanlık bünyesinde gerçekleştirilen önemli işlemlerin takip ve denetimini sağlayan, elektronik belge yönetim sistemi ile entegre, karar almada ve iş takibinde istenilen raporları üreten, dış sistemlere bilgi sağlayan ve bu sistemlerden bilgi alan iş akış ofis otomasyon sistemi olarak tanımlanmıştır. E-VİZ sistemi ise e-defter ve belgeler ile elektronik ortamda tutulan/üretilen diğer belgelerin, incelemeyi yürüten Vergi Müfettişine elektronik ortamda ibrazını sağlayan sistem olarak tanımlanmıştır. Bunlara ek olarak e-defter ve belgelerin görüntülenmesini, doğrulanmasını, raporlanmasını ve denetime ilişkin vergisel ve genel analizler yapabilen Denetim ve Analiz Programı (VEDAS); mükelleflerin faaliyetlerini gruplar ve sektörler itibarıyla analiz eden, karşılaştırmalar yapan ve bu suretle risk alanlarını tespit edebilen Vergi Denetim Kurulu Risk Analiz Sistemi (VDK-RAS) de aktif olarak kullanılmaktadır.

C. Yapay Zekâ Destekli Vergi Denetimi

Yapay zekâ sistemlerinin vergi idaresi tarafından kullanılması temel olarak iki alanda gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi, mükelleflere ilişkin bilgilerin gerçek mahiyetlerinin tespit edilmesi; ikincisi ise vergilendirme ve denetim işlemlerinde kullanılmasıdır.³²

Vergilendirme işlemlerinde yapay zekâ kullanımı uzun sayılabilecek bir süredir gelişerek devam etmektedir. Bu bakımdan özellikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Gelir İdaresi (IRS), mükellefiyet işlemlerinden vergilendirme tekniğine, vergi denetimlerinden vergi cezası kesilmesine kadar farklı görev ve hizmetlerin yerine getirilmesinde yaklaşık elli yıldır büyük veri ve yapay zekâ uygulamalarından etkin bir biçimde faydalanmaktadır.³³ Çin Halk Cumhuriyeti'nde de özellikle 2017 yılından itibaren "Yeni Nesil Yapay Zekâ Geliştirme Planı" çerçevesinde vergi robotu uygulaması geliştirilmiş ve mükellefler hakkında bilgi toplama, basit vergilendirme işlemleri yapma, vergi

³² Turan, "Yapay Zekâ," 60.

³³ Houser ve Sanders, "The Use," 4.

mevzuatındaki değişiklikleri takip etme ve mükellefleri bilgilendirme gibi faaliyetlerde kullanılmaya başlanmıştır.³⁴ Özellikle “chatbot” olarak anılan ve mükellefin basit birtakım vergi sorularını cevaplayabilen yapay zekâ uygulamalarının Hollanda, Estonya, İsveç, Japonya, Avustralya, Singapur, Hindistan gibi birçok ülkede kullanıldığı görülmektedir.³⁵

Türkiye’de “Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi” programı 2021 yılında başlatılmıştır.³⁶ Bununla birlikte esas olarak 12. Kalkınma Planı içinde “Maliye Politikası” ana başlığında kayıt dışılıkla mücadelenin “yapay zekâ, büyük veri gibi teknolojik imkânlar destekli risk analiz faaliyetleriyle ve tüm tarafların etkin katılımıyla” yürütüleceği vurgulanmıştır. Türkiye’de vergi denetimlerinde yapay zekâ kullanımının bu politika üzerine kurgulandığı görülmektedir. Bununla birlikte Türkiye’de vergilendirme işlemlerinde yapay zekâ kullanımı, 12 Mart 2021 tarihli “Ekonomi Reformları Eylem Planı” ile oluşturulacağı kararlaştırılan “Dijital Vergi Asistanı” ile başlamıştır. 2022 yılında erişime açılan bu uygulama ile diğer birçok ülkede bulunan chatbot programlarında olduğu gibi, mükelleflerin sorularının yapay zekâ yoluyla elektronik ortamda cevaplanması sağlanmıştır.³⁷

Dijital vergi denetimi, genel itibariyle klasik usullerle yapılan vergi denetimlerinin elektronik ortamda bilgisayar yetenekleri kullanılarak gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Bilgisayar sistemlerinin yapay zekâ

³⁴ Zhuowen Huang, “Discussion on the Development of Artificial Intelligence in Taxation,” *American Journal of Industrial and Business Management* 8 (2018): 1819-1820.

³⁵ Neslihan Karataş Durmuş ve İmran Arıtı Erdem, “Vergi İdaresi 3.0: Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme,” *Maliye Dergisi* 184 (2023): 238-239.

³⁶ Kabul edilen ilk program olan 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 2021-2025 yılları için strateji oluşturulması hedeflenmiştir. Bu genelgeye uygun olarak Eylem Planı hazırlanmış; daha sonra 12. Kalkınma Planı (2024-2028) doğrultusunda 2024-2025 Eylem Planı olarak güncellenmiştir. Son olarak ise 2 Ekim 2024 tarihli TBMM Kararı ile “Yapay Zekânın Kazanımlarına Yönelik Atılacak Adımların Belirlenmesi, Bu Alanda Hukuki Altyapının Oluşturulması ve Yapay Zekâ Kullanımının Barındırdığı Risklerin Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Bir Meclis Araştırması Komisyonu Kurulmasına Dair Karar” kabul edilmiştir.

³⁷ Tülin Akdoğan ve Hakan Yavuz, *Dijitalleşme Perspektifinden Vergi Uyumu* (Ankara: İksad Publishing House, 2022), 83.

modelleri ile gelişmesine paralel olarak dijital vergi denetimlerine de yapay zekâ programlarının entegre edilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu da yapay zekâ destekli vergi denetimlerinin yapılmasına olanak tanımıştır.

Vergi denetimi, beyannamelerden elde edilecek bilgiler ile yoklama ve bilgi toplama gibi usuller aracılığıyla mükellef hakkında öğrenilen bilgilerin, başka mükellef ve vergi idarelerinden elde edilen diğer verilerle karşılaştırılması, kontrol edilmesi, vergi kayıp ve kaçaklarını tespit ve önlemeyi amaçlayan teftiş, denetim, ihbar gibi hususların değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir.³⁸ Yapay zekâ destekli vergi denetimleri genel olarak bu süreçleri işletebilmek için detaylı risk analizi yapılması esasıyla çalışmaktadır.

Vergi denetiminde risk analizi esaslı yapay zekâ uygulamaları, büyük veri analitiği yaparak daha önceki uygulamalarıyla vergi kaçırma potansiyeli olan mükelleflerin tespit edilmesi, hâlihazırda dijital ortamda bulunan defter, kayıt ve belgelerin gerçek zamanlı kontrolünü yaparak riskli işlemlerin tespit edilmesi, karmaşık ekonomik ilişkileri takip ederek vergi kaybı meydana getirme potansiyeli olanların tespit edilmesi gibi imkânlar sağlamaktadır.³⁹ Bu yolla elde edilen tespitler, vergi denetimlerinde kullanılmaktadır.

Günümüzde Avustralya, Kanada, Norveç ve Birleşik Krallık gibi birçok ülke vergi idaresinin denetimlerde risk analizi esaslı yapay zekâ programları kullanarak öncelik belirlemesi yaptığı bilinmektedir.⁴⁰ Türkiye'de de 2010 yılından itibaren kullanılmaya başlanan Sahte Belge Risk Analiz Programı (SARP), hangi mükelleflerin sahte belge düzenlemeye yatkın davranışlarda bulunduğunu tespit etmeye yardımcı olmaktadır.⁴¹ Ayrıca mükelleflerin hem kendisinden hem de diğer kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerini analiz ederek risk konuları ve senaryolar dâhilinde puanlama yapan Vergi Denetim Kurulu Risk

³⁸ Burçin Bozdoğanoglu, "Yapay Zekâ ChatGPT'nin Vergi Sistemlerinde Kullanımı ve Uyuşmazlıkları Önlemedeki Rolünün Değerlendirilmesi," *Mali Hukuk Dergisi* 19, 224 (2023): 1566.

³⁹ M. Fatih İlgin, "Vergi Denetim Sürecinde Büyük Veri Analitiği," *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 8, 1 (2020): 7-11.

⁴⁰ OECD, *Advanced Analytics for better Tax Administration* (Paris: OECD Publishing, 2016), 24.

⁴¹ Akdoğan ve Yavuz, *Dijitalleşme Perspektifinden*, 66.

Analiz Sistemi (VDK-RAS) de devreye alınmıştır.⁴² 2024 yılında bu uygulamalara makine öğrenmesi ve yapay zekâ entegrasyonlarının sağlanması ile aktif olarak denetim faaliyetleri planlanmaya ve yürütülmeye başlanmıştır.⁴³

III. YAPAY ZEKÂ İLE HAZIRLANAN VERGİ DENETİM RAPORLARI: OTONOM VERGİ DENETİMİ

Vergi denetimlerinin yapay zekâ destekli olarak gerçekleştirilmesi ile doğrudan yapay zekâ programları tarafından vergi denetimi gerçekleştirilmesi birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Bu bakımdan günümüzde uygulanan ve daha önce açıklanan yapay zekâ destekli vergi denetimlerinde yapay zekâ uygulamalarının rolü, mükellefler hakkında ön tespitlerde bulunarak denetimi yapacak vergi müfettişlerine kolaylık sağlamaktan ibarettir. Bununla birlikte ileride doğrudan yapay zekâ sistemleri tarafından vergi denetimlerinin gerçekleştirilmesi mümkün görünmektedir. Bu durumda aşamalı olarak makine öğrenmesi ve derin öğrenme kabiliyetine sahip yapay zekâ programları ile otonom şekilde vergi denetim sürecinde insan faktörünün en aza indirgenmesi ve hatta tamamen çıkarılması söz konusu olabilir. Bu husus yapay zekâ ile hazırlanan vergi denetim raporlarının hukuki mahiyetlerinin ayrıca değerlendirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

A. Vergi Denetim Raporlarının Hukuki Mahiyeti

Daha önce de değinildiği üzere Türk vergi hukukunda yoklama denetimi sonucunda yoklama fişi; inceleme ve aramalı inceleme sonucunda vergi inceleme raporu düzenlenmektedir. Bilgi toplama denetim yolu ise istihbarat toplama mahiyetinde olup sonucu rapor olarak düzenlenmemektedir. Dolayısıyla

⁴² Leyla Özkaya ve Levent Özkaya, "Yapay Zekânın Muhasebe ve Vergi Denetimi Mesleğine Sunacağı Katkılar," *Vergi Raporu* 236 (2019): 321.

⁴³ Deniz Çiçek Palabıyık, "Elektronik vergi denetimi dönemi başlıyor," *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Eylül 16, 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/elektronik-vergi-denetimi-donemi-basliyor/3307403#>; "Maliye'den binlerce büyük şirkete vergi denetimi: 23 milyar liralık eksik beyan belirlendi", *BBC News Türkçe*, erişim tarihi Ekim 15, 2024, <https://www.bbc.com/turkce/articles/ce3ze7ye7vx0>.

konumuz açısından önem arz eden vergi denetim raporları, yoklama fişi ve vergi inceleme raporundan ibarettir.

VUK m. 131'e göre yoklama fişi, mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve olayları araştırmak ve tespit etmek amacıyla düzenlenen bir tutanak mahiyetindedir. Vergi ve cezalar bu fişe dayanılarak tarh olunmakta, dolayısıyla tek başına iptal davasına konu edilememektedir.⁴⁴

Yoklama fişinde olduğu gibi vergi inceleme raporları da hem doktrinde hem de uygulamada fikir birliği olduğu üzere kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olarak kabul edilmemekte; tarh işlemine hazırlık sağlayan ön işlem niteliğinde kabul edilmektedir.⁴⁵ Ancak vergi inceleme raporuna dayanılarak mükellef hakkında tarhiyat ve ceza kesme işlemleri gerçekleştirilmektedir. Nitekim bu raporlar VUK m. 140'a göre işleme konulmak üzere ilgili vergi dairesine tevdi edilmektedir. Her ne kadar vergi inceleme raporları, mahiyeti gereği hazırlık işlemi olsa da yapılan tarhiyat ya da ceza kesme işleminin sebep unsurunu oluşturmakta ve bu sebeple de idari işlemin unsurlarını taşıması gerekmektedir. Bununla birlikte açıkça anlaşılacağı üzere vergi inceleme raporları tek başına dava konusu edilemezler; ancak bu raporlara dayanarak yapılan nihai idari işlem niteliğindeki tarhiyat veya ceza kesme işlemi ile birlikte iptali istenebilmektedir.⁴⁶

Sonuç olarak vergi denetim raporları hukuki mahiyetleri gereği hazırlık işlemi olup tek başına kesin ve yürütülebilir nitelikte değildir. Ancak mükellef hakkında uygulanan nihai işlemin sebep unsurunu oluşturması bakımından büyük bir öneme sahip olduğu açıktır. Denetim faaliyetlerinde meydana gelen hukuka aykırılıklar mükellef hakkında uygulanan nihai işlemin de hukuka aykırı hale gelmesini ve dolayısıyla iptalini gerektirebilir.

Yapay zekâ uygulamaları kullanılarak hazırlanan vergi denetim raporlarının hukuki mahiyetleri de bu kurallar içinde düşünüldüğünde farklılık arz etmeyecektir. Ancak daha geniş bir bakış açısı içinde gelecekte vergi denetimlerinin ileri yapay zekâ programları sayesinde tek tip haline dönüşeceği

⁴⁴ Zeliha Alpsoy, "Türk Vergi Hukukunda Yoklama İşlemi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVI, 2 (2021): 589.

⁴⁵ Cansu Dağ Bereket, *Uluslararası Boyutuyla Vergi İncelemeleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 118.

⁴⁶ Saraçoğlu ve diğerleri, *Vergi Hukuku*, 294.

düşünülebilir. İnternete bağlı akıllı cihazların kullanımının yaygınlaşması ve vergi idaresinin buna yönelik getireceği birtakım yükümlülükler sayesinde örneğin yoklama denetimi ile gerçekleştirilen belge bulundurma zorunluluğuna uyulup uyulmadığı, hasılat tespiti, trafikten alıkoyma ve hatta muhafaza altına alma işlemlerinin yapay zekâ tarafından uzaktan gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir. Örneğin ticari nakil vasıtalarına takılması zorunlu tutulacak akıllı cihazlar ile taşınan malın cinsi, miktarı, ağırlığı gibi bilgiler yapay zekâ programı tarafından tespit edilip elektronik olarak düzenlenen belgeler ile doğrudan sistem üzerinde eş zamanlı olarak karşılaştırılabilecektir. Bir uyumsuzluk durumunda yine akıllı cihazlar sayesinde otonom olarak aracın trafikten alıkonulması, aracın depo bölümünün kilitlenerek malların muhafaza altına alınması gibi tedbirler de uygulanabilecektir. Bu durumda aynı yapay zekâ programı ile mükellef hakkında aynı anda hem inceleme hem yoklama hem de bilgi toplama mahiyetinde işlemler gerçekleştirilmesi mümkün olacak ve bu işlemlerin sonuçları tek bir denetim raporunda toplanabilecektir.

B. Vergi Denetim Raporlarının Yapay Zekâ ile Hazırlanması

Vergi denetim raporlarının yapay zekâ ile hazırlanması günümüzde olağan denetim süreçlerini hızlandırma, kolaylaştırma ve kontrol etme noktasında katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla yapay zekâ uygulamaları vergi denetim faaliyetlerinde çalışanların iş yükünü azaltmakta ve daha doğru sonuçlar elde edilmesine olanak tanımaktadır. Bu açıdan hazırlanan vergi denetim raporlarının hâlihazırda yukarıda bahsedilen hukuki mahiyetten farklı olmayacağı açıktır. Bunlar her ne kadar yapay zekâ desteği kullanılmış olsa da halen insan ürünü olarak kabul edilmelidir. Nitekim rapor genel olarak vergi müfettişleri tarafından hazırlanmakta, sadece hazırlanma sürecinde yapay zekâ sistemlerinden faydalanılmaktadır.

Yapay zekâ teknolojisinin gelişim hızı dikkate alındığında vergi denetimlerinin yakın bir gelecekte doğrudan otonom olarak bu sistemler tarafından yapılması mümkün olabilecektir. Bu durum insan faktörünü ortadan kaldıracak ve en az hata ile tespitlerde bulunularak vergi denetim işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlayabilecektir. Bununla birlikte başta bu tür otonom denetim raporlarının vergi denetim uzmanlarınca kontrol edilmesi; etik, yasal ve

karmaşık durumlarda insan uzmanlığına başvurulması ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Ancak ilerleyen süreçte büyük bir olasılıkla bu kontrole de ihtiyaç kalmayacaktır.

Otonom vergi denetim raporları, ancak büyük vergi verisi oluşturulması ve bunları kullanan gelişmiş yapay zekâ uygulamaları ile ileri düzey algoritmalar aracılığıyla analiz edilmesiyle oluşturulabilir. Büyük veri kavramının vergi hukukundaki karşılığı olarak kullanılan büyük vergi verisi, mükelleflerin vergisel her türlü bilgisinden, vergi hukuku mevzuatı, vergi yargısı kararları ve vergi hukuku doktrininden oluşmaktadır.⁴⁷ Tüm bu veri setini saniyeler içinde analiz ederek somut olayın şartlarına göre, makine öğrenmesi ve derin öğrenme kabiliyetleriyle muhakeme eden ve yaptığı tespitleri değerlendirerek denetim sonucuna karar veren yapay zekâ uygulamaları sayesinde vergi kayıp ve kaçaklarının en aza indirilmesi; vergi uyumunun da artırılması sağlanabilecektir.

C. Muhtemel Sorunlar

Gelecekte ileri yapay zekâ programlarının karmaşık algoritmalar kullanarak daha hızlı ve daha çok veri setini işlemesi ile otonom vergi denetimlerinin gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir. Bunun gerçekleştiği düşünüldüğünde ortaya çıkabilecek birtakım sorunlar belirlenmeye çalışılmıştır.

Öncelikle bu yapay zekâ programının isabetli şekilde çalışabilmesi için gereksinim duyduğu büyük vergi verisinin oluşturulması aşamasında karşımıza çıkacak sorunlardan bahsedilmesi gerekmektedir. Bu aşamada günümüzde vergilendirme işlemlerinde kullanılan büyük vergi verisinin oluşturulmasında yaşanan aksaklıklar ve tartışılan konular aynı şekilde geçerliliğini koruyacaktır. Bu açıdan büyük vergi verisi oluşturulurken veri güvenliğinin ve mahremiyetin sağlanması en büyük problem olarak belirmektedir.

Veri güvenliğine ilişkin olarak genel kabul edilen Bilgi Sistemleri Denetim ve Kontrol Birliği (ISACA) tarafından sağlanan "Bilgi ve İlgili Teknolojiye İlişkin Kontrol Hedefleri" (COBIT) sertifikası yeterli görülmektedir.⁴⁸ Günümüzde veri güvenliğini sağlamak için blok zincir teknolojilerinin kullanımı giderek

⁴⁷ Cockfield, "Big Data," 497-503.

⁴⁸ Dana Schwieger ve Christine Ladwig, "Protecting Privacy in Big Data: A Layered Approach for Curriculum Integration," *Information Systems Education Journal* 14, 3 (2016): 48.

yaygınlaşmaktadır. Veri mahremiyeti için ise aynı kuruluşun Model Müfredat Yönergeleri bulunmaktadır. Detaylı bir biçimde düzenlenen yönergelere göre veri güvenliğini sağlamak için yapılması gerekenler; idare ve personelin mahremiyet kültürünü geliştirmek, sadece sicili iyi olan ve dürüst personele gizli verilere erişim hakkı tanımak, veri gizliliği politikaları oluşturmak, geliştirmek ve denetlemek için veri yönetim kurulu kurmak, büyük veriye erişim, depolama, kullanma, gizlilik, yönetim ve politika ihlallerine ilişkin yazılı kurallar belirlemek, veri depolama birimlerini fiziki korumaya almak, veri erişiminde parola ya da biyometrik kontroller yapmak, veri sahibini anonimleştirmek, verileri şifrelemek, ağ güvenliğini sağlamak, güvenlik ihlali olursa verileri karartmak, veri toplanırken geçirilen her aşamada geri bildirim ve açık rıza almak, veri erişimine ve kullanımına ilişkin günlükler tutmaktır.⁴⁹

Veri güvenliği ve mahremiyetinin etik sorunlar ve yasal düzenleme ihtiyacı meydana getirdiği açıktır. Yasal gerekliliklerin tespit edilmesi ve düzenlemelerin yapılması, her büyük veri seti için ayrıca ele alınmalıdır. Nitekim büyük vergi verisi oluştururken özel olarak mükellefiyete ilişkin bilgiler toplanmalıdır. Bu da herkesin yasal bilgilerini içeren genel büyük veri ile özel olarak vergilendirme işlemlerinde kullanılmak üzere toplanan büyük vergi verisi arasında koordinasyon ve kontrolü sağlamak maksadıyla ayrıca düzenlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu bakımdan büyük vergi verisi, yukarıda değinilen güvenlik ve mahremiyet gerekliliklerini ayrıntılı olarak düzenleyen ayrı bir mevzuat içinde ve mutlaka vergi idaresinin sorumluluğunda toplanmalı, saklanmalı ve kullanılmalıdır.

Büyük vergi verisinin oluşturulmasındaki güvenlik problemlerine ek olarak bunu analiz edecek olan yapay zekâ programının güvenliğinin sağlanması da oldukça önem arz etmektedir. Neticede bir bilgisayar sistemi olması sebebiyle kötü niyetli yazılımlar ile korsanlık faaliyetine (hack) konu olması muhtemeldir. Otonom yapay zekâ teknolojilerinin geliştiği düşünüldüğünde, bu tür zararlı yazılımların da gelişmesi ve hatta korsanlık faaliyetlerinde ileri yapay zekâ teknolojilerinin kullanılması kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda etik korsan olarak da anılan, yazılım becerilerini güvenlik açıklarını bulmak ve bunları gidermek için kullanan beyaz şapkalı korsanların istihdamı gerekli görülebilir.

⁴⁹ Schwieger ve Ladwig, "Protecting Privacy," 49-50.

Büyük vergi verisi oluştururken ortaya çıkan bir diğer önemli sorun veri kalitesine ilişkindir. Yapay zekâ sistemlerinin etkili çalışabilmesi için doğru, güncel ve kapsamlı verilere ihtiyaç vardır. Eksik veya hatalı veriler, yanlış sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple verilerin toplanma ve ayıklama usulünün belirlenmesi ihtiyacı meydana çıkmaktadır. Elde edilecek verilerin beyan esasında olduğu gibi mükellef tarafından getirilmesi beklenebilir. Bununla birlikte resmi kurumlardan mükellef hakkındaki verilerin aktarımı da sağlanmalıdır. Dolayısıyla bilgi toplama denetim yolunun da bu yapay zekâ sistemine bağlanması ve ayrıca diğer resmi kurumların elektronik sistemlerinin birbiri ile bilgi paylaşmaya yönelik koordinasyonu da sağlanmalıdır. Bu hususta örneğin her bir bakanlık nezdinde kendi faaliyet alanına ilişkin büyük veri oluşturulması ve ayrıca adeta elektronik devlet arşivi gibi bu veri setlerinin tümünden oluşan ya da en azından müşterek bir olay söz konusu olduğunda birden fazla büyük veri seti arasında ilişki kurabilecek çatı bir sistem geliştirilmelidir. Ek olarak toplanan bilgilerin doğruluğu çapraz kontrollerle sağlanmalı ve ilgisiz veriler ayıklanmalıdır.

Vergi mevzuatının karmaşık ve değişken olması da büyük vergi verisinin oluşturulmasında ve yapay zekâ programları ile analiz edilmesinde sorun meydana getirebilir. Mevzuat değişikliklerinin takibi ve amacının tespiti ile maddelerin yorumlanması hususlarında yapay zekâ programlarının eksik kalması muhtemeldir. Oluşturulacak büyük vergi verisinde mevzuat değişikliklerinin mahiyeti ve somut olaylara etkileri başta uzman kişiler tarafından yapılan değerlendirmelerle belirlenebilir. İlerleyen aşamada ise daha karmaşık algoritmalar kullanan gelişmiş yapay zekâ programları ile bu değerlendirmelerin otonom şekilde yapılması mümkün olabilecektir. Bu husus temelde belki de en büyük problemi oluşturan denetim sürecinde insan etkileşimi ve karar verme yeteneğinin kritik öneme sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Şuan için bir yapay zekâ programının insan gibi muhakeme etmesi, yorum geliştirmesi ve karara varması gerçekçi görünmemektedir. Ancak makine öğrenmesi ve derin öğrenme yoluyla yapay zekâ programlarına karmaşık konularda muhakeme etme ve yorum geliştirme becerisi kazandırılması halinde otonom vergi denetimi yapılabilmesi de mümkün hale gelecektir.

Robot yargıç uygulamalarının yapay zekâ ile hazırlanmış vergi denetim raporlarına etkisi ve üstünlüğü konusu da potansiyel bir sorun olarak

düşünülmelidir. Özellikle yapay zekâ sistemleri ile çalışan ve önüne gelen uyumsuzlukları, daha önceden sistemine yüklenen hukuki bilgiler (mevzuat, içtihatlar, doktrin vb) ve makine öğrenmesi ile doğal dil işleme metotlarını kullanarak çözümleyen, basit muhakeme yeteneği kazandırılmış dijital sistemler olarak tanımlanabilen robot yargıçların kullanımı günümüzde yaygınlaşmaya başlamıştır.⁵⁰ Özellikle Çin Halk Cumhuriyeti 2017 yılından beri birtakım basit hukuk davalarını “internet mahkemeleri” adını verdiği robot yargıçlar ile çözümlenmektedir.⁵¹ Her ne kadar robot yargıç uygulamaları henüz görece teknik ve karmaşık olarak kabul edilebilecek vergi uyumsuzluklarında kullanılmasa da yakın bir gelecekte vergi yargılamasında da robot yargıçların yaygınlaşacağı mümkün görünmektedir.⁵² Bu durumda otonom vergi denetim raporlarının otonom yargıçlar tarafından denetlenmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla benzer veri seti kullanan iki yapay zekâ programının birbiri üzerinde üstünlük kurması sorunu ortaya çıkabilecektir. Bu durumda doğrudan yapay zekâ tarafından otonom olarak hazırlanmış olan denetim raporu, yine doğrudan yapay zekâ tarafından gerçekleştirilen otonom yargılamalara konu edilmiş olacaktır. İleri yapay zekâ programlarının kullandığı büyük veri setlerinin yukarıda önerildiği gibi müşterek olaylar için kurumlar arası paylaşımı ve koordinasyonu sağlandığında muhtemelen hem otonom vergi denetimi hem de vergi yargısında kullanılan robot yargıç aynı sonuçlara varacaktır.

SONUÇ

Günümüzde vergi idareleri birçok defter, belge ve kaydın elektronik ortamda düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı için dijital dönüşüm politikaları yürütmektedir. Vergilendirme işlemlerinde dijitalleşme ile birlikte yapay zekâ teknolojilerinin kullanımı da gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır. Bu durum vergilendirme işlemlerinin daha az maliyetle, hızlı ve mevzuata uygun yerine

⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Yasin Aydoğdu, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 108-150.

⁵¹ Gizem Gültekin Varkonyi, *Robot Yargıçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 26-30.

⁵² Abdullah Ömercioğlu, “Büyük Vergi Verisi ve Vergi Mahremiyetine Uygun Büyük Veri Oluşturulması,” *Journal of Social and Humanities Sciences Research* 10, 101 (2023): 2969.

getirilmesine katkı sağlamakta ve hem vergi kaybını hem de kayıt dışılığı önemli ölçüde azaltma potansiyeli taşımaktadır.

Dijitalleşme ve yapay zekâ sayesinde mükelleflerin vergilendirme işlemlerini daha kolay yapabilmesi ve ihtiyaç duyduklarında chatbotlar aracılığıyla danışmanlık almaları mümkün hale gelmiştir. Özellikle ABD'de yaklaşık elli yıldır kullanılan sistemler günümüzde daha da gelişerek Çin Halk Cumhuriyeti, Hollanda, Estonya, İsveç, Japonya, Avustralya, Singapur, Hindistan ve Türkiye gibi birçok ülkede uygulanmaktadır. Bu tür sistemler mükelleflerin yanında vergi idaresine de çeşitli kolaylıklar sağlamaktadır. Vergi idareleri, yapay zekâ programları sayesinde yürüttükleri hizmetlerde maliyet azaltmakta, mevzuata ve yargı kararlarına daha uygun işlemler tesis edebilmektedir.

Vergi denetimleri, vergilendirme işlemlerinin önemli bir parçasını oluşturmakta ve mükelleflerin vergisel yükümlülüklerinin vergi mevzuatına uygun yerine getirilip getirilmediğini tespit etmeye yönelmektedir. Vergi denetimleri ile ortaya konan ihlaller sebebiyle yapılan tarhiyatlar ve ceza kesme işlemleri ile hem vergisel düzen yeniden sağlanmakta hem de vergi kayıpları telafi edilmektedir. Bu açıdan etkin bir denetim mekanizmasının işletilmesi vergi güvenliğinin sağlanabilmesi için kaçınılmazdır.

Önceleri klasik usullerle yapılan yoklama, inceleme, arama ve bilgi toplama gibi vergi denetimleri, dijitalleşme ile elektronik ortamda bilgisayar yetenekleri kullanılarak yapılmaya başlanmıştır. Daha sonra ise yapay zekâ teknolojisindeki gelişmeler üzerine, vergi denetimlerine de bu sistemlerin entegre edilmesi ile vergi idaresine fayda sağlamaya başlamıştır. Hâlihazırda ABD, Avustralya, Kanada, Norveç, Birleşik Krallık ve Türkiye gibi ülkeler vergi denetimlerinde detaylı risk analizi yapabilen yapay zekâ programları kullanmaktadır. Bu tür programlar, vergi kaçırma potansiyeli olan mükellefleri ve riskli işlemleri tespit ederek vergi denetimlerinde uygulayıcılara yardımcı olmaktadır.

Dijitalleşme ile başlayan ve yapay zekâ destekli vergi denetimleri ile devam eden sürecin belki de en ileri aşaması, bu denetimlerin doğrudan yapay zekâ programları ile tam otonom şekilde yapılması ve insan faktörünün ortadan kalkması şeklinde gerçekleşecektir. Bu aşamaya ulaşılabilmesi için öncelikle yapay zekâ sistemlerine makine öğrenmesi ve derin öğrenme metotları ile muhakeme etme yeteneğinin kazandırılması gerekecektir. Teknolojik gelişme hızı da dikkate

alındığında muhtemelen yakın bir gelecekte otonom vergi denetimlerine geçilmesi söz konusu olabilecektir.

Otonom vergi denetimlerinin gerçekleştirilmesinde büyük vergi verisinin oluşturulması büyük önem taşımaktadır. Nihayetinde yapay zekâ programının denetim yapması, muhakeme etmesi ve karar vermesi, mükelleflerin vergisel her türlü bilgisinden, vergi hukuku mevzuatı, vergi yargısı kararları ve vergi hukuku doktrininden oluşan büyük vergi verisini ileri düzey algoritmalar aracılığıyla analize tabi tutması ile gerçekleşecektir. Bu durum büyük vergi verisinin oluşumunda karşılaşılabilecek birtakım sorunların giderilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Nitekim büyük vergi verisinin oluşturulmasında ortaya çıkan problemler doğrudan otonom vergi denetimlerinin hatalı sonuç vermesine sebep olacaktır. Büyük vergi verisi oluşturulurken meydana çıkacak en önemli sorun veri güvenliğinin ve mahremiyetin sağlanmasıdır. Bunun için yapılacak işlemlerin uluslararası standartlara uygun, ayrıntılı bir biçimde ve ayrı bir mevzuat ile düzenlenmesi ve mutlaka vergi idaresinin sorumluluğunda yapılması gerekmektedir. Ek olarak yapay zekâ programının da güvenliğinin sağlanması önem arz etmektedir. Büyük vergi verisi oluşturulurken toplanacak verilerin kalitesi standartlara bağlanmalı, veri ayıklama kontrol edilmelidir. Ayrıca vergi mevzuatının sadeleştirilmesi, mevzuat takibi ve yorum hususunda vergi denetim uzmanlarının deneyimleri model algoritma olarak makine öğrenmesi ve derin öğrenme programlarına aktarılmalıdır.

Otonom vergi denetimlerinin yapılması ile ortaya çıkabilecek bir diğer problem vergi yargısında robot yargıç uygulamasına geçilmesiyle bağlantılı görülebilir. Robot yargıçlar da büyük veri kullanan ileri algoritmali yapay zekâ programları olarak uyumsuzlukları çözümüleme kabiliyetiyle donatılmıştır. Bunların vergi yargısında etkin hale gelmesi ile iki yapay zekâ programının kararlarının birbiri üzerindeki etkisi tartışmalı hale gelebilecektir. Nitekim ikisi de aynı veri setini kullanarak somut olayı muhakeme edecek ve bir karara varacaktır. Son tahlilde gelecekte yapay zekâ teknolojisinin makine öğrenmesi ve derin öğrenme yoluyla tam otonom hale gelmesi üzerine ortaya çıkan vergi uyumsuzlukları ya yapay zekâ programları arasındaki yorum farklılıklarından kaynaklanacak ya da aynı veri setinden aynı sonuca ulaşılması kaçınılmaz olduğundan vergi yargısı ortadan kalkacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar ıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study.

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Tülin ve Hakan Yavuz. *Dijitalleşme Perspektifinden Vergi Uyumlu*. Ankara: İksad Publishing House, 2022.
- Alpsoy, Zeliha. "Türk Vergi Hukukunda Yoklama İşlemi." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVI, 2 (2021): 567-610.
- Aydoğdu, Yasin. *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- BBC News Türkçe. "Maliye'den binlerce büyük şirkete vergi denetimi: 23 milyar liralık eksik beyan belirlendi." Erişim tarihi Ekim 15, 2024. <https://www.bbc.com/turkce/articles/ce3ze7ye7vx0>.
- Bozdoğanoglu, Burçin. "Yapay Zekâ ChatGPT'nin Vergi Sistemlerinde Kullanımı ve Uyuşmazlıkları Önlemedeki Rolünün Değerlendirilmesi." *Mali Hukuk Dergisi* 19, 224 (2023): 1545-1588.
- Campbell, Murray, A. Joseph Hoane Jr. ve Feng-hsiung Hsu, "Deep Blue." *Artificial Intelligence* 134 (2002): 57-83.
- Cockfield, Arthur J. "Big Data and Tax Haven Secrecy." *Florida Tax Review* 18, 8 (2016): 483-539.
- Çolak, Mustafa. *Mali Hukuk ve Dijitalleşme*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Dağ Bereket, Cansu. *Uluslararası Boyutuyla Vergi İncelemeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Gültekin Varkonyi, Gizem. *Robot Yargıçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Hassani, Hossein, Emmanuel Sirimal Silva, Stephane Unger, Maedeh TajMazinan ve Stephen Mac Feely. "Artificial Intelligence (AI) or Intelligence Augmentation (IA): What Is the Future?" *Ai Journal* 1 (2020): 143-155.
- Hepeksaz, Engin, Fatih Çevikcan ve Ersan Öz. "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği." *Vergi Dünyası* 354 (2011): 149-157.
- Houser, Kimberly ve Debra Sanders. "The Use of Big Data Analytics by the IRS: What Tax Practitioners Need to Know." *Journal of Taxation* 128, 2 (2018): 1-15.
- Huang, Zhuowen. "Discussion on the Development of Artificial Intelligence in Taxation." *American Journal of Industrial and Business Management* 8 (2018): 1817-1824.

- Ivic, Majda. "Artificial Intelligence and Geospatial Analysis in Disaster Management." *The International Archives of the Photogrammetry Remote Sensing and Spatial Information Sciences* XLII-3/W8 (2019): 161-166.
- İlgün, M. Fatih. "Vergi Denetim Sürecinde Büyük Veri Analitiği." *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 8, 1 (2020): 1-24.
- Karataş Durmuş, Neslihan ve İmran Arıtı Erdem. "Vergi İdaresi 3.0: Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme." *Maliye Dergisi* 184 (2023): 225-253.
- Kitapçı, İsmail. *Vergi Etiği - Vergi Psikolojisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- McCarthy, John, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester ve Claude E. Shannon, "Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955." *AI Magazine* 27, 4 (2006): 12-14.
- McCulloch, Warren ve Walter Pitts, "A Logical Calculus of the Ideas Immanent in Nervous Activity." *Bulletin of Mathematical Biophysics* 5, (1943): 115-137.
- OECD. *Advanced Analytics for better Tax Administration*. Paris: OECD Publishing, 2016.
- OECD. *Tax Administration 3.0: The Digital Transformation of Tax Administration*. Paris: OECD Publishing, 2020.
- Ömercioğlu, Abdullah. "Büyük Vergi Verisi ve Vergi Mahremiyetine Uygun Büyük Veri Oluşturulması." *Journal of Social and Humanities Sciences Research* 10, 101 (2023): 2962-2971.
- Özkaya, Leyla ve Levent Özkaya. "Yapay Zekânın Muhasebe ve Vergi Denetimi Mesleğine Sunacağı Katkılar." *Vergi Raporu* 236 (2019): 314-323.
- Palabıyık, Deniz Çiçek. "Elektronik vergi denetimi dönemi başlıyor." *Anadolu Ajansı*. Erişim tarihi Eylül 16, 2024. <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/elektronik-vergi-denetimi-donemi-basliyor/3307403#>.
- Russell, Stuart ve Peter Norvig. *Artificial Intelligence A Modern Approach*. New Jersey: Pearson Education, 2010.
- Saraçoğlu, Fatih, Elif Pürsünlerli Çakar ve Abdullah Ömercioğlu. *Vergi Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.

- Schwieger, Dana ve Christine Ladwig. "Protecting Privacy in Big Data: A Layered Approach for Curriculum Integration." *Information Systems Education Journal* 14, 3 (2016): 45-54.
- Soydan, Başar. *Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Turan, Deniz. "Yapay Zekâ ve Vergi Uygulamalarına Etkisi." *Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi* 2, 1 (2020): 55-70.
- Vellino, Andre. "J. Haugeland, Artificial Intelligence: The Very Idea, Book Review." *Artificial Intelligence* 29, 3 (1986): 349-353.
- Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı. *Faaliyet Raporu* (2018). Erişim tarihi Ekim 11, 2024. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/04/VDK-2018-Birim-Faaliyet-Raporu-1102019-002.pdf>.
- Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı. *Faaliyet Raporu* (2023). Erişim tarihi Ekim 11, 2024. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/17/2024/03/VDK-2023-Yili-Faaliyet-Raporu.pdf>.
- Yüce, Mehmet ve İsmail Hakkı Yücelen. *Vergi Denetim Hukuku*. İstanbul: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.

OSMANLI HUKUK EĞİTİMİNDE HUKUKA GİRİŞ DERSİ VE DERS KİTAPLARI

*Introduction to Law Course and Textbooks in Ottoman Legal
Education*

Mehmet AYKANAT*

İbrahim ÜLKER**

Öz

Hukuk bilimi normatif yapısı, değişken ve esnek oluşu, doğrudan topluma yönelik olması ve toplumu değiştirme gücü ile diğer bilim dallarından ayrılır. Her bilim dalında olduğu gibi hukuk alanında da kendine özgü bir terminoloji vardır. Hukuk bilimi kendine özgü terimler, kavramlar daha da önemlisi bir metodoloji barındırır. Hukuk eğitimi, öğrenciye hukuk bilgisinin yanı sıra hukuk nosyonu kazandırmayı amaçlar. Bu nedenlerle hukuk eğitimine başlayan öğrencilere genel ve temel hukuk bilgisi, hukukun sistemi ve metodolojisini anlatmak üzere hukuka giriş dersleri verilmektedir.

Hukuka giriş dersi hukuk fakültelerinin ve hukuk dersine yer veren diğer fakültelerin müfredatlarında en çok yer alan derstir. En çok ders kitabına sahip

* Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, mehmetaykanat@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0968-4165.

** Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, iulker@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5953-6772.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 08.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 23.12.2024.

Atıf/Citation: Aykanat, Mehmet ve İbrahim Ülker. "Osmanlı Hukuk Eğitiminde Hukuka Giriş Dersi ve Ders Kitapları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1466-1498.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

hukuk dersinin de hukuka giriş dersi olduğu söylenebilir. Çalışmamız Osmanlı hukuk eğitiminde hukuka giriş dersinin müfredatlardaki yerinin ve ilk ders kitaplarının değerlendirilmesine ilişkindir. Hukuka giriş dersinin yer aldığı okullar, bu okullarda okutulmak üzere hazırlanmış başlıca eserler, eserlerin yazarları ve içerikleri çalışmamızda anlatılmıştır. Farklı anabilim dallarına mensup araştırmacıların, farklı yöntemlerle yazdığı hukuka giriş eserlerinin Osmanlı hukukundaki görünümü genel hatlarıyla ortaya konulmuştur. Hukuk eğitimi veren okulların müfredatları taranmış, yayınlanmış ders kitapları tespit edilmiş, yazarların çalışma alanları ve kitapların içeriğinin hukuka giriş dersine uygunluğu değerlendirilmiştir. Çoğunlukla ders notlarına dayanan eserlerin çok kapsamlı olmadığı, yazarların alanlarına sapanmadan konuları oluşturdukları, kitaplarda farklı yaklaşımların söz konusu olduğu ve birtakım eksikliklerin bulunduğu görülmüştür. Her bir hukuka giriş kitabı sayfa sayısı, kapsamı, konu dağılımı, konuların ele alınışı gibi yönlerden farklıdır. Çalışmamızın kapsamı dışında kalan hukuka giriş konularına ilişkin makale türü araştırmalar üzerine ayrıca çalışılması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Giriş, Osmanlı Hukuk Eğitimi, Medhal-i İlm-i Hukuk, Hukuk Müfredatı, Hukuk Ders Kitapları.

Abstract

The science of law differs from other scientific disciplines through its normative structure, its variable and flexible nature, its direct focus on society, and its power to change society. Like every scientific field, law also has its own unique terminology. The science of law encompasses its own terms, concepts, and more importantly, a methodology. Legal education aims not only to provide students with legal knowledge but also to instill in them a legal mindset. For these reasons, introductory law courses are offered to students starting their legal education to explain the general and basic principles of law, the system of law, and its methodology.

Introduction to law is the most common course in the curricula of law faculties and other faculties that offer law courses. It can be said that the introduction to law is also the law course with the most textbooks. Our study is about the place of the introduction to law in the curricula of Ottoman legal education and the evaluation of the first textbooks. The schools that included an introduction to law in their

curricula, the main works prepared to be taught in these schools, the authors of these works and their contents are described in our study. The appearance of introduction to law works written by researchers from different departments with different methods in Ottoman law is presented in general terms. The curricula of law schools were scanned, the published textbooks were identified, and the authors' fields of study and the suitability of the content of the books to the introduction to law course were evaluated. It has been observed that the works, which are mostly based on lecture notes, are not very comprehensive, that the authors formulate the subjects without sticking to their fields, that there are different approaches in the books and that there are some deficiencies. Each introduction to law book is different in terms of the number of pages, scope, distribution of topics, and treatment of the subjects. Article-type research on introduction to law topics that are outside the scope of our study should be studied separately.

Keywords: Introduction to Law, Ottoman Legal Education, Introduction to Legal Science, Law Curriculum, Law Textbooks.

GİRİŞ

Hukuk bilimi, sosyal bilimler arasında belirli özelliklere sahip olması, kendine özgü yapısı ve nitelikleri ile önemli bir yere sahiptir. Hukuk normatif bir yapı barındıran, kural ve düzenlemeler içermesinin yanı sıra bizzat kural koyabilen bir bilim alanıdır. Toplumun değişen ihtiyaçlarına göre hukuk kuralları da değişebilir. Toplumla doğrudan ilişkili olduğu için toplumdaki topluma değişir, hatta bir toplum için geçerli olan hukuk teorisi ve uygulaması başka bir toplum için geçerli ve uygun olmayabilir. Hukuk yerine göre toplumu takip eder, yerine göre toplumu dönüştürmeye çalışanların elinde bir araç olarak kullanılır. Toplumsal düzeni korumak için birey ve devlet arasındaki ilişkilerin yanı sıra bireyler arasındaki ilişkileri de düzenler. Hukukun en temel özelliklerinden biri de kurallara uyulmaması durumunda müeyyide yani yaptırım uygulayabilmesidir. Önemli özelliklerinden bazılarını yer verdiğimiz hukuk bilimi bu niteliklerinden dolayı özel bir eğitimle öğrenilebilir. Bu eğitimin sonunda yetişen hukukçudan sadece hukuki kavram ve kurumları öğrenmesi değil hukuk nosyonuna sahip olması da beklenir. Zira hukukçu matematik formüllerine sahip değildir. İçinde yaşadığı toplumu anlamalı ve kanun koyucunun amacına, adalete

ve hakkaniyete uygun olarak, her biri kendine özgü nitelikler taşıyan milyonlarca farklı probleme çözümler üretmelidir.

Hukuk bilimi kendine özgü terimler, kavramlar daha da önemlisi bir metodoloji barındırır. Bu nedenlerle hukuk eğitimine başlayan öğrencilere genel ve temel hukuk bilgisi, anlatmak üzere hukuka giriş dersleri verilmektedir. Hukuka giriş dersleri hukuk eğitiminin temel taşlarının döşendiği ilk aşamadır. Öğrenci bu derslerde edindiği bilgileri diğer dersleri ve hukuk mantığını anlamak için kullanır. Bu derslerde hukukun ne olduğu, toplumdaki işlevi ve temel kavramlar anlatılır. Öğrenciler bu derste hukukun kaynaklarını (yazılı kurallar, örf ve adet, doktrin, içtihat vb.) öğrenir ve bu kaynakların nasıl oluştuğu ve bir hukukçunun bu kaynakları nasıl kullanacağı konusunda bilgi sahibi olur. Hukuka giriş dersleri, öğrencilere hukuki bir olayı analiz etme, eleştirel düşünme ve mantıksal çıkarımlar yapma becerisi kazandırmaya çalışır. Hukuk öğrenimine sağlam bir temel oluşturmak ve ileriki dönemlerde görülecek derslere hazırlık yapmak adına hukuka giriş dersleri büyük bir önem taşır.

Hukuka giriş dersi hukuk fakültelerinin müfredatlarında birinci sınıfın zorunlu dersi olarak bulunmaktadır. Bilgi kaynakları yönünden oldukça zengin olan hukuka giriş alanı fakültelerde ayrı bir anabilim dalı olarak yapılandırılmamıştır. Bu sebeple dersi yürüten öğretim elemanları farklı anabilim dallarına mensup olmakta, derse ilişkin bir eser ortaya koyduklarında kendi ilgi alanlarına yoğunlaşabilmektedir. Hukuka giriş dersine ilişkin eserlerde başlıca üç yaklaşım ortaya çıktığı, içeriğin bu yaklaşımlara ve dersin yürütücüsüne göre farklılaştığı kabul edilmektedir.¹ Bu makale Osmanlı hukuk eğitiminde hukuka giriş eserlerini, içeriklerini ve ders yürütücülerini bu tartışmalar odağında incelemiştir.

Hukuk literatüründe hukuk başlangıcı, hukuka giriş, hukukun temel kavramları, temel hukuk bilgisi ve hukukun genel teorisi gibi başlıklar altında çok sayıda eser ortaya konulmuştur. Bir kısmı araştırmacılara hitap eden, ancak genellikle ders kitabı niteliğinde olan bu eserlerde hukuka giriş dersinin tarihine

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınları, 2018), 1–10. Mustafa Avcı, Mehmet Aykanat, ve İbrahim Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 23–25.

değnilmemektedir. Konunun spesifik bir çalışmada ele alınmasının yararlı olacağı düşünülerek bu çalışmaya başlanmıştır.

Osmanlı dönemi hukuk eğitimi veren kurumlara ilişkin Düstur'da yer alan düzenlemeler, Osmanlı arşivindeki hukuki düzenlemeler, kararlar ve yazışmalar, İlmiye salnamesi ve devlet salnamelerinde yer alan bilgiler konuya ilişkin birincil kaynaklardır. Eğitim tarihi, Darülfünun tarihi, İstanbul Üniversitesi tarihi, özellikle hukuk mektebi ve mülkiye mektebi alanlarında yapılan çalışmalar ikincil olarak yararlandığımız kaynaklardır.

Osmanlı hukuk eğitiminde hukuka giriş konusu genel hatlarıyla incelenmemiş olsa da eserlere ilginin artmakta olduğu görülmektedir. Literatürde son dönemde yapılan iki transkripsiyon çalışması bulunmaktadır: Münif Paşa'nın *Medhal-i İlm-i Hukuk*² ve İbrahim Hakkı Paşa'nın *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*³ başlıklı kitapları yayımlanmıştır. Ayrıca eserlerdeki çeşitli alt başlıklar makalelere konu olmuştur. Ancak bu çalışmalar hukuka giriş dersine ve eserlerine ilişkin genel çalışmalar olmayıp, eserlerin içeriklerini ortaya koyan, yorumlayan çalışmalar niteliğindedir.

Bu çalışmada hukuka giriş dersinin Osmanlı hukuk eğitiminde müfredatlardaki yeri, konuya ilişkin ders kitaplarının yazarlarının ve içeriklerinin incelenmesi temel başlıklardır. Sırasıyla hukuka giriş dersinin Osmanlı terminolojisi, Osmanlı hukuk müfredatlarında hukuka giriş dersi, hukuka giriş kitapları ve yazarları, hukuka giriş kitaplarının içerikleri incelenmiştir.

I. HUKUKA GİRİŞ KAVRAMI VE OSMANLI TERMINOLOJİSİ

Hukuka giriş kavramı üzerinde uzlaşmış bir kavram değildir.⁴ Hukuk başlangıcı başlığını tercih edenler de oldukça fazladır. Cumhuriyet sonrasında 1940-1960 arasında hukuk başlangıcı başlığının daha çok tercih edildiği,

² Münif Paşa, *Medhal-i İlm-i Hukuk Türkenin İlk Hukuka Giriş Kitabı*, ed. & çev. Furkan Şahan (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2023).

³ İbrahim Hakkı, *Hukuk İlmine Giriş Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, çev. Ömer Can Baş ve Abdullah Özçelik (İstanbul: DBY Yayınları, 2021).

⁴ Kemal Gözler "Hukuka Giriş" başlığını tercih ettiği kitabında doğru kullanımın "Hukukun Genel Teorisi" olduğunu ve dersin adının bu şekilde değişmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Gözler, *Hukuka Giriş*, 7-8.

1960'lardan itibaren hukuka giriş başlığının da kullanılmaya başladığı görülmektedir. Ağırlık kazanan bu iki başlığın dışında hukukun temel kavramları, genel hukuk bilgisi, temel hukuk bilgisi, temel hukuk dersleri gibi kullanımlar ortaya çıkmıştır.

Osmanlı hukuk terminolojisinde hukuka giriş başlığına karşılık olarak üç başlık kullanılmıştır. Münif Paşa, Hokoçyan, Ali Kemal Elbir ve Zeki tarafından "medhal-i ilm-i hukuk", Hüseyin Galib ve Lütfi Fikri tarafından "mebadi-i ilm-i hukuk", İbrahim Hakkı, Mehmed Servet, Mehmed Tevfik ve Sadık (Beliğ) tarafından "mukaddime-i ilm-i hukuk" başlıkları tercih edilmiştir.

Arapça kökenli medhal kelimesinin anlamı sözlüklerde "dahil olacak, girecek yer, kapı, antre, başlangıç, giriş"⁵, "duhul olmak, içeri girmek, girecek yer"⁶, "duhul, girecek yer, kapı, ağız"⁷ şeklinde verilmiştir. Kelimenin İngilizce karşılığı olarak "an entry, inlet, participation, interest, influence, complicity"⁸ kelimeleri verilmiştir ki giriş dışında katılım, ilgi, etki, suç ortaklığı anlamları çıkmaktadır. Medhal-i ilm-i hukuk hem eserlerde hem müfredatlarda en çok tercih edilen kullanımdır.

Arapça mebde kelimesinin çoğulu olan mebadi sözlüklerde "evveler, başlangıçlar, prensipler, ilk unsurlar"⁹ tekili mebde "bir şeyin başladığı zaman"¹⁰, "başlama, başlangıç"¹¹ anlamlarıyla açıklanmıştır. Mebadi kelimesinin İngilizce karşılığı "sources, origins, beginnings"¹² şeklinde verilmiştir ki, kaynaklar, kökenler, başlangıçlar anlamlarına gelmektedir. Felsefe terimi olarak mebde, aklın, bilimlerin veya varlığın ilkesi şeklinde anlamlandırılmıştır.¹³ Bu kullanımda "mebde-i ilm-i hukuk" hukuk ilminin ilkeleri anlamına gelmektedir. Mekteb-i

⁵ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat* (Ankara: Aydın Yayınevi, 1990), 714.

⁶ Muallim Naci, *Lugat-ı Naci* (İstanbul: Kırkor Faik, 1308), 739.

⁷ Şemseddin Sami, *Kamus-ı Türki* (İstanbul: İkdam Matbaası, 1317), 1314.

⁸ James William Redhouse, *Türkçe İngilizce Lugat Kitabı, Search* (Londra: Vayman Efendi Matbaası, 1890), 777.

⁹ Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 706.

¹⁰ Muallim Naci, *Lugat-ı Naci*, 588.

¹¹ Şemseddin Sami, *Kamus-ı Türki*, 1269.

¹² Redhouse, *Türkçe İngilizce Lugat Kitabı*, 759.

¹³ İlhan Kutluer, "Mebde," içinde *TDV İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 210.

Mülkiye Nizamnamesinde esasiye kelimesi eklenerek Mebadi-i Esasiye-i İlm-i Hukuk şeklinde yazılmıştır. İncelediğimiz eserler arasında mebadi-i ilm-i hukuk başlığını taşıyan Hüseyin Galib ve Lütfi Fikri'ye ait eserler içerikleri yönünden diğer hukuka giriş eserlerinden ayrılmaktadır. Yazarların hazırladıkları içeriğe uygun olarak medhal ve mukaddime kavramları yerine ilkeler anlamı bulunan mebadi kavramını bilinçli olarak tercih etme ihtimalleri de akla gelmektedir.

Bir diğer Arapça kelime olan mukaddime sözlüklerde “*öne geçen, önde giden, başlangıç, giriş, önsöz*”¹⁴, “*geçici, kitabın evveline yazılan makale-i mahsusa, başlangıç*”¹⁵, “*maksada girişmezden evvel irad olunan söz, sebab-i telifi ve sair ifadatı mutazammın olarak yazılan bahs*”¹⁶ şeklinde açıklanmıştır. İngilizce karşılığı “*an introduction, a preface, a peroration*” şeklinde verilmiştir ki giriş, önsöz, nutuk gibi anlamlara gelmektedir.

Üçü de Arapça kökenli olan kelimelerden medhal kelimesinin giriş, mukaddime kelimesinin ise önsöz anlamlarının baskın olduğu görülmektedir. Mebadi kelimesi ise başlangıçlar, ilkeler, kaynaklar gibi anlamlarıyla daha kapsamlı ve derin anlamlı bir kelime olarak görünmektedir. Osmanlı literatüründeki kullanımda bir diğer dikkat çeken yön bütün eserlerde “ilm-i hukuk” tamlamasının kullanılmasıdır. Günümüzde “hukuk ilmi” tamlaması kullanılmadığı gibi “hukuk bilimi” tabiri de Vecdi Aral'ın 1960'lardan gelen ve 2021 yılında yedinci baskısını yapan çalışması¹⁷ dışında yaygın değildir.

II. OSMANLI HUKUK EĞİTİMİNDE HUKUKA GİRİŞ DERSİ

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrası dönemde hukuk eğitimi veren farklı kurumlar açıldığı, eğitim kurumu olmayan bazı kurumlarda hukuk eğitimi verildiği, farklı okulların müfredatlarında hukuk dersleri bulunduğu görülmektedir. Bu başlıkta hukuk eğitimi veya hukuk dersi veren kurumlardan

¹⁴ Devellioğlu, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 809.

¹⁵ Muallim Naci, *Lugat-ı Naci*, 820.

¹⁶ Şemseddin Sami, *Kamus-ı Türki*, 1392.

¹⁷ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021).

kısaca bahsedilmiş ve hukuka giriş dersinin müfredatta yer alıp almadığı üzerinde durulmuştur.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrasında hukukçu yetiştiren iki okul ön plandadır. Mekteb-i Kudat şeriye mahkemelerine, Mekteb-i Hukuk nizamiye mahkemelerine hakim yetiştirmiştirlerdir. 1908 yılında Mekteb-i Kudat müfredatı Mekteb-i Hukuk'a yaklaşırsa da dava vekilliği yetkisi Mekteb-i Hukuk'a özgü bırakılmış, iki okul arasındaki fark kısmen korunmuştur.¹⁸ Önce hukuk mektepleri, sonra kudat mektepleri gelişim çizgisiyle ve müfredatlarıyla aktarılmış, son paragraflarda ise hukuk dersi veren diğer okullardan kısaca bahsedilmiştir.

Hukukçuların Tanzimat sonrası yapıya uyum sağlamaları için 1870 yılında Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezaretinde "Kavanin ve Nizamât Dershanesi" açılmıştır. Dershane mektep olma iddiasından uzak ve kısa ömürlü bir kurum olmuştur.¹⁹ Yörük, dershanenin 1877-1878 yıllarına kadar öğretim verdiği düşüncesindedir.²⁰ Dershanede okutulacak dersler arasında bir hukuka giriş dersi yer almamıştır. Dershanenin açılışından sonra Takvim-i Vekayi'de yayımlanan "Ulum ve Fünun: İlm-i Hukuk" başlıklı yazıların dershanenin ders notu olması

¹⁸ Jun Akiba, "Muallimhane-i Nüvvab'dan Mekteb-i Kuzat'a Osmanlı Kadı Okulunun Yarım Yüzyıllık Serüveni," içinde *Sahn-ı Semân'dan Dârülfünûn'a XIX. Yüzyıl*, ed. Ahmet Hamdi Furat (Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021), 19. Kemal Yıldız ve Ferda Esengün Hasekioğlu, "Muallimhane-i Nüvvab'dan Medresetü'l-Kudat'a Osmanlı'nın Son Döneminde Kadı Yetiştiren Okullar," *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 34, (2019): 411.

¹⁹ Cemil Bilsel, *İstanbul Üniversitesi Tarihi* (İstanbul: Kenan Matbaası, 1943), 57-58. Ekmeleddin İhsanoğlu, "Darülfünun Tarihçesine Giriş (II) Üçüncü Teşebbüs: Darülfünun-ı Sultani," *Bellekten* 57, no. 218 (1993): 205. Ahmet Cihan, *Osmanlı'da Eğitim* (İstanbul: 3F Yayınevi, 2007), 90. Fethi Gedikli, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, no. 1-2 (2011): 91-104. Ramazan Arıtürk, "Tarihte Hukuk Eğitimi," *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 8 (2020): 71.

²⁰ Yörük bu düşüncesini bir öğrencinin 1873 yılında dershaneye girmesine ve dört yıl eğitim görmesine dair bir belge ile 1878 yılına ait dershanenin tahsisat yetersizliği sebebiyle kapatıldığına ilişkin belgeye dayandırmıştır. Ali Adem Yörük, "Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2008), 158.

muhtemel görülmüştür.²¹ Bu yazılarda hukuka giriş dersinin içeriği ile ortak kısımlar bulunmaktadır.

1863-65, 1870-73 yıllarında iki kez Darülfünun kurma teşebbüsü olmuştur. 1869 Maarif Nizamnamesine göre Darülfünun'un bölümlerinden biri hukuk bölümüdür.²² Birinci sınıf ders programında ilm-i hukuk dersi vardır ve hocası Ahmed Kamil Efendi görünmektedir.²³ Galatasaray Mekteb-i Sultanisi Müdürü Sava Paşa'dan yeni bir darülfünun kurulması istenmiş, Mekteb-i Sultani temelleri üzerine kurulan okula Darülfünun-ı Sultani denilmiştir. Hukuk, Fen ve Edebiyat bölümlerinden oluşan okulda 1874-1875 yılında eğitime başlanmıştır.²⁴ 1876 tarihli Hukuk Mektebi Nizamnamesinin sonunda, okutulacak dersler bir cetvel halinde verilmiştir. Dersler arasında hukuka giriş niteliğinde bir ders yoktur.²⁵ Ancak 1296 (1879) ve 1297 (1880) yılları Devlet Salnamelerine göre Hukuk Mektebi'nde mukaddemat-ı ilm-i hukuk dersi Mösyö Karo tarafından yürütülmüştür.²⁶ 1879-1880 yılında ilk mezunlarını veren okulun, 1880-1881 yılı sonrası faaliyetleri hakkında bilgi yoktur.²⁷

1878 yılında çıkarılan nizamname ile Adliye Nezareti bahçesinde yeni bir hukuk mektebi kurulmuş, 1880 yılında eğitime başlanmıştır. Padişahın

²¹ Yörük, Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), 20.

²² Ekmeleddin İhsanoğlu, "Darülfünun," içinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1993, 522.

²³ Takvim-i Vekayi, 2 Şubat 1870, Sayı 1184.

²⁴ İhsanoğlu, "Darülfünun Tarihçesine Giriş (II) Üçüncü Teşebbüs: Darülfünun-ı Sultani," 203-4. Yörük, "Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)". Gedikli, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu".

²⁵ Cetvelde yer alan ve hukuk başlangıcına yakın olabilecek "Hukuk-ı umumiye" başlıklı dersin diğer milletlerin hukuk seviyelerini özetleyen bir ders olduğu parantez içinde aktarılmıştır. Düstur, 1/3, Ve Küşad Olunmuş Olan Hukuk Mektebinin Nizam-ı Dahiliyesidir, 1876, 442. Nizamnamenin transkripsiyonu İhsanoğlu tarafından makale eki olarak yayınlanmıştır. İhsanoğlu, "Darülfünun Tarihçesine Giriş (II) Üçüncü Teşebbüs: Darülfünun-ı Sultani," 235-38.

²⁶ Salname-i Devlet-i Aliye-i Osmaniye, "Darü'l Muallimin," 1296, 72. Salname-i Devlet-i Aliye-i Osmaniye, "Mekatib," 1297, 400.

²⁷ İhsanoğlu, "Darülfünun Tarihçesine Giriş (II) Üçüncü Teşebbüs: Darülfünun-ı Sultani," 201-4. Adnan Şişman, "Galatasaray Mekteb-i Sultanisi," içinde *TDV İslam Ansiklopedisi*. (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 325.

himayesine alması sebebiyle okul Mekteb-i Hukuk-ı Şahane olarak anılmıştır. 1881 yılında Darülfünun-ı Sultani Hukuk Mektebi, Adliye Nezareti'nde kurulan hukuk mektebine aktarılmıştır.²⁸ Mekteb-i Hukuk'a ait 1880 yılındaki ders cetvelinde "Medhal-i İlm-i Hukuk ve Hukuk-ı Tabiiye" dersi 1 saat olarak yer almıştır.²⁹ 1883 yılına ait ders programında medhal-i ilm-i hukuk dersi yer almış, dersin muallimi Münif Paşa gösterilmiştir.³⁰ Maarif Nazırı Münif Paşa tarafından yürütülen ders on yıl onun adıyla anılmıştır. Sonraki yılların ders cetvellerinde de Medhal-i İlm-i Hukuk dersinin karşısında Münif Paşa ismi yer almıştır.³¹ 1891 yılında nizamnamede yer alan derslerle okutulan dersler arasında fark olduğu gerekçesiyle ders programı değiştirilmiştir. Hukuka giriş dersi nizamnamede olmamasına rağmen Osmanlı kanunlarına faydalı olacak şekilde öğretilmek kaydıyla programda bırakılmıştır. Ancak bir yıl sonra müdür Kazım Efendi'nin talebi üzerine hukuka giriş dersi geçici olarak kaldırılmıştır.³² 1896 yılında dersin Mahmud Esad Efendi tarafından verilmesi önerilmiştir. Ancak bu önerinin hayata geçmediği düşünülmektedir.³³

1900 yılında Türk üniversitelerinin temeli olan Darülfünun-ı Şahane kurulmuştur. Başlangıçta hukuk mektebi resmi olarak bağlanmasa da bu üniversitenin bir fakültesi sayılmıştır.³⁴ Bu dönemde İbrahim Hakkı Bey, devletler ve idare hukukuna giriş mahiyetinde "Mukaddime-i İlm-i Hukuk" anlatmaya başlamış ve notlarını risale şeklinde yazmıştır.³⁵ Hukuka giriş dersinin

²⁸ Gedikli, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu".

²⁹ BOA, Y.MTV, 3/69, 02.05.1297 (1880).

³⁰ BOA, MF.MKT, 79/58, 18.04.1300 (1883).

³¹ Yörük, Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), 71 vd.

³² BOA, Y.A.RES, 60/18, 02.02.1310 (1892). BOA, BEO, 60/4446, 07.02.1310 (1892). Bilsel, *İstanbul Üniversitesi Tarihi*, 65. Yörük, *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, 83-86.

³³ Yörük, *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, 92. İbrahim Hakkı Bey'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk adlı eseri 1319 (1902) yılında basılmıştır.

³⁴ Mekteb-i Hukuk'un resmi olarak Darülfünun-ı Şahaneye bağlanması Meşrutiyet sonrası 1909 yılında gerçekleşmiştir. İhsanoğlu, "Darülfünun," 524.

³⁵ Yörük, *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, 92.

“Mukaddime-i İlm-i Hukuk” adıyla 1903 yılında tekrar programa girdiği ve dersin Tefvik Bey tarafından yürütüldüğü görülmektedir.³⁶

Mekteb-i Hukuk hocalarından Musa Kazım Efendi 1906 yılında hazırladığı raporunda mukaddime-i ilm-i hukuk dersinin içeriğinden bahsetmiş ve çok etkili bir ders olmadığını söylemiştir.³⁷ Öncesinde de hukuka giriş derslerinin ya bir saat olarak programlarda yer aldığı veya başka bir dersin yanına iliştilendiği görülmektedir. Ders programından çıkarıldığı yıllar da göz önüne alınca, derse yeterince önem verilmediği ve kolaylıkla vazgeçilen bir ders olarak görüldüğü söylenebilir. Cemil Bilsel 1910 yılının sonlarında yayınlandığı tahmin edilen yazısında programı değerlendirmiş hukuka giriş dersinden bahsetmemiştir.³⁸ 1907 yılında Bağdat, Konya ve Selanik hukuk mektepleri açılmıştır. Bu okullarda hukuka giriş dersleri müfredatlarda yer almıştır.³⁹

1855 yılında naib yetiştirmek için Muallimhane-i Nüvvab açılmış, 1885 yılında adı Mekteb-i Nüvvab olarak değiştirilmiştir. 1908 yılından sonra Mekteb-i Kudat, 1909'dan itibaren Medresetü'l Kudat adları kullanılmıştır. Medresetü'l Kudat 1924 yılında kapatılmıştır.⁴⁰ Muallimhane-i Nüvvab'ın müfredatı oldukça dar tutulmuş ve fıkıh, ferâiz, sakk-ı şer'i ve hüsn-i hat dışında ders okutulmamıştır. Bu derslere

³⁶ Salname-i Nezaret-i Maarif-i Umumiyye, 1321, “Mekteb-i Hukuk-ı Şahane,” 93-94.

³⁷ BOA, Y.PRK.MF, 5/24, 10.08.1325 (1907).

³⁸ Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, “Cemil Bilsel'in Kaleminden Mekteb-i Hukuk'a ve Programlarına Bir Nazar,” *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 23 (2017): 81-88.

³⁹ Dersaadet ve taşrada bulunan mekteplerin aynı programı uygulayacağına dair belge için bkz. BOA, Y.PRK.MF, 2/82, 29.12.1310 (1893). Örneğin Konya Hukuk Mektebi müfredatında “Mukaddime-i İlm-i Hukuk” dersi yer almış, müdür Emrullah Bey tarafından yürütülmüştür. Mehmet Önder, *Konya Maarif Tarihi* (Konya: Ülkü Basımevi, 1952), 63-64. Ekrem Buğra Ekinci, “Konya Hukuk Mektebi ve Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi,” *Tarih ve Medeniyet*, no. 58 (1999): 50-52.

⁴⁰ Osman Nuri Ergin, *Maarif Tarihi*, y.y., 1/157. Mehmet İpşirli, “Medresetü'l-Kudat,” içinde *TDV İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 343. Diren Çakılcı, “Bir Hukuk Mektebi: Medresetü'l-Kudat,” *Mediterranean Journal of Humanities* 3, no. 1 (2013): 90 vd. Akiba, “Muallimhane-i Nüvvab'dan Mekteb-i Kudat'a Osmanlı Kadı Okulunun Yarım Yüzyıllık Serüveni,” 14-17. Hakan Oğuz Yurtdakal ve Salih Korkmaz, “Tanzimat Dönemi Hukuk Eğitimi'nde Muallimhane-i Nüvvab Okulları Üzerine Bir İnceleme,” *Uluslararası Türkoloji Araştırmaları ve İncelemeleri Dergisi* 8, no. 1 (2023): 24-25.

1874 yılında Mecelle ilave edilmiştir.⁴¹ Mekteb-i Nüvvab'da isim değişikliği dışında köklü değişiklikler yapılmamıştır.⁴² 1908 yılına kadar hukuka giriş niteliğinde bir ders bu okulların müfredatında yer almamıştır.

1908 yılında Mekteb-i Kudat müfredatının Mekteb-i Hukuk'a yaklaştırılmasıyla hukuka giriş niteliğinde bir ders müfredatta yer almıştır. 1908 tarihli Mekteb-i Kudat Nizamnamesinde okutulacak dersler düzenlenmiş, hukuka giriş dersi müfredatta yer almamıştır (dördüncü bölüm).⁴³ İlmiye Salnamesi ve Takvim-i Vekayi "Medhal-i hukuk" dersine yer vermiş, dersin muallimi olarak Abdullah Efendi gösterilmiştir.⁴⁴ 3 Ocak 1914'te çıkarılan Medresetü'l Kudat Nizamnamesinde düzenlenen müfredatta hukuka giriş dersi yoktur.⁴⁵ Ancak İlmiye Salnamesine⁴⁶ göre "medhal-i ilm-i hukuk" dersi 1. sınıf programında 1 saat olarak görünmektedir. İpşirli de mektebin müfredatında derse yer vermiştir.⁴⁷ 1905 yılında yeniden düzenlenen Talimat-ı Dahiliye'de "medhal-i hukuk" dersler arasında bulunmaktadır.⁴⁸

Günümüzde olduğu gibi hukuk mekteplerinin dışında farklı mekteplerde ve medreselerde hukuka giriş niteliğinde dersler müfredatta bulunmuştur. Örneğin Tanzimat sonrası medreselerin 12 yıl olarak düzenlenen eğitim süresinin son dört yılı kısm-ı ali olarak adlandırılmış ve 2, 3 ve 4. sınıf müfredatında "hukuk ve kavanin" dersi yer almıştır. 1915 yılında yeniden düzenlenen medreselerin iptida-i hariç ve iptida-i dahilinde farklı sınıflarında "malumat-ı medeniye ve hukukiye"

⁴¹ Akiba, "Muallimhane-i Nüvvab'dan Mekteb-i Kudat'a Osmanlı Kadı Okulunun Yarım Yüzyıllık Serüveni".

⁴² Ergin, *Maarif Tarihi*, 1/159. Çakılcı, "Bir Hukuk Mektebi: Medresetü'l-Kudat," 91-92.

⁴³ BOA, ŞD, 225/13, 14.10.1327 (1909).

⁴⁴ A. Nezih Galitekin, ed., *İlmiyye Salnamesi* (İstanbul: İşaret Yayınları, 1998), 189. Takvim-i Vekayi, 31 Ekim 1909, Sayı 367, 6.

⁴⁵ Nizamname metni için bkz. Galitekin, *İlmiyye Salnamesi*, 562-66. Düstur, 2/6, Medresetü'l Kudat Nizamnamesi, 03.01.1914, 146.

⁴⁶ Galitekin, *İlmiyye Salnamesi*, 577. Ergin, *Maarif Tarihi*, 1-159.

⁴⁷ İpşirli, "Medresetü'l-Kudat," 344.

⁴⁸ Medresetü'l Kudat Talimat-ı Dahiliyesi m. 26. Düzenleme için bkz. Galitekin, *İlmiyye Salnamesi*, 574.

dersi bulunmuştur.⁴⁹ Hukuk mektepleri dışında hukuka giriş dersi bakımından öne çıkan okul Mekteb-i Mülkiye'dir. İncelediğimiz eserlerden bazılarının yazarlarının Mekteb-i Mülkiye mezunu veya hocası olduğu görülmektedir. 1858 yılında kurulan Mekteb-i Mülkiye programına 1867 yılında hukuka giriş dersi eklenmiştir.⁵⁰ 1908 öncesi bir süre kaldırıldığı anlaşılan Mebadi-i İlm-i Hukuk dersi, 1908 yılına ait ders programında⁵¹ 1. sınıf dersi olarak yer almıştır. 1918 yılı programında⁵² ders "Medhal-i Hukuk" adıyla programa konulmuştur.

III. OSMANLI HUKUK LİTERATÜRÜNDE BAŞLICA HUKUKA GİRİŞ ESERLERİNİN YAZARLARI VE İÇERİKLERİ

Osmanlı hukukunda yazılan hukuka giriş eserleri günümüzde olduğu gibi genellikle dersi verenler tarafından kaleme alınmışlardır. Ders notlarının kitap haline getirilmesi girişimi ilk kez Mekteb-i Hukuk mezunu Sabit Efendi tarafından "Medrese-i Hukuk" adlı fasiküllerle yapılmıştır.⁵³ Ders notları üzerinden benzer bir seri yayın girişimi "Ravza-i Hukuk" adlı teşebbüstür.⁵⁴ Derslerin başlangıçta notlar üzerinden yürütüldüğü, öğrenciler tarafından temize çekilen veya ders muallimlerinin düzenlediği notların kitaplaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Hukuka giriş eserlerinden ilki 1299/1882 yılında P. Namur'un eserinden istifade ederek Münif Paşa tarafından hazırlanmış "Medhal-i İlm-i Hukuk" adlı kitaptır. Tespit ettiğimiz kronolojik sıraya göre Hüseyin Galib'in 1307/1890 yılında "Mebadi-i İlm-i Hukuk", Hokoçyan'ın 1310/1893 yılında "Medhal-i İlm-i Hukuk", Mehmed Tevfik'in tahminen 1900 yılında "Mukaddime-i İlm-i Hukuk", İbrahim Hakkı'nın 1319/1902 yılında "Mukaddime-i İlm-i Hukuk", Mehmed Servet'in

⁴⁹ Ergin, *Maarif Tarihi*, 127–30.

⁵⁰ Ali Akyıldız, "Mekteb-i Mülkiyye," içinde *TDV İslam Ansiklopedisi*. (Ankara: TDV Yayınları, 2019), 238–39.

⁵¹ BOA, MF.MKT, 1081/21, 15.10.1326 (1908). Ali Çankaya, *Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler* (Ankara: Mars Matbaası, 1968), 1/17.

⁵² BOA, DH.İ.UM, 5/1, 30.09.1336 (1918).

⁵³ Ali Adem Yörük, "Hukukun Cümle Kapısı: İlk Hukuka Giriş Kitabımızın Hikayesi," içinde *Medhal-i İlm-i Hukuk Türkenin İlk Hukuka Giriş Kitabı* (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2023), 28.

⁵⁴ Ahmet Yaman ve Bahaddin Karakuş, "Osmanlı'nın Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-i Hukuk," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 3 (2021): 1009.

1320/1903 yılında “Mukaddime-i İlm-i Hukuk”, Ali Kemal (Elbir)’in 1324/1908 yılında “Medhal-i İlm-i Hukuk”, Sadık (Beliğ)’in 1325 yılında “Mukaddime-i İlm-i Hukuk”, Lütfi Fikri’nin 1327/1911 yılında “Mebadi-i İlm-i Hukuk”, Zeki’nin tespit edilemeyen bir tarihte “Medhal-i İlm-i Hukuk” başlıklı eserleri yayınlanmıştır. Bu eserler dışında değerlendirmeye alınmayan genellikle daha az sayfadan oluşan farklı hukuka giriş ders notları bulunmaktadır.

A. Osmanlı Hukuk Literatüründe Hukuka Giriş Eserlerinin Yazarları

Hukuka giriş eserlerinin yazarlarına baktığımızda dört devletler hukuku, iki ceza hukuku, birer hukuk felsefesi, medeni hukuk ve ticaret hukuku hocasının bu alanda ortaya konulan başlıca eserlerin yazarları olduğu görülmektedir. Hukuk mekteplerinde çok sayıda gayrimüslim hoca ve öğrenci bulunmasına karşın ele aldığımız on bir yazardan sadece biri gayrimüslimdir. Bir diğer açıdan yazarların bürokrat kökenli olmaları dikkat çekmektedir. Yazarlar sadrazam, nazır, mebus, başşehbender, kadı, noter, dava vekili gibi farklı görev ve meslekleri yapmışlardır. Hüseyin Galib dışındaki yazarlar hukuk veya mülkiye mekteplerinde ders vermişlerdir.

İlk hukuka giriş kitabının yazarı olan Mehmed Tahir **Münif Paşa** (1830-1910) Antepli ulema bir ailedendir. Mısır ve Şam’da medrese eğitimi almış, Berlin’de üniversite eğitimini tamamlamıştır. Maarif nazırlığı, ticaret nazırlığı, Tahran elçiliği gibi görevler yapmıştır. Fransızca, İngilizce, Almanca ve Rumca dillerini çok iyi derecede öğrenmiştir. Mekteb-i Hukuk’ta hukuk felsefesi ve hukuka giriş⁵⁵ dersleri vermiştir. Çeşitli dergilerde yazılar yazmıştır. Eserlerinden bazıları Medhal-i İlm-i Hukuk, Hikmet-i Hukuk, Telhis-i Hikmet-i Hukuk ve İlm-i Servet şeklindedir.⁵⁶

⁵⁵ Münif Paşa’nın medhal-i ilm-i hukuk muallimi olarak yer aldığı belge için bkz. BOA, MF.MKT, 79/58, 18.04.1300 (1883).

⁵⁶ Mehmet Zeki Pakalın, *Sicill-i Osmani Zeyli* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2008), 12/133-137. Bursalı Mehmet Tahir, *Osmanlı Müellifleri* (İstanbul: Meral Yayınevi, 1972), 2/240. Ali Fuat, “Münif Paşa,” *Türk Tarih Encümeni Mecmuası* 1, no. 4 (1930): 2, 6. Recep Duran, “Mehmet Tahir Münif Paşa, Hayatı, Felsefesi,” *Erdem* 2, no. 6 (1986): 803–6. İsmail Doğan, “Münif Mehmed Paşa,” içinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2006, 9–12. Yörük, *Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-*

Hüseyin Galib, matbaacı Boşnak Muharrem Efendi'nin oğludur. 1864 yılında İstanbul'da doğmuştur. Fatih Medresesi'ni ve hukuk mektebini bitirmiştir. Çeşitli mahkemelerde kadı ve Şehremaneti hukuk müşaviri olarak görevler yapmıştır. Mebadi-i İlm-i Hukuk kitabının önsözünde kendisini Mekteb-i Hukuk'tan mezun, Tekfur Dağı ceza riyasetinden istifa etmiş ve kitabı yazdığında dava vekili olarak görev yaptığını ifade etmiştir.⁵⁷ Kamus-ı Hukuk,⁵⁸ Nazariyat-ı Kanun-ı Ceza, Mukarrerat-ı Mühimme, Mebadi-i İlm-i Hukuk, Müddeiumumi ve Muavinleri adlı eserleri vardır.⁵⁹

Hokoçyan ismi bir kütüphane kataloğunda "Hukucyan", birkaç araştırmada ise "Hokoçyan", "Hakoçyan" veya "Hukukçıyan"⁶⁰ şeklinde yazılmıştır. Hukuka giriş kitabının kapağında yazılan ismin okunuşu Hakoçyan olmalıdır. Ancak arşivde kitapta olmayan vav harfi ilavesiyle Hokoçyan şeklinde yazılmıştır.⁶¹ Kırmızı, Paris ve Brüksel hukuk mekteplerinde okuduğundan ve Brüksel hukuk mektebinde doktora yaptığından Viçen Hokoçyan (d.1850) adıyla bahsetmiştir.⁶² Doğum tarihi, ders verdiği ve kitabının yayınlandığı yıllar muallim Hokoçyan ile uyumludur. Hokoçyan Efendi Mekteb-i Mülkiye'de hukuka giriş derslerine

1900), 106. F. Samime İnceoğlu, "Münif Paşa: İntişar-ı Ulum u Maarife Adanmış Bir Ömür," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 6, no. 12 (2008): 631–32. Münif Paşa hakkında yapılan çalışmalar için bkz. Münif Paşa, *Medhal-i İlm-i Hukuk Türkçenin İlk Hukuka Giriş Kitabı*, 399–402.

⁵⁷ Hüseyin Galib, *Mebadi-i İlm-i Hukuk* (İstanbul: İkdam Matbaası, 1312), 11.

⁵⁸ Eser hakkında değerlendirme ve karşılaştırmalar için bkz. Ali Adem Yörük, "İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)," *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 2 (2006): 114–17. Türzkade Hafız Mehmed Ziyaeddin, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel İstılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hüllâsası*, ed. Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 12–18.

⁵⁹ Nail Tan, "19. Yüzyılda İstanbul'da Osmanlı Devlet ve Kültür Hayatında Önemli Hizmetleri Görülen Bazı Bosna Hersekliiler," *BAL-TAM Türklük Bilgisi*, no. 23 (2015): 127.

⁶⁰ Yaşar Karayalçın ve Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928* (Ankara: Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1972), 204.

⁶¹ BOA, Y.PRK.MF, 1/17, 29.02.1299 (1882).

⁶² Abdulhamit Kırmızı, "European Educational Backgrounds of Armenian Officials in the Ottoman Empire," içinde *Middle Eastern Christians and Europe: Diasporas - Relations - Entangled Histories* (Wien: Lit, 2018), 70–74.

girmiştir. Medeni hukuk derslerine de girdiği aktarılmıştır.⁶³ Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye kitabı vardır.⁶⁴

Mehmed Tevfik Bey (1860-1926) mabeynci olarak tanınmıştır.⁶⁵ Mekteb-i Hukuk'un üçüncü dönem mezunlarından. Dışişleri ile ilgili kamu görevlerinde çalışmıştır. Devletler hukuku ve hukuka giriş dersleri vermiştir.⁶⁶ Adli yazışma ve yargılama konularında makaleleri vardır.⁶⁷

İbrahim Hakkı Paşa (1862-1918) sadrazam olmasından dolayı hakkında çok geniş bilgi bulmak mümkündür. Mekteb-i Mülkiye'den 1882 yılında mezun olmuştur. Hukuk ve Ticaret mekteplerinde ve Mekteb-i Mülkiye'de idare hukuku, devletler hukuku ve ticaret hukuku dersleri vermiştir. Devletler hukuku alanında uzmanlaşmış, uluslararası komisyonlarda temsilci olarak bulunmuştur. Maarif ve Dahiliye nazırlıklarını yürütmüştür. 28 Aralık 1909'da atandığı sadrazamlık görevini 29 Eylül 1911'e kadar sürdürmüştür. Sonraki yıllarda Berlin sefirliği ve Meclis-i Ayan üyeliği yapmış, 1918 yılında vefat etmiştir. Medhal-i Hukuk-ı Beyneddüvel, Tarih-i Hukuk-ı Beyneddüvel, Hukuk-ı İdare, Usul-i Maliye, Hukuk-ı Düvel gibi hukuk eserleri ortaya koymuştur.⁶⁸

⁶³ Abidin Nesimi, babasının Mekteb-i Mülkiye'de medeni hukuk dersine Hokoçyan Efendi'nin girdiğinden bahsetmiştir. Abidin Nesimi, *Yılların İçinden* (İstanbul: Gözlem Yayınları, 1977), 25.

⁶⁴ Karayalçın ve Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928*, 204. Yıldız Devci Bozkuş, XIX. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda Ermeni Entelektüeller (Ankara: Nobel Yayınevi, 2020), 338.

⁶⁵ Aynı isimli diğer Osmanlı devlet adamları Mehmed Tevfik (Biren) (1867-1956), Mehmed Tevfik Paşa (1853-1892), Mehmed Tevfik Paşa (1834-1917) ile karıştırılmaması gerekir.

⁶⁶ Çankaya, Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, 3/37. Yörük, *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, 121.

⁶⁷ Karayalçın ve Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928*, 7, 16, 193.

⁶⁸ Pakalın, *Sicill-i Osmani Zeyli*, 7/136-147. İbrahim Alaettin Gövsa, *Türk Meşhurları Ansiklopedisi* (Yedigün Neşriyatı, 1946), 162. Zekeriya Kurşun, "İbrahim Hakkı Paşa," içinde *TDV İslam Ansiklopedisi*. (İstanbul: TDV Yayınları, 2000). Yörük, *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, 110. Muharrem Dördüncü, "Sadrazam İbrahim Hakkı Paşa'nın Hayatı ve Avrupa Seyahati," *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 17, no. 1 (2015): 79-97.

Mehmed Servet 1873 yılında doğmuştur. Mekteb-i Hukuk'tan aliyyülala derecesiyle mezun olmuş, çeşitli mahkemelerde üyelik,⁶⁹ istinaf savcılığı, noterlik gibi görevler yapmıştır. Hukuka giriş ve ceza hukuku dersleri vermiştir.⁷⁰ Jüri hakkında⁷¹ ve işin tarifi⁷² konulu makaleleri vardır.

Ali Kemal (Elbir) Mekteb-i Hukuk'tan mezun olmuş,⁷³ Selanik Hukuk Mektebinde muallim olarak çalışmış, dava vekilliği yapmıştır. Hukuka giriş, devletler hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve ticaret hukuku dersleri vermiştir. Verdiği derslerle ilgili ders notlarından oluşan Mebahis-i Hukuk-ı Ticaretten İflas, Hukuk-ı Ticaret-i Berriye, Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Notları ve Usul-i Cezaiye Şerhi gibi eserleri vardır.⁷⁴ 1930 yılında Atatürk'ün Darülfünunun ziyareti sırasında Ali Kemal Elbir'in Deniz Hukuku dersine girdiği bilgisi vardır.⁷⁵ Deniz hukuku ile ilgilendiği yazdığı bir mektuptan da anlaşılmaktadır. Kendisi tarafından deniz kazaları sebebiyle gerçekleşen ölüm ve yaralanmalar hakkında baş müddeiumumiye yazılan bir mektup Ceride-i Adliye dergisinde yayınlanmıştır.⁷⁶

⁶⁹ Üsküdar Bidayet Mahkemesi üyeliğine atanması hakkında bkz. BOA, İ.AZN, 84/29, 13.03.1327 (1909). Beyoğlu Bidayet Mahkemesi riyasetine atanması hakkında bkz. BOA, İ.AZN, 106/16, 18.05.1330 (1912).

⁷⁰ Ömer Can Baş ve Abdullah Özçelik, "Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmet Servet'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri," *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2022): 684.

⁷¹ Ercan Karaismailoğlu, Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, ve İbrahim Enes Onat, "'Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve': Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini," *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 30 (2020): 182.

⁷² Karayalçın ve Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928*, 180.

⁷³ Ali Kemal Elbir'in okuduğu sınıftan Ebül'ula Mardin ve Cemil Birsnel'in de aralarında olduğu dokuz profesör çıkmıştır. Cemil Birsnel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber," içinde *Ebül'ula Mardin'e Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1944), 23.

⁷⁴ Vahit Cemil Urhan, "Selanik Hukuk Mektebi (1907-1913)," içinde *Balkan Tarihi Araştırmaları I*, ed. B. Akyay (Trakya Üniversitesi Balkan Araştırma Enstitüsü Yayını, 2021), 359. Karayalçın ve Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928*, 218-19.

⁷⁵ Feza Günergün ve Sevtap Kadioğlu, "İstanbul Üniversitesi'nin Yerleşim Tarihçesi Üzerine Notlar," *Osmanlı Bilimi Araştırmaları* 8, no. 1 (2006): 139.

⁷⁶ Mektup 1911 yılında Ceride-i Adliye'nin 45. sayısında 2351-2352. sayfalarda yayınlanmıştır. Karaismailoğlu, Demirtaş, ve Onat, "'Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve': Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini," 162.

Sadık (Beliğ), (1867-1959) Mısırlı Beliğ Efendi'nin oğludur. Mekteb-i Mülkiye'den arkadaşları ile toplanıp, ilmi ve aktüel sohbetler yapmışlardır. İstanbul'dan hukuk eğitimi için Mısır'a sonra İsviçre'ye gitmiştir.⁷⁷ 1895'te Cenevre Hukuk Mektebi'nden mezun olmuş, İstanbul'da bir süre avukatlık yapmıştır.⁷⁸ Hariciye Nezareti'nde hukuk müşaviri olarak çalışmış, önce Batavya'ya⁷⁹ sonra Taygan'a⁸⁰ başşehbender olarak gitmiştir. Mekteb-i Mülkiye'de 1909 yılında müfredata giren "Mebadi-i İlm-i Hukuk" dersini vermiştir.⁸¹ 1959 yılında tedavi için gittiği Cenevre'de vefat etmiştir.

Lütfi Fikri (1872-1934) 1890 yılında Mekteb-i Mülkiye'den mezun olduktan sonra Paris Hukuk Fakültesi'nde eğitim görmüştür. Siyasi sebeplerle hapis cezası almış, sonrasında birkaç kamu hizmetinde çalışmıştır. Kaçtığı yurt dışından II. Meşrutiyet'in ilanı sonrası dönmüş, ilk mecliste mebus olarak görev yapmıştır. 1908 yılında Mekteb-i Mülkiye hukuka giriş dersi muallimliğine atanmıştır.⁸² 1909 yılında Mülkiye Mektebi'nde ceza hukuku dersleri vermiştir, bu dönemde Hukuk-ı Ceza adlı eserini yazmıştır. Muhalif tutumu sebebiyle iki kez İstiklal mahkemelerinde yargılanmıştır. 1920-1928 yılları arasında İstanbul Barosu başkanlığı yapmıştır.⁸³ Avukatlık mesleği ve baro hakkında makaleleri vardır.

⁷⁷ Şemsettin Şeker, *On Dokuzuncu Asır İstanbul'unda İlim, Kültür ve Sanat Meclisleri* (İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2013), 60.

⁷⁸ Zübeyir Tetik, "Osmanlı Devleti'nin Batavya Başşehbenderleri ve Faaliyetleri (1883-1908)," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, 2019), 89-90.

⁷⁹ Alaeddin Tekin ve Alwi Alatas, "Singapur ve Batavya'da Osmanlı Tebaası: Hadramiler," içinde *Osmanlı- Güneydoğu Asya İlişkileri Üzerine Araştırmalar*, ed. İsmail Hakkı Göksoy ve İsmail Hakkı Kadı (Ankara: YTB Yayınları, 2024), 182. Diren Çakılcı, "Ottoman Consulate General in Batavia: Establishment, Consul General Ali Galib Bey and His Report," *Uluslararası Avrasya Sosyal Bilimler Dergisi* 8, no. 28 (2017): 35.

⁸⁰ Müslimen Abacı, "II. Abdülhamid Döneminde Karadeniz Bölgesindeki Şehbenderliklerin İstihbarat Faaliyetleri" (İstanbul Üniversitesi, 2019), 116.

⁸¹ Çankaya, *Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*, 330-32.

⁸² BOA, MF.MKT, 1084/18, 11.11.1326 (1908).

⁸³ Gövsa, *Türk Meşhurları Ansiklopedisi*, 230. Ali Birinci, "Lutfi Fikri," içinde *TDV İslam Ansiklopedisi*. (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 233-34. Çankaya, *Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*, 3/452.

Hukuk-ı Düvel, Muamelat-ı Düvel gibi devletler hukuku alanında ve cemiyetlerle⁸⁴ ilgili eserler vermiştir.

Zeki adıyla bulunduğu kütüphanede kaydedilen eserin her üç bölümünün sonunda Zeki imzası atılmıştır. Kim olduğunu kesin olarak tespit edemediğimiz yazarın Mekteb-i Mülkiye 1910 mezunu Zeki Mesut Alsan olma ihtimali vardır. Zeki Mesut Bey 1945 yılındaki daimi ataması öncesi 1913, 1918, 1922 yıllarında devletler hukuku dersleri için görevlendirilmiştir.⁸⁵ Ancak hiçbir kaynakta hukuka giriş dersine girdiğine ve kitabı yazdığına dair bilgiye rastlanmamıştır. Bibliyografyalarda Zeki isimli yazarlardan da bilgilerini uyumlu gördüğümüz kimse olmamıştır.

B. Osmanlı Hukuk Literatüründe Hukuka Giriş Eserlerinin İçerikleri

Hukuka giriş eserleri günümüzde felsefi yaklaşım, özetleme yaklaşımı ve hukukun tanıtımı yaklaşımı şeklinde üç temel yaklaşımla yazılmaktadır.⁸⁶ Hukuka giriş eserlerinde yazarların çalışma alanlarının ve kitabın hitap ettiği kitlenin yaklaşımları etkilediği anlaşılmaktadır. Hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında çalışanların genellikle felsefi yaklaşımla eserlerini kaleme aldıkları, bir heyet tarafından yazılan eserlerin genellikle özetleme yaklaşımını sergilediği eserlerde görülmektedir. Osmanlı dönemine ait hukuka giriş eserlerinde çalışma alanlarının kitaplara çok fazla etki etmediği söylenebilir.

Türkçenin ilk hukuka giriş kitabı⁸⁷ olarak nitelenen Münif Paşa'nın eserinin Belçikalı Mösyö Namur'dan iktibasla hazırlandığı bilinmektedir. Hatta kitabın pek çok kütüphane kataloğunda M. Namur adına kayıtlı olduğu görülmektedir. Münif Paşa'nın kitabında kaynak eserin sistematüğünü takip ettiği, yer yer farklı çeviri teknikleri kullandığı, yorumlarını kattığı ve farklılaştırdığı kısımlar olduğu

⁸⁴ Karayalçın ve Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928*, 198, 266.

⁸⁵ Çankaya, *Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*, 1/845-846.

⁸⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, 1-9. Avcı, Aykanat, ve Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi*, 23-25.

⁸⁷ Münif Paşa, *Medhal-i İlm-i Hukuk Türkçenin İlk Hukuka Giriş Kitabı*.

anlaşılmaktadır.⁸⁸ 1299/1882 yılında basılan kitap 236 sayfadır. Mekteb-i Hukuk'ta hukuka giriş ile hukuk felsefesi dersi bir ders olarak "Medhal-i İlm-i Hukuk ve Hukuk-ı Tabiiye" şeklinde ders programında yer almıştır.⁸⁹ Hukuka giriş ile felsefe dersinin birlikte anılmaları Yörük tarafından dersi Münif Paşa'nın vermesi ile ilişkilendirilmiştir.⁹⁰ Öğrencilerinden Mehmed Nazım, kendisini filozof olarak nitelmiş ve dersinin felsefe kısmına dahil olabileceğini ifade etmiştir.⁹¹ Hikmet-i Hukuk ve Telhis-i Hikmet-i Hukuk eserlerinin sahibi Münif Paşa hukuk felsefesi alanında çalışmaları olan ve bu alanda tanınan bir kişidir. Mekteb-i Hukuk'taki hukuk felsefesi derslerini yürütmüştür. Medhal-i ilm-i hukuk kitabı üç bölümden oluşmuştur. Birinci bölümde hukuk kavramı, teamül hukuku ve yazılı hukuk başlıkları incelenmiştir. İkinci bölüm hukukun kısımlarına ilişkindir. Kaynak ve konu itibarıyla hukukun kısımları, doğal hukuk ve pozitif hukuk, hukuk-ı siyasiye, hukuk-ı şahsiye, hukuk-ı cezaiye ve hukuk-ı düvel konularına yer verilmiştir. Son bölümde hukuk tarihi ele alınmış; İlk Çağ'da, Batı Roma İmparatorluğu'nun çöküşü sonrası, feodalite döneminde hukuk incelenmiştir. Hukukun yazılı hale gelmesi, kanunlaştırma, kanonik hukuk ve Fransa krallarının ferman ve buyrukları ile kitap sona ermektedir. Münif Paşa, hukuk felsefesi alanında eğitim ve eserler veren bir hoca olmasına karşın hukuka giriş kitabında felsefi bir yaklaşım ağır basmamıştır. Gerek birinci bölümdeki örf ve adet ile yazılı hukuk değerlendirmeleri, gerekse ikinci bölümdeki tabii hukuk kısmı kitabın genel hacmi ile orantılıdır. Münif Paşa'nın örf ve adetleri ilerleme önünde engel, kanunları ise ilerlemenin aracı olarak gördüğü düşüncesini temel alan bir değerlendirme yapılmıştır.⁹² Münif Paşa'nın doğal hukuk anlayışını değerlendiren bir çalışmada Medhal-i İlm-i Hukuk eserine birkaç atıf yapılmış, daha çok hukuk

⁸⁸ Kaynak eserle geniş bir karşılaştırma için bkz. Yörük, "Hukukun Cümle Kapısı: İlk Hukuka Giriş Kitabımızın Hikayesi," 34-51.

⁸⁹ BOA, Y. MTV, 3/69, 16.02.1297 (1880).

⁹⁰ Yörük, Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), 71.

⁹¹ Mehmed Nazım, *Mekteb-i Hukuk Günlerim*, ed. & çev. Ali Adem Yörük (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2012), 37.

⁹² Mücahide Engin, "Medhal-i İlm-i Hukuk Işığında Örf ve Kanun," içinde *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi*, ed. Hamdi Çilingir ve Hüseyin Önal (İstanbul: İLEM Yayınları, 2021), 240-43.

felsefesi eserleri temel alınmıştır.⁹³ Münif Paşa eseri hukuk felsefesine boğmamış; ancak temel düşüncelerini özet olarak yansıtmıştır.

Hüseyin Galib Bey'e ait *Mebadi-i İlm-i Hukuk* adlı eserin ilk baskısı 1307, ikinci baskısı 1312 yılında yapılmıştır. Esas aldığımız ikinci bası 296 sayfadır. Kitap adliye memuriyeti ve dava vekaleti sınavlarına hazırlanmak ve kanun bilgisi kazanmak isteyenler için çıkarılmıştır.⁹⁴ Hüseyin Galib'in kamus çalışmalarıyla tanındığı görülmektedir. Müstakil lügat çalışmalarının dışında hukuka giriş eserinin ikinci baskısında lügatçeye yer vermiştir. Bu lügatçenin hukuk eğitimi için gerekli olan Arapça ve Farsça kelimeleri açıklamak amacıyla eklendiği belirtilmiştir.⁹⁵ Kitap 242. sayfaya kadar soru- cevap yöntemiyle yazılmıştır. Kitapta hukuk yargılaması, ceza yargılaması, Kara Ticareti Kanunu, Deniz Ticareti Kanunu, icra, mukavelat muharrirleri, tahkim, vasiyet, tütün ekmek isteyenler, Damga Nizamnamesi, Belediye Kanunu, belediye varidatı, vakıf, ilm-i ferâiz gibi konu başlıkları ele alınmıştır. Hukuk ilmini, bölümlerini, kanunları, hukuk tarihini anlatan bölümler yoktur. Sistemsiz ve dağınık görünen kitap bir hukuka giriş kitabından çok uygulayıcılara yönelik bir rehber kitap görünümündedir. Hüseyin Galib'in ilk baskının yapıldığı 1889 yılında kitabın basılmasına yönelik başvurusu, kitap basılmaya ve istifadeye layık görülmediği için reddedilmiştir.⁹⁶

Hokoçyan Efendi'nin ilm-i hukuk ders kitabının Mekteb-i Mülkiye'de ders kitabı olarak okutulmak üzere yazıldığı ve tercüme edildiği belirtilmiştir. Kitabın yayın yılı bir çalışmada 1301/1885 yılı olarak verilmiştir.⁹⁷ Ancak ulaştığımız kitabın yayım yılı 1310 yılıdır ve 79 sayfadır. Tercüme edildiği bilgisi şüphelidir. Hokoçyan'ın kitabında Fransızca kaynaklara sıkça atıf yapılması ve kavramların

⁹³ Ahmet Umut Hacıfevzioğlu ve Göknur Akçadağ, "Bir Osmanlı Devlet Adamının Perspektifinden İnsan Hakları: Münif Paşa'nın Doğal Hukuk Yaklaşımı," *DTCF Dergisi* 62, no. 2 (2022): 853-54.

⁹⁴ Hüseyin Galib, *Mebadi-i İlm-i Hukuk*, 2.

⁹⁵ Hüseyin Galib, 5-7.

⁹⁶ BOA, MF.MKT, 106/44, 16.06.1306 (1889). BOA, ŞD, 2547/11, 08.01.1307 (1889).

⁹⁷ Zafer Toprak, "Mülkiye Mektebi ve Türkiye'de Sosyal ve Beşeri Bilimlerin Gelişimi," içinde *Türkiye'nin Modernleşme Süreci ve Mekteb-i Mülkiye* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 2021), 11.

Fransızca karşılıklarına yer verilmesi dikkat çekicidir.⁹⁸ Ayrıca kitabın başında yedi Fransızca hukuka giriş kitabını kaynak olarak saymıştır. Hakoçyan hukuk ilminin hukukun kaynakları, bölümleri ve tarihi olmak üzere üç kısımdan oluştuğunu ifade etmiştir.⁹⁹ Hukukun tarifi, gayesi ve şeraiti, örf ve adetler, kanun kavramı, yorumu, tatbiki ve ilgası, hukukun bölümleri ve usul-i muhakeme konularını kitabında ele almıştır. Kitap çok kapsamlı olmasa da hukuka giriş konularının dışına çıkılmamıştır. Yazarın müstakil bir esere sahip olduğu usul-i muhakeme konusu 70. sayfada başlamış, konu dağılımında dengesizlik yaratılmamıştır.

Mehmed Tefvik Bey'in yazma olarak Süleymaniye Kütüphanesi'nde bulunan "Mukaddime-i İlm-i Hukuk" adlı eseri 97 sayfadır.¹⁰⁰ Kitapta yayın yılı yoktur; ancak Mehmed Tefvik Bey'in 1900 yılında hukuka giriş dersi vermek üzere Mekteb-i Hukuk'a görevlendirildiği bilinmektedir.¹⁰¹ Kitabın beş ana bölümden oluştuğu söylenebilir. Sırasıyla ilm-i hukuk, genel hukuk tarihi, kanunların uygulanması ve adetlerin yazılı hale getirilmesi, Osmanlı kanunları ve hukuk alimleri hakkında bilgiler verilmiştir. İlm-i hukukun tanımı, amacı, kısımları kitabın en geniş bölümüdür. 42. sayfada genel hukuk tarihi kısmı başlamaktadır. Birkaç sayfa sonra kanun ve nizamların uygulanması ile adetlerin yazılı hale gelmesi anlatılmıştır. Osmanlı kanunları kısmı 83. sayfada, tabakat-ı fukaha 86. sayfada başlamaktadır. Hukukun genel teorisi yaklaşımına yakın, dönemin iyi eserlerinden biridir.

İbrahim Hakkı Paşa, hukuka giriş dersini müstakil bir ders olarak değil, devletler ve idare hukuku dersine giriş mahiyetinde anlatmıştır.¹⁰² Bu sebeple olsa

⁹⁸ Resul Babaoğlu, "Türkiye'de Modern Hukuk Eğitiminin Kurumsallaşmasında Mekteb-i Mülkiyenin Rolü," içinde *Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu 2021* (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023), 721.

⁹⁹ Hakoçyan Efendi Hazretleri, *Medhal-i İlm-i Hukuk*. (İstanbul: Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Litoğrafya Destgahı, 1310), 3.

¹⁰⁰ Esere portala üye olarak ulaşabilmek mümkündür. Tefvik, *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*. erişim tarihi, Kasım 12, 2024. <https://portal.yek.gov.tr/works/detail/286055>.

¹⁰¹ Çankaya, Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, 3/37.

¹⁰² Yörük, Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), 92.

gerek 1319/1902 yılında basılan eseri 56 sayfadır. İçerik olarak da incelediğimiz eserler arasında kapsamı en dar olandır. Kitapta ilimlerin tasnifi, ilm-i hukuk, hukuk-ı hususiye ve hukuk-ı siyasiyenin bölümleri ele alınmıştır. Kapsam geniş olmasa da özetleme yaklaşımı ile öğrencilere yönelik, çok sayıda konu başlığının kısaca ele alındığı bir eserdir.

Mehmed Servet'in *Mukaddime-i İlm-i Hukuk* adlı eseri 1325 yılında ilk kez basılmış,¹⁰³ 1328 (1912) yılında ikinci baskısını yapmıştır.¹⁰⁴ Kitap 168 sayfadan oluşmuştur. İlk yedi sayfada hukuk ilmi anlatılmış, sırasıyla doğal hukuk, pozitif hukuk, kanun, örf ve adet ve toplum konuları işlenmiştir.¹⁰⁵ Mehmed Servet'in kitabındaki doğal hukuk- pozitif hukuk ayrımı hakkındaki görüşleri özel bir çalışmaya konu olmuştur. Mehmed Servet, doğadaki işleyişi doğal hukukun kaynakları arasında saymış, tabiata dikkat çekmiştir.¹⁰⁶ Servet'in kitabında en geniş yeri anayasa hukuku konuları ve temel haklar teşkil etmiştir. Hükümet, oy hakkı, Kanun-ı Esasi, eşitlik gibi konulardan sonra haklara yer verilmiştir. Bu bölüm yaklaşık 65 sayfadır.¹⁰⁷ Kitapta ceza ve ceza muhakemesi hukuku, idare hukuku, devletler hukuku, usul hukuku ve özel hukuk başlıkları ile hukukun bölümleri anlatılmıştır. Son kısımda ise kısaca kanunun düzenlenmesi, yorumu ve etkisi konuları yer almıştır. Kitabın II. Meşrutiyet'ten hemen sonra basılmış olmasının içeriğini etkilediği anlaşılmaktadır. Anayasa hukuku konuları bir hukuka giriş kitabında olması gerekenden daha geniş ele alınmıştır.

Ali Kemal Elbir'in Selanik Hukuk Mektebi'ndeki dersi için hazırladığı notlardan oluşan *Medhal-i İlm-i Hukuk* 1324 Rumi/1908 yılında basılmıştır. Selanikli Abdülkerim tarafından beyaza çekilen taş baskı kitap 276 sayfadır.¹⁰⁸ Eser sekiz sayfalık bir nutk-ı iftitahi ve 33. sayfaya kadar süren geniş bir mukaddime ile başlamaktadır. Kalan kısımda 33. sayfada hukuk ve ilm-i hukuk, 118. sayfada

¹⁰³ Mehmed Servet, *Mukaddime-i İlm-i Hukuk* (İstanbul: Cihan Matbaası, 1325).

¹⁰⁴ Mehmed Servet, *Mukaddime-i İlm-i Hukuk* (İstanbul: İkdam Matbaası, 1328).

¹⁰⁵ Mehmed Servet, *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, 1-44.

¹⁰⁶ Baş ve Özçelik, "Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmet Servet'in *Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri*".

¹⁰⁷ Mehmed Servet, *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, 45-109.

¹⁰⁸ Ali Kemal, *Medhal-i İlm-i Hukuk* (Selanik, 1908).

kanun ve 262. sayfada hukuk-ı tabiiye ana başlıkları başlamaktadır. İlm-i hukuk başlığı altında hukukun tarifi, konusu, gayesi, başlangıcı, kaynakları konuları işlenmiştir. Kanun başlığında kanunun konulması, etkinliği, etkisi, zaman ve mekan bakımından uygulanması, feshi gibi alt başlıklar yer almıştır. Hukuka girişe ilişkin derli toplu, özet bilgiler veren, dönemin iyi eserleri arasındadır.

Sadık Belîğ'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk adlı eseri 1325 yılında basılmış, 96 sayfadan oluşan bir eserdir. Eserde hukuk ilmi, kanun kavramı, hukuk tarihi, ülkelerin hukukları ile İslam ve Osmanlı hukuku tarihi anlatılmıştır.¹⁰⁹ Mekteb-i Mülkiye'de okutulmuş olan kitap hukukun tarifi, konusu, amacı konularıyla başlamış; kanun ve hukuk tarihçesi ile sürmüştür. Kitapta hukuka giriş eserlerinde rastlanmayan bir şekilde farklı ülkelerin hukukları anlatılmıştır. Avrupa, Orta ve Güney Amerika ülkelerinden Rusya ve Japonya'ya dek çok sayıda ülkenin hukuku hakkında bilgi verilmiştir. Kitabın 40 sayfaya yakın bölümü bu bilgilerden oluşmuştur. Yazarın farklı ülkelerde şebenderlik ve diplomatik görevler yürütmüş olması kitabın içeriğini etkilemiş olabilir. Son birkaç sayfa İslam ve Osmanlı hukuku tarihçesidir.

Lütfi Fikri'nin 1327 yılında yayımlanmış, 112 sayfalık Mebadi-i İlm-i Hukuk başlıklı eserinde hukukçuluk mesleğinin tarihi, vicdan, sosyal ilimler, ilerleme, eşitlik yokluğu, hukuk ve ahlak, hakimiyet-i milliye gibi konular ele alınmıştır. Anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku ve medeni hukuk gibi dallar anlatılarak kitap tamamlanmıştır.¹¹⁰ Lütfi Fikri'nin felsefi yaklaşıma yaklaşan bir kitap yazdığı söylenebilir. Toplum, ahlak, vicdan, eşitlik gibi konu başlıkları üzerinde özellikle durmuştur. Hayatına da yansıyan, sorgulayıcı, muhalif tavrını kitabında görmek mümkündür.

Zeki adıyla kaydedilen ve yayın tarihi bulunmayan rika hatlı Medhal-i İlm-i Hukuk kitabı 128 sayfadır. Kitap ilm-i hukukun tarifi, ilm-i hukukun taksimi ve ilm-i hukukun tarihi şeklinde üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölüm 32 sayfadır ve ilm-i hukuka ilişkin bilgilerden sonra kanun kavramı, teklifi, ilanı, nüfuzu, tatbiki, ilgası gibi çeşitli yönleriyle ele alınmıştır. İkinci bölüm 78 sayfa olup kitabın en geniş bölümüdür. Hukukun çeşitli kısımları, Kanun-ı Esasi ve kuvvetler, hukukun

¹⁰⁹ Sadık Belîğ, *Mukaddime-i İlm-i Hukuk* (Metin Matbaası, 1325).

¹¹⁰ Lütfi Fikri, *Mebadi-i İlm-i Hukuk* (İstanbul: Matbaa-i Ahmed İhsan, 1327).

dalları, mahkemeler, hukuk meslekleri, bazı temel haklar bu bölümde anlatılmıştır. 28 sayfalık son bölümde hukukun tarihi kısaca yer almıştır.

Musa Kazım Efendi, Mekteb-i Hukuk hakkındaki raporunda¹¹¹ mukaddime-i ilm-i hukuk dersinin hukuk ilminin tarifi ve sınıflandırması, ilimler içindeki yeri, tarihi ile başlangıç bilgilerinden oluştuğunu ifade etmiştir. Osmanlı dönemindeki hukuka giriş eserleri genellikle ders notlarından oluşan, çok hacimli olmayan eserlerdir. Bu sebeple içerikleri günümüz eserlerine göre daha zayıftır.¹¹² Eserlerde hukuk ilminin tarifi, konusu, gayesi, hukukun bölümleri, kanun kavramı, hukuk tarihi gibi konular genellikle yer almıştır. Hüseyin Galib farklı alanlara ilişkin spesifik konulara daha çok yer ayırmasıyla, Sadık Belig farklı milletlerin hukuklarını kapsamlı olarak ele almasıyla ve Lütfi Fikri hukukun felsefi ve sosyolojik yönüne ağırlık vermesiyle diğer kaynaklardan ayrılmışlardır. Osmanlı hukuka giriş kitaplarının başında yer alan ilimlerin tasnifi konusu ile hukukun tarihçesi ve hukukçu biyografileri günümüz kitaplarının içeriklerinde genellikle yer almayan konulardır.

SONUÇ

Osmanlı Hukuk Mektebinde hukuka giriş dersi müfredattan çıkarıldığı birkaç yıl dışında programda yer almış bir derstir. Hukuk Mektebi programına yaklaştırıldıktan sonra Mekteb-i Kudat programında da yer almıştır. Hukuk okulları dışında Mekteb-i Mülkiye hukuka giriş dersinin okutulduğu ve mezunları ile muallimlerinin alana katkı yaptığı bir okul olmuştur.

Hukuka giriş dersi günümüzde olduğu gibi farklı hukuk alanlarına mensup muallimler tarafından okutulmuştur. Kamu hukuku alanından muallimlerin

¹¹¹ BOA, Y.PRK.MF, 5/24, 10.08.1325 (1907).

¹¹² Güncel kaynaklarda genel olarak hukuk kavramı, sosyal düzen kuralları, hukukun kaynakları, hukukun dalları, hukukun uygulanması, yorum, yaptırım, hak ve sorumluluk, yargı örgütü gibi konular işlenmektedir. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1986). Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1993). Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019). Aydın Aybay, Rona Aybay ve Ali Pehlivan, *Hukuka Giriş* (İstanbul: Der Yayınları, 2021). Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020). Refik M. Korkusuz ve Halit M. Korkusuz, *Hukuk Başlangıcı* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016). Haluk Hadi Sümer, *Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017). Gözler, *Hukuka Giriş*. Avcı, Aykanat, ve Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi*.

genellikle atandığı dersin özellikle devletler hukuku muallimleri tarafından anlatıldığı tespit edilmiştir. Ancak muallimlerin alanlarına ağırlık vermeden dersi yürüttükleri, oluşan ders notlarından anlaşılmaktadır.

Hukuka giriş kitapları muallimlerin Mekteb-i Hukuk ve Mekteb-i Mülkiye'de anlattıkları hukuka giriş derslerinin notlarından oluşmuştur. Bazı kitaplar notları temize çeken öğrenciler tarafından hazırlanmıştır. İlki 1882 yılında basılan kitapların yayımı II. Meşrutiyet sonrasında devam etmiştir. Ders notlarında özellikle Fransızca kaynaklardan yoğun olarak yararlandığı, bazı eserlerde kavramların Fransızca karşılıklarına yer verildiği görülmektedir.

Biri haricinde tümü üniversitelerde ders veren hukuka giriş kitabı yazarlarının, muallimlik dışında sadrazamlık, nazırlık, elçilik, kadılık, dava vekilliği gibi farklı görevler yaptıkları görülmektedir. Bu yönüyle günümüz akademisyenlerine göre uygulamanın daha çok içinde oldukları söylenebilir.

İçerik olarak hukuka giriş kitapları ilimlerin tasnifinden, hukuk kavramından, hukukun tarifi, konusu, amacı ve ilkelerinden, kanunların konulması, uygulanması, yorumlanması ve ilgasından, hukukun dallarından ve hukukun tarihinden oluşmuştur. Bazı kitaplarda yargı örgütü ve mensupları, hukukçu biyografileri, farklı ülkelerin hukuk sistemleri gibi başlıklara yer verilmiştir. İçerikler günümüz kaynaklarına göre daha zayıf olsa da hukuk ilmini tanıttıkları şekilde, konu başlıklarının kısaca işlendiği özet şeklinde eserler ortaya çıkmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: ift kr hakem.

Finansal Destek: Yazar bu alışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar ıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Abacı, Müslimen. "II. Abdülhamid Döneminde Karadeniz Bölgesindeki Şebenderliklerin İstihbarat Faaliyetleri." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Abidin Nesimi. *Yılların İçinden*. İstanbul: Gözlem Yayınları, 1977.
- Akiba, Jun. "Muallimhane-i Nüvvab'dan Mekteb-i Kuzat'a Osmanlı Kadı Okulunun Yarım Yüzyıllık Serüveni." İçinde *Sahn-ı Semân'dan Dârülfünûn'a XIX. Yüzyıl*, editör Ahmet Hamdi Furat, 13–29. Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021.
- Akyıldız, Ali. "Mekteb-i Mülkiyye." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, EK-2:238–40. Ankara: TDV Yayınları, 2019.
- Ali Fuat. "Münif Paşa." *Türk Tarih Encümeni Mecmuası* 1, no. 4 (1930): 1–16.
- Ali Kemal. *Medhal-i İlm-i Hukuk*. Selanik, 1908.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Arıttürk, Ramazan. "Tarihte Hukuk Eğitimi." *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 8 (2020): 43–78.
- Atay, Ender Ethem. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Avcı, Mustafa, Mehmet Aykanat, ve İbrahim Ülker. *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aybay, Aydın, Rona Aybay, ve Ali Pehlivan. *Hukuka Giriş*. İstanbul: Der Yayınları, 2021.
- Babaoğlu, Resul. "Türkiye'de Modern Hukuk Eğitiminin Kurumsallaşmasında Mekteb-i Mülkiyenin Rolü." İçinde *Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu 2021*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023.
- Baş, Ömer Can, ve Abdullah Özçelik. "Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmet Servet'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2022): 675–92.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1986.
- Bilsel, Cemil. *İstanbul Üniversitesi Tarihi*. İstanbul: Kenan Matbaası, 1943.
- Bilsel, Cemil. "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber." İçinde *Ebül'ula Mardin'e*

- Armağan*, 23–107. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1944.
- Birinci, Ali. "Lutfi Fikri." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 27:233–34. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- BOA, BEO, 60/4446, 07.02.1310 (1892).
- BOA, DH.İ.U.M, 5/1, 30.09.1336 (1918).
- BOA, İ.AZN, 106/16, 18.05.1330 (1912).
- BOA, İ.AZN, 84/29, 13.03.1327 (1909).
- BOA, MF.MKT, 106/44, 16.06.1306 (1889).
- BOA, MF.MKT, 1081/21, 15.10.1326 (1908).
- BOA, MF.MKT, 1084/18, 11.11.1326 (1908).
- BOA, MF.MKT, 79/58, 18.04.1300 (1883).
- BOA, ŞD, 225/13, 14.10.1327 (1909).
- BOA, ŞD, 2547/11, 08.01.1307 (1889).
- BOA, Y. MTV, 3/69, 16.02.1297 (1880).
- BOA, Y.A.RES, 60/18, 02.02.1310 (1892).
- BOA, Y.MTV, 3/69, 02.05.1297 (1880).
- BOA, Y.PRK.MF, 1/17, 29.02.1299 (1882).
- BOA, Y.PRK.MF, 2/82, 29.12.1310 (1893).
- BOA, Y.PRK.MF, 5/24, 10.08.1325 (1907).
- Bursalı Mehmet Tahir. *Osmanlı Müellifleri*. İstanbul: Meral Yayınevi, 1972.
- Çakılcı, Diren. "Bir Hukuk Mektebi: Medresetü'l-Kuzat." *Mediterranean Journal of Humanities* 3, no. 1 (2013): 89–110.
- Çakılcı, Diren. "Ottoman Consulate General in Batavia: Establishment, Consul General Ali Galib Bey and His Report." *Uluslararası Avrasya Sosyal Bilimler Dergisi* 8, no. 28 (2017): 26–44.
- Çankaya, Ali. *Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*. Ankara: Mars Matbaası, 1968.
- Cihan, Ahmet. *Osmanlı'da Eğitim*. İstanbul: 3F Yayınevi, 2007.
- Demirtaş, Rıdvan Abdurrahman (Haz.). "Cemil Bilsel'in Kaleminden Mekteb-i Hukuk'a ve Programlarına Bir Nazar." *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 23 (2017): 81–88.

- Deveci Bozkuş, Yıldız. *XIX. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda Ermeni Entelektüeller*. Nobel Yayınevi, 2020.
- Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lúgat*. Ankara: Aydın Yayınevi, 1990.
- Doğan, İsmail. "Münif Mehmed Paşa." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 32:9–12. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Dördüncü, Muharrem. "Sadrazam İbrahim Hakkı Paşa'nın Hayatı ve Avrupa Seyahati." *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 17, no. 1 (2015): 79–97.
- Duran, Recep. "Mehmet Tahir Münif Paşa, Hayatı, Felsefesi." *Erdem* 2, no. 6 (1986): 801–50.
- Düster, 1/3, Ve Küşad Olunmuş Olan Hukuk Mektebinin Nizamat-ı Dahiliyesidir, 1876.
- Düster, 2/6, Medresetü'l Kudat Nizamnamesi, 03.01.1914.
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Konya Hukuk Mektebi ve Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi." *Tarih ve Medeniyet*, no. 58 (1999): 50–52.
- Engin, Mücahide. "Medhal-i İlm-i Hukuk Işığında Örf ve Kanun." İçinde *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi*, editör Hamdi Çilingir ve Hüseyin Önal, 233–50. İstanbul: İLEM Yayınları, 2021.
- Ergin, Osman Nuri. *Maarif Tarihi*. İstanbul: Eser Kültür Yayınları, 1977.
- Galitekin, A. Nezi, ed. *İlmiyye Salnamesi*. İstanbul: İşaret Yayınları, 1998.
- Gedikli, Fethi. "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, no. 1–2 (2011): 91–104.
- Gövsa, İbrahim Alaettin. *Türk Meşhurları Ansiklopedisi*. Yedigün Neşriyatı, 1946.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınları, 2018.
- Gözübüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1993.
- Günergün, Feza, ve Sevtap Kadıoğlu. "İstanbul Üniversitesi'nin Yerleşim Tarihçesi Üzerine Notlar." *Osmanlı Bilimi Araştırmaları* 8, no. 1 (2006): 135–63.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.
- Hacıfevzioğlu, Ahmet Umut, ve Göknur Akçadağ. "Bir Osmanlı Devlet Adamının

- Perspektifinden İnsan Hakları: Münif Paşa'nın Doğal Hukuk Yaklaşımı." *DTCF Dergisi* 62, no. 2 (2022): 842–75.
- Hokoçyan Efendi Hazretleri. *Medhal-i İlm-i Hukuk*. Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Litoğrafya Destgahı, 1310.
- Hüseyin Galib. *Mebadi-i İlm-i Hukuk*. İstanbul: İkdam Matbaası, 1312.
- İbrahim Hakkı. *Hukuk İlimine Giriş Mukaddime-i İlm-i Hukuk*. Çeviren Ömer Can Baş ve Abdullah Özçelik. İstanbul: DBY Yayınları, 2021.
- İhsanoğlu, Ekmeleddin. "Darülfünun." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 8:521–25. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- İhsanoğlu, Ekmeleddin. "Darulfunun Tarihçesine Giriş (II) Üçüncü Teşebbüs: Darulfunun-ı Sultani." *Bellekten* 57, no. 218 (1993): 201–40.
- İnceoğlu, F. Samime. "Münif Paşa: İntişar-ı Ulum u Maarife Adanmış Bir Ömür." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 6, no. 12 (2008): 629–52.
- İpşirli, Mehmet. "Medresetü'l-Kudat." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 28:343–44. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Karaismailoğlu, Ercan, Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, ve İbrahim Enes Onat. "Her Türü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve': Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini." *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 30 (2020): 137–216.
- Karayalçın, Yaşar, ve Ahmet Mumcu. *Türk Hukuk Bibliyografyası 1727-1928*. Ankara: Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1972.
- Kırmızı, Abdulhamit. "European Educational Backgrounds of Armenian Officials in the Ottoman Empire." İçinde *Middle Eastern Christians and Europe: Diasporas - Relations - Entangled Histories*, 59–77. Wien: Lit, 2018.
- Korkusuz, Refik M., ve Halit M. Korkusuz. *Hukuk Başlangıcı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Kurşun, Zekeriya. "İbrahim Hakkı Paşa." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 21:311–14. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Kutluer, İlhan. "Mebde." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 28:210–11. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Lütfi Fikri. *Mebadi-i İlm-i Hukuk*. İstanbul: Matbaa-i Ahmed İhsan, 1327.

- Mehmed Nazım. *Mekteb-i Hukuk Günlerim*. Düzenleyen ve çeviren Ali Adem Yörük. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2012.
- Mehmed Servet. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*. İstanbul: İkdam Matbaası, 1328.
- Muallim Naci. *Lugat-ı Naci*. İstanbul: Kirkor Faik, 1308.
- Münif Paşa. *Medhal-i İlm-i Hukuk Türkçenin İlk Hukuka Giriş Kitabı*. Düzenleyen ve çeviren Furkan Şahan. İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2023.
- Önder, Mehmet. *Konya Maarif Tarihi*. Konya: Ülkü Basımevi, 1952.
- Pakalın, Mehmet Zeki. *Sicill-i Osmani Zeyli*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2008.
- Redhouse, James William. *Türkçe İngilizce Lugat Kitabı*. Londra: Vayman Efendi Matbaası, 1890.
- Sadık Belig. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*. Metin Matbaası, 1325.
- Şeker, Şemsettin. *On Dokuzuncu Asır İstanbul'unda İlim, Kültür ve Sanat Meclisleri*. İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2013.
- Şemseddin Sami. *Kamus-ı Türki*. İstanbul: İkdam Matbaası, 1317.
- Servet, Mehmed. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*. İstanbul: Cihan Matbaası, 1325.
- Şişman, Adnan. "Galatasaray Mekteb-i Sultanisi." İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 13:323–26. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Sümer, Haluk Hadi. *Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Takvim-i Vekayi, 2 Şubat 1870, Sayı 1184.
- Takvim-i Vekayi, 31 Ekim 1909, Sayı 367.
- Tan, Nail. "19. Yüzyılda İstanbul'da Osmanlı Devlet ve Kültür Hayatında Önemli Hizmetleri Görülen Bazı Bosna Hersekliler." *BAL-TAM Türklük Bilgisi*, no. 23 (2015): 117–30.
- Tekin, Alaeddin, ve Alwi Alatas. "Singapur ve Batavya'da Osmanlı Tebaası: Hadramiler." İçinde *Osmanlı- Güneydoğu Asya İlişkileri Üzerine Araştırmalar*, editör İsmail Hakkı Göksoy ve İsmail Hakkı Kadı, 171–206. Ankara: YTB Yayınları, 2024.
- Tetik, Zübeyir. "Osmanlı Devleti'nin Batavya Başşehbenderleri ve Faaliyetleri (1883-1908)." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, 2019.
- Tevfik. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*. Erişim Tarihi 12 Kasım 2024,

<https://portal.yek.gov.tr/works/detail/286055>.

- Toprak, Zafer. "Mülkiye Mektebi ve Türkiye'de Sosyal ve Beşeri Bilimlerin Gelişimi." İçinde *Türkiye'nin Modernleşme Süreci ve Mekteb-i Mülkiye*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 2021.
- TürkHzade Hafız Mehmed Ziyaeddin. *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası*. Editör Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Urhan, Vahit Cemil. "Selanik Hukuk Mektebi (1907-1913)." İçinde *Balkan Tarihi Araştırmaları I*, editör B. Akyay, 349–92. Trakya Üniversitesi Balkan Araştırma Enstitüsü Yayını, 2021.
- "Ve Küşad Olunmuş Olan Hukuk Mektebinin Nizamât-ı Dahiliyesidir." İçinde *Düstur 1/3*, 1876.
- Yaman, Ahmet, ve Bahaddin Karakuş. "Osmanlının Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-i Hukuk." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 3 (2021): 1001–27.
- Yıldız, Kemal, ve Ferda Esengün Hasekioglu. "Muallimhane-i Nüvvab'dan Medresetü'l-Kudat'a Osmanlı'nın Son Döneminde Kadı Yetiştiren Okullar." *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 34 (2019): 411–42.
- Yörük, Ali Adem. "Hukukun Cümle Kapısı: İlk Hukuka Giriş Kitabımızın Hikayesi." İçinde *Medhal-i İlm-i Hukuk Türkçenin İlk Hukuka Giriş Kitabı*, 7–63. İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2023.
- Yörük, Ali Adem. "İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)." *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 2 (2006): 99–128.
- Yörük, Ali Adem. "Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2008.
- Yurtdakal, Hakan Oğuz, ve Salih Korkmaz. "Tanzimat Dönemi Hukuk Eğitimi'nde Muallimhane-i Nüvvab Okulları Üzerine Bir İnceleme." *Uluslararası Türkoloji Araştırmaları ve İncelemeleri Dergisi* 8, no. 1 (2023): 17–30.

EBEVEYNLERDEN BİRİNİN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇME HAKKI

The Right of One Parent to Transition to Part-Time Employment

Çiğdem YORULMAZ*

Öz

İş yaşam dengesinin sağlanmasında esnek çalışma ilişkileri, büyük öneme sahiptir. Kısmi süreli iş sözleşmesi, esnek çalışma biçimlerinden biridir. Ebeveynlerin çalışma hayatı içerisinde kalırken aynı zamanda çocuklarının bakım ve yetiştirilmesine daha fazla zaman ayırmaları için hem uluslararası alanda hem de hukukumuzda birçok koruyucu düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan birisi de ebeveynlerin tam süreli iş sözleşmelerini kısmi süreli iş sözleşmesine dönüştürmeleridir. Çocukların bakımı ve yetiştirilmesine yönelik uygun çalışma koşullarının sağlanması yönündeki uluslararası düzenlemeler, ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının tanınmasının dayanağı olarak gösterilebilir. Ebeveynlerin çocuklarına daha fazla zaman ayırması, çocuğun fiziksel, zihinsel ve ruhsal gelişimine de katkı sağlayacaktır. Çocuklarına daha fazla zaman ayırmak, onların büyümelerine tanıklık etmek için ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakları bulunmaktadır. Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanmak istemesi durumunda işverenin bu talebi değerlendirirken yönetim hakkının olup olmadığı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İşin

* Kırıkkale Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5160-4128.cyorulmaz@kku.edu.tr.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 11.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.11.2024.

Atıf/Citation: Yorulmaz, Çiğdem. "Ebeveynlerden Birinin Kısmi Süreli Çalışmaya Geçme Hakkı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1499-1551.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

niteliğinin kısmi süreli çalışmaya uygun olup olmadığı bu belirlemede önemli bir ölçüttür.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Hakkı, Ebeveyn, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Kısmi Çalışma, Analık İzni, Kısmi Çalışmaya Geçme Hakkı

Abstract

Flexible working arrangements are of significant importance in achieving work-life balance. A part-time employment contract is one of the forms of flexible working. To enable parents to remain within the workforce while simultaneously dedicating more time to the care and upbringing of their children, numerous protective regulations have been enacted both internationally and within domestic law. One of these regulations is the right for parents to convert their full-time employment contracts into part-time contracts. International regulations aimed at ensuring suitable working conditions for child care and upbringing provide the basis for recognizing the right of parents to transition to part-time work. Allowing parents to allocate more time to their children contributes to the child's physical, mental, and emotional development. Parents are entitled to exercise their right to transition to part-time work to spend more time with their children and witness their growth. A key legal issue arises regarding whether the employer retains the managerial prerogative to evaluate such requests. A determining factor in this context is whether the nature of the job is compatible with part-time work.

Keywords: Managerial Prerogative, Parent, Part-Time Employment Contract, Part-Time Employment, Maternity Leave, Right to Transition to Part-Time Work.

GİRİŞ

Tüm çalışanlar için olduğu gibi ebeveynler için de iş yaşam dengesinin sağlanması, büyük bir öneme sahiptir. Çocuğun sağlıklı bir birey olarak yetişmesi için anne ve babaların nitelikli zaman ayırması gerekir. Anne ve babanın ilgisi, çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimine şüphesiz katkı sağlar. Çocukluk döneminde bedensel, zihinsel, ruhsal gelişimi sağlıklı olan birey hem çocukluk dönemini en uygun koşullarda yaşamış hem de yetişkinlik dönemine hazırlanmış olur.

Uluslararası alanda ailevi yükümlülüklerimizi yerine getirirken bir yandan da çalışma hayatı içerisinde kalabilmemizi kolaylaştıracak bir çok düzenleme yapılmıştır. Birleşmiş Milletlerin ve Avrupa Konseyinin Sözleşmeleri ile Avrupa Birliği'nin Direktifleri bu hususta oldukça önemlidir. Avrupa Birliği'nin 2019/1158 sayılı Direktifine göre ebeveynlerin çalışma hayatının içinde kalmasını teşvik edecek işçilerin ihtiyaçları doğrultusunda esnek çalışma programları ayarlanmalıdır.

Çocuğun gelişiminde ebeveynlerin rolü göz önüne alınarak mevzuatımızda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri de ebeveynlerden birinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya geçme hakkıdır. Çünkü iş yaşam dengesinin sağlanmasında esnek çalışma ilişkileri, büyük öneme sahiptir. Bu sayede işçi, geçiş hakkını kullanarak hem çalışma hayatından uzaklaşmamış hem de çocuğu ile geçirdiği zamanı artırmış olacaktır.

İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından yararlanma koşulları, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu koşulların varlığı halinde işverenin geçme talebini kabul etmesinin zorunlu olup olmadığı, zorunlu ise istisnalarının var olup olmadığı tespiti uygulamada ortaya çıkan sorunların tespiti bakımından önemlidir. İşçinin yapmış olduğu işin niteliğinin kısmi süreli çalışmaya uygun olup olmadığı işverenin yönetim hakkının da sınırını oluşturacaktır.

Çalışmamızda ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı ile ilgili uluslararası düzenlemelere yer verilmiştir. Hukukumuzda bu haktan yararlanma koşulları incelendikten sonra işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebinin işverence kabul edilip edilmemesinin hukuki sonuçları değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

İş yaşam dengesinin sağlanmasında esnek çalışma ilişkileri, büyük öneme sahiptir. Kadınların ailevi yükümlülüklerini yerine getirirken bir yandan da istihdamın içerisinde kalması bu çalışma ilişkileri ile daha da kolaylaşmaktadır.¹

¹ N. Binnur Tulukcu, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması* (Ankara: T. Haber İş Sendikası, 2000), 116; Eda Manav Özdemir ve Canan Erdoğan, "Türk Hukukunda Kadın

Diğer yandan öğrencilerin eğitim ve öğretimi devam ederken bir yandan da çalışma hayatının içerisinde kalması mümkün hale gelmektedir. Yalnızca kadınlar ve çocuklar açısından değil, aynı zamanda uzmanlık gerektiren işlerde çalışanlar birden fazla işverene ait organizasyon yapısı içerisinde bulunabilir. Dolayısıyla birçok çalışan esnek çalışma biçimlerini tercih etmektedir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi, esnek çalışma biçimlerinden biridir.¹ “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme, kısmi süreli iş sözleşmesidir.” (İşK².m.13/1). Düzenleme Avrupa Birliği'nin 97/81 sayılı Direktifi ile yürürlüğe konulan “Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması” kapsamında getirilmiştir.³ Kanunun gerekçesinde kısmi süreli iş sözleşmesinin düzenlenme amacı; “kısmi zamanlı çalışmanın gelişmesine serbest irade temelinde teşvik etmek ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir organizasyon çerçevesinde düzenlenmesine katkıda bulunmak” olarak ifade edilmiştir.⁴

Bir sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesini gerektirecek tüm unsurlar, Kanunda düzenlenen tanımdan açıkça anlaşılmaktadır. Öncelikle taraflar sözleşme serbestisi kapsamında hareket

Çalışanların Analığının Korunması,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.45 (2021), 117; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 149; Öner Eyrenci, vd., *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 85; Merve Kaftan Yılmaz, *4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiler Cinsiyet Ayrımı ve Eşitlik İlkesi* (İstanbul: Onikilevha, 2024), 147; Asiye Şahin Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık* (Ankara: Adalet, 2019), 193.

¹ Suat Uğur ve Yusuf Yiğit, “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı,” *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi* 6, No. 1 (2017), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333234>. 72; Çiğdem Yorulmaz, *Kısmi Süreli İş Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2008), 20; Kaplan, *İş Hukuku*, 150; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 85; Tulukcu, Gebe ve Anne İşçiler, 115; Özdemir ve Erdoğan, “Analığının Korunması,” 115; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 193.

² 4857 sayılı İş Kanunu, RG. 10.06.2003, S. 25134.

³ Ayrıntılı bilgi için Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Ankara: LYKEION, 2022), 429 vd.; Kaplan, *İş Hukuku*, 150; Yorulmaz, *Kısmi Süreli*, 24.

⁴ Ahmet Tamahkaroglu, Erişim tarihi, Eylül 20, 2024. <https://tamahkaroglu.wordpress.com/insan-kaynaklari/gerekceli-is-kanunu/>.

etmelidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi, tarafların ortak iradeleri ile akdedilebilir.⁵ İkinci olarak; işçinin belirlenen haftalık çalışma süresi, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmelidir. Maddede açıkça ifade edilmemekle birlikte, tam süreli emsal işçinin çalışma süresine bağlı bir karşılaştırmanın yapılmış olması, geçici iş ilişkisinden farklı olarak sürekli ve düzenli bir çalışmanın olması gerektiğini gösterir.⁶ Bu üç unsurun varlığı halinde kısmi süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarından biri olan “normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi”nden ne anlaşılması gerektiği Kanunun gerekçesinde örneklendirme yoluyla belirtilmiştir. “Örneğin işyerinde uygulanan tam süreli iş sözleşmesi için haftalık çalışma süresi 40 saat ise, kısmi süreli çalışma için 2, 3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli sözleşmeye göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilecektir.”. Kanunun gerekçesine uygun şekilde İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁷’nin 6. maddesinde işyerinde tam süreli iş sözleşmesiyle yapılan emsal çalışmanın en fazla üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Kısmi süreli iş sözleşmesinde çalışma süresinin haftanın günlerine nasıl paylaştırılacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmadığından taraflar, diledikleri şekilde planlayabilir.⁸ Örneğin, haftada 18 saat çalışma üzerine kurulan

⁵ Ahmet Sevimli, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (İstanbul:Beta, 2019).

Tülay Ulusoy, “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 53 (2017), 753; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2024), 48; Nuri Çelik, vd., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta, 2023), 207; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 197; Yorulmaz, *Kısmi Süreli*, 30.

⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 433; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 207; Yorulmaz, *Kısmi Süreli*, 29; Ulusoy, “Çalışanlara Yönelik İzinler,” 753.

⁷ RG. 06.04.2004, S. 25425.

⁸ Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Onikilevha, 2020), 71; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 87.

kısmi süreli iş sözleşmesinde haftanın 3 günü 6 saat veya haftada 6 gün günde 3 saat olmak üzere farklı şekillerde kararlaştırılabilir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektirecek objektif koşulların varlığı halinde bu sözleşme, kısmi süreli de yapılabilir.⁹ Sözleşme, süreli ve süreksiz iş sözleşmesine de konu olabilir. İş Kanunu dışında Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki çalışanların da kısmi süreli çalışması mümkündür.¹⁰ TBK.m.393/2 hükmü gereği “işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.” Özellikle ev hizmetinde çalışanların bu esnek çalışma biçimini daha çok tercih ettiği görülmektedir.¹¹ Dolayısıyla her türlü işin kısmi süreli iş sözleşmesine konu olabileceğini söylemek mümkündür¹².

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadığı sürece sözleşmenin kısmi süreli olmasından kaynaklı olarak tam süreli emsal işçiye göre farklı bir işleme tabi tutulamaz (İşK.m.13/2). Emsal işçiden ne anlamamız gerektiği aynı maddede düzenlenmiştir. “Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.” (İşK.m13/2).

Kısmi süreli çalışan işçinin işgörme ediminin karşılığında alacağı ücret, taraflarca belirlenir. “...Ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.” (İşK.m.13/2). Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi, toplu iş sözleşmesinden tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara yönelik hükümler hariç olmak üzere tamamen yararlanır.¹³

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hizmet süresinin belirlenmesinde çalışmanın haftanın günlerine nasıl paylaştırıldığıнын bir önemi

⁹ Çelik, vd., *İş Hukuku*, 208; Kaplan, *İş Hukuku*, 155; Yorulmaz, *Kısmi Süreli*, 29.

¹⁰ Çelik, vd., *İş Hukuku*, 209.

¹¹ Fahrettin Korkmaz ve Nihat Seyhun Alp, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara, Seçkin, 2019), 112; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 209; Kaplan, *İş Hukuku*, 149.

¹² Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku Dersleri*, 72.

¹³ Çelik, vd., *İş Hukuku*, 211; Yorulmaz, *Kısmi Süreli*, 113.

bulunmamaktadır. İşçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır. Yargıtay bir kararında *“kısmî çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı...”*nı kabul etmiştir.¹⁴

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin¹⁵ 13. maddesinde belirtildiği üzere kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır. Yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Tam süreli çalışanlardan farklı işleme tabi tutulamaz. Bu çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri yıllık ücretli izinlerini, bir sonraki yıl izin süresi içerisinde denk gelen kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır.

İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun boş bir kadro bulunduğu anda kısmi süreli çalışmanın tam süreliye veya tam süreli çalışmanın kısmi süreliye dönüştürme yönündeki talepleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur (İşK.m.13/4). Bu madde kapsamında işverene yönetim hakkı verilmiştir. İşçinin talebi, işyeri organizasyonu içerisinde işveren tarafından değerlendirilecektir. Elbette işveren yönetim hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanılmalıdır. İşçinin tam süreliiden kısmi süreliye veya kısmi süreliiden tam süreliye geçiş için uygun bir pozisyon ve boş yer olmasına rağmen işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması halinde işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir¹⁶.

¹⁴ Yar. 9. HD, E.2007/31462, K.2008/108, 12.02.2008, (sinerji mevzuat).

¹⁵ RG. 03.03.2004, S. 25391.

¹⁶ Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 89.

II. EBEVEYNLERDEN BİRİNİN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇME HAKKININ AMACI, ÖNEMİ, ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE YARARLANMA KOŞULLARI

A. Amacı ve Önemi

Toplumsal cinsiyet eşitliği, Anayasamızda güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan "*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*" başlıklı m.41/1 hükmü gereği "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*". Eşler, ailevi yükümlülükleri birlikte üstlenirler. Bu görev, eşlerden yalnızca birine ait değildir.

Anne ve babanın aile içi yükümlülükleri dışında çocuğun dünyaya gelmesiyle birlikte sorumlulukları da artar. "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*" (AY.m.41/3). Çocuğun sağlıklı bir birey olarak yetişmesi için anne ve babaların nitelikli zaman ayırması gerekir. Anne ve babanın ilgisi, çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimine şüphesiz katkı sağlar. Çocuğun büyüüp gelişmesinden yalnızca anne sorumluymuş gibi geçmişten gelen toplumun kabul gördüğü bir algı varsa da günümüzde bu anlayış yavaş yavaş kırılmaktadır. Babalar da anneler kadar çocukların gelişiminde önemli bir yere sahiptir. Anne ve babalar yani ebeveynler, bebeklerinin gelişim ve büyüme sürecinden birlikte sorumludur. Babanın çocuğun gelişiminde aktif yer alması, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini olumlu yönde etkilemektedir.¹⁷ Çocukluk döneminde bedensel, zihinsel, ruhsal gelişimi sağlıklı olan birey hem çocukluk dönemini en uygun koşullarda yaşamış hem de yetişkinlik dönemine hazırlanmış olur¹⁸.

¹⁷ Nilay Pekel Uludağlı, "Baba Katılımında Etkili Faktörler ve Baba Katılımının Baba, Anne ve Çocuk Açısından Yararları," *Türk Psikoloji Yazıları, Türk Psikoloji Yazıları* 20, no.39, (2017): 81. <https://psikolog.org.tr/tr/yayinlar/dergiler/1031828/tpy1301996120170000m000034.pdf>; Nurşen Caniklioğlu, "Kısmi Sürelî Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği," *Emeğin Hukuku Kurultayı -2*, ed. Basa Necdet, Güleç Uçakhan Sema (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 27.05.2016), 115.

¹⁸ Sevil Lale Kurt, "Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması," *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, no. 36, (Ocak-Haziran 2016), 112. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/227835>.

Çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimi, anne ve baba için bir sorumlulukken çocuk için de haktır.¹⁹ Bu temel hakkın korunması gerektiği Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlemiştir. Buna göre; “*Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar*” (m.335). Çocuğun gelişimindeki ebeveynlerin rolü göz önüne alınarak mevzuatımızda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan birisi de ebeveynlerden birinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya geçiş hakkıdır.

Yirmi üç Avrupa ülkesindeki ebeveynlerin iş saatlerinin, çocuklarıyla geçirdikleri zaman üzerindeki etkilerinin incelendiği bir çalışmada ülkeler arasında önemli farklar bulunmuş ve çocuk bakım olanaklarının yaygın olduğu ülkelerde iş saatlerinin, çocuk-ebeveyn zamanına olan etkisinin daha zayıf olduğu tespit edilmiştir. Yarı zamanlı çalışma imkânları ve daha düşük gelir düzeyleri özellikle annelerin çocuklarıyla daha fazla zaman geçirmesini sağlamıştır. Ebeveynlerin iş saatleri arttıkça çocuklarıyla geçirdikleri zamanın azaldığı, ancak bu azalmanın ülkedeki sosyal politikalar ve yarı zamanlı iş olanaklarıyla dengelenebileceği sonucuna varılmıştır.²⁰ Çocuklarına daha fazla zaman ayırmak, onların büyümelerine tanıklık etmek, fiziksel, zihinsel ve ruhsal olarak gelişimlerine katkı sağlamak için ebeveynlerin tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışma ilişkisine geçiş hakları mevcuttur. İşçi, geçme hakkını kullanarak hem çalışma hayatından uzaklaşmamış hem de çocuğu ile geçirdiği zamanı artırmış olacaktır²¹.

Çocuğuna doğru zamanda yeterli vakti ayıran ebeveynler, kısmi süreli çalışmasını tam süreli iş sözleşmesine dönüştürerek çalışma hayatında daha fazla bulunma imkanına da sahiptir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin tam

¹⁹ Kurt, “Çocuk Hakları,” 112.

²⁰ Anne Roeters, “Cross-National Differences in the Association Between Parental Work Hours and Time with Children in Europe: A Multilevel Analysis,” *Social Indicators Research*, 110 (2013): 641.

²¹ Colette Fagan and Brendan Burchell, *Gender, Jobs and Working Conditions in the European Union* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002), 640-642. 2024. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED475394.pdf>.

zamanlı çalışmaya dönmek istemesi halinde işveren kabul etmek zorundadır²². İşverenin işyerinde düzeni sağlayabilmesi için en az bir ay önceden işçinin tam zamanlı çalışmaya dönmek istediğini işverene yazılı olarak bildirmesi gerekir. İşçi, tam süreli çalışmaya geçtikten sonra tekrar kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanamaz. Bu hak aynı çocuk için bir kez kullanılabilir (İŞK.m.13/5). İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının koşulları mevcutsa her bir çocuk için kullanması mümkündür²³.

İşçinin çocuğunun ilköğretim çağına gelmesi halinde işçi halen kısmi süreli çalışmaya devam etmek istiyorsa işverenin işçinin tam süreli çalışmaya geçmesini isteyip isteyemeyeceği hususunda Kanunda ve Yönetmelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hükmün konuluş amacı, ilköğretim çağına gelene kadar çocuğun bakım ve yetiştirilmesine ebeveynlerin ayırdığı emek ve mesaiyi artırmak olduğundan ilköğretim çağına gelen çocuk için artık işverenin de işçiden tekrar tam zamanlı çalışmaya dönmesini isteyebilmesi gerekir.²⁴ İşçi, işverenin bu talebini kabul etmelidir. Aksi halde işverenin yaptığı fesih, geçerli fesih olacaktır.

Ebeveynlerden birinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya geçme hakkı, 4857 sayılı İş Kanununun 13 maddesine eklenen hüküm²⁵ ile getirilmiştir. Buna göre *"...Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi*

²² Ufuk Aydın ve Seher Demirkaya, "Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları," *İş ve Hayat Dergisi* 3, no. 6 (2017), 93; Ali Cengiz Köseoğlu, "Türk İş Hukukunda Analık," *İş ve Hayat Dergisi* 2, no. 4 (2016), 117; Caniklioğlu "Yarım Çalışma Ödeneği," 133; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 133.

²³ Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 93; Sümer, *İş Hukuku*, 48; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 450; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 222.

²⁴ Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği," 133.

²⁵ 6663 sayılı Kanununun 21. maddesi ile eklenmiştir. RG. 10.02.2016, S. 29620.

süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.” (İşK.m.13/5).

B. Uluslararası Düzenlemeler

Kadın ve erkek eşitliği, her türlü ayrımcılığın önlenmesi ve kadınların analık durumlarında hem kendilerinin hem de çocuklarının sağlığının korunması için gerekli önlemlerin alınması ve çalışma koşullarının uygun hale getirilmesi, doğum sonrası ebeveynlerin çocuklarının bakımı için izin haklarının verilmesi gerektiği yönünde uluslararası alanda birçok düzenleme bulunmaktadır.²⁶

Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının tanınmasının dayanağı; çocukların bakımı ve yetiştirilmesine yönelik uygun çalışma koşullarının sağlanması yönündeki uluslararası düzenlemelerdir.

1. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

Birleşmiş Milletlerin hem Kuruluş Anlaşmasında hem de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin²⁷ başlangıç kısmında “*erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inanç*” vurgulanmıştır.²⁸ Birleşmiş Milletler tarafından 10.12.1948 tarihinde ve Türkiye tarafından 1949 yılından kabul edilen Bildirgenin 1. maddesinde bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğdukları düzenlenmiştir.²⁹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki temel hak ve özgürlükleri içeren düzenlemeler, sırf kadın olması nedeniyle çalışma hayatında cinsiyet temelli ayırım yapılmaması, kadınların fiziksel ve ruhsal durumlarına uygun işlerde

²⁶ Savaş Taşkent ve Dilek Kurt, “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 40 (2014), 32-34.

²⁷ Tam metin için Rona Aybay, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006).

²⁸ Tamer Soysal, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler,” *Kamu-İş Dergisi* 8, no. 4 (2006), 97; Taşkent ve Kurt, “Kadın İşçinin Korunması,” 32.

²⁹ Kaplan Senyen Emine Tuncay, *Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması* (Ankara: Sözkese, 1999), 46; Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Ankara: Yetkin, 2008), 34.

çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelerin dayanağını oluşturmuştur. Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme haklarının bulunduğu (m.25/2) belirtilerek elverişli şartlarda fiziksel durumlarına uygun şekilde çalışmalarını gerektiği ifade edilmiştir.³⁰

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinde³¹ taraf devletlerin Sözleşmede belirtilen hakları kullanırken ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım yapmaması (m.2), ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanırken kadınlara ve erkeklere eşit haklar sağlaması gerektiği düzenlenmiştir (m.3). Sözleşmenin 10. maddesinde ailenin korunması ve çocuğun bakımının ve eğitiminin öneminden bahsedilerek annenin doğumdan önce ve makul bir süre boyunca özel olarak korunması, bu dönemde ücretli izinden ya da yeterli düzeyde sosyal güvenlik tedbirlerinden yararlanabilecek izinlerinin bulunması, bu durumun hiçbir şekilde ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

“Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” (CEDAW)³², Birleşmiş Milletlerin kadınların korunmasına ilişkin düzenlediği temel nitelikte bir sözleşmedir.³³ Gebeliğin devamı süresinde zarar verici olduğu kanıtlanan

³⁰ Aslı Çalışkan, İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri (İstanbul, Onikilevha, 2018), 26; Tulukcu, Gebe ve Anne İşçiler, 34; Kökkılınç Ayşe Gül, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması (İstanbul: Legal, 2013).

³¹ Tam metin için. “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme,” İnsan Hakları Merkezi erişim tarihi Eylül 25, 2024. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf>; 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme, ülkemiz tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanarak 4867 sayılı Kanun ile 18.06.2003 tarihinde onaylanmıştır.

³² Tam metin için. “Cedaw (Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi),” Kaced Derneği, erişim tarihi Eylül 25, 2024. <http://www.kaced.org/images/files/CEDAW%20metni.pdf>; 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme, ülkemiz tarafından onaylanmıştır. RG. 25.06.1985, S. 18792, Yürürlük Tarihi 19.01.1986.

³³ Fatma Elif Adakale Demirhan ve Münir Ekonomi, “Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu ile Getirilen Yenilikler,” *İTÜ Dergisi/d* 4, no. 5 (2005), 57. http://itudergi.itu.edu.tr/index.php/itudergisi_d/article/viewFile/691/615; İrep Kiroğlu

işlerde çalışan kadınların özel olarak korunması gerektiği özel tedbir olarak kabul edilmiş ve bu durumun ayrımcılık yasağının istisnası olduğu ifade edilmiştir.³⁴ Erkekler ile kadınların eşitliğini sağlayabilmek için taraf devletlerin alacağı birtakım tedbirlerin ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği, analık döneminde özel olarak korunmaları ve fırsat eşitliğinin sağlanması halinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.³⁵

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 Sayılı Sözleşme³⁶, Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 Sayılı Sözleşmesinde³⁷ kadın ve erkeklerin arasında ayırım yapılmaksızın eşit değerde iş için eşit ücretin verilmesi ve her türlü ayrımcılığın önlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁸

Bayat, "Kadınların İş-Aile Yaşamı Çatışmasını Engellemeye Yönelik Hukuki Düzenlemeler," *Sosyal Güvenlik Dergisi* 7, no. 2 (2017), 113; Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler," 99.

³⁴ Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler (Ankara: Seçkin, 2012), 57; Taşkent ve Kurt, "Kadın İşçinin Korunması," 32; Çalışkan, Analık ve Ebeveyn İzinleri, 28.

³⁵ Sevgi Dursun Ateş, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Ankara: Seçkin, 2019), 430; Arzu Arslan Ertürk, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 1 (2017), 351. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331996>; Yıldız, *Eşit İşlem Yapma Borcu*, 37; Demirhan ve Ekonomi, "Koruyucu Yasal Düzenlemeler," 58; Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler," 100; Kökkılınç, *Kadın İşçilerin Korunması*, 10, 11.

³⁶ Tam metin için. "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme," İnsan Hakları Derneği, erişim tarihi Eylül 25, 2024. <https://www.ihd.org.tr/et-derde-erkek-ve-kadin-ler-arasinda-ret-etlhakkında-slee/>; 06.06.1951 tarihinde kabul edilen sözleşme ülkemiz tarafından da onaylanmıştır. RG. 22.12.1966, S. 12484.

³⁷ Tam metin için. "111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi," Uluslararası Çalışma Örgütü, erişim tarihi Eylül 25, 2024. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm; 04.06.1958 tarihinde kabul edilen sözleşme ülkemiz tarafından da onaylanmıştır. RG. 22.12.1966, S. 12484.

³⁸ Sevil Doğan, *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması* (Ankara: Seçkin, 2022), 89; Kaplan, *İş İlişkisinden Doğan Hakları*, 54; Ertürk, "Çalışma Şartları," 351; Demirhan ve Ekonomi, "Koruyucu Yasal Düzenlemeler," 60; Taşkent ve Kurt, "Kadın İşçinin Korunması," 33, 34; Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler," 102, 103; Kökkılınç, *Kadın İşçilerin Korunması*, 26.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Çalışanlara Dair Sözleşme³⁹ "Bu sözleşme, kendilerine bağımlı çocukları olan ve sorumlulukları ekonomik faaliyete hazırlanma, girme, katılma ve sürdürme olanaklarını kısıtlayan erkek ve kadın işçilere uygulanır." ve ikinci bendinde yer alan "... aynı zamanda, kendilerinin açık desteğine ve bakımına ihtiyacı olan diğer aile üyelerine karşı sorumlulukları olan ve bu sorumlulukları ekonomik faaliyete hazırlanma, girme, katılma ve sürdürme olanaklarını kısıtlayan erkek ve kadın işçilere de uygulanır." ibarelerinde bakım sorumluluğunun hem kadınlarda hem erkeklerde olduğu belirtiliyor (m.1/1). Diğer yandan Sözleşme kadınlar ile erkekler arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasında taraf devletlerin kendi ulusal politikalarında ayrımcılığı önleyecek, aile sorumlulukları ile iş ve aile uyumunu sağlayacak düzenlemeler yapması gerektiği hüküm altına alınmıştır (m.3). 165 sayılı Tavsiye Kararında ise anılan sözleşmeye paralel olarak analık izninden sonra ebeveyn izni verilmesi, aile yükümlülükleri nedeniyle işten geçici olarak ayrılanlara tekrar işe dönme fırsatının sağlanması gibi birtakım koruyucu düzenlemeler yer verilmiştir⁴⁰. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 156 sayılı Sözleşmesi ülkemiz tarafından onaylanmamıştır.

Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme⁴¹ taraf devletlerin gebe veya emziren kadın çalışanların kendisi ve çocuğu için zararlı olduğu veya risk oluşturduğu yetkili makam tarafından belirlenen işleri yapmak zorunda kalmaması için gerekli önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir (m.3). 183 sayılı Sözleşme esas alınarak çıkarılan 191 sayılı Tavsiye Kararı, analığa bağlı izin sürelerine ve bu sürelerde sağlanacak haklara ilişkin hükümler içermektedir⁴². 183 Sayılı Sözleşmeye taraf olmamamıza rağmen ülkemizde sözleşmede belirtilen

³⁹ Erişim tarihi Kasım 5, 2024.

⁴⁰ Yasemin Taşdemir, *Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği* (İstanbul: Onikilevha, 2019), 27; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 27; Kökkılınç, *Kadın İşçilerin Korunması*, 35.

⁴¹ Tam metin için. "C183 Maternity Protection Convention, 2000," International Labour Organization, erişim tarihi Ekim 1, 2024. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183.

⁴² Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 25; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 30.

hükümlere paralel şekilde kadın çalışanların gebelik ve doğum sonrası korunması sağlanmıştır.

2. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁴³, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin açıkladığı hakların etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı amaçlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan temel haklar içerisinde kadınların cinsiyet ve doğum nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaması gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa Konseyi, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetilmeksizin fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkını güvence altına alacak⁴⁴ Avrupa Sosyal Şartı'nı kabul ve ilan etmiştir.⁴⁵ Zaman içerisinde yenilenen Avrupa Sosyal Şartı, 1996 yılında yeniden oluşturularak "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı" adıyla imzaya açılmıştır.⁴⁶ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına göre çalışan kadınların anne olmaları durumunda, özel korunma hakları vardır (Bölüm 1/11). "*Çalışan Kadınların Analığının Korunması Hakkı*" başlıklı 8. maddesine göre, sözleşmeye taraf devletler, analık durumunda kadın çalışanların haklarının etkili biçimde kullanılmasını sağlamak için belirtilen tedbirleri almalıdır. "*Ailevi Sorumlulukları Olan Çalışanların Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı*" başlıklı 27. maddesinde taraf devletlerin ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek çalışanların diğer çalışanlarla fırsat eşitliğinin ve eşit muamele göre hakkının kullanılabilmesi için "*Mesleki yönlendirme ve eğitim konularında alınacak önlemler de dahil olmak üzere, ailevi*

⁴³ Tam metin için. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi," Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, erişim tarihi Ekim 5, 2024. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, 04.11.1950 tarihinde kabul edilmiştir.

⁴⁴ Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumu*, 47; Taşkent ve Kurt, "Kadın İşçilerin Korunması," 33; Kökkılınç, *Kadın İşçilerin Korunması*, 16.

⁴⁵ Erişim tarihi Ekim 1, 2024. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/81-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sarti/>.

⁴⁶ Tam metin için erişim tarihi Ekim 1, 2024. <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/1981/09/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>, Türkiye, 2006 yılında belli maddeleri dışlayarak genelini 5547 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

sorumlulukları olan çalışanların istihdam edilmesi ve istihdam edilmeye devam edilmesinin yanı sıra, bu sorumluluklar nedeniyle işten ayrılanların yeniden istihdam edilmesi, çalışma koşulları ve sosyal güvenliğe ilişkin gereksinimlerinin dikkate alınması, özellikle kreş hizmetleri ve diğer çocuk bakımı ile ilgili düzenlemeler olmak üzere, kamusal ya da özel hizmetleri geliştirmek ya da teşvik etmek, her bir ebeveyne, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenecek, doğum izni sonrasında bir dönemde, çocuğa bakmak için aile izni verilmesi olanağını sağlamak, bu tür ailevi sorumlulukların, geçerli bir işe son verme nedeni oluşturmamasını sağlamak"la yükümlü olduğu belirtilmiştir.

3. Avrupa Birliği Direktifleri

Avrupa Birliği'nin 92/85 Sayılı Hamile, Loğusa veya Emziren Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi, hamile, yeni doğum yapan ve emziren kadın çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili teşvik edici önlemleri düzenlemektedir.⁴⁷ Avrupa Birliği'nin 2006/54 Sayılı "İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktifi" ile daha önce kadın ve erkek eşitliği konusunda çıkarılan düzenlemelerin sadeleştirilmesi ve eşit davranma, fırsat eşitliği ilkelerinin sağlanması yönünde birçok direktifin güncelleştirilmesi, içeriğinin tek metinde toplanması amaçlanmıştır.⁴⁸ Direktifte gebelik ve analık hallerinde kadın çalışanların ayrımcılığa maruz kalmaması, pozitif ayrımcılığın yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹

Avrupa Birliğinin 97/81 sayılı Direktifi ile yürürlüğe konulan "Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması"nın "Genel Mülahazalar" başlıklı bölümün 5. maddesinde "Bu sözleşmenin taraflarının, işletmelerin gelişmesine de yardımcı olacak şekilde hem işverenlerin hem de işçilerin birlikte-karşılıklı yararı için kadın ve erkeklerin; ... iş ve aile yaşamlarını uyumlu hale getirmek ... kısmi zamanlı çalışma olanaklarına erişebilmelerini kolaylaştıracak önlemlere önem atfetmeleri" gerektiği belirtilmiştir. Çerçeve Anlaşmasının 5. maddesine göre; "İşverenler muhtemelen olduğunca su

⁴⁷ Taşdemir, Ebeveyn İzni, 38; Çalışkan, Analık ve Ebeveyn İzinleri, 30.

⁴⁸ Gonca Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı," *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no.22 (2009), 170.

⁴⁹ Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri," 171; Kökılınç, *Kadın İşçilerin Korunması*, 62.

hususlara dikkat ederler: İşçilerin, kuruluşta muhtal yer olduğunda, tam zamanlı çalışmadan kısmi zamanlı çalışmaya geçme talepleri, imkan olduğu takdirde işçilerin, çalışma zamanlarını artırma veya kısmi zamanlı çalışmadan tam zamanlı çalışmaya geçme talepleri, kısmi zamanlı çalışmadan tam zamanlı çalışmaya veya tersine geçişleri kolaylaştırmak için, kısmi zamanlı ve tam zamanlı muhtal işlerin zamanında duyurulması, kalifiye elemanlar ve yönetici pozisyonları dahil, her düzeyde kısmi zamanlı çalışmaya geçmeyi kolaylaştıracak ve uygun olan hallerde kısmi zamanlı işçilere, mesleki seyyaliyet ve kariyer yapma fırsatı yakalayabilmeleri için mesleki eğitime erişimlerini kolaylaştıracak önlemler, kuruluştaki açık kısmi zamanlı işler hakkında mevcut işçi temsilciliklerine doğru bilgi sağlanması” gerekir.

Ebeveyn izni ile ilgili 96/34 sayılı Direktifini yürürlükten kaldıran “Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşmayı yürürlüğe sokan ve 96/34/EC sayılı Direktifin yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin 8 Mart 2010 Tarih ve 2010/18/EU sayılı Konsey Direktifi” kabul edilmiştir.⁵⁰ 2010/18 Direktifine göre kadın ve erkek çalışanlara doğum halinde veya evlat edinme halinde çocuk, sekiz yaşına gelene kadar en az dört ay ebeveyn izninin tanınması gerekmektedir.⁵¹ Bu iznin üç aylık kısmının eşe devri mümkün iken iznin tamamının eşe devri mümkün değildir. Bu Direktifin ekinde yer alan Çerçeve Anlaşmasının genel hususlar başlıklı 21. maddesinde esnek çalışma düzeninin ebeveynlerin iş ile aile sorumluluklarını birleştirmesini kolaylaştıracağını, ebeveyn izninin bitiminden sonraki işe adaptasyonunu kolaylaştıracağını belirtmiştir.

“Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin ebeveynler ve bakıcılar için iş-yaşam dengesi ve 2010/18/EU sayılı Konsey Direktifi’ni yürürlükten kaldıran 20 Haziran 2019 tarihli

⁵⁰ “Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC,” Avrupa Birliği, Erişim tarihi Eylül 30, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0018>.

⁵¹ Sedef Koç, “İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri,” *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, ed. Tankut Centel (Ankara: Onikilevha, 2016), 201; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumu*, 64; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 49; Kökkılınç, *Kadın İşçilerin Korunması*, 73.

(AB) 2019/1158 sayılı Direktif⁵² halen yürürlüktedir.⁵² Bu Direktife göre ebeveynlerin çalışma hayatının içinde kalmasını teşvik edecek işçilerin ihtiyaçları doğrultusunda esnek çalışma programları ayarlanmalıdır⁵³. İşveren esnek çalışma taleplerini değerlendirirken kaynaklarını, organizasyon içerisindeki kapasitesini dikkate alabilmeli, işçinin esnek çalışma yönündeki talebini kabul edip etmeyeceğine karar verebilmelidir. Direktif, ebeveynlerin esnek çalışmaya geçişinde işverene koşullarını değerlendirme, uygunsa kabul etme, değilse kabul etmeme yönünde bir imkan tanımıştır.

C. Yararlanma Koşulları

4857 sayılı İş Kanunu'nun m.13/5 hükmü gereği ebeveynlerden birinin tam süreli iş sözleşmesiyle devam eden çalışmasına kısmi süreli iş sözleşmesi ile devam etme imkanı tanınmıştır. Bu haktan yararlanmak için belirli bir hizmet süresini doldurmuş olmak veya işyerindeki çalışan işçi sayısı önemli değildir.⁵⁴ Aşağıda belirtilen koşulların varlığı halinde kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı kullanılabilir. Bu hak, "kanundan doğan değiştirici yenilik doğuran bir hak" olarak ifade edilebilir.⁵⁵

⁵² "Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU," Avrupa Birliği, erişim tarihi Eylül 30, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1158>.

⁵³ "European Union: New Directive on Work-Life Balance for Parents and Caregivers," Library of Congress, erişim tarih Ekim, 8, 2024. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-07-29/european-union-new-directive-on-work-life-balance-for-parents-and-caregivers/>.

⁵⁴ Saim Ocak, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 37 (2017), 57; Köseoğlu, "İş Hukukunda Analık," 114; Özdemir ve Erdoğan, "Analığın Korunması," 117; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 445; Bayat, "Aile Yaşamı," 126; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 579. Alman Hukukuna ilişkin esaslar ile ilgili bkz. Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği," 118 vd.; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 95; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 1203.

⁵⁵ Münir Ekonomi, "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz izin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları," *Legal İSGHD* 14, no. 53 (2017), 49; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 91; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumunu*, 192.

1. İş Kanunu Kapsamında Tam Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışıyor Olması

Kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, İş Kanunu kapsamında tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar için getirilmiştir.⁵⁶ İş sözleşmesiyle çalışanların tamamına uygulanacağı yönünde bir ifade mevcut olmadığından yalnızca İş Kanunu kapsamında olanlara uygulanabilecektir.⁵⁷

İş Kanunu'nun "Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni" başlıklı 74. maddesinin son fıkrasında bu maddede yer alan düzenlemelerin iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçiye uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan kadın işçileri de kapsam içine almıştır.

Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını düzenleyen hüküm, İş Kanunu'nun 13. maddesine eklenmiştir.⁵⁸ Getiriliş amacı, ebeveynlerin çocuklarıyla ilgileceği zamanı artırmak, bir yandan da çalışma hayatında kalmalarını sağlamaktır.⁵⁹ Bu düzenlemenin yalnızca İş Kanunu ile sınırlı kalması istenilen amacı gerçekleştirmekten uzaktır. Madde gerekçesinde düzenlemenin dayanağı olarak gösterilen Avrupa Birliği'nin 97/81 sayılı Direktifin ekinde yer alan Çerçeve Anlaşmasının 2. maddesinde bu sözleşmenin üye devletlerin iş sözleşmesi kapsamında kısmi zamanlı çalışan herkesi kapsadığı belirtildiğinden İş Kanunu m.13/5'te yer alan geçme hakkı, iş sözleşmesi ile çalışan tüm ebeveynleri kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmelidir.

2. Ebeveyn Olması

⁵⁶ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 929; Ekonomi, "Evlat Edinme," 47; Ocak, "Evlat Edinme," 55; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 445; Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği," 120; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 93; Uğur ve Yiğit, "Çalışma Hakkı," 91; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 203.

⁵⁷ Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 94; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 103,104.

⁵⁸ Süzek Sarper ve Başterzi Süleyman, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2024), 935; 6663 sayılı Kanununun 21. maddesi ile eklenmiştir. RG.10.02.2016, S. 29620.

⁵⁹ Koç, "Ebeveyn İzinleri," 208.

Tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkını kullanması için ebeveyn olması gerekir.⁶⁰ Ebeveyn, anne ve baba anlamına gelmektedir.⁶¹ Ebeveyn olmak, öz ya da üvey olmakla ilgili değildir. Çocuk ile mevcut soy bağının kan bağı veya evlat edinmeye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın anne ve baba, ebeveynidir.⁶² Düzenlemede “*üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.*” (İŞK.m.13/5) demek suretiyle üç yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinen ebeveynlere de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu imkân tanınmıştır.⁶³ Anılan düzenlemeden hemen önceki cümlede “*...ebeveynlerden birinin çalışmaması halinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunmaz*” ifadesine yer verilmesi bir tereddüte neden olmakta ise de kanımca üç yaşını doldurmamış bir çocuğun birlikte evlat edinilmesi halinde de eşin çalışıyor olma koşulu aranmalıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 306/1 madde hükmüne göre “*Eşler, ancak birlikte evlat edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlat edinemezler.*”. Dolayısıyla kural olarak evli olmayanların birlikte evlat edinmesi mümkün değildir.⁶⁴ Kanun koyucunun biyolojik anne ve baba için aradığı bir koşulu, evlat edinen eşler için aramaması düzenlemenin amacına aykırı olacaktır.⁶⁵ Evli olmayan birinin tek başına evlat

⁶⁰ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 928; Saim Ocak, “Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması,” *İş ve Hayat Dergisi* 3, no. 5 (2017), 206; Yasemin Taşdemir, “Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı,” *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 5, no.11 (2018), 206. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/602336>; Caniklioğlu, “Yarım Çalışma Ödeneği,” 118; Ekonomi, “Evlat Edinme,” 48; Özdemir ve Erdoğan, “Analığın Korunması,” 115; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580; Ertürk, “Çalışma Şartları,” 361; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 113; Uğur ve Yiğit, “Çalışma Hakkı,” 90; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 104; Yılmaz, *Eşitlik İlkesi* 148; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 96; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 204; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumunu*, 184.

⁶¹ Rüşti Aydoğan, *Türkçe Sözlük*, (Ankara: Evrensel, 2022), 195.

⁶² Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 929; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 93.

⁶³ Caniklioğlu, “Yarım Çalışma Ödeneği,” 122; Koç, “Ebeveyn İzinleri,” 207; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 157.

⁶⁴ Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 14; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 97.

⁶⁵ Caniklioğlu, “Yarım Çalışma Ödeneği,” 122; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 108; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 158.

edinme ise ancak otuz yaşını doldurmuş olması halinde mümkündür. “Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlat edinebilir” (TMK.m.307). Yönetmeliğin 10. maddesinin birinci fıkrasında da ebeveynlerden birinin çalışma şartının üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi hallerinde aranmayacağı düzenlemesi, tek başına evlat edinme halinde uygulanması gereken bir hükümdür.

Kanun koyucu çocuğun okul çağına kadar ebeveynin kısmi süreli çalışma imkanından istifade edebileceğini düzenlemekle çocuğun okul çağına kadar anne ve baba ilgisine daha çok ihtiyacı olduğunu kabul etmiştir. Kanun, mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerden birine kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilme hakkını tanıdığından evlat edinilen çocuğun üç yaşından büyük olması, bu güvenceden yararlanmayı engelleyici bir durum olmamalıdır. Üç yaşından büyük olan bir çocuk evlat edinildiğinde de bu çocuğun da ebeveyn ilgisine ihtiyacı olacağından evlat edinilen çocuğun yaşı önemli olmaksızın mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının tanınması maddenin düzenleniş amacına daha uygun olacaktır.

3. Ebeveynlerin Çalışıyor Olması

Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan ebeveynin kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkını kullanabilmesi için ebeveynlerden her birinin çalışıyor olması gerekir.⁶⁶ “Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma

⁶⁶ Senem Değer Ermumcu, “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı- Ödeneği,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, no. 19 (2017), 2005. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/11-SENEM-DEGER-ERMUMCU.pdf>; Ekonomi, “Evlat Edinme,” 50; Köseoğlu, “İş Hukukunda Analık,” 114; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 446; Ertürk, “Çalışma Şartları,” 361; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 219; Sümer, *İş Hukuku*, 48; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 92; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 113; Kaplan, *İş Hukuku*, 152; Bayat, “Aile Yaşamı,” 123; Taşdemir, “Geçiş Hakkı,” 207; Caniklioğlu, “Yarım Çalışma Ödeneği,” 120; Ocak, “Evlat Edinme,” 57;

talebinde bulunamaz." (İşK.m.13/5). İş Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrası gereği doğum veya evlat edinilme ile birlikte işçinin kısmi süreli çalışma yapabileceği işler ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Yönetmelik ile hüküm altına alınmıştır.⁶⁷ Yönetmeliğin 9. maddesinde işçinin eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Eşinin çalışması yeterlidir. Bu çalışmanın hangi statüde devam ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁸ Çalışma iş sözleşmesiyle, kendi nam ve hesabına veya kamu görevlisi olarak devam edebilir.

Yönetmeliğin 10. maddesinde ebeveynlerden birinin çalışma şartının bazı durumlarda aranmayacağı belirtilmiştir. *"Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi, velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi halinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması, üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi"* halinde çalışma şartı aranmayacaktır. Kısmi süreli çalışmaya geçme koşulları başvuru esnasında aranır. Başvuru yapıldıktan sonra koşullar kaybedilse de hak devam eder (Yönetmelik.m.10/2).

İş Kanunu m.13/5'te "eş" ifadesi, Türk Medeni Kanununa göre resmi nikahlı eşi belirtmektedir. Resmi nikahın olmadığı, ancak birlikte yaşadığı kişinin çalışıyor olup olmamasının bir değeri yoktur.⁶⁹ Yönetmelik'te ise çalışma şartının aranmayacağı durumlar içerisinde *velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi durumunda çocuğun velayetine sahip olan ebeveynin talepte bulunması* gösterilmiştir. Yönetmelik hükmü de göz önüne alındığında kısmi süreli çalışmaya geçme

Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 106; Yılmaz, *Eşitlik İlkesi*, 151; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 154; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 100; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 216; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumu*, 186.

⁶⁷ Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik, RG. 08.11.2016, S. 298820.

⁶⁸ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 930; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 446; Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği," 120; Ocak, "Evlat Edinme," 61; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumu*, 186.

⁶⁹ Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği," 120; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 154; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 100; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 217; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumu*, 188.

hakkına sahip olan çalışan ebeveynler için halen evli biri olma zorunluluğu da bulunmamaktadır.⁷⁰

Ebeveyn olmak ile eş olmak birbirinden farklı durumları ifade eder. Evlilik birliğinin devam edip etmemesi ebeveynlerin çocuğa karşı olan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Evlilik birliğinin devam edip etmemesine bakılmaksızın ebeveynler, çalışma hayatından uzaklaşmadan çocuğun bakım ve yetiştirilmesinde daha fazla yer almalıdır.

4. Analık İzininin Bitmiş ve Çocuğun İlköğretim Çağını Doldurmamış Olması

İş Kanununun 13. maddesinde ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanabileceği zaman aralığı düzenlenmiştir. Geçme hakkı, en erken İşK.m.74'te⁷¹ düzenlenen analık izinlerinin bitimi ile birlikte başlar. Analık

⁷⁰ Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 446; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 219; Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği", 120, 121.

⁷¹ "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileyne fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır.

Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelerle otuz gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve

izinlerinin kullanılması halinde bu süreler bittikten sonra ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanabilir.⁷² Geçiş hakkının kullanılabilmesi için ücretsiz izin süresinin tamamının kullanılması gerekmez, ücretsiz izin süresi kesilerek de kullanılabilir (Yönetmelik m.8/2). Bu hak, en fazla çocuğun ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kullanılabilir. Kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, koşulların varlığı halinde çocuk sayısına bağlı olmaksızın her çocuk için ayrı ayrı kullanılabilir.⁷³

Ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabileceği azami süre ise çocuğun ilköğretim çağını doldurmasını takip eden ay başıdır (İşK.m.13/5, Yönetmelik m.8/1). 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'na⁷⁴ göre *"Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Ancak çocuğun gelişim durumuna bağlı olarak okula erken başlaması veya kaydının ertelenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir."* (m.3).

Yönetmelik, çocuğun mecburi ilköğretim çağına geldiği tarihi esas aldığından mecburi ilköğretim çağı, çocuğun beş yaşını biritip eylül ayının sonu itibarıyla en erken altmış ve en geç yetmiş bir ayı doldurduğu zamanı ifade eder⁷⁵.

sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir. Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.

İsteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz...".

⁷² Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 931; Ekonomi, "Evlat Edinme," 46; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumunu*, 193; Ermumcu, 2004; Ocak, "Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması," 206; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 579; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 447; Sümer, *İş Hukuku*, 48; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 113; Bayat, "Aile Yaşamı," 123; Aydın ve Demirkaya, "Aile Dostu," 94; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 105; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 224.

⁷³ Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 580.

⁷⁴ RG. 12.01.1961, S. 10705.

⁷⁵ Taşdemir, Ebeveyn İzni, 165; Çalışkan, Analık ve Ebeveyn İzinleri, 112; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 210; Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumunu*, 191.

5. Talepte Bulunması

Kısmi süreli çalışmaya geçiş için gerekli koşulları sağlayan işçinin işverene en az bir ay önce yazılı talepte bulunması gerekir (İşK.m.13/5, Yönetmelik m.8/3). İşçinin talebinin yazılı olması, ispat koşulu olarak düzenlenmiştir.⁷⁶ Yazılı yapılmayan talebin geçerli olmayacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmadığından talebin yazılı yapılmasını geçerlilik koşulu olarak kabul etmemek gerekir. Aynı zamanda düzenlemenin getiriliş amacı dikkate alındığında işçinin sözlü talepte bulunmasına dayanarak kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlandırılmaması da doğru değildir. İşçi talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi, haftanın tüm işgünlerinde çalışılacaksa çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerini, haftanın belli günlerinde çalışılacaksa hangi günler hangi saatler arasında çalışılacağını belirtmelidir (Yönetmelik m.9/1).

İşçinin usulüne uygun olarak kısmi süreli çalışma talebinde bulunması durumunda işveren, talebin karşılandığını en geç bir ay içinde işçiye yazılı olarak bildirmelidir (Yönetmelik m.11/1, 2). İşveren, bir aylık süre içerisinde cevap vermezse talep dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk işgününde işçinin iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesine geçmiş sayılır (Yönetmelik m.11/3). İşçi, talep dilekçesinde belirttiği tarihte iş görme edimini yerine getirmeye başlamışsa işveren, işçinin kısmi süreli çalışma talebini, geçerli fesih nedeni sayamaz (Yönetmelik m.11/4).

⁷⁶ Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 181; Özdemir ve Erdoğan, "Analığın Korunması," 117; Ocak, "Evlat Edinme," 68; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 231; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 115; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 110.

III. İŞVERENİN EBEVEYNLERİN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇME TALEBİNİ KABUL EDİP ETMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak İşverenin Yönetim Hakkının Kapsamı Ve Sınırları

İş sözleşmesinde işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu, sözleşmenin esaslı unsurudur ve tarafların asli edim yükümlülüğünü oluşturur.⁷⁷ İş ilişkisi içerisinde sözleşmenin kurulmasına doğrudan etkisi olmamakla birlikte asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve işyeri içinde düzenin sağlanması için gerekli olan yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır.⁷⁸ Yan edim yükümlülükleri ifaya yardımcı, koruma yükümlülüğü şeklinde olabilir. Asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmesine yardımcı olabilecek hazırlık hareketleri, örneğin aydınlatma, ödenecek ücretin hesaplanması ifaya yardımcı yan yükümlülükler içerisinde yer alır.⁷⁹ İş ilişkisi içerisinde işverenin işçiyi gözetme ve eşit işlem borcu ile işçinin sadakat borcu koruma yükümlülüğü içerisinde yer alır.⁸⁰

Yan edim yükümlülükleri, iş ilişkisinin kurulması, devamı veya sona erdikten sonraki döneme ait de olabilir. İş ilişkisinin kurulması esnasında tarafların birbirlerine doğru bilgi vermesi, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması, işçinin ise alınan önlemlere uygun hareket etmesi, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra işçinin sır saklama ve rekabet etmeme borcu altına girmesi farklı zamanlarda doğabilecek yan edim yükümlülükleridir. Bu yükümlülüklerin hukuki dayanağı kanundan, dürüstlük kurallarından, iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden ve işverenin yönetim hakkından

⁷⁷ Kaplan, *İş Hukuku*, 25.

⁷⁸ Orhan Ersun Civan, *İşçinin Yan Yükümlülükleri* (İstanbul: Beta, 2021), 7.

⁷⁹ Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 13.

⁸⁰ Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 14, 15.

kaynaklanabilir.⁸¹ Yan edim yükümlülüklerinin hukuki dayanakları arasında hiyerarşik olarak en zayıf kaynak işverenin yönetim hakkıdır.⁸²

İş ilişkisi içerisinde işveren, işçiye göre ekonomik açıdan üstün durumdadır. İşçi, iş görme edimini işverene karşı yerine getirir. İşveren ise karşılığında işçiye ücret öder. İşverenin belirlediği düzen içerisinde çalışan işçinin haklarının korunması, işverenin gözetme borcunun gereğidir. İşçi ise sadakat borcuna uygun şekilde çalışmalıdır.

İşveren, işçinin iş görme borcunu nerede, nasıl ve hangi sürede yerine getireceğini mevzuata uygun şekilde belirler.⁸³ İşyerinin büyüklüğüne bağlı olarak belli bir amacın gerçekleşmesi için organizasyon yapısı içerisinde yönetim yetkisi, farklı kişiler tarafından da kullanılabilir. Hiyerarşik düzen içerisinde her kademede çalışana, emir ve talimat veren, denetleyen kişi veya kişiler vardır.⁸⁴ İşyerinde en son kademede bulunan ve yönetim hakkını tüm işyeri için kullanma, kesin karar verme yetkisine sahip olan kişi ise işverendir.

İş sözleşmesinin taraflarından işveren yöneten, işçi ise yönetilendir. İşçinin kişisel ve hukuki yönden işverene bağımlı olması işverenin yönetim hakkının kendiliğinden varlığını gösterir.⁸⁵ İşveren, daha zayıf durumda olan işçiye emir ve talimat verme yetkisine sahiptir.⁸⁶ Bu durum yönetim hakkının bir gereğidir. İşverenin yönetim hakkı, belli bir amacın gerçekleştirilmesi için işyerinde

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 19-27.

⁸² Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (İstanbul, Beta, 2015), 90; Yıldız, *Eşit İşlem Yapma Borcu*, 207; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 88; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 25; Tulukcu, *Gebe ve Anne İşçiler*, 1105; Ateş, *Yönetim Hakkı*, 33; Kaplan, *İş Hukuku*, 26.

⁸³ Aydın Başbuğ, *İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik* (Ankara: Alter, 2008), 3; Sümer, *İş Hukuku*, 14; Şükran Ertürk, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara, Yetkin, 2022), 27; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 85; Kaplan, *İş Hukuku*, 25;

⁸⁴ Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 4.

⁸⁵ Ateş, *Yönetim Hakkı*, 31.

⁸⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi* (Ankara Ofset, 1995), 120; N. Binnur Tulukcu, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik," *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, 1. Cilt, ed. Süleyman Başterzi (İstanbul: Beta, 2011), 1100; A. Murat Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi," *Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2011), 122; Kaplan, *İş Hukuku*, 25; Ateş, *Yönetim Hakkı*, 31.

örgütlenme ve oluşturduğu düzen içerisinde yapılan işi denetleme, değişen durumlar göz önüne alınarak çözüm üretebilme hakkıdır.⁸⁷ Yönetim hakkının dayanağı, iş sözleşmesidir.⁸⁸

İş sözleşmeleri, taraflar arasında sürekli ve kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir.⁸⁹ Bu nedenle tarafların uyması gereken tüm yükümlülüklerin iş ilişkisinin başında kararlaştırılması güçtür.⁹⁰ Çünkü ülkedeki ekonomik dalgalanmalar, hammadde olanakları, istihdam edilecek çalışanların mesleki becerisi, teknolojik gelişmeler, arz ve talep dengesi gibi birçok değişken iş sözleşmesinin devamını sağlayacak hususların belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Taraflarca iş ilişkisinin kurulması sırasında düzenlenmeyen hususlar ile iş ilişkisinin devamı içerisinde ortaya çıkacak ihtiyaçlara bağlı olarak çalışma koşullarının belirlenmesi mümkündür. Bu nedenle işçi ve işverenin asli edim yükümlülüğünü oluşturan sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşması yeterli olup yan edim yükümlülükleri zaman içerisinde şekillenebilecektir.⁹¹

İş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte doğan işverenin yönetim hakkı, yan edim yükümlülüğünün hukuki dayanaklarından birisidir.⁹² İşverenin yönetim hakkı, işçinin uyması gereken yükümlülükler üzerinde karar verme yetkisi verirken

⁸⁷ Sarper Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları," *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*, (Ankara: Mavi Ofset, 1998), 225; Ertuğrul Yuvalı ve Tuğçe Yaba, "İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik," *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, no.2 (2022), 1687; Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 5; Ertürk, *İş Hukuku*, 27.

⁸⁸ Çelik, vd., *İş Hukuku*, 274; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 49; Tulukcu, "Esaslı Değişiklik," 1105; Süzek, "Hakkı ve Sınırları," 226; Civan, *Genel İş Koşulları*, 89; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 86.

⁸⁹ Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi*, 23; Süzek, "Hakkı ve Sınırları," 225; Ateş, *Yönetim Hakkı*, 33; Demircioğlu, "Esaslı Değişiklik," 122; Yuvalı ve Yaba, "Talimatlara Uyma," 1687.

⁹⁰ Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 24; Yuvalı ve Yaba, "Talimatlara Uyma," 1689; Süzek, "Hakkı ve Sınırları," 225; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 85; Sümer, *İş Hukuku*, 14; Tulukcu, "Esaslı Değişiklik," 1100; Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi*, 119; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 49; Ertürk, *İş Hukuku*, 26.

⁹¹ Ateş, *Yönetim Hakkı*, 31.

⁹² Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 26.

işverenin kendi yükümlülüklerinin kapsamını belirleme yetkisi vermez.⁹³ İşverenin yönetim hakkı, yalnızca iş ilişkisi içerisinde işçiye belli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün verildiği durumlarla sınırlı kullanılabilir. Kaynağını Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinden almaktadır. Buna göre; “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”. Örneğin, işçinin iş görme borcu, iş sözleşmesinin esaslı unsuru olmakla birlikte bu borcun nerede, ne zaman ve nasıl yerine getirileceği işverenin yönetim hakkı içerisinde belirlenir.⁹⁴

İşçinin sadakat borcu, iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borçtur. İşveren tarafından bu borcun somutlaştırılarak sır saklama yükümlülüğünün getirilmesi, yönetim hakkı içerisinde yapılabilir.⁹⁵ Diğer yandan işveren, işyerindeki üretim sürecini planlamak, gerekli gördüğü değişiklikleri yapmak, mevcut organizasyon yapısını değiştirmek, bu kapsamda bazı birimleri kapatmak veya yeni birimler açmak hakkına sahiptir. İşveren işyerinde düzeni sağlama, çalışanların iş kazası ve meslek hastalığına karşı korunmasını sağlama, üretimi artırma gibi işçilerin uyması gereken davranışları yan edim yükümlülüğü olarak yönetim hakkı içerisinde belirleyebilir.⁹⁶

İşverenin yönetim hakkı, sadece işçinin işgörme ediminin somutlaştırılması ve işyerindeki düzenin sağlanmasına yönelik davranış yükümlülüklerinin getirilmesi ile sınırlıdır.⁹⁷ Bu hak, kanuna, dürüstlük kuralına, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla işin niteliği ve işverenin

⁹³ Demircioğlu, “Esaslı Değişiklik,” 123; Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 4.

⁹⁴ BAG., Urt. V. 30.11.2022, 5 AZR 330/16 ArbG Nürnberg 2020, 8, 9. Erişim tarihi Eylül 6, 2024. <https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2023/04/5-AZR-336-21.pdf>.

⁹⁵ Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 17.

⁹⁶ Çelik, vd., *İş Hukuku*, 275; Civan, *Genel İş Koşulları*, 90; Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 18.

⁹⁷ Çelik, vd., *İş Hukuku* 276; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 87; Süzek, “Hakkı ve Sınırları,” 226; Sümer, *İş Hukuku*, 14; Demircioğlu, “Esaslı Değişiklik,” 122; Yıldız, *Eşit İşlem Yapma Borcu*, 208; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 24; Ertürk, *İş Hukuku*, 27; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 50.

menfaati ölçüsünde kullanılabilir.⁹⁸ İşverenin menfaatinin işçinin menfaati karşısındaki durumu da göz önüne alınmalıdır.⁹⁹ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu hususu açıkça vurgulamıştır¹⁰⁰. Yönetim hakkının sınırlarının tespitinde tarafların menfaatleri arasındaki denge gözetilmelidir.¹⁰¹ Bu anlamda işverenin çalışanların şahsi telefon görüşmelerini ve internet kullanımlarını kısıtlaması, kılık kıyafete yönelik birtakım düzenlemeler yapması mümkündür. Örneğin hijyen kurallarına dikkat edilmesi gereken bir işyerinde kadınların saçlarının toplu olması, bone takılması vb. kurallar getirilebilir.

İşçi, Medeni Kanununun 2. maddesi gereği dürüstlük kurallarına aykırı olmamak kaydıyla işverenin yönetim hakkı içerisinde verdiği emir ve talimatlara uymakla yükümlüdür.¹⁰² Elbette bu hakkın da bir sınırı vardır. İşverenin yönetim hakkının kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, kişilik haklarına aykırı şekilde kullanılması hukuk düzeni içerisinde kabul edilemez.¹⁰³ Hukuka aykırı talimatlara işçi uymakla yükümlü değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında *“işveren yönetim hakkının kapsamında bulunan konularda tek taraflı değişiklik yapabilir. İşverenin yönetim hakkı yasadan, sözleşmeden ve işyeri uygulamasından kaynaklanabilir. Bu konuda en yaygını, işçinin imzaladığı sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğindeki yönetmelik hükümleri ile değişiklik yapılmasını kabul etmesidir. Ancak yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliğin, işçinin kişilik haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmaması, işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekir. Bir başka*

⁹⁸ Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi*, 120; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 275; Süzek, “Hakkı ve Sınırları,” 229; Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 19.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 27.

¹⁰⁰ Yarg. HGK. E.2023/186, K.2023/240, 22.03.2023. (sinerji mevzuat).

¹⁰¹ Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 27.

¹⁰² Murat Özveri, *Bireysel İş İlişkileri Açısından Türkiye İşçi Hukuku*, no. 2, (İstanbul: Cerenler Vakfı, 2024), 1540; Başbuğ, *Yönetim Hakkı*, 29; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 85; Ertürk, *İş Hukuku*, 29; Kaplan, *İş Hukuku*, 26; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 25; Civan, *Yan Yükümlülükleri*, 26.

¹⁰³ Süzek, “Hakkı ve Sınırları”, 232; Tulukcu, *Gebe ve Anne İşçiler*, 1105; Sümer, *İş Hukuku*, 14; Mollamahmutoğlu, *Hizmet Sözleşmesi*, 120; Eyrenci, vd., *İş Hukuku*, 25; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 87; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 275; Demircioğlu, “Esaslı Değişiklik,” 122; Korkmaz ve Alp, *İş Hukuku*, 50; Yuvalı ve Yaba, “Talimatlara Uyuma,” 1691; Civan, *Genel İş Koşulları*, 90; Kaplan, *İş Hukuku*, 26; Ertürk, *İş Hukuku*, 28.

anlatımla, işveren yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklik yetkisi, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında incelenmeli, dar yorumlanmamalı ve işveren bu hakkı keyfilik denetimine tabi tutulmalıdır. Yönetim hakkı kapsamında kalan veya sözleşme ile kabul edilen ve geçerli sayılan değişikliklerde, işçinin işverenin bu talimatına uyması gerekir.” demek suretiyle işverenin yönetim hakkının sınırlarını belirtmiştir.¹⁰⁴

B. İşin Niteliğinin Kısa Çalışmaya Uygun Olup Olmaması Halinde

1. İşin Niteliğinin Uygun Olmaması

Ebeveynin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya geçme talebine işverenin olumlu veya olumsuz yönde vereceği kararın belirlenmesinde İş Kanunu ile Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

İş Kanunu m.13/5 hükmü gereği *“Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz.”*. Aynı maddenin 6. fıkrasında ise *“Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”* düzenlemesi yer almaktadır. İş Kanunu’nun 13. maddesinin 5 ve 6. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde işverenlerin iş organizasyonu içerisinde her zaman ebeveynlerin kısmi süreli çalışma taleplerinin işverence karşılanmasının güç olacağı düşünülerek kanun koyucu kendi içerisinde bir denge kurmaya çalışmıştır. Maddede kısmi süreli çalışmanın hangi sektör ve işlerde yapılabileceğinin Yönetmelikle belirleneceği belirtilmişse de düzenlemenin aksine işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebinin hangi işlerde işverenin uygun bulmasına bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla aslında Kanun koyucunun istediği durumdan farklı bir durum Yönetmelikte düzenlenmiştir.

“Kısmi süreli çalışma,

a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

¹⁰⁴ Yar. 9. HD, E.2009/20411, K.2010/14372, 24.05.2010, (sinerji mevzuat).

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde,

işverenin uygun bulması halinde yapılabilir."

Yönetmeliğin 12. maddesine bağlı olmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler bağtlanan toplu iş sözleşmesinde belirlenebilir (Yönetmelik m.13). Bu durumda işveren, taraf olduğu toplu iş sözleşmesine uygun hareket ederek işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebini kabul etmelidir. Toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yoksa Yönetmelikte belirtilen sektör ve işlerde işçinin kısmi süreli çalışma talebi, işverenin yönetim hakkı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu hakkın kanuna, dürüstlük kuralına, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla işin niteliği ve işverenin menfaati ölçüsünde kullanılması gerekir.

İşveren, Yönetmelik m.12/1 gereği kısmi süreli çalışmaya geçiş koşulları mevcut olan işçinin talebini, yapmış olduğu işin kısa çalışmaya uygun olmaması nedeniyle kabul etmeyebilir.¹⁰⁵ İşveren kabul etmemesine rağmen işçi, kısmi süreli çalışmaya geçişte ısrarcı olur ve tam süreli çalışmaya uygun şekilde işgörme edimini yerine getirmese işveren işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedilebilir.

i. *Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işler*

Sağlık hizmetinden sayılan işler Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğinin 16. maddesinde hüküm altına alınmıştır. *"Bu Yönetmeliğin uygulanmasında, sağlık hizmetinden sayılan işler; tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, hemşire, ebe ve optisyenler ile 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı*

¹⁰⁵ Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 582; Ekonomi, "Evlat Edinme," 49; Taşdemir, "Geçiş Hakkı," 209; Ocak, "Evlat Edinme," 78; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 241.

İcrasına Dair Kanununun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları tarafından yerine getirilen işleri” ifade eder. Düzenlemede özel sağlık hizmetinde çalışanların yerine getirdiği işlerin işverenin uygun bulması halinde kısmi süreli çalışmaya konu olabileceği belirtilmiştir.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği¹⁰⁶ m.4/1-g hükmüne göre “sağlık insan gücü/sağlık çalışanı: Sağlık kuruluşlarında çalışan ve sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden sağlık meslekleri mensuplarının tamamını” ifade etmektedir. Aynı Yönetmeliğin 5. maddesinde sağlık kuruluşlarının türlerine yer verilmiştir. Tıp merkezleri, poliklinikler (A ve B tipi) ve tedavi merkezleri (fizik tedavi ve rehabilitasyon müesseseleri, radyoterapi müesseseleri), tanı merkezleri (tıbbi laboratuvarlar, radyoloji müesseseleri, nükleer tıp müesseseleri) sağlık kuruluşudur.

Sağlık Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik¹⁰⁷ sağlık mensupları ile sağlık hizmetinde çalışan diğer meslek mensuplarını kapsamaktadır (m.2). Sağlık meslek mensupları: tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13. maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını, sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları ise; sağlık meslek mensubu olmadığı halde sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan diğer meslek mensuplarını ifade etmektedir (m.4/1-b/c). Aynı yönetmeliğin ek-1 hükmünde sağlık meslek mensuplarının iş ve görev tanımlarına, ek-2 hükmünde ise sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının unvanlara göre iş ve görev tanımlarına yer verilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹⁰⁸’un ek 13. madde hükmüne göre; klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi

¹⁰⁶ RG. 15.02.2008, S. 26788.

¹⁰⁷ RG. 22.05.2014, S. 29007.

¹⁰⁸ RG. 14.04.1928, S. 863.

teknikeri, eczane teknikeri, ergoterapist, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni sağlık meslek mensubudur.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasına göre yukarıda ifade edilen sağlık hizmetinden sayılan işlerde ebeveynlerin tam süreli iş sözleşmelerini kısmi süreli çalışmaya dönüştürmeleri, işverenin uygun bulması halinde mümkündür. Bu sayılan işlerde kısmi süreli çalışmaya geçme talebini işveren yönetim hakkı içerisinde değerlendirebilecek ve uygun bulması halinde ebeveynler kullanabilecektir.

Mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu sağlık hizmetinden sayılan işler kapsamında olmasına rağmen bunların ayrıca belirtilmesinin nedeni anlaşılammıştır. Bu görevi yerine getirenlerin kendi mevzuatları kapsamında kısmi süreli çalışması işveren uygun bulsa dahi mümkün değildir. *Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu olan işçilerin işveren uygun bulsa dahi kısmi süreli çalışamayacakları, bunların dışında sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerin işveren tarafından uygun bulunması halinde kısmi süreli çalışabilecekleri yönünde bir düzenlemenin yapılması gerekirken bu ayırımın yapılmaması çelişkili bir duruma neden olmuştur.*

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin¹⁰⁹ 16. maddesi gereği "*Özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetleri bir mesul müdür sorumluluğunda yürütülür. Özel hastanenin Bakanlık ve müdürlük ile ilgili bulunan bütün iş ve işlemlerinde birinci derecede muhatap, mesul müdürdür... Mesul müdür, görev yaptığı hastanenin dışında muayenehane veya başka bir sağlık kurum/kuruluşunda çalışamaz.*". Aynı Yönetmeliğin 17. maddesi gereği mesul müdürün görev ve yetkileri arasında "*Mazeret sebebiyle görev yerinin terkedilmesi halinde yerine mesul müdür yardımcısını bırakmak, terk süresi bir haftadan fazla olmamak kaydıyla derhal ilgili müdürlüğe bilgi vermek ve izin süresi hiçbir şekilde bir yıl içerisinde toplam üç ayı geçmemek şartıyla iznin bir haftadan fazla sürdüğü hallerde müdürlükten izin almak*" bulunmaktadır.

¹⁰⁹ RG. 27.03.2002, S. 24708.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği'nin 16. maddesinde de *"Mesul müdür, iş akdinde belirlenen izin hakları ile hastalık ve kabul edilebilir sair zorlayıcı sebeplerden dolayı sağlık kuruluşundan ayrılır ise, ayrılma tarihinden itibaren en geç üç iş günü içinde işleten tarafından, mesul müdürlük şartını taşıyan ve sağlık kuruluşunda tam zamanlı çalışan bir tabibin, o süre boyunca mesul müdürlük görevini yürüteceği Müdürlüğe yazılı olarak bildirilir."* demek suretiyle mesul müdürün kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını işveren uygun bulsa dahi görevi gereği kısmi süreli çalışmaya geçme, kendi mevzuatı kapsamında mümkün değildir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde de belirttiği üzere mesul müdür, özel sağlık kuruluşunda sürekli bulunmayı gerektiren bir işi yerine getirdiğinden kısmi zamanlı çalışamaz.

Müstakil yönetmeliği olan bazı sektörlerde görev yapan sorumlu hekimler, kısmi süreli çalışamazlar. Örneğin, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik¹¹⁰ m.17/3 hükmü gereği üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) ünite sorumlu, *"üremeye yardımcı tedavi konusunda Bakanlıkça onaylı sertifika sahibi kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ÜYTE ünite sorumlusu olarak görevlendirilir. ÜYTE ünite sorumlusu tam zamanlı/kadrolu çalışır..."* Aynı Yönetmeliğin 17. maddesinin 4. fıkrasında ise *"ÜYTE laboratuvarı sorumlusu tam zamanlı çalışır."* hükmü yer almaktadır. Laboratuvar sorumlusu ve sorumlu hekimin de ilgili mevzuatları gereği işveren uygun bulsa dahi kısmi süreli çalışması mümkün değildir.

Mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu haricinde sağlık hizmetinden sayılan işlerde çalışanların ise kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, ancak işverenin yönetim hakkı içerisinde uygun bulması halinde mümkündür.

¹¹⁰ RG. 30.09.2014, S. 29135.

- ii. *Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işler*

Nitelikleri gereği gün boyunca ara vermeksizin faaliyete devam edecek şekilde çalışmanın bulunduğu sanayiden sayılan işlerde postalar halinde çalışan işçilerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, ancak işverenin uygun bulması halinde mümkündür. Bu çalışma biçimi ile amaçlanan, işyerindeki kapasiteden en yüksek verimi elde etmek ve üretimi artırmaktır.

Postalar halinde çalışılarak işyerinde faaliyeti durdurmaksızın üretimin gün boyu devam etmesi, sosyo ekonomik nedenlerden kaynaklanmaktadır. İş Kanunda öngörülen çalışma sürelerine uygun hareket edilerek postalar halinde çalışılan işyerlerinde üç vardiyalı bir sistem uygulanacağından işverenin istihdam edeceği işçi sayısı da fazla olacaktır. Böylece istihdam artırılarak işsizlik önlenebilecektir.

Toplumsal ihtiyaçlar da postalar halinde çalışmasını gerekli kılabilir. Ekmek üretiminde olduğu gibi bazı faaliyetler ancak gece yapılan çalışma ile mümkün olur. Postalar halinde ara verilmeksizin çalışma, teknik açıdan bir zorunluluktan da kaynaklanabilir. Üretimde kullanılan hammaddenin ara verilmeksizin işlenmesi gerekiyorsa kesintili çalışma bunların bozulmasına neden olabilir. Ayrıca makinelerin durdurulması, soğumasına neden olacağından üretimin azalmasına, zaman ve kazanç kaybına da yol açabilir. Bu nedenle bazı işler, ara verilmeksizin çalışmayı gerektirir. Örneğin enerji işkolunda enerjinin sürekliliği için üretimin devamlı olması zorunludur.

Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik¹¹¹, "4857 sayılı İş Kanununun uygulanması bakımından sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden sayılan işleri kapsar." (m.2). Sanayiden sayılan işlerin neler olduğu aynı Yönetmelikte Ek-1'de liste halinde düzenlenmiştir. Örneğin hammadde, yarı mamul ve mamul ürünlerin işlenmesi, temizlenmesi, şeklinin değiştirilmesi, süslenmesi, satış için hazırlanması işleri, madencilikten bağımsız maden ve cüruf ayıklama ve temizleme işleri, taş çıkarma, kırma, kesme işleri dahil taş, kil, kum ve kireç ocaklarında yapılan işler, fotoğraf makineleri,

¹¹¹ RG. 03.09.2008, S. 26986

optik alet ve malzemesi imalatı işleri, motorlu araçlar imalatı ve tamirâtı işleri, cam sanayi işleri, kürk işleme ve boyama sanayi işleri, demir, çelik ve diğer metallerin imalat sanayi işleri, petrol ve kömürden elde edilen muhtelif ürünlerin imali işleri sanayiden sayılan işlerdendir. Bu listede yer alan sanayiden sayılan işler, ara verilmeksizin sürekli çalışmayı gerektirecek nitelikte ise, işçinin kısa çalışmaya geçme hakkı, işverenin uygun bulması halinde mümkündür. İşveren yönetim hakkı içerisinde yaptığı işin niteliği gereği işçinin kısmi süreli çalışmasını uygun bulmazsa işçi, tam süreli çalışmasını kısmi süreli çalışmaya dönüştüremeyecektir. Dolayısıyla önemli olan “işçinin gördüğü işin niteliği” olup işverenin postalar halinde çalışması gerektiği yönünde nitelendirmesi dikkate alınmamalıdır¹¹². Nihayetinde sanayiden sayılan işlerde yapılan her iş, için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde yürütülmeye uygun değildir. Örneğin, motorlu araçlar imalatı ve tamirâtı işlerinde muhasebe görevlisi olarak çalışan işçinin yaptığı iş, niteliği itibariyle gün boyunca ara vermeksizin faaliyete devam edilmesini gerektirecek bir iş değildir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi verdiği bir kararda “*Davalı şirkete ait işyeri iplik ve halı üretimi yapılan fabrika olup, davacı tanık beyanlarına göre de davalı işyerinde vardiyalı çalışma bulunmaktadır. Bu durumda postalar hâlinde işçi çalıştırılan işyeri kapsamına giren davalı işyerinde kısmi süreli çalışma işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir. Davalı işveren davacıya noter kanalıyla gönderdiği .../.../... tarihli ihtarnamede davacının kısmi süreli çalışma talebini uygun görmediğini davacıya bildirmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının iş sözleşmesini feshetmesi haklı nedene dayanmamaktadır. Açıklanan nedenlerle ilk derece mahkemesinin kararı, dosya içeriği ile usul ve yasaya uygundur, davacı vekilinin aksini ileri süren istinaf itirazlarının hiçbirisi yerinde görülmemiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, vakia mahkemesi hakiminin objektif, mantıksal ve hayatın olağan akışına uygun, dosyadaki verilerle çelişmeyen tespitlerine ve uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarına göre, HMK’nın ilgili maddesi uyarınca istinaf sebepleriyle sınırlı olarak ve resen kamu düzeni yönünden yapılan inceleme sonucu, ilk derece mahkemesinin vakia ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas*

¹¹² Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 125; Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 198.

yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı kanaatine varılarak, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine” karar vermiştir¹¹³. İplik ve halı üretim işi sanayiden sayılan bir iş olup postalar halinde çalışma yapıldığından Yönetmelik m.12/1 gereği işverenin uygun bulması halinde ebeveyn kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. İşverenin uygun bulmadığını işçiye bildirmesi üzerine işçinin bu nedene dayalı olarak yaptığı feshin haklı nedene dayalı olmadığına isabetli şekilde karar vermiştir.

Ticaret ve tarım ve orman işlerinden sayılan işler bu kapsama dahil edilmemiştir.

iii. Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde

Mevsimlik ve kampanya işleri yılın belirli dönemlerinde faaliyetin arttığı, geri kalan dönemlerinde faaliyetin azaldığı veya tamamen durduğu işyerlerinde yapılan işler olarak ifade edilebilir.¹¹⁴ Kaplıca otellerinde, turistik tatil yerlerinde, tarım alanında mahsullerin toplanması faaliyetleri mevsimlik ve kampanya işlerine örnek niteliğindedir. Dolayısıyla niteliği gereği bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, işverenin yönetim hakkı dahilinde uygun bulması halinde mümkündür.

Taahhüt işlerinin TBK.m.470 hükmü gereği, eser sözleşmesine konu işler olarak tanımlanması mümkündür¹¹⁵. Örneğin bina yapım, onarım gibi belirli süre devam eden ve bir yıldan az süren işler, taahhüt işlerindedir.

iv. İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işler

İşçinin haftalık çalışma süresi en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde paylaşılır. Yeraltı maden işlerinde çalışanların çalışma süresi ise günde en çok yedi buçuk saat, haftada en çok otuz

¹¹³ Ankara Bölge Adliyesi Ankara 7. HD. E.2018/3333, K.2020/1010, 03.06.2020, (sinerji mevzuat).

¹¹⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 456.

¹¹⁵ Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 126; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 123.

yedi buçuk saattir (İşK.m.63/1). İşçinin iş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi genel olarak mümkünse de bazı işlerin niteliğinden kaynaklı olarak haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesi mümkün değildir. İşin niteliğinden kastedilen, çalışmanın günlük veya haftalık çalışma sürelerini aşan bir özellik taşımasıdır.¹¹⁶

Nitelikleri gereği bazı iş ve işyerlerinde çalışma süresinin haftanın belirli günlerine bölünerek uygulanması mümkün değilse, çalışma süresini günlük yasal çalışma süresini aşmamak şartıyla en çok altı aya kadar denkleştirme süresi tanınarak uygulanmasını sağlayacak usuller Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikte düzenlenmiştir (İşK.m.76/1).

Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin¹¹⁷ uygulama alanı "...karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi..." işlerdir (m.1). Yönetmeliğe karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halinde yapılan işler dahil edilmiştir. Ayrıca Deniz İş Kanunu'nu kapsamına¹¹⁸ girmeyen gemi adamları, denizde hareket halinde bir işi yerine getiriyorsa yaptığı işin niteliği dikkate alınarak bu kapsamda çalışma süresi belirlenecektir. Yönetmelikte belirtilen işler, belirgin bir dönem içerisinde çalışmaya uygun değildir, ancak çalışma süreleri niteliği gereği dönem esasına göre belirlenebilmektedir.¹¹⁹ Şehirlerarası veya uluslararası taşımacılık işi

¹¹⁶ Abdullah Kahraman, "Türk İş Hukukunda Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışmalar," *Kamu-İş Dergisi* 3, no. 3 (1994), 93.

¹¹⁷ RG. 06.04.2004, S. 25425.

¹¹⁸ Deniz İş Kanunu'nun kapsamı m.1'de düzenlenmiştir. "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır. Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır. Bu kanunun uygulanmasında; sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da (gemi) sayılır. Cumhurbaşkanı, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından bu kanun hükümlerini yukarıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan gemilerle gemi adamlarına ve bunların işverenlerine kısmen veya tamamen teşmile yetkilidir. Yukarıdaki bentlerde yazılı gemilerin bu kanun kapsamına alınmaları sebebiyle yapılabilecek itirazlar Çalışma Bakanlığı tarafından incelenerek karara bağlanır. Bu itirazlar kanunun uygulanmasını durduramaz."

¹¹⁹ Kahraman, "Bölünemeyen Çalışmalar," 94.

yapan bir firmanın şoförü bu Yönetmelik kapsamında olduğundan işverenin uygun bulması halinde kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir.

Haftalık iş günlerine bölünemeyen çalışma süreleri, Yönetmelikte belirtildiğinden bu kapsam dışında kalan işlerin haftanın çalışma günlerine bölünebileceğini, belirgin bir dönem içerisinde çalışmanın yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin, büro çalışanı, restoranda çalışan aşçı, otelde çalışan temizlik görevlisi, postalar halinde çalışmayan üretim işçisi, güzellik merkezinde çalışan işçi, özel okul çalışanı, bir alışveriş merkezinin güvenlik görevlisi, hastanenin temizlik işçisi Yönetmeliğin uygulama alanı dışında kaldığından istemeleri halinde ve yararlanma koşulları mevcutsa kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir.

2. İşin Niteliğinin Uygun Olması

Kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunan işçinin yaptığı iş, Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen işlerden değilse işveren işçinin talebini kabul etmek zorundadır.¹²⁰ *“Birinci fıkrada sayılmayan işlerde işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir”* (Yönetmelik m.12/2). Bu durum işverenin yönetim hakkının kapsamı dışındadır. İşK.m.74/5 hükmü gereği *“Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz.”*

Alman Federal İş Mahkemesi verdiği bir kararda işverenin davacının kısmi çalışma talebini reddederken sunduğu gerekçeleri tam olarak açıklamakla yükümlü olduğunu, ebeveyn izni süresince işverenin kısmi çalışma talebini reddetmesinin yalnızca işletme gerekçelerine dayandırılabilceğini, işverenin reddetme gerekçelerinin ciddi ve işletme için zorunlu gerekçelere dayanması gerektiği, aksi halde taleplerin haksız olarak reddedilmiş sayılacağı, işverenin kısmi çalışma talebini reddettiğinde, ilgili gerekçeleri belirli bir süre içinde yazılı olarak sunması gerektiğini, aksi takdirde, işverenin daha sonra başka gerekçeler

¹²⁰ Doğan, *İş ve Aile Yaşamı Uyumlu*, 199; Çelik, vd., *İş Hukuku*, 221; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku*, 581; Kaplan, *İş Hukuku*, 154; Ekonomi, “Evlat Edinme,” 49; Taşdemir, “Geçiş Hakkı,” 209; Ocağ, “Evlat Edinme,” 79; Çalışkan, *Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 111.

öne sürme hakkının sınırlı olduğunu belirtmiştir.¹²¹ Dolayısıyla işverenin, kısmi çalışma taleplerini reddederken, belirtilen süreler içinde, somut ve işletme gereksinimlerine dayalı bir gerekçe sunma zorunluluğu bulunmaktadır.¹²² Ülkemizde ise işverenin, kısmi süreli çalışmaya geçme talebini reddetmesi yalnızca işin niteliğinin uygun olmaması haline bağlıdır. İşveren, ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme taleplerini değerlendirirken Yönetmelik m.12/1'de sayılan işlerle sınırlı olarak yönetim hakkını kullanabilir. Yönetmelik m.12/1 hükmünü lafzıyla sınırlı düşünmek gerekir. Bu kapsamın dışında kalan işlerde işverenin takdir hakkı bulunmamaktadır. Kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı için koşulları sağlayan işçinin talebini işveren kabul etmek zorundadır.

Özel sağlık kuruluşlarında sağlık hizmetinden sayılan işler dışında kalan örneğin, insan kaynakları, muhasebe, bilgi işlem, temizlik, yemek, güvenlik vb. işlerde çalışanlar, işverenin iradesine bağlı olmaksızın kısmi süreli çalışmaya geçiş yapabilir.

Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılmasına gerek olmayan sanayiden sayılan işler ile ticaret, tarım ve orman işlerinden sayılan işlerde çalışanlar da dilerse işverenin uygun bulmasına bağlı olmaksızın kısa çalışmaya geçiş yapabilir. Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik Ek-1 hükmünde yer alan ticaretten sayılan işlere *hukuki hizmetler, sigortacılık işleri, haberleşme hizmetleri, demiryolu nakliyatı işleri* ve tarım ve orman işlerine *her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyaflı bitkiler; turunçgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süs bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, deşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, sulama birliklerince ortaklaşa ödeme usulü ile tarımsal sulama sistemlerinin işletilmesi, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması gibi işler* örnek gösterilebilir.

¹²¹ BAG., Urt. V. 11.12.2018, 9 AZR 298/18 ArbG Köln 2016, 9, 10. erişim tarihi Ekim 10, 2024. <https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2021/01/9-AZR-298-18.pdf>.

¹²² Ebeveyn izni boyunca kısmi çalışma talebi Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Ebeveyn İzni Yasası'na (BEEG) dayanmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Caniklioğlu, "Yarım Çalışma Ödeneği," 118 vd.

İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işler dışında kalan tüm işlerde yararlanma koşulları mevcutsa işçi, kısmi süreli çalışmaya geçiş yapabilecektir. İşçinin kısmi süreli çalışma talebine uygun işgörme edimini yerine getirmesi halinde işverenin işçinin geçme hakkını kullanmasına bağlı yaptığı fesih haksız feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. İşçi, iş güvencesi kapsamındaysa feshin geçersizliğinin tespiti için işe iade davası açabilecektir. İşveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmeyip işçiyi tam süreli çalışmaya zorlarsa, bu durumda işçi de çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.¹²³

İşçinin tam zamanlı çalışmadan kısmi zamanlı çalışmaya geçme hakkını kullanabilmesi için tüm koşulların varlığı gerekir. Koşullardan birinin eksik olması halinde işveren, kısmi çalışmaya geçme talebini kabul etmeyebilir.

Yönetmelikte işçinin talebinin bildirim tarihinden en geç bir ay içinde işveren tarafından yazılı olarak karşılanacağı, süresi içerisinde işveren tarafından cevap verilmemesi halinde, işçinin talep dilekçesinde belirttiği tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş günü geçerlilik kazanacağı, işçi belirttiği tarihte işgörme edimini yerine getirmeye başlarsa kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır (m.13). Bu hüküm, geçme hakkından yararlanma koşulları var olmasına rağmen işçinin talebine işverenin cevap vermemesinin sonuçlarını düzenlemektedir. İşverenin cevap vermemesi, sessiz kalması işçinin kısmi çalışmaya geçişini kabul ettiği anlamına gelmelidir.¹²⁴ Dolayısıyla işçinin geçiş talebinde belirttiği günlerde işgörme edimini yerine getirmesi halinde işverenin yapacağı fesih, haksız feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Hamburg Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacı, konut yönetim şirketinde asistan olarak tam zamanlı haftanın 4 günü 08:00-17:00, bir günü ise 07:00-15:00 arasında çalışmaktadır. Ebeveyn izninden dönmeyi planladığı tarihin 11.06.2012 olduğunu, ebeveyn izninin bitimi ile birlikte çalışma saatlerinin haftanın 5 günü 08:00-14:00 olarak düzenlenmesini 21.09.2011 tarihli e-posta yoluyla talep etmiştir. Ayrıca işverenin bu talebi onaylayıp onaylamadığına

¹²³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 449.

¹²⁴ Taşdemir, *Ebeveyn İzni*, 190; Ocak, "Evlat Edinme," 73; Sevimli, *İş Sözleşmeleri*, 120; Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik*, 235.

dair bir geri dönüş beklediğini yazmıştır. Davacı, 3 Şubat 2012’de işverene, çocuğu için kreş başvurusunda kullanılmak üzere iş saatlerini belirten bir form göndermiştir. Bu formda, kendisi için önerdiği çalışma saatlerini (08:00-14:00) işaretlemiştir. Ancak işveren, el yazısıyla bu saatleri değiştirmiş ve iş günlerini Pazartesi’den Perşembe’ye 17:00’ye, Cuma günleri ise 15:00’e kadar uzatmıştır. Form, işverenin imzası ile birlikte davacıya 13 Mart 2012 tarihinde posta ile gönderilmiştir. Mahkeme, bu formun işverence yapılan el yazısı değişikliklerinin yasal olarak geçerli bir ret olmadığını kararlaştırmıştır. Gerekçesinde kreş başvuru formunun bir resmi talep veya yasal ret yazısı niteliğinde olmadığını, sadece bir idari işlem amacıyla düzenlenmiş bir belge olduğunu, bu nedenle işverenin reddinin geçerli sayılmayacağını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, işverenin davacının çalışma saatlerinin düşürülmesi talebini yasal süreler ve usuller çerçevesinde yazılı olarak reddetmediğini tespit etmiş ve davacının haftada 30 saat çalışma talebi geçerli kabul etmiştir. İşverenin davacıyı tam zamanlı çalışmaya zorlamak için uyguladığı değişiklik feshi haksız bulunarak işveren feshinin geçersiz olduğuna karar verilmiştir.¹²⁵

İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebine, işverenin cevap vermemesinin kabul anlamına geldiğine yönelik ülkemizde de verilen mahkeme kararı mevcuttur. Bölge Adliye Mahkemesi “*Davacının 20/11/2000-11/06/2018 tarihleri arasında 7 yıl 2 ay 23 gün süreyle çalıştığı (ücretsiz izin hariç), iş akdinin davacının kısmi süreli çalışma talebi onaylanmadan işe kısmi süreli olarak gelmesi nedeniyle feshedildiği, ilgili yönetmeliğin 11. maddesine göre kısmi süreli çalışma talebinin bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işverence karşılanacağı, cevap verilmemesi halinde işçinin dilekçesinde bildirdiği tarihte geçerlilik kazanacağı, işçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni sayılmayacağı, davacının 27/02/2018 tarihli ve tarihsiz dilekçeleriyle 02/05/2018 tarihinden itibaren salı-perşembe günleri 09.00-18.00 arası çalışacağını bildirdiği, 03/04/2018 tarihli dilekçesiyle talebi hakkında cevap verilmediğini belirterek tekrar talebini ilettiği, davalı işverenin davacının talebine en geç bir aylık sürede cevap vermediği, yönetmelik gereği cevap verilmemesi halinde işçinin dilekçesinde bildirdiği tarihte kısmi*

¹²⁵ LAG Hamburg, no. 8 Sa 109/12, 30 Mayıs 2013, erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/NJRE001200531>.

çalışma talebinin geçerlilik kazanacağı"na karar vererek işçinin talebinde belirttiği saatlerde gelmesi nedeniyle işverenin yaptığı feshin geçersizliğini tespit ederek işe iadesi yönündeki ilk derece mahkemesi kararı yerine bulmuştur.¹²⁶ Dolayısıyla kısmi süreli çalışmaya geçme talebine sessiz kalınması veya usulüne uygun cevap verilmemesi işverenin kısmi çalışmaya geçişini kabul ettiği anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte işçinin kısmi zamanlı çalışmaya geçme koşulları olmaması durumunda ise işverenin sessiz kalması, işçinin talebine yasal süre içerisinde cevap vermemesi, işçinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmasını kabul ettiği anlamına gelmemelidir. Örneğin, eşi çalışmayan ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan ebeveynin analık izin bitimini takip eden ay içerisinde kısmi süreli çalışma talebinde bulunması durumunda işçinin bu haktan yararlanma koşulları oluşmadığından işçinin talebine işverenin cevap vermemesi, geçiş talebini kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. İşçi, işveren kabul etmemesine rağmen kısmi süreli çalışmakta ısrar ederse işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

C. Tarafların Çalışma Gün Ve Saatinde Anlaşma Sağlayamaması

İşverenin, genel itibariyle kısmi süreli çalışmaya geçme talebini kabul etmesine rağmen işçinin çalışmak istediği gün ve saat aralığının işverence uygun görülmemesi de mümkündür. İşçinin talebinde belirttiği çalışma günlerinin ve saatlerinin işveren tarafından kabul edilmemesi, işverenin önerdiği gün ve saatlerin ise işçiye uygun olmaması durumunda kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının kullanımının nasıl gerçekleşeceği yönünde İş Kanununda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yönetmelikte "*Kısmi Süreli Çalışmanın Belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir*" (m.15/1).

İşçinin çalışacağı gün ve saatlerin işverenin oluşturduğu düzen ve organizasyon yapısı içerisinde belirlenmesi gerekir. İşçinin işgörme ediminin yerine getirileceği zamanın somutlaştırılması işverenin yönetim hakkı

¹²⁶ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, E.2019/4530, K.2020/741, 18.03.2020, (sinerji mevzuat).

kapsamındadır. İşveren bu hakkı kanuna, dürüstlük kuralına, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla işin niteliği ve kendi menfaati ölçüsünde kullanabilir.¹²⁷

İşçinin belirlediği çalışma gün ve saatlerinin taraf menfaatleri göz önüne alınarak incelenmesi, işverence kabul edilmemesi halinde gerekçelerinin ortaya konulması gerekir. Amaç, çocuğun bakım ve yetiştirilmesine daha fazla zaman ayırmak olduğundan bu amaca hizmet etmeyen işverence belirlenen çalışma gün ve saatlerinin işçi tarafından kabul edilmesi de beklenemeyecektir. Bu nedenle işveren, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde belirttiği çalışma gün ve saatlerinin işyeri organizasyonuna ve düzenine uygun olup olmadığını dürüstlük kuralı çerçevesinde, hakkı kötüye kullanmadan değerlendirmelidir.

İşverenin yönetim hakkını kötüye kullanması işçiye, işçinin hakkını kötüye kullanması ise işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verecektir. Örneğin, tam süreli iş sözleşmesini kısmi süreli iş sözleşmesine dönüştürerek haftanın yalnızca bir günü 7,5 saat çalışma talebinde bulunan işçinin bu talebinin işveren tarafından olumlu karşılaması iş organizasyonu içerisinde mümkün olmayabilir. Bu halde işçinin talep dilekçesinde belirttiği günde işe devam etmesi ve diğer günlerde işe gitmemesi halinde işverenin işçinin iş sözleşmesini feshi, haklı neden olarak değerlendirilmelidir.

SONUÇ

İş yaşam dengesinin sağlanmasında esnek çalışma ilişkileri, büyük öneme sahiptir. Kadınların ailevi yükümlülüklerini yerine getirirken bir yandan da istihdamın içerisinde kalması bu çalışma ilişkileri ile daha da kolaylaşmaktadır.

Çocuğun sağlıklı bir birey olarak yetişmesi için anne ve babaların nitelikli zaman ayırması gerekir. Anne ve babanın ilgisi, çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimine şüphesiz katkı sağlar. Çocukluk döneminde bedensel, zihinsel, ruhsal gelişimi sağlıklı olan birey hem çocukluk dönemini en uygun koşullarda yaşamış hem de yetişkinlik dönemine hazırlanmış olur.

¹²⁷ Süzek ve Başterzi, İş Hukuku, 932; Yılmaz, Eşitlik İlkesi, 154; Taşdemir, Ebeveyn İzni, 186; Sevimli, İş Sözleşmeleri, 112; Emir, İş ve Sosyal Güvenlik, 247; Doğan, İş ve Aile Yaşamı Uyumu, 197.

Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, iş ve aile yaşamı arasındaki dengenin sağlanması amacıyla hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmeleri ve Avrupa Birliği direktifleri, ebeveynlerin iş yaşamı dengesi kurabilmesi amacıyla kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını desteklemektedir. Bu düzenlemeler, ebeveynlerin iş hayatında kalmasını teşvik etmekte ve çocukların fiziksel, zihinsel ve duygusal gelişimine daha fazla katkı sunmalarını mümkün kılmaktadır.

Çocuklarına daha fazla zaman ayırmak, onların büyümelerine tanıklık etmek, fiziksel, zihinsel ve ruhsal olarak gelişmelerine katkı sağlamak için ebeveynlerin tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışma ilişkisine geçme hakları mevcuttur. İşçi geçme hakkını kullanarak hem çalışma hayatından uzaklaşmamış hem de çocuğu ile geçirdiği zamanı artırmış olacaktır. Koşulları uygun hale geldiğinde ise kısmi süreli çalışmasını tam süreli çalışmaya dönüştürerek çalışma hayatında daha fazla bulunma imkânına kavuşacaktır. Kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından yararlanma koşulları işçilere bu esnek çalışma hakkını tanımakta ve işverenlerin bu talepleri değerlendirirken belirli yükümlülükler altında olmalarını öngörmektedir.

Çocuğun gelişimindeki ebeveynlerin rolü göz önüne alınarak mevzuatımızda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan birisi de ebeveynlerden birinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya geçme hakkıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmesi" başlıklı 13. maddesine 2016 yılında eklenen son iki fıkra ile ebeveynlerden birine kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı tanınmıştır. Aynı maddenin beşinci fıkrasında kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından yararlanma koşulları düzenlenmiş ve altıncı fıkrasında ise "*Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa m.124/1 gereği yönetmelikler, kanunların uygulanmasını sağlamak ve kanunlara aykırı olmamak üzere yapılan düzenleyici işlemlerdir. Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, iş yaşamı dengesinin kurulması için ciddi bir güvence sağlamaktadır. İşçi-işveren ilişkileri bakımından önemli sonuçları olan ebeveyn iznine ilişkin temel hususların kanunla düzenlenmesi gerekirken Yönetmelikte düzenlenmiş olması doğru değildir.

Kanun maddesinde *hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabilceğinin* yönetmelikte belirleneceği belirtilmiştir. Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik'te ise bazı sektör ve işler sayılarak, bu işlerde kısmi süreli çalışmanın yapılmasının işverenin uygun bulunmasına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Kanun maddesinde işverenin uygun bulunmasına bağlanan bir hukuki sonuç yokken Yönetmelikte kanunda olmayan bir hususun düzenlenmiş olması da hukuk tekniğine aykırıdır.

İş Kanunu m.13/5 hükmü gereği kısmi süreli çalışmaya geçmek için gerekli koşullar varsa ebeveynlerden biri işverene talepte bulunabilir. İşverenin bu talebi kabul edip etmeme yönündeki kararında işin niteliği önemlidir. Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasında sayılan bazı iş ve sektörlerde kısmi süreli çalışma, işverenin uygun bulması halinde yapılabilir. İşin niteliği, kısmi süreli çalışmaya uygun değilse işveren yönetim hakkı içerisinde kısmi süreli çalışmaya geçme talebini kabul etmeyebilir.

Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, işverenin yönetim hakkı ile çatışan bir konu gibi görünse de, iş hukuku çerçevesinde her iki tarafın hak ve menfaatlerinin dengelenmesi esas alınmalıdır. İşveren, kısmi süreli çalışma taleplerini değerlendirirken hem işletmenin gereksinimlerini hem de çalışanın haklarını dikkate almalıdır. Bu süreçte dürüstlük, eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri ışığında hareket edilmesi, taraflar arasında iş barışının korunmasını sağlayacaktır. Örneğin, üretim bandında sürekli varlık gerektiren bir işte çalışan bir ebeveynin kısmi süreli çalışmaya geçme talebi, işin niteliği gereği işverence uygun bulunmayabilirken, daha esnek çalışma koşulları sunan bir pozisyonda bu talebin kabulü işverenin de çıkarına olabilir. İşverenin bu süreçte alacağı karar, işyeri düzeninin korunmasıyla çalışanın yasal haklarının dengelenmesiyle mümkün olacaktır. Ayrıca, kısmi süreli çalışma taleplerinin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi, yalnızca işin niteliği ile sınırlı kalmamalı, aynı zamanda çalışma süreleri ve işin verimliliği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Yönetim hakkı, işverenin işyeri yönetimindeki yetkilerini ve iş düzenini sağlama sorumluluğunu ifade eder. İşverenler, çalışanların taleplerini işin niteliği ve iş yerindeki ihtiyaçlar doğrultusunda değerlendirmek zorundadır. Ancak, bu değerlendirme sırasında işverenin, çalışanların haklarını ve özellikle ailevi yükümlülüklerini gözetmesi, iyi niyet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde hareket etmesi gerekir. İş Kanunu'na göre, işverenin kısmi süreli çalışma taleplerini işin

niteliğinin kısmi süreli çalışmaya uygun olmaması halinde reddetme hakkı bulursa da, bu ret kararı keyfi olmamalı, işletmenin gerçek gereksinimlerine dayandırılmalıdır.

Ebeveynlerin kısmi süreli çalışma hakkı, hem bireylerin hem de toplumsal yapının sürdürülebilirliği açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu düzenleme, aile içi sorumlulukların yerine getirilmesi ve aynı zamanda ekonomik hayata katılımın devam etmesi için güçlü bir hukuki mekanizma sağlar. İşverenlerin bu talepleri değerlendirirken hukuka uygun hareket etmeleri, taraflar arasındaki iş barışını koruyacak ve sürdürülebilir bir iş ilişkisini teşvik edecektir. Kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, ebeveynlere tanınan bir güvencedir. Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasında iş ve sektörlerin kapsamı tek tek belirlendiğinden kıyasen başka iş ve sektörlerle de uygulanması mümkün değildir. Yönetmelik hükmünü lafzıyla bağlı değerlendirmek gerekir. Aksi halde ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, tamamen işverenin iradesine terk edilmiş olur. Bu durum hakkın var oluş amacına da aykırıdır. Birinci fıkra kapsamında bulunmayan işlerde ise işveren, ebeveynin kısmi süreli çalışmaya geçme talebini kabul etmek zorundadır.

Avrupa Birliği'nin 2019/1158 sayılı Direktifi'ne göre ebeveynlerin çalışma hayatının içinde kalmasını teşvik edecek işçilerin ihtiyaçları doğrultusunda esnek çalışma programları ayarlanmalıdır. İşveren esnek çalışma taleplerini değerlendirirken kaynaklarını, organizasyon içerisindeki kapasitesini dikkate alabilmeli, işçinin esnek çalışma yönündeki talebini kabul edip etmeyeceğine karar verebilmelidir. Direktif, ebeveynlerin esnek çalışmaya geçişinde işverene koşullarını değerlendirme, uygunsuz kabul etme, değilse kabul etmeme yönünde yönetim hakkı içerisinde değerlendirme imkanı tanımıştır. Ülkemizde ise işverenin yönetim hakkı, işin niteliğinin kısmi süreli çalışmaya uygun olmaması haliyle sınırlandırılmıştır. İşverenin yönetim hakkının kullanımı, Direktif'te yer alan düzenlemeye göre mevzuatımızda daha sınırlı tutulmuştur. Bu sayede ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından yararlanmaları daha güçlü şekilde korunmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Ateş, Dursun Sevgi. *İşverenin Yönetim Hakkı*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Aybay, Rona. *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006.
- Aydın, Ufuk ve Demirkaya, Seher. "Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları." *İş ve Hayat Dergisi* 3, no. 6 (2017), 72-104.
- Aydınöz, Gonca. "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no.22 (2009): 163-192
- Aydoğan, Rüştü. *Türkçe Sözlük*. Ankara: Evrensel, 2022.
- Başbuğ, Aydın. *İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik*. Ankara: Alter, 2008.
- Bayat, Kıroğlu İrep. "Kadınların İş-Aile Yaşamı Çatışmasını Engellemeye Yönelik Hukuki Düzenlemeler." *Sosyal Güvenlik Dergisi* 7, no. 2 (2017): 105-134.
- Caniklioğlu, Nurşen. "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği." *Emeğin Hukuku Kurultayı -2*, ed. Necdet Basa, Sema Güleç Uçakhan. 115-138. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 27.05.2016.
- Civan, Orhan Ersun. *İşçinin Yan Yükümlülükleri*. İstanbul: Beta, 2021.
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*. İstanbul, Beta, 2015.
- Çalışkan, Aslı. *İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri*. İstanbul, Onikilevha, 2018.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2023.
- Demircioğlu, A. Murat. "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi." *Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan*. 121-140. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2011.
- Demirhan, Adakale Fatma Elif ve Münir Ekonomi. "Türkiye'de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu ile Getirilen Yenilikler," *İTÜ Dergisi/d* 4, no. 5 (2005), 55-67. http://itudergi.itu.edu.tr/index.php/itudergisi_d/article/viewFile/691/615.
- Doğan, Sevil. *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumununun Sağlanması*. Ankara: Seçkin, 2022.

- Ekmekçi Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Ekonomi Münir. "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz izin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları." *Legal İSGHD* 14, no. 53 (2017): 21-57.
- Emir Şahin, Asiye. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık*. Ankara: Adalet, 2019.
- Ermumcu Değer, Senem. "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı- Ödeneği." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, no. 19 (2017): 1997-2027. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/11-SENEM-DEGER-ERMUMCU.pdf>.
- Ertürk, Şükran. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara, Yetkin, 2022.
- Ertürk Arslan, Arzu. "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 1 (2017): 345-369. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331996>.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Kahraman, Abdullah. "Türk İş Hukukunda Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışmalar." *Kamu-İş Dergisi* 3, no. 3 (1994): 91-98.
- Kaplan Senyen, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Kaplan Senyen, Emine Tuncay. *Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması*. Ankara: Sözkese, 1999.
- Koç, Sedef. "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri." *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, ed. Tankut Centel, 195-209, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016).
- Korkmaz ,Fahrettin ve Alp Nihat Seyhun. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara, Seçkin, 2019.
- Kökkılınc, Ayşe Gül. *İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması*. İstanbul: Legal, 2013.
- Köseoğlu, Ali Cengiz, "Türk İş Hukukunda Analık." *İş ve Hayat Dergisi* 2, no. 4 (2016): 97-124.
- Kurt, Sevil Lale. "Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması." *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, no. 36, (Ocak-Haziran 2016): 99-127. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/227835>.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. Ankara: LYKEION, 2022.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. *Hizmet Sözleşmesi*. Ankara Ofset, 1995.
- Özdemir Manav, Eda ve Canan Erdoğan, "Türk Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.45 (2021): 106-127.
- Ocak Saim, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 37 (2017), 52-101.
- Ocak, Saim. "Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması." *İş ve Hayat Dergisi* 3, no. 5 (2017): 174-227.
- Özveri, Murat. *Bireysel İş İlişkileri Açısından Türkiye İşçi Hukuku*. no. 2. İstanbul: Cerenler Vakfı, 2024.
- Roeters, Anne. "Cross-National Differences in the Association Between Parental Work Hours and Time with Children in Europe: A Multilevel Analysis." *Social Indicators Research* 110, (2013): 637-658.
- Sevimli, Ahmet. *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri*. İstanbul:Beta, 2019.
- Soysal, Tamer. "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler." *Kamu-İş Dergisi* 8, no. 4 (2006): 89-136.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Süzek Sarper. "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları." *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*, 225-232, (Ankara: Mavi Ofset, 1998).
- Süzek, Sarper ve Süleyman Başterzi. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2024.
- Taşdemir ,Yasemin. *Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği*. İstanbul: Onikilevha, 2019.
- Taşdemir, Yasemin. "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı." *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 5, no.11 (2018): 204-211. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/602336>.
- Taşkent, Savaş ve Dilek Kurt. "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 40 (2014): 29-48.
- Tulukcu, N. Binnur. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması*. Ankara: T. Haber İş Sendikası, 2000.

- Tulukcu, N. Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik." *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, Cilt 1, ed. Süleyman Başterzi, 1099-1141, (İstanbul: Beta, 2011).
- Uğur, Suat ve Yusuf Yiğit. "İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı." *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi* 6, No. 1 (2017): 70-98. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333234>.
- Uludağlı Pekel, Nilay. "Baba Katılımında Etkili Faktörler ve Baba Katılımının Baba, Anne ve Çocuk Açısından Yararları." *Türk Psikoloji Yazıları, Türk Psikoloji Yazıları* 20, no.39, (2017): 70-88. <https://psikolog.org.tr/tr/yayinlar/dergiler/1031828/tpy1301996120170000m00034.pdf>.
- Ulusoy, Tülay. "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 53 (2017): 741-766.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin, 2008.
- Yılmaz Kaftan, Merve. *4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiler Cinsiyet Ayrımı ve Eşitlik İlkesi*. İstanbul: Onikilevha, 2024.
- Yorulmaz, Çiğdem. *Kısmi Süreli İş Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2008.
- Yuvalı, Ertuğrul ve Tuğçe Yaba. "İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyuma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, no.2 (2022): 1685-1714.

TÜRK HUKUKUNDA MUHTAÇLIK AYLIĞI İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Judicial Audit of Needy Pension Procedures in Turkish Law

Yunus ERASLAN*

Hüseyin BİLGİN**

Öz

Anayasanın 61. maddesine göre Devlet, engellilerin korunması, sosyal hayata katılımını sağlayıcı tedbirleri alır. 65 yaş üstü yaşlı kişiler de Devlet tarafından korunacaktır. Bu kişilere yapılacak olan Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ile kolaylıklar kanunla düzenlenmiştir.

Fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan engelli, engelli yakını ve yaşlı olan vatandaşların korunmasına yönelik, sosyal adaleti pekiştirici tedbirlerle adil bir gelir dağılımı sağlamak ve toplumda, sosyal dayanışma ve yardımlaşmayı sağlamak amacıyla 3294 sayılı Kanun ve 2022 sayılı Kanun'da özel düzenlemelere yer verilmiştir.

2022 sayılı Kanun'a göre, muhtaç olduğuna karar verilen engelli olanlara, engelli yakınına veya 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına, sosyal

* Doç. Dr., Adana 1. İdare Mahkemesi Başkanı, e-posta: ab97707@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-9660-5519.

** Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, e-posta : huseyinbilgin22@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1887-792X

Makale Gönderim Tarihi/Received: 14.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 12.12.2024.

Atıf/Citation: Eraslan, Yunus ve Hüseyin Bilgin. "Türk Hukukunda Muhtaçlık Aylığı İşlemlerinin Yargısal Denetimi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1552-1583.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

yardımlaşma ve dayanışmayı sağlamak amacıyla belli tutarlarda aylık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından bağlanmaktadır. Bu kapsamda engelli olanlara, engelli yakınına veya 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına ilişkin olarak, bu kişilerin muhtaç olduğuna ve aylık bağlanmasına, muhtaç olmadığına, aylığın kesilmesine, dönüştürülmesine, azaltılmasına veya artırılmasına, mahsubuna dair işlemler tesis edilebilmektedir. Bu işlemlere karşı açılan davalarda, görevli yargı yerine ilişkin olarak uyuşmazlıklar çıkmakta ve bu durum yargılamanın uzamasına sebebiyet vermektedir. Çalışmamızda muhtaçlık aylığı kapsamında, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tesis edilen işlemler ve bu işlemlere karşı açılan davalarda görevli yargı yeri sorunu yargı kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Muhtaçlık Aylığı, İdari Yargı, Adli Yargı, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay.

Abstract

According to Article 61 of the Constitution, the State shall take measures to ensure the protection of the disabled and their integration into social life. The elderly shall be protected by the State, State assistance to the elderly and other rights and facilities to be provided shall be regulated by law.

In order to protect disabled, disabled relatives and elderly citizens who are in poverty and in need, to ensure fair distribution of income distribution with measures to reinforce social justice, to ensure social assistance and solidarity, special regulations are included in the Social Assistance and Solidarity Incentive Law No. 3294 and the Law No. 2022 on the Granting of Pensions to Needy, Powerless and Destitute Turkish Citizens who have reached the age of 65.

According to Law No. 2022, a certain amount of pension is granted to disabled persons, relatives of disabled persons or Turkish citizens over the age of 65, who are determined to be in need by Social Assistance and Solidarity Foundations, in order to ensure social assistance and solidarity. In this context, regarding the disabled persons, relatives of the disabled persons or Turkish citizens who have reached the age of 65, transactions can be established regarding the needy and monthly pension, not needy, deduction, conversion, reduction, increase, offsetting of the pension. In the lawsuits filed against these transactions, disputes arise

regarding the competent jurisdiction and this situation causes prolongation of the proceedings. In our study, within the scope of the needy pension, the transactions established by the Social Assistance and Solidarity Foundations and the question of the competent jurisdiction in the lawsuits filed against these transactions will be examined in the light of judicial decisions.

Keywords: Needy Pension, Administrative Judiciary, Judicial Judiciary, Court of Disputes, Supreme Court.

GİRİŞ

Her toplumda, nüfusun belirli bir kesimi yaşlı veya engellilerden oluşmaktadır. Yaşlı ve engelliler, toplumun diğer kesimlerine nazaran daha fazla korunmaya ve kolaylıklar sağlanmaya ihtiyaç duyan kişilerdir. Sosyal devlet anlayışı da yaşlı ve engellilerin özel olarak korunmayı gerektirir. Anayasaya göre yaşlılar ve engelliler, sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler kapsamında görülmektedir. Bu kişilere sağlanacak olan Devlet yardımları ve diğer haklar ile kolaylıklar kanunla düzenlenecektir (AY m. 61). Bir Devletin yaşlı, engelli ve muhtaçlara hangi düzeyde sosyal güvenlik hizmeti verdiği, o devletin ne seviyede sosyal devlet olduğuyula doğrudan bağlantılıdır.¹ Anayasaya göre, kanun önünde, herkes siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, dil, ırk, renk, cinsiyet, ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmaksızın eşittir. Ancak yine Anayasa da engelliler, yaşlılar, çocuklar, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile gazi ve maluller için bu kişiler lehine alınacak tedbirler ise Anayasal eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır (AY m. 10).

Türk hukuk sisteminde, yaşlıları ve engellileri koruma niteliği taşıyan sosyal destek ve yardım uygulamaları yönünden en temel düzenlemelerden başında 01.07.1976 tarihli ve 2022 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" gelmektedir. Yürürlüğe girdiği tarihten bu yana çok sayıda değişiklik yapılan 2022 sayılı Kanun'da son olarak 7420 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. 2022 sayılı Kanun, hukuk

¹ Aziz Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 754.

sistemimizde uygulanan sosyal yardım ve dayanışma kurumunun en önemli unsurlarından biridir.²

2022 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle kamu kaynaklı, “65 Yaş Aylığı” olarak da bilinen ilk sosyal yardım uygulamasını konu alan bir hukuki düzenlemedir.³ 2022 sayılı Kanun’da sonradan yapılan değişikliklerle engelli vatandaşlar da kapsama alınmış ve Kanun muhtaç durumdaki yaşlı veya engelli kişilere destek sağlayan bir düzenleme mahiyetine kavuşmuştur.⁴

2022 sayılı Kanun’da belirtilen ödemelerden faydalanabileceklerin başvuru usulü, hak sahipliğinin belirlenmesi, kontrolü ve ödemelerin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla 25.01.2013 tarih ve 28539 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir.

2022 sayılı Kanun kapsamında yaşlı ve engellilere aylık bağlanabilmesi için ilgililerin, muhtaç olması gerekir. 2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaç sayılabilmek için;

a) 65 yaş üstü aylığı bağlanmasında, aynı evde ikamet edip etmediklerine bakılmadan aylık bağlanacak kişinin kendisi ve eşine ait tüm gelirler toplamı esas alınır. Bu gelirlerin kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının üçte birinden az olması ve bu tutardan fazla gelir elde etmesinin mümkün olmaması gerekir.

b) Engelli ve/veya on sekiz yaş altı engelli yakını aylık ödemesi için, her türlü gelirler toplamı esas alınır. Aynı hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir miktarı asgari ücretin aylık net tutarının üçte birinden az olması ve aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olmaması gerekir. (Yön. m. 7).

² Cüneyt Olgaç, “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanmasında Usul ve Esaslar,” *Sosyal Güvenlik Dünyası* 12, no. 61 (2009): 18 vd.

³ Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (Bursa: Dora Yayınları, 2015), s. 24.

⁴ Ertuğrul Yuvalı, “2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanunun Değerlendirmesi ,” *Türkiye Adalet Akademi Dergisi* 10, no. 37 (2019): 52 vd.

Çalışmamızın amacı, 2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaçlık aylığı çerçevesinde tesis edilen işlemler ve bu işlemlerin yargısal denetiminin yargı kararları ışığında irdelenmesidir.

I. 2022 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MUHTAÇLIK AYLIĞI ŞARTLARI

2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaçlık aylığı bağlanabilmesi için aranan şartlar öncelikle başvuracak kişinin Türk Vatandaşı olması, 65 yaşını doldurmuş olması veya belli bir oranda engelli olması ile muhtaç olması (belirli bir miktarda aylık gelire sahip olmaması) şeklinde ifade edebiliriz.

A. Türk Vatandaşı Olmak

2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaç olduğu tespit edilenlere aylık bağlanabilmesi için, kişinin Türk vatandaşı olması gerekir.⁵ Bu şart hem muhtaç yaşlı hem de muhtaç engelliler veya engelli yakınları için aranır.

Anayasaya göre vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir (1982 Anayasası m. 66). 1982 Anayasası Türk vatandaşlığını bireyle devlet arasında kurulan hukuki bir bağ olarak tanımlamaktadır.⁶

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı, ya doğumla ya da sonradan kazanılır (m. 5). Doğumla kazanılan Türk Cumhuriyeti vatandaşlığı, doğum yeri veya soy bağı esaslarına göre herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılacak olan vatandaşlık doğumdan itibaren hüküm ve sonuç ifade eder (m. 6). Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı ise evlat edinilme, seçme hakkının kullanılması veya yetkili makam kararıyla gerçekleşir (m. 9).

⁵ Cumhuriyet Sinan Özdemir, "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması," *Sosyal Güvenlik Dünyası* 9, no. 41 (2007): 91 vd.

⁶ Şeniz Anbarlı Bozatay, "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Türk Vatandaşlığı'nın Kazanılması," *Yönetim Bilimleri Dergisi* 8, no. 2 (2010): 171 vd.

Türk vatandaşlığı, muhtaçlık aylığının talep tarihinde olması yeterli değildir. Muhtaçlığa bağlı aylığın alındığı dönem boyunca Türk vatandaşlığının devam etmesi gerekir.⁷ Türk vatandaşlığından çıkarılması ve Türk vatandaşlığı korunmadan başka bir devletin vatandaşlığına girilmesi durumu, aylığın kesilme sebebidir (Yön m. 11-2/d).

B. 65 Yaşını Doldurmuş veya Engelli (Engelli Yakını Dahil) Olmak

2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaç olduğu tespit edilenlere aylık bağlanabilmesi için, kişinin 65 yaşını doldurmuş olması, 18 yaşını doldurmuş engelli olması veya 18 yaşını doldurmamış engellinin yakını tarafından bakımının üstlenilmiş olması gerekmektedir. (2022 SK m. 1, 2) 65 yaşın belirlenmesinde, doğum tarihinde sonradan yapılan düzeltmeler dikkate alınmayacaktır. (2022 SK m. 1/3) İlgililerin engelli olduklarının, ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile kanıtlanması gerekmektedir. (2022 SK m. 2/1-a)

Muhtaçlık aylığı hak edebilmek için, 18 yaşını dolduran engellilerin talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olması gerekir. 18 yaşını dolduran engellinin, başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek durumda olduğu sağlık kurulu raporu ile kanıtlanmış ise Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olması aranmaz.⁸ (2022 SK m. 2)

C. Muhtaç Olmak veya Muhtaç Olmadığı Kabul Edilmemek

2022 sayılı Kanun kapsamında aylığa hak kazanabilmenin en önemli şartı muhtaç olma durumudur. Genel olarak muhtaçlık, bireylerin temel ihtiyaçlarını asgari düzeyde karşılamaya yeterli gelirin bulunmaması hali olarak ifade edilebilir.⁹

⁷ Murat Gökteş, Erden Çakar ve Murat Özdamar, *Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim* (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011), 90.

⁸ 2022 sayılı Kanunun uygulanmasında; engel durumuna göre toplam engel oranı % 40 ile % 69 arasında olanlar "engelli", engel durumuna göre toplam engel oranı % 70 ve üzeri oranda olanlar ise "başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli" olarak kabul edilir (Yön. m. 12).

⁹ Mehmet Zülfi Camkurt, "Yaşlılık ve Yaşlıların Sosyal Güvenliği Kapsamında 65 Yaş Aylığı Bağlanması İşlemleri," *Kamu-İş Dergisi* 13, no.3 (2014): 83 vd.

2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaçlık durumu belirlenirken asgari ücretin aylık net tutarı esas alınmaktadır. 2022 sayılı Kanun'a göre, kişi başı ortalama aylık geliri on altı yaş üstü için belirlenen aylık asgari ücret tutarının üçte birinden fazla olanlar ile bu miktardan daha fazla gelir elde etmesi mümkün olan kimseler muhtaç olarak kabul edilmemekte ve bu kişilere muhtaçlık aylığı bağlanmamaktadır (m. 1, m. 2/3).

Buna göre, kişi başı ortalama aylık geliri aylık net asgari ücret tutarının üçte birinin tespitinde, 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşları yönünden kişinin her türlü kendisine ve eşine ait tüm gelirler toplamı esas alınmakta iken (m. 1), engelliler veya engelli yakınları yönünden, her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, aynı ev içinde yer alan kişi başına düşen ortalama aylık gelir miktarı esas alınmaktadır (m. 2/3).

2022 sayılı Kanun'a göre ister engelli ister 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşları olsun, aylık kişi başına düşen gelir miktarı asgari ücretin aylık net tutarının üçte birinden fazla olan kimseler "muhtaç" olarak kabul edilemezler.¹⁰

Aynı şekilde, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan herhangi bir gelir veya maaş hakkından yararlananlar, zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar, kendisine nafaka bağlanmış veya nafaka bağlanması mümkün olanlar, 2828 sayılı Kanun hükümlerine göre harçlık ödenenler, kanunen muhtaç olarak kabul edilemez (m. 1, 2).

2022 sayılı Kanun'un 1 ve 2. maddesine göre, kendisine nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hakkında muhtaçlık kararı verilmesi, dolayısıyla muhtaçlık aylığı bağlanması mümkün değildir. Buna göre, aylık başvurusunda bulunan kişiye Medeni Kanun'un 364. maddesi uyarınca yakınlarından nafaka bağlanma imkanı olup olmadığı hususu Vakıf Mütevelli Heyeti tarafından tespit edilecektir. Başvuran kişiye nafaka bağlanma imkanı varsa bu kişilerin aylık başvurusu reddedilir (Yön. m. 7/7). Medeni Kanuna göre, "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır. Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır" (TMK m. 364).

¹⁰ Refik Korkusuz ve Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınları, 2022), 102.

2022 sayılı Kanun'da, bağlanan nafaka tutarı gözetilmeksizin, kendisine nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanların muhtaçlık kararı verilmesi dışında tutulması hususu Anayasaya aykırıdır. Çünkü, bu durumda bulunan kişilere bağlanan veya bağlanması mümkün olan nafaka, çok düşük tutarlarda olabilir. Hatta bu tutar, normal şartlarda kendisine muhtaçlık nedeniyle bağlanacak aylık tutarının da çok altında kalabilir. Kendisine nafaka bağlanmış olsa veya bağlanması mümkün olsa dahi, nafaka tutarı gözetilmeden veya bu konuda somut bir ölçü ya da kıstas belirlenmeden doğrudan muhtaç olunmadığı yönünde getirilen düzenleme, yaşlıların ve engellilerin Devletçe korunması gerektiği yönündeki Anayasanın amir hükmüne aykırıdır. Bu durumda bulunan engelli ve yaşlıların korunmasını sağlamak amacıyla 2022 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Yapılacak değişiklikle, kendisine nafaka bağlanmış olan veya bağlanması mümkün olan yaşlı ve engellilere, bağlanan veya bağlanacak nafaka tutarı gözetilmek suretiyle somut bir ölçü ya da kıstas belirlenmesi gerekir.

Yine, özel veya kamu kurum ve kuruluşlarınca yeme, içme ve barınma giderleri sürekli olarak karşılanarak bakımı yapılan veya yaptırılanlar, sahip oldukları mallar ve gelirlerini bir sözleşmeyle gerçek ve tüzel kişilere devrederek kendilerine bakılanlar da muhtaçlık aylığına hak kazanmamaktadır (Yön. m. 7).

II. MUHTAÇLIK AYLIĞI MEVZUATI KAPSAMINDA TESİS EDİLEN İŞLEMLER

2022 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği kapsamında, muhtaç olmadığına dair karar, muhtaç olduğu ve aylık bağlanması kararı, muhtaçlık aylığının durdurulması, kesilmesi ve geri alınması yönünde işlemler tesis edilebilmektedir. Konunun anlaşılması yönünden, tesis edilen bu işlemler ayrı başlıklar halinde kısaca açıklanacaktır.

A. Muhtaç Olup Olmadığına (Aylık Bağlanmasına) Dair İşlemler

2022 sayılı Kanun'a göre bağlanacak aylıklara ilişkin başvuru, başvuru yapanların MERNİS sisteminde kayıtlı ikametgâhının bulunduğu yer Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına yapılır. Söz konusu başvurulara ilişkin tüm iş ve işlemler, anılan Vakıflarca başvuru tarihinden itibaren en geç bir ay içinde

tamamlanır (Yön m. 5, m. 8). Başvuru sonrası ön inceleme yapılır. Ön incelemede, belgelerde herhangi bir eksiklik bulunup bulunmadığına bakılır ve belgelerde herhangi bir eksiklik varsa başvuru reddedilir.¹¹

Evraklarında eksiklik bulunmayanlar hakkında sosyal inceleme yapılır. Sosyal inceleme, ev ziyareti ile sosyal çevre araştırması sonucunda elde edilen bilgilerden oluşmaktadır. Sosyal inceleme sonucunda, elde edilen bilgilerin doğrulanması ve ev halkının genel durumunun mahallinde tespit edilebilmesi için, Vakıf çalışanlarınca başvuruda bulunan kişinin ikametgâhına ve mahalli çevresine gidilmek ve ev ziyaret bilgi formu doldurulmak suretiyle gerçekleştirilir. (Yön m. 6)

En son aşama ise değerlendirme aşamasıdır. Bu aşamada, yapılan değerlendirme sonucu 2022 sayılı Kanun'da muhtaçlığa engel durumu bulunmayan ve kişi başına düşen geliri muhtaçlık sınırı olan asgari ücretin üçte birinden az olanlara aylık bağlanır. Mütevelli Heyetinin kararları 2022 modülü¹² kullanılarak sisteme işlenir.

2022 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde muhtaçlığa ilişkin olarak öngörülen şartları taşımayanlar hakkında, muhtaç olmadığına dair karar verilir. Muhtaç olmadığı karar verilenlere muhtaçlık aylığı bağlanmaz.

Kişinin muhtaç olup olmadığına ilişkin kararın alınması ve muhtaç olması halinde muhtaçlık aylığı bağlanmasına ilişkin iş ve işlemler Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca yerine getirilir (Yön. m. 19). Bu kapsamda muhtaç olunmadığına dair karar ile, muhtaçlık aylığının açık ve zımnen reddine ilişkin işlemler, aylığın kesilmesi işlemleri Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tesis edilecektir (Yön. m. 19)

Muhtaçlık şartlarını sağlasa da Kanun ve yönetmelikte öngörülen diğer şartları taşımayan, gerekli bilgi ve belgeleri ibraz etmeyenlerin aylık başvuruları da reddedilecektir.

¹¹ Yuvalı, "2022 Sayılı," 58.

¹² "2022 modülü: Bütünleşik Sosyal Yardım Hizmetleri Bilgi Sistemindeki 2022 sayılı Kanun'a ilişkin iş ve işlemlerin yürütüldüğü modülü" ifade eder (65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m. 8).

B. Muhtaçlık Aylığının Durdurulması

2022 sayılı Kanun'un uygulanmasında bazı durumlarda muhtaçlık aylığı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca geçici süre ile durdurulabilecektir. Aylıkların kesilmesi ve durdurulması hususu Uygulama Yönetmeliğinin 11. maddesinde ayrıntılı olarak ifade edilmiştir.

Muhtaçlık aylığı alan kişinin aylık aldığı Vakfın bulunduğu yerdeki ikametgâhını başka bir Vakfın görev alanına girecek şekilde değiştirmesi halinde, bu kişinin muhtaçlık aylığı geçici süreli olarak durdurulacaktır. Bu kişiler ikametgah değişikliklerinden itibaren bir yıl içinde yeni ikametgâhlarındaki ilgili Vakfa başvurmaları ve muhtaçlık halinin devam ettiğinin Mütevelli Heyeti tarafından tespit edilmesi durumunda aylıkları durdurulduğu tarihten itibaren geçerli olmak üzere yeniden muhtaçlık aylığı bağlanacaktır. Burada muhtaçlık aylığının kesildiği tarihten başlatılarak hak ettiği ve önceki dönemde ödenmeyen aylıklar da takip eden ilk ödeme döneminde toplu olarak ödenecektir (Yön. m. 11).

Sağlık kurulu raporları belirli süreli olanların rapor süresi dolduğunda, ilgili Vakıf tarafından Sağlık Bakanlığı veri tabanından yeni sağlık raporu temin edilmektedir. Yeni sağlık raporunun Sağlık Bakanlığı veri tabanından temin edilememesi halinde ise ilgililerin bu raporlarını Vakfa teslimi gerekir. Sağlık Kurulu rapor süresi dolmasına rağmen yeni sağlık kurulu raporunu teslim etmeyenlerin aylıkları da geçici olarak durdurulacaktır. Ancak geçici olarak durdurulmuş olan aylıklar, rapor süresinin dolmasından itibaren bir yıl içinde yeni raporun vakfa teslimi halinde, durdurulduğu ve son ödemenin yapıldığı tarihi izleyen aydan itibaren yeniden başlatılarak ilk ödeme döneminde topluca ödenecektir. (Yön m. 11).

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından muhtaçlık aylığı bağlanan kişilerin gelir, yaşam düzeyi ve mal varlıkları, bakım ilişkisinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hakkında, inceleme yapmaya veya kamu kurum ve kuruluşları aracılığı ile inceleme yaptırmaya yetkilidir. Bu konuda Bakanlık tüm resmi ve özel idari kurum, kuruluşlar ile şahıslardan her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Yapılan bu inceleme sonucunda muhtaç olmadıkları tespit edilenlerin bağlanmış aylık ödemesi durdurulur. Bunların muhtaçlık durumu yeniden değerlendirilmesi amacıyla Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünü tarafından ilgili SYDV'na bildirim yapılır. (Yön m. 17).

Geçici durdurma işlemleri, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tesis edilir ve 2022 modülü kullanılarak sisteme işlenir.

C. Muhtaçlık Aylığının Kesilmesi

2022 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen bazı durumlarda muhtaçlık aylığı, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı kararıyla kesilir. Uygulama Yönetmeliğin 11/II'de gösterilen hallerde aylıklar ilk ödeme döneminin başından itibaren kesilecektir. Bu haller ise;

1. İlgili kişinin ölümü,
2. İlgili kişinin yardımdan ve/veya aylıktan feragat etmesi
3. 18 yaşından küçüğe bakan yakınları açısından baktıkları kişinin 18 yaşını doldurması
4. 18 yaşından küçük engelliye bakan kişilerin engelli ile aynı evde ikamet etmemesi ya da aynı evde ikamet ediyor olmasına rağmen 18 yaş altı engelliye bakımda bulunmaması, engelli için tahsis edilen aylığın engelli yararına kullanılmadığının tespit edilmesi
5. Aylık bağlanan kişinin Türk Vatandaşlığından çıkartılması veya yabancı bir ülke vatandaşlığına Türk vatandaşlığını bırakarak geçmesi
6. Engellilik hali ile ilgili olarak süreli sağlık kurulu raporu olan kişilerin rapor süresi dolmasına rağmen süresi içerisinde yeni sağlık kurulu raporunu teslim etmemesi
7. Muhtaçlık aylığı aldığı SYDV'nin bulunduğu yerdeki ikametgahını değiştirme ve bu ikametgah değişikliğini de bir yıl içinde yeni ikametgahındaki Vakfa bildirmeme, başvurmama hali
8. Muhtaçlık aylığını kesintisiz olarak on ay süreyle alınmaması
9. SGK kapsamında bir gelir veya aylık almaya başlayanlar ve SGK bağlı olarak bir işte çalışmaya başlayanlar, Medeni Kanuna göre nafaka bağlananlar veya bağlanması gerekenler, kamu veya özel kurumlarında sürekli olarak bakımı ve barınması sağlananlar veya hayat boyu bakım sözleşmesi vb yollarla kendilerine baktırma, muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde nafaka almakta olması

veya gelir elde etmekte olması sebepleriyle aylık bağlanması koşullarının kaybedilmesi halinde

10. Medeni Kanuna göre nafaka alabilecek kişilerden olması veya aylık kişi başına düşen gelirin yüksek olması veya muhtaçlık halinin ortadan kalktığı sonradan tespit edilmesidir.

Yukarıda sayılan durumlardan her hangi birisinin varlığının tespiti halinde muhtaçlık ve/veya engelli aylığı SYDV tarafından kesilecektir. Bu sebeplerden herhangi biri nedeniyle aylığı kesilenlerin yeniden aylık talebinde bulunmaları halinde başvurular yeni başvuru olarak değerlendirilecektir.

D. Muhtaçlık Aylığını Dönüştürme, Azaltma ve Artırma İşlemleri

65 yaş üstü muhtaçlık aylığı bağlanan kişilerin aynı zamanda engelli olması halinde aylığı başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli aylığına dönüştürülebilir. Bunun için yaşlı aylığı alan kişinin sağlık kurulu raporu ile ispatlanan yüzde yetmiş oranı ve üzerinde engelli olması gerekir. Bu kişilerin ayrıca hane başına düşen gelir şartını da sağlamalıdır. Bu kişilerin aylıkları raporun vakıf kaydına girdiği tarihten sonraki ilk ödeme döneminde yeni duruma göre ödenecektir (Yön m. 13/1-3). Aynı şekilde bu kişilerin engel oranında düşüş olması ve aylığının azalması gerekmesi halinde de son raporun Vakıf kaydına girdiği tarihi izleyen dönemde yeni azaltılan miktar üzerinden ödeme gerçekleştirilecektir. Muhtaçlık aylığının dönüştürme, artırma ve azaltma işlemleri, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tesis edilir ve 2022 modülü kullanılarak sisteme işlenir.

E. Muhtaçlık Aylığında Mahsup İşlemi ve Geri Alma İşlemleri

Engelli aylığı alan kişinin engel aylığı almasına dayanak olan engellilik oranının azalması halinde duruma göre ödenen aylık miktarı da azaltılabilir. Engelli aylığına esas alınan sağlık kurulu raporunda engellilik oranı düşen kişinin raporu ilgili SYDV tarafından Sağlık Bakanlığı veri tabanından alınabilecektir. Ancak veri tabanından bu raporların temin edilmemesi halinde ilgisinin bu raporu teslim etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İlgili kişinin raporun düzenlenmesinden itibaren üç ay içerisinde bu raporu SYDV na vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bu kişilerin fazladan aldıkları yersiz ödemeler daha

sonra kendilerine ödenecek aylıklardan mahsup edilecek tahsil edilecektir. Bu mahsup işlemi aylığın en fazla dörde birine uygulanacaktır. Ancak borçların bu şekilde mahsuben tahsil imkanı bulunmaması halinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığıınca alacağın takibi yapılacaktır (Yön. m. 13/1-3).

Aynı şekilde muhtaçlık aylığının kesilmesi gereken ödeme dönemi başından itibaren istihkaklarından fazla veya yersiz ödenen aylıklar ile tahakkuk ettirilmiş faiz, borcun tahsilinden önce aynı kişiye tekrar aylık bağlanmış olması durumunda aylıklarından mahsup edilir. Borçların mahsup yoluyla tahsil imkânının kalmaması halinde de Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından bu alacakların takip ve tahsili sağlanacaktır (Yön. m.15).

Aylıkların kesilmesini gerektiren durumları aylık almakta olanlar veya aylık sahiplerinin yakınları (eş, ana, baba, vasi, vekili vb) üç ay içinde ilgili SYDV'na bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe uymayarak yersiz aylık tahsilinde bulunanlardan ödenmiş olan aylıklar için ödeme tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süre için kanuni faizi ile birlikte Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından borç tahakkuk ettirilerek, takip ve tahsili sağlanır (Yön. m.14/I).

Aylığa hak kazanmak üzere düzenlenen belgelerin de gereçe uygun olarak düzenlenmesi gerekir. İlgilerince aylık bağlanmasına esas alınan belgelerin gerçeğe uymadığı tespit edilmesi halinde, ödenmiş olan aylıklar da geri tahsil edilecektir. Bu tahsilat haksız ödeme tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süre için Türkiye İstatistik Kurumunca her ay için belirlenen Tüketici Fiyatları Endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarıyla birlikte yapılacaktır. Tahsilatı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı yapacaktır (Yön. m.14/I).

Muhtaçlık aylığının bağlanması, durdurulması, kesilmesi, dönüştürme, artırma ve azaltma işlemleri Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tesis edilmekte iken, mahsup, borç çıkarma ve geri tahsilat işlemleri ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Bunun temel sebebi, muhtaçlık aylıklarının Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bütçesinin ilgili tertibinden ödenmesinden kaynaklanmaktadır.

2022 sayılı Kanuna eklenen maddelerle, yersiz ödenen ve geri alınması gereken muhtaçlık aylıkları devamlı olarak terkin edilmektedir.¹³

3/11/2022 tarihli ve 7420 sayılı Kanun ile 2022 sayılı Kanuna eklenen geçici beşinci maddeye göre; *“Gerçeğe uygun olmayan sağlık kurulu raporu kullanımı nedeniyle yapılan ödemeler hariç olmak üzere, bu Kanun kapsamındaki kişilere bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yersiz ödenen ve geri alınması gereken aylıklar ile bunlardan doğan ceza ve faizler terkin edilir. İlgililer hakkında herhangi bir adli, idari ve icrai takibat yapılmaz. Yersiz ödemeler kapsamında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce idare tarafından yapılan tahsilatlar, ilgililerine iade edilmez”*.

III. MUHTAÇLIK AYLIĞI İŞLEMLERİNDE SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ YERİ VE ÖNEMİ

Muhtaçlık aylığı işlemlerinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının özel bir yeri bulunmaktadır. Çünkü, 2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen muhtaç olmadığına dair karar, muhtaçlık ve aylık bağlanması kararı, muhtaçlık aylığının durdurulması, kesilmesi, dönüştürme, artırma ve azaltma işlemleri Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tesis edilen işlemlerdendir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu kapsamında kurulan vakıflardandır. , 3294 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde kanunun amacı, *ihtiyaç halinde bulunan TC vatandaşları ile diğer Türkiye kabul edilen yabancılara yardım edilmesi, gelir dağılımının adil bir şekilde yapılmasına yönelik tedbirler alınması ve sosyal yardımlaşma ve dayanışmanın teşviki olarak ifade edilmiştir.*

3294 sayılı Kanun'un "Vakıflar" başlıklı 7. maddesinde ise SYDV larıa ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan madde hükmüne bakıldığında;

Buna göre, kanunda sayılan amaçların gerçekleştirilmesi, ihtiyaç sahibi olan kişilere aynı ve nakdi yardım yapmak üzere ülke çapında il ve ilçelerde SYDV larının kurulacaktır.

¹³ Yuvalı, “2022 Sayılı,” 65.

Mülki idari amirleri SYDV'lerinin tabi başkanlarıdır. Buna göre, illerde valiler ilçelerde ise kaymakamlar SYDV'lerinin başkanıdır. Büyükşehir belediyesi olmayan illerde vali veya görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında belediye başkanı, defterdar, il milli eğitim müdürü, il tarım müdürü, il aile sosyal hizmetler müdürü ile il müftüsü vakfın mütevelli heyetini oluşturur. İlçelerde ise kaymakamın başkanlığında belediye başkanı, ilçe milli eğitim müdürü, sağlık bakanlığının o ilçedeki başhekim gibi üst düzey görevlisi, ilçe müftüsü ve varsa ilçe tarım müdürü vakfın mütevelli heyetini oluşturur. Ayrıca mütevelli heyetine belirli sayılardaki kişiler de katılır. İl düzeyindeki muhtarlar içerisinde kendi aralarında seçecekleri birer üye, ildeki sosyal yardımlaşma ve dayanışma ile ilgili faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının kendi aralarından seçeceği iki kişi, il genel meclisinin seçeceği iki hayırsever ile ildeki toplantılara katılacaktır. Aynı katılımlar ilçedeki SYDV mütevelli heyetlerine de olacaktır. il veya ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı amaçlayan sosyal yardım kuruluşu yer almaması halinde il genel meclisince bu kişilerin yerine bir kişi daha hayırsever vatandaşlar arasından seçilir. Belediye başkanı yerine görevlendireceği başkan yardımcısı da mütevelli heyeti toplantılarına katılabilir (m. 7).

Büyükşehir belediyesi olan illerde ise hayırsever vatandaşlar arasından seçilecek olan iki üye il sosyal dayanışma ve yardımlaşma vakıflarına doğrudan vali tarafından, ilçelerde ise kaymakamın teklifi üzerine vali tarafından seçilirler. Bu yerlerde sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı amaçlayan sosyal yardım kuruluşu yer almaması halinde bu kişiler de aynı usulle belirlenir. Bu yerlerde köy muhtarı olmayacağı için mahalle muhtarları köy muhtarı yerine mütevelli heyetinde yer alacaktır. İllerde vali veya vekili olarak görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında büyükşehir belediye başkanı, veya kendisi yerine görevlendireceği büyükşehir belediyesi genel sekreteri ya da genel sekreter yardımcısı, mütevelli heyette yer alabilir (m. 7/3).

Yukarıda geçen mütevelli heyetin ve vakıf kavramlarının neyi ifade ettiği hususu ise Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (e) bendinde, "mütevelli heyetinin; Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının, karar organını", (1) bendinde ise "vakfın; Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarını" olarak belirtilmiştir (Yön. m. 4/e- 4/1)

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının karar organı mütevelli heyetidir. Mütevelli Heyeti kararlarına ilişkin itirazlar ilgili Vakfa yapılır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının kamu tüzel kişiliği bulunup bulunmadığı yargı kolunun belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Anayasa'nın 123 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında "Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur." şeklinde belirtilmiştir.

4721 sayılı Kanun'un 101 inci maddesine göre vakıf, "gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları" şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere vakıf, yeterli mal veya hakların bir hizmete özgülenmesi için bir araya getirilmesidir. Yani açıkça mal topluluğudur. 5737 sayılı Kanun'un 4. maddesinde vakıfların, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu açıklanmıştır. Öncelikle genel kuralın vakıfların özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyet göstermesi olduğu açıktır. Vakıfların, kamu tüzel kişisi olarak kabul edilebilmesi ise istisnai bir hâl olup bu istisnai durumun genel kuralının aksine, tereddüde yer vermeyecek açıklıkta düzenlenmesi şarttır.¹⁴

İstisnanın ayrıca ve açıkça olduğu ispat edilemediği takdirde ya da istisnanın olup olmadığı tereddütlü ise istisnanın olmadığı varsayılır. Çünkü kaide asıl, istisna ise arizî bir niteliklidir. İstisnanın olduğu ispatlanmamış ise ilgili konuya kaide uygulanır.¹⁵

Bir uyuşmazlıkta Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının kamu tüzel kişiliği bulunup bulunmadığı hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ayrıntılı tespitlere yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, 3294 sayılı Kanun'da, bu Kanun gereğince oluşturulan vakıfların kamu tüzel kişisi olduklarına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Şu hâlde yasa koyucunun bilinçli olarak Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına kamu tüzel kişiliği vermediği, Vakıfların Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmasını, bu kapsamda Yeni Vakıf konumunda ve özel hukuk hükümlerine göre özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyet yürütmesini istediği açıktır. 3294 sayılı Kanun'un ayrı ayrı maddelerinde düzenlemelere yer verilen Sosyal Yardımlaşma ve

¹⁴ Yar. HGK, E. 2023/9-597, K. 2023/1157, 29.11.2023.

¹⁵ Kemal Gözler, 'Yorum İlkeleri', Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Tebliğ, 29-30 Eylül, Ankara, *Türkiye Barolar Birliği*, (2012): 43.

Dayanışmayı Teşvik Fonu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının ayrı hukuki varlığa sahip olduğunu söylemek gerekmektedir.¹⁶

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının karar organı olan müteveli heyetinin üyelerinden bir kısmı seçilmiş vatandaş ile sivil toplum kuruluşu temsilcilerinden oluşmaktadır. Oy çokluğu ile karar alan müteveli heyetinin üyelerinin bir kısmının seçilerek gelen kişiler olduğu dikkate alındığında bu Vakıfların kamu kurumu olarak kabul edilmesi mümkün değildir.¹⁷

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 09.06.2017 tarihli 2016/3 Esas, 2017/4 sayılı kararı ile "3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan vakıfların özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu, ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları" belirlenmiştir. İçtihadı birleştirme kararları, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesine göre bağlayıcıdır. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kamu tüzel kişisi olduğuna yönelik kanuni bir düzenleme, Anayasa Mahkemesi iptali kararı yahut aksi yönde içtihadı birleştirme kararı bulunmadığına göre 09.06.2017 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının hâlen bağlacı olduğu kabul edilmelidir.¹⁸

Vakfın gelir kaynakları arasında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonundan aktarılan miktarların yer alması, Vakıf yönetiminin kararlarında Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilke kararlarını göz önünde bulundurması ve Vakıfların Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının denetimine bağlı olması Kanun'un açık hükmü karşısında Vakıfların tüzel kişiliğini ortadan kaldırmaz.¹⁹

Bir başka ifadeyle Tüzel kişiliğe haiz olan SYDV'lerinin faaliyetlerinin bir başka kamu kurumu tarafından denetlenmesi Ve/veya bu faaliyetinde dikkate alacağı esasların önceden belirlenmiş olması, tüzel kişiliğin olmadığı anlamına gekmemektedir.²⁰ Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, bir kamu tüzel kişi olmanın ziyade bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu görülmektedir.

¹⁶ Yar. HGK, E. 2023/9-999, K. 2024/362, 03.07.2024.

¹⁷ Yar. HGK, E. 2023/9-997, K. 2024/361, 03.07.2024.

¹⁸ Yar. HGK, E. 2023/9-722, K. 2023/1160, 29.11.2023.

¹⁹ Yar. HGK, E. 2023/9-996, K. 2024/360, 03.07.2024.

²⁰ Haluk Hadi Sümer, "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının İşveren Niteliği," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı*, 74, (2016): 685 vd.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının kamu tüzel kişiliği olup olmadığı, tesis ettiği işlemlerin idari işlem kabul edilip edilmeyeceği hususlar, vakfın işlemlerinin hangi yargı kolunda hukuka uygunluk denetimi yapılacağı hususunda önem arz etmektedir. Bu konu muhtaçlık aylığı işlemlerinin yargısal denetimi başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV. MUHTAÇLIK AYLIĞI İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaçlık aylığı istemleri bakımından Sosyal Yardımlaşma Vakfı Mütevelli Heyetinin verdiği kararlara karşı itirazlar, öncelikli olarak Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına yapılır (Yönetmelik m. 10/ III). Ancak, Sosyal Yardımlaşma Vakfı Mütevelli Heyetinin verdiği kararlara karşı itiraz dava açmak için zorunlu bir başvuru yolu değildir. Mütevelli Heyeti kararlarına karşı itiraz gerekçeli olarak, belgeleriyle birlikte yazılı olarak yapılmalıdır.²¹ İtiraz üzerine, itiraz sahibinin dosyası vakıf mütevelli heyeti tarafından tekrar değerlendirmeye alınacaktır.²²

2022 sayılı Kanun uyarınca kişinin muhtaç olmadığına dair verilen karar, muhtaçlık ve aylık bağlanması kararı, muhtaçlık aylığının durdurulması, kesilmesi, dönüştürme, artırma ve azaltma işlemleri ilgililerin hukuki durumunu etkileyen işlemlerdendir. Bu işlemler Anayasa gereği yargısal denetime açık olan işlemlerdendir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı işlemlerinin yargısal denetime tabi olduğu açık ise de bu yargılamanın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı yapılacağı hususu son yıllarda, çok sayıda görev uyuşmazlığına konu olmaktadır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının kamu tüzel kişiliği sayılması veya bu vakıfların işlemleri idari işlem olarak kabul edilmesi halinde, görevli yargı yeri idari yargı olacaktır. Aksi bir yorumda görevli yarı yeri adli yargı olacaktır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kısmen kamu kaynağı kullanmaları, mütevelli heyetlerinin çoğunlukla belli kamu görevlilerinden oluşması, özel hukuk tüzel kişisi olsa da kamu hizmeti ile görevlendirilmiş niteliğinin de bulunması, işlemlerinin 2022 Sayılı Kanununun emredici

²¹ Yuvalı, "2022 Sayılı," 66.

²² Camkurt, "Yaşlılık ve Yaşlıların," 100.

hükümlerine göre ve idari usullerle tesis edildiği görülmektedir. Bu hususlar, bu vakıfların tesis ettiği işlemlerin, kamu hukukuna dayalı olup onun esaslarına uygun olarak cereyan ettiğinin, idare hukukuna tabi tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğinin ön plana çıktığına işaret ettiğinin kabulü gerektiğini söyleyebiliriz.

Diğer taraftan ise 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'na göre, vakıf senetleri mahallin en büyük mülki idare amiri olan vali veya kaymakam tarafından Medeni Kanun'daki hükümlere göre tescil ettirilir (m. 7). Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmaları, bu vakıfların tesis ettiği işlemlerin idari işlem olup olmadığı hususunu ve bu işlemlere karşı adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı dava açılacağı hususunu tartışılır duruma getirmiştir.²³

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı işlemlerine karşı açılan davalarda görevli yargı yerinin hangi yargı kolu olduğu hususunda, gerek adli yargıda gerekse de idari yargıda uygulama birliği bulunmamaktadır. Bu konuda gerek idari yargı mercilerinin gerekse de adli yargı mercilerinin konuya farklı yaklaşımlarının bulunduğunu söylemek mümkündür. Konunun daha iyi anlaşılması için, adli ve idari yargı mercilerinin konuya ilişkin yaklaşımlarının ayrı ayrı irdelenmesi faydalı olacaktır.

A. İdari Yargının Yaklaşımı

Konuya ilişkin idari yargı yaklaşımını, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

1. Bölge İdare Mahkemelerinin Yaklaşımı

2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, bazı bölge idare mahkemelerinin, bu tür davaların görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle kararlar verdiği görülmektedir.²⁴ Bazı

²³ Yuvalı, "2022 Sayılı," 67.

²⁴ Gaziantep BİM 4. İDD, E. 2022/517, K. 2023/1828, 12.10.2023.; Erzurum BİM 5. İDD, E. 2023/1483, K. 2023/1263, 21.06.2023.; Konya BİM 5. İDD, E. 2023/2530, K. 2023/3335, 27.09.2023.

bölge idare mahkemeleri, bu tür davaların görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu yönündeki kararlarında, uyuşmazlık mahkemesinin benzer yönde verdiği kararlara atıf yapmaktadır.²⁵

Söz konusu davalarda, bazı bölge idare mahkemeleri, davaları esastan incelemektedir. Hukuken görevli yargı yerine ilişkin bir tartışmaya dahi girilmemektedir. Diğer bir anlatımla, bu bölge idare mahkemeleri, idari yargının görevli olduğu kabulüyle hareket etmektedir.²⁶

Bazı bölge idare mahkemeleri ise önceki tarihli kararlarında adli yargının görevli olduğu yönünde kararlar vermekte iken,²⁷ son kararlarında ise davaların

²⁵ “ ...3294 sayılı yasa gereğince söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmüş olması nedeni ile dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı sonucuna varılmakla; davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu anlaşılmıştır. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 17/04/2023 tarih ve E:2023/221, K:2023/317 sayılı kararı da bu yöndedir...” Gaziantep BİM 4. İDD, E. 2022/517, K. 2023/1828, 12.10.2023.

²⁶ “ ...Kısıtlı olan davacı tarafından, engelli aylığının tarihinden itibaren kesilmesine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağını teşkil eden ili, ... ilçesi, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Mütevelli Heyetinin ... tarih ve ... sayılı kararının iptali ile yoksun kalınan engelli aylıklarının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemine ilişkin açılan davada, dava konusu işlemlerin iptaline, işlem nedeniyle yoksun kalınan engelli aylıklarının dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idarece davacıya ödenmesine dair verilen Bursa 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2020 gün ve E:2020/987, K:2020/1048 sayılı kararına yapılan istinaf başvurusunun reddine...” dair Bursa BİM 3. İDD, E. 2021/692, K. 2022/512, 31.03.2022.; benzer yönde Ankara BİM 11. İDD, E. 2023/1722, K. 2023/4648, 14.12.2023.; İzmir BİM 6. İDD, E. 2022/1490, K. 2022/1760, 22.09.2022.; Samsun BİM 3. İDD, E. 2022/653, K. 2024/128, 30.01.2024.

²⁷ “... 2022 sayılı Kanun uyarınca muhtaçlık aylığı bağlanması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin ... Kaymakamlığı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının sayılı işlemi ile dayanağı Çukurova Kaymakamlığı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Mütevelli Heyetinin sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada, Adana 1.İdare Mahkemesince verilen 23/12/2021 tarih ve E:2021/675, K:2021/1583 sayılı "davanın görev yönünden reddine" ilişkin karara yapılan istinaf isteminin reddine ...” dair Adana BİM 3. İDD, E. 2022/941, K. 2022/2514, 23.11.2022.; İstanbul BİM 8. İDD, E. 2022/1794, K. 2023/244, 25.01.2023.

esasına bakmak suretiyle, bir anlamda idari yargının görevli olduğunu örtülü olarak kabul etmiş görünmektedir.²⁸

Yine benzer işlemlere karşı açılan davalarda, farklı bölge idare mahkemelerinin ilgili istinaf dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık ve içtihat farklılığı bulunmaktadır. Anılan aykırılıkların giderilmesi amacıyla bölge idare mahkemelerinin başkanlar kurulunca, Danıştay'dan aykırılığın giderilmesinin istenilmesi hukuka güven adına yerinde bir uygulama olacaktır.²⁹

2. Danıştay'ın Yaklaşımı

2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen bireysel işlemlere karşı açılan davalarda, Danıştay'ın 10. Dairesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Danıştay 10. Dairesi, Uyuşmazlık Mahkemesi kararı doğrultusunda, bu davaların görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu yönünde kararlar vermektedir.³⁰ Hatta Danıştay 10. Dairesi bu kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında da atıf yapılmaktadır.

²⁸ "... 2022 sayılı Kanun kapsamında 28/09/1999 tarihinden itibaren engelli aylığı alan davacı tarafından, engelli aylığının kesilmesine yönelik tesis edilen işlemin iptali ile yoksun kaldığı aylığın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, Adana 3. İdare Mahkemesince verilen 23/12/2021 tarih ve E:2021/1438, K:2021/1487 sayılı "süre aşımı yönünden reddine" dair kararın ... davacının öğrenme tarihi olarak beyan ettiği tarih dikkate alınmak suretiyle, süresinde açıldığı kabul edilerek bu davanın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerektiğinden... davacının istinaf başvurusunun kabulüne, Adana 3. İdare Mahkemesinin 23/12/2021 tarih ve E:2021/1438, K:2021/1487 sayılı kararının kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca davanın esası hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine..." dair Adana BİM 3. İDD, E. 2022/1016, K. 2023/50, 19.01.2023; benzer yönde İstanbul BİM 8. İDD, E. 2022/1794, K. 2023/244, 25.01.2023.

²⁹ Farklı bölge idare mahkemeleri arasındaki aykırılığın giderilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 3 (2021): 639 vd); Hüseyin Bilgin, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İchtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021).

³⁰ Dan. 10D., E. 2014/362, K. 2019/7482, 06.11.2019; benzer yönde Dan. 10D., E. 2017/1142, K. 2022/4584, 19.10.2022.

Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta Danıştay 10. Dairesi, “ ... Bu durumda, davanın engelli aylığının yeniden bağlanmasına ilişkin başvurunun reddine ilişkin vakıf mütevelli heyeti kararının iptaline ve tazminat taleplerine ilişkin kısmının, 3294 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamındaki vakıf mütevelli heyeti kararından kaynaklandığı, 3294 sayılı Kanun gereğince söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmüş olması nedeni ile dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı sonucuna varılmakla, davanın bu kısmının görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu anlaşılmıştır... Nitekim Dairemizin 21/09/2017 tarih ve E:2017/1801, K:2017/306; 14/05/2018 tarih ve E:2018/2151, K:2018/1776 sayılı, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 08/07/2019 tarih ve E:2019/279, K:2019/442 sayılı kararları da bu yöndedir...” yönünde karar vermiştir.³¹

Konuya ilişkin uyuşmazlıklarda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) aksi görüştedir ve bu davalarda idari yargıyı görevli görmektedir. Buna göre, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı işlemlerine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, idari yargı yerlerinin görevinde olup olmadığının tespiti için, işlemi tesis eden merciin teşekkülü, yürütülen faaliyetin niteliği ve alınan kararların ilgililer üzerindeki etkisinin incelenmesinden hareket etmektedir.³²

DİDDK’ na göre, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 4. maddesinde, vakıfların özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu, 5. maddesinde de yeni vakıfların Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulacağı ve faaliyet göstereceği düzenlenmiş ve bu hükümlerin sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarını da kapsadığı açıktır. Ancak vakıfların mütevelli heyetlerince alınan kararların ve tesis edilen işlemlerin hukuki açıdan nitelendirilmesinin, yalnızca belirtilen hususlarla sınırlı olarak yapılamayacağı, bu değerlendirmenin, tesis edilen işlemin bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla kamu gücü kullanılarak tek taraflı iradeyle tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu idarî işlem niteliği taşıyıp taşımadığı göz önüne alınması gerekmektedir. Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının; kaynağını Anayasa’dan alan "sosyal devlet" ilkesi gereği, Devlet tarafından yürütülmesi öngörülen zorunlu bir takım sosyal hizmetlerin yerine

³¹ Dan. 10D., E. 2014/362, K. 2019/7482, 06.11.2019; benzer yönde Dan. 10D., E. 2017/1142, K. 2022/4584, 19.10.2022.

³² Dan. İDDK., E. 2020/1150, K. 2021/1912, 20.10.2021.

getirilmesini teminen ve bu maksatla çıkartılan 3294 sayılı Kanun'da belirtilen amaçlar doğrultusunda faaliyet göstermek üzere her il ve ilçede kurulan; faaliyetlerine ilişkin usul ve esaslarının, 3294 sayılı Kanun ve bu Kanun'un uygulamasını göstermek üzere çıkartılan Yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler ile belirlendiği, başkanlığını o yerin en büyük mülki amirinin yaptığı, müteveli heyetini ise o yerdeki merkezi ve yerel idarenin en üst temsilcilerinin oluşturduğu, gelirlerinin bir kısmının Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan aktarılan kamusal kaynaklarla finanse edildiği, çoğunlukla kamusal yönü ağır basan faaliyetlerin yürütüldüğü ve ilgililerin maddi ve hukuki durumlarında etki doğuracak tek taraflı kararların alındığı hukuki ve yapısal bir niteliği haiz bulunmaktadır. Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yukarıda belirtilen nitelikleri göz önünde alındığında, müteveli heyet kararına ilişkin uyumsuzluğun görünüm ve çözümü, idari yargının görevine girmektedir.³³

Yukarıda ele alınan kararlardan da anlaşılacağı üzere, söz konusu işlemlere karşı açılan davalarda, Danıştay 10. Dairesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararları arasında da aykırılık bulunmaktadır.

B. Adli Yargının Yaklaşımı

Konuya ilişkin adli yargının yaklaşımını, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

1. Bölge Adliye Mahkemelerinin Yaklaşımı

İnceleme konumuz hakkında bazı bölge adliye mahkemeleri, bu tür davaların görünüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle güncel kararlar vermektedir.³⁴

³³ Dan. İDDKE. 2020/1150, K. 2021/1912, 20.10.2021.

³⁴ "...%98 oranında engelli raporunun bulunduğunu, davalı kurumdan 27/07/2019 tarihinde almaya başladığı engelli aylığının 21/02/2018 tarihinde hiçbir sebep bildirmeksizin kesildiğini ve yeniden bağlama ve iadeye ilişkin başvurusunun reddedildiğini belirterek kararın iptalini ... kararı verilmesini talep etmiş... davanın görünüm ve çözümünün idari yargının görev alanında olduğu anlaşılacakla davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 355. maddesi gereğince kamu düzeni yönünden kabulü ile, ilk derece mahkemesinin 31/03/2022 günlü tensip ara

Bu konuya ilişkin uyuşmazlıklarda bazı bölge adliye mahkemeleri ise davaları esastan incelemektedir. Hukuken görevli yargı yerine ilişkin bir tartışmaya dahi girilmemektedir. Diğer bir anlatımla, bu bölge adliye mahkemeleri, adli yargının görevli olduğu kabulüyle hareket etmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “...*Dava, 2022 sayılı Kanun uyarınca muhtaçlık aylığı bağlanması istemiyle davalı vakfa yapılan başvurunun reddine ilişkin mütevelli heyet kararının iptali edilerek muhtaçlık aylığı bağlanması ve kesilen aylıkların iadesi istemine ilişkindir ... davanın reddine, şeklinde hüküm kurulmuştur... incelenen kararın kaldırılması ve yeniden hüküm tesisine, davanın kabulü ile davacıların aylıklarının kesilmesi işleminin iptaline, dava tarihi itibarıyla tekrar bağlanması ...*” yönünde karar verilmiştir.³⁵

2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen benzer işlemlere karşı açılan davalarda, farklı bölge adliye mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu konuda uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunca, Yargıtay’dan bu konuda bir karar verilmesinin istenilmesi yerinde olacaktır.³⁶

kararının HMK’nın 353/(1)-a-3.-4 maddesi gereğince kaldırılmasına ...” dair Adana BAM 3. HD, E. 2022/1766, K. 2022/1299, 20.06.2022; başka bir uyuşmazlıkta “... uyuşmazlığın 2022 sayılı Kanun’dan kaynaklandığı, davaya konu uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğu değerlendirilmeden karar verilmesi isabetsiz olduğu, dikkate alındığında istinaf başvurusuna konu kararın, esası incelenmeksizin kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine...” dair İzmir BAM 10. HD, E. 2023/168, K. 2023/493, 24.02.2023.

³⁵ Konya BAM 3. HD, E. 2023/2343, K. 2023/2247, 25.10.2023, benzer yönde Diyarbakır BAM 4. HD, E. 2022/3393, K. 2023/1739, 30.11.2023; Antalya BAM 4. HD, E. 2024/36, K. 2024/870, 05.06.2024.

³⁶ 5235 sayılı Kanun’un 35. maddesine göre, re’sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması hâlinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay’dan bu konuda bir karar verilmesini istemek bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri arasındadır. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi,” *TBB Dergisi*, 144, no. 397 (2019): 383 vd.

2. Yargıtay'ın Yaklaşımı

İnceleme konumuz hakkında Yargıtay Hukuk Daireleri önceki tarihli kararlarında, uyuşmazlığın adli yargıda görüleceği kabulünden hareketle, temyiz aşamasında kararları esastan inceleyerek karar vermekteydi.³⁷ Ancak Yargıtay Hukuk Daireleri son kararlarında, 2022 sayılı Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlığın idari yargıda görüleceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2022 sayılı Kanun'da öngörülen ve güncel olan 2021 yılı asgari ücretin 1/3'ü oranında davacıya aylık bağlanmasına bilirkişi raporu uyarınca elde edilen toplam tutara göre ıslah hakları saklı kalmak üzere 500,00 TL zararın tazminine, dava tarihine kadar işlemiş ve dava tarihinden sonra işleyecek olan faizin davacıya ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi olsa dahi; aynı Kanun kapsamında kamusal görevler yüklenen bu vakıfların tesis ettiği işlemler ve alacağı kararların idari işlem niteliğinde olduğu, bu işlem ve kararların idare hukuku alanında hukuki sonuçlar doğurduğu, idari işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların ise adli yargı yerinde değil, idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle, davanın yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle usulden reddine dair karara yapılan istinaf başvurusunun reddi üzerine yapılan temyiz başvurusunun reddine karar vermiştir.

Bu uyuşmazlığın temyiz başvurusunun ret gerekçesinde ise "2022 sayılı Kanun kapsamında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının Kuruluşu ve Organlarının 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma Teşvik Kanunu'nun 7 nci maddesinde düzenlendiği, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma Teşvik Kanunu'nun 7 nci maddesi gereğince sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi olsa dahi Sosyal Yardımlaşma Dayanışma Vakıflarının bu kanun kapsamındaki işlemlerini Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı adına tesis ettiği, 2022 sayılı Kanun kapsamında Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı adına kamusal görevler yüklenen bu vakıfların bu kapsamda kamu gücüne dayanak işlem tesis etmiş olması nedeniyle aldığı

³⁷ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay 3. HD, davacıya 2022 sayılı kanun kapsamında bağlanan maaşın kesilmesine ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptaline dair mahkeme kararına davalıların istinaf başvurusunun bölge idare mahkemesince esastan reddine yönelik karara yapılan temyiz başvurusunun reddine karar verilmiştir, Yargıtay 3. HD, E. 2022/2817, K. 2022/4161, 26.04.2022.

kararların da idari işlem niteliğinde olduğu, işlem ve kararların idare hukuku alanında hukuki sonuçlar doğurduğu, bir kamu idaresi olan Bakanlığın tesis edeceği aylık bağlama ya da kesme yolundaki tasarruflarda idari işlem mahiyetini koruyacak ve doğacak ihtilaflarda da yine idari yargı yeri görevli olacağından, idari işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların adli yargı yerinde değil, idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği anlaşılmalı, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir” açıklamasına yer verilmiştir.³⁸

C. Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından 2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen bireysel işlemlere karşı açılan davalarda çıkan görev uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi önceki kararlarında, idari yargının görevli olduğu yönünde kararlar ermekteydi.³⁹ ⁴⁰ Son yıllarda ise Uyuşmazlık Mahkemesi, düzenli ve istikrarlı olarak, adli yargının görevli olduğu yönünde kararlar vermektedir.⁴¹

³⁸ Yar. 3. HD, E. 2023/2517, K. 2024/762, 22.02.2024, benzer yönde Yar. 3. HD, E. 2023/1198, K. 2023/3649, 11.12.2023; Yar. 10. HD, E. 2023/12713, K. 2023/13140, 20.12.2023.

³⁹ “ ...davacının özürlü olması nedeniyle özürlü maaşından faydalanmak istemiyle yaptığı başvurunun özürlülük oranının düşük olduğundan bahisle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, ... 2022 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlama ya da buna esas olmak üzere aylık için başvuruların yaşam düzeyi ve gelir durumu ile ilgili olarak gerekli incelemelerin yapılması, özel veya resmi idare, müessese ve ortaklıklarından ve şahıslardan bilgi ve belge istenmesi gibi alt idari işlemlerin de bu kapsamda değerlendirileceği ve bunlarla ilgili ihtilafların da idari yargının görevine girdiği de izahtan varestedir. Yeri gelmişken hemen işaret etmek gerekir ki 2.8.2013 tarihinden itibaren 2022 sayılı Kanundan doğacak ihtilaflar yönünden muhatap artık Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı olmakla beraber; bir kamu idaresi olan bu Bakanlığın tesis edeceği aylık bağlama/bağlamama yolundaki tasarruflar da idari işlem mahiyetini koruyacak ve doğacak ihtilaflarda da yine idari yargı yeri görevli olacağı...2022 sayılı Yasa uyarınca davacıya özürlü aylığı bağlanamayacağı yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerinde görüleceği ...” yönünde UM Hukuk B., E. 2013/1092, K. 2013/1546, 27.2.2013.

⁴¹ UM Hukuk B., E. 2024/200, K. 2024/183, 06.05.2024; UM Hukuk B., E. 2023/263, K. 2023/383, 15.05.2023.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bu tür uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu yönünde verdiği kararlarda, "*Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 09/06/2017 tarih ve E.2016/3., K.2017/4 sayılı kararında, "...Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliğine sahip, ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları..."* tespit edildiği gerekçesine yer verilmektedir.⁴² Aynı kararlarda Uyuşmazlık Mahkemesi, 3294 sayılı Kanun'da, bu Kanun gereğince oluşturulan vakıfların "kamu tüzel kişisi" olduklarına dair açık bir hüküm bulunmadığı, kanun koyucunun sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarına bilinçli olarak "kamu tüzel kişiliği" vermediği, vakıfların Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmasını ve yine özel hukuk tüzel kişisi olarak özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesini istediği, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının kısmen kamu kaynağı kullanmaları, kamu kurumu olarak nitelendirilmeleri için yeterli bir sebep olmadığı, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının müteveli heyeti, atanmış ve seçilmiş üyelerden oluşmakta, kamu görevlileri ile birlikte belirli sayıda muhtar, sivil toplum kuruluşu yöneticileri ve hayırsever vatandaşlardan oluştuğu, netice olarak sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, bir tüzel kişi olmanın ötesinde özel hukuk tüzel kişisidir. Zira 3294 sayılı Kanun hükümleri de özellikle vakfın gelirleri, yapısı, karar alma mekanizması bakımından farklı bir sonuç öngörmediği, tesis edilen işlemlerin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı anlaşıldığından, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmaktadır.⁴³

Anayasaya göre, Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir. Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır (m. 158).

⁴² UM Hukuk B., E. 2023/575, K. 2023/721, 18.12.2023.

⁴³ UM Hukuk B., E. 2024/200, K. 2024/183, 06.05.2024; Velayet altındaki davacının 2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanan engelli aylığının kesilmesinden sonraki süreçte yeniden aylık bağlanması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Müteveli Heyetinin kararının iptali istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiği hakkında, UM Hukuk B., E. 2024/200, K. 2024/183, 06.05.2024; Davacının 65 yaşını doldurmuş muhtaç aylığının 2022 sayılı Kanun uyarınca kesilmesine ilişkin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Müteveli Heyetinin işleminin iptali istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiği hakkında, UM Hukuk B., E. 2023/263, K. 2023/383, 15.05.2023.

2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda çıkan görev uyuşmazlıklarında, Uyuşmazlık Mahkemesinin, adli yargının görevli olduğu yönünde düzenli ve istikrarlı olarak verdiği kararlar, Anayasanın amir hükmü gereği kesindir. Bu yönde verilen kararlar adli ve idari yargı mercilerini bağlamaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesinin önceden görüşünü belirttiği konudaki benzer uyuşmazlıklarda, idari yargı mercileri veya adli yargı mercileri tarafından, Uyuşmazlık Mahkemesi karar gerekçesinden farklı yaklaşımlar ve yorumlar yapılması hukuken mümkündür. Ancak bu durum yargılamanın uzamasına neden olacaktır. Örneğin İlk derece mahkemesince verilen görev ret kararı üst derece mahkemeleri tarafından bozulması halinde yargılama doğal olarak uzayacaktır. Bozma kararı üzerine görev uyuşmazlığı çıkarılarak dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesi de söz konusu olabileceğinden, yargılama daha da uzaması söz konusudur. 2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen işlemler, muhtaç olan veya muhtaç olduğunu iddia eden kişilere yönelik olarak tesis edilmektedir. Bu husus dikkate alındığında, bu tür uyuşmazlıklarda yargılamanın görevli yargı yeri hususuna ilişkin olarak uzaması, muhtaç olan veya muhtaç olduğunu iddia eden kişilerin mağduriyetinin artmasına sebep olacaktır. Çünkü, yargılamanın görevli yargı yeri hususuna ilişkin olarak uzaması, muhtaç olan veya muhtaç olduğunu iddia eden kişilerin sosyal yardım niteliğindeki desteğe ulaşmasını geciktirmektedir. Bu durum ayrıca, yaşlıların ve sakatların Devletçe korunacağına dair Anayasal ilkeyi de zedelediği açıktır.

SONUÇ

Anayasaya göre Devlet tarafından korunması gereken engelli ve yaşlılara, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı sağlamak amacıyla 2022 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği kapsamında belli tutarlarda aylık bağlanmaktadır. 2022 sayılı Kanun'a göre engelli ve yaşlılara aylık bağlanabilmesi için, bu kişilerin muhtaç olduğunun Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından tespit edilmesi gerekir.

2022 sayılı Kanun kapsamında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından, engelli ve yaşlıların muhtaç olmadığına dair karar, muhtaçlık ve aylık bağlanması kararı, muhtaçlık aylığının durdurulması, kesilmesi, dönüştürme, artırma ve azaltma işlemleri tesis edilebilmektedir.

2022 sayılı Kanun kapsamında işlem tesis etmeye yetkili olan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının, kamu tüzel kişiliği olup olmadığı, tesis ettiği işlemlerin idari işlem kabul edilip edilmeyeceği hususları, vakfın işlemlerinin hangi yargı kolunda yargısal denetim yapılacağı hususunda önem arz etmektedir.

Vakıflar, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip mal topluluğudur. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu kapsamında kurulan vakıflardandır. 3294 sayılı Kanun'da, bu Kanun gereğince oluşturulan vakıfların kamu tüzel kişisi olduklarına dair açık bir hüküm bulunmaması, vakıflarının müteveli heyeti, atanmış ve seçilmiş üyelerden oluşmakta, kamu görevlileri ile birlikte belirli sayıda muhtar, sivil toplum kuruluşu yöneticileri ve hayırsever vatandaşlardan oluşması, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, bir tüzel kişi olmanın ötesinde özel hukuk tüzel kişisi olduğunu desteklemektedir.

2022 sayılı Kanun kapsamında muhtaçlık aylığına ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıklarda, görevli yargı yeri hususunda Uyuşmazlık Mahkemesi kararları düzenli ve istikrarlı olmasına karşın, idari ve adli yargı mercileri aksi yönde kararlar vermektedir. Hatta idari yargı ve adli yargı kendi içinde de görüş birliği içinde değildir. Bu tür uyuşmazlıklarda, idari yargı mercileri veya adli yargı mercileri tarafından, Uyuşmazlık Mahkemesi karar gerekçesinden farklı yaklaşımlar ve yorumlar yapılması hukuken mümkündür. Ancak bu durum yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. 2022 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen işlemler, muhtaç olan veya muhtaç olduğunu iddia eden kişilere yönelik olduğu dikkate alındığında, bu tür uyuşmazlıklarda yargılamanın görevli yargı yeri hususuna ilişkin olarak uzaması, muhtaç olan veya muhtaç olduğunu iddia eden kişilerin mağduriyetinin artmasına sebep olmaktadır. Bu durum, yaşlıların ve sakatların Devletçe korunacağına dair Anayasal ilkeyi de zedelemektedir. Bu nedenle muhtaçlık aylığına ilişkin uyuşmazlıklarda, idari veya adli yargı mercilerinin, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları doğrultusunda uygulama geliştirmesi, Anayasaya, hukuka ve hakkaniyete uygun olacaktır.

Güncel Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, muhtaçlık aylığı kapsamındaki uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu yönünde ise de idari yargıda dava takibinin adli yargıya nazaran daha kolay olduğu kanaatindeyiz. Çünkü, idari yargıda duruşma yapılmasının talebe bağlı olarak veya mahkemece resen bir defa

yapılıyor olması ve resen araştırma ilkesi bulunmaktadır. Bu durum ve muhtaçlık aylığı kapsamındaki uyuşmazlıklarda idari yargıda ve adli yargıdaki Uyuşmazlık Mahkemesi kararı aksine yaklaşımlar da dikkate alınarak, bu uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı görüşüdeyiz. Bu düzenleme, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'na bu vakıfların kamu tüzelkişiliği bulunduğu yönünde olabileceği gibi, 2022 sayılı Kanun'a, uyuşmazlıkların idari yargıda görüleceğine ilişkin de olabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*. Bursa: Dora Yayınları, 2015.
- Bilgin, Hüseyin. "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 3 (2021): 639-688.
- Bilgin, Hüseyin, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Bozatay, Şeniz Anbarlı. "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Türk Vatandaşlığı'nın Kazanılması." *Yönetim Bilimleri Dergisi* 8, no. 2 (2010): 166-182.
- Camkurt, Mehmet Zülfi. "Yaşlılık ve Yaşlıların Sosyal Güvenliği Kapsamında 65 Yaş Aylığı Bağlanması İşlemleri." *Kamu-İş Dergisi* 13, no.3 (2014): 71-106.
- Göktaş, Murat, Erden Çakar ve Murat Özdamar. *Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011.
- Gözler, Kemal. "Yorum İlkeleri." *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Tebliğ*, 29-30 Eylül, Ankara, *Türkiye Barolar Birliği*, (2012): 15-119.
- Korkusuz, Refik ve Suat Uğur. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2022.
- Olgaç, Cüneyt. "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanmasında Usul ve Esaslar." *Sosyal Güvenlik Dünyası* 12, no. 61 (2009): 18-23.
- Özdemir, Cumhuriyet Sinan. "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması." *Sosyal Güvenlik Dünyası* 9, no. 41 (2007): 91-98.
- Pekcanitez, Hakan. "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi." *TBB Dergisi*, 144, no. 397 (2019): 383- 419.
- Sümer, Haluk Hadi. "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının İşveren Niteliği," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı*, 74 (2016): 675-688.
- Tuncay, Aziz Can ve Ömer Ekmekçi. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2023.

Yuvalı, Ertuğrul. "2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanunun Değerlendirmesi." *Türkiye Adalet Akademi Dergisi* 10, no. 37 (2019): 51-73.

HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR DEĞERLENDİRME

A Comparative Analysis on Package Travel Contracts in the Context of Their Legal Nature

Seda GAYRETLİ AYDIN*

Öz

Avrupa Konseyinin Paket Turlara İlişkin olan 90/314/AET sayılı yönergesi ve bu yönergeyi İsviçre'nin iç hukukuna aktarmak için kabul edilen Paket Turlara İlişkin Federal Yasası esas alınarak hazırlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un (TKHK) 51. maddesinde ve buna ilişkin çıkarılan Paket Tur Yönetmeliğinde tatil sözleşmelerinden biri olan paket tur sözleşmeleri düzenlenmiştir. Paket tur sözleşmeleri en az iki asli turizm hizmetini içerir ediminin birlikte sunulması, her şey dâhil ücret ödenmesi ve gecelik konaklamayı içermesi ya da hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsaması unsurlarını bir arada içermektedir. Paket tur sözleşmesinin hukuki niteliğinin doğru şekilde belirlenmesi, sözleşmenin uygulanması ve uyumsuzluk çıkması halinde

* Trabzon Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim dalı, sedagayretli@gmail.com, ORCID No: <https://orcid.org/0000-0001-8478-3310>. Çalışma aynı yazarın 5-6 Mart 2024 tarihlerinde Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesinde düzenlenen Tüketici Hukuku Konferansında sunduğu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile Düzenlenen Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Tartışmalı Hususlar adlı tebliğden türetilmiştir.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 24.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 25.12.2024.

Atıf/Citation: Gayretli Aydın, Seda. "Hukuki Niteliği Bağlamında Paket Tur Sözleşmeleri Üzerine Mukayeseli Bir Değerlendirme." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1584-1624.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Öğretide paket tur sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. 6502 sayılı TKHK öncesi paket tur sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, aracılık sözleşmesi gibi bazı sözleşmelerin alt türü olduğu ileri sürülmüştür. Bunun yanında bu tür sözleşmelerinin kendine özgü sözleşme olduğu ve karma sözleşme olduğu görüşleri de tartışılmıştır. 6502 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girmesiyle bazı yazarlar, TKHK m. 51 ile paket turların esaslı unsurlarının belirlendiğini ve isimli sözleşme halini aldığı ileri sürerken bazı yazarlarsa halen paket turların isimsiz sözleşmelerden karma kombine sözleşme ya da kendine özgü sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. Bu çalışma, 6502 sayılı TKHK m. 51 hükmü ve Paket Tur Yönetmeliği kapsamında paket tur sözleşmelerinin hukuki niteliği konusundaki tartışmalı hususları ve farklı görüşleri değerlendirmektedir. Bu değerlendirme yapılırken, Avrupa Birliğinin Paket Turlara ilişkin Yönergeleri ve bu yönergeleri iç hukuklarına aktaran Almanya ve İsviçre öğretisindeki paket turların hukuki niteliğine ilişkin görüşlere de yol gösterici olması açısından yer verilmiştir. Varılan sonuca göre sözleşmede boşluk bulunması halinde ya da sözleşmenin yorumlanması gerektiğinde uygulanacak olan hükümler kısaca açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Hukuku, Paket Tur Sözleşmesi, İsimsiz Sözleşme, İsimli Sözleşme, Hukuki Nitelik.

Abstract

Package travel contracts, as one of the holiday contracts, are regulated in Article 51 of the Law No. 6502 on the Protection of Consumers (*TKHK*), which was prepared on the basis of the Council of Europe's Directive No. 90/314/EEC on Package Tours and the Federal Law on Package Tours adopted to transpose this directive into the domestic law of Switzerland, and in the Package Tour Regulation issued in relation thereto. Package travel contracts include at least two main tourism services, the payment of an all-inclusive fee and the service covering a period longer than twenty-four hours or including overnight accommodation. The correct determination of the legal nature of the package travel contract is important for the implementation and interpretation of the contract and the determination of the provisions to be applied in case of a legal dispute. The legal nature of the package tour contract is controversial in the doctrine. Prior to the TKHK No. 6502,

it has been argued that package tour contracts are sub-types of some contracts such as agency contracts, work contracts, service contracts and brokerage contracts. In addition, the opinions that such contracts are sui şlrıs contracts and mixed contracts have also been discussed.

Upon the entry into force of the TKHK No. 6502, some authors argue that the essential elements of package tours have been determined by Article 51 of the TKHK and that they have become named contracts, while some authors argue that package tours are still unnamed contracts, mixed combined contracts or unique contracts. This study considers the controversial issues and different opinions on the legal nature of package travel contracts within the scope of Article 51 of the Consumer Protection Law No. 6502 and the Package Travel Regulation. While making this evaluation, the Directives of the European Union on Package Travel and the opinions on the legal nature of package tours in the doctrines of Germany and Switzerland, which have transposed these directives into their domestic laws, are also included for guiding purposes. According to the conclusion reached, the provisions to be applied in the event of a gap in the contract or when the contract needs to be interpreted are explained briefly.

Keywords: Consumer Law, Package Tour Contracts, Innominate Contracts, Nominate Contracts, Legal Character.

GİRİŞ

Turizm sektörü hem dünya çapında hem de yerli ekonomik büyümede kritik bir role sahiptir. Turizm sektörünün Türkiye ekonomisindeki payı, pandemi dönemi hariç, ortalama %10'dur. Türkiye, dünyada en fazla turistin ziyaret ettiği ülkeler listesinde 6. sırada olmasına rağmen dünyadaki en yüksek turizm gelirleri elde eden ülkeler listesinde ne yazık ki 18. sırada yer almaktadır. Son yirmi yılda turist sayısının beş kat artmasına rağmen, kişi başı turizm harcaması %10 gerilemiştir. Çalışmalar, gelir düzeyi yüksek olan ülkelere gelen turist sayımızın düşük olması sebebiyle bu farkın oluştuğunu göstermektedir.¹ Turizm sektörünün gelişebilmesi için orta ve üst gelir düzeyindeki turistlere güven veren çeşitli turizm aktiviteleri birlikte sunulabilir. Modern yaşamın getirdiği yoğun çalışma temposu,

¹ Yılmaz, Hüseyin, "Türkiye'de Turizmin Ekonomik Büyümeye Etkisi." *Alanya Akademik Bakış Dergisi* 7, no. 11, (2023): 272.

insanların tatil sürelerini kısaltmakta ve bu durum, tatil planlamalarını daha verimli hale getirme ihtiyacını doğurmaktadır. Yerli ve yabancı turistler, tatillerini daha kısa sürede ve etkin bir şekilde organize etmek için genellikle profesyonel tur şirketleri ve aracılardan, ulaştırma ve konaklama gibi hizmetleri bir arada sunan "*her şey dâhil paketleri*" tercih etmektedir. Bu bağlamda, yurt içi ve yurt dışı paket tur sözleşmeleri, turizm sektörünün gelişiminde giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Paket tur sözleşmelerinin yasal zemine oturtulması, rekabeti artıracak ve hizmet kalitesini yükselterek turizmin gelişmesine katkı sağlayacaktır.

Paket tur sözleşmelerinde tur düzenleyenler çok sayıda bilet alarak ya da çok erken rezervasyon yaparak otellerden ya da ulaşım vasıtalarından (*uçak, gemi, otobüs*) toplu indirimler almakta ve tüketiciye indirimli fiyatlar sunabilmektedir. Tüketiciler bu sayede hem kalacak yer ulaşım gibi hizmetler için tek tek araştırma yapmaktan kurtulmakta hem de daha ekonomik bir tatil yapma imkânına kavuşmaktadır. Paket tur sözleşmeleri alanında Avrupa Birliğinde özel bir düzenleme yapılmadan önce paket tur düzenleyenler tıpkı bir acente gibi muamele görmekteydi. Örneğin, tüketici hem ulaşım hem konaklama hem de turistik gezi içeren bir paket turu (P) şirketinden satın aldığı anda (P) şirketi hukuken sadece bir aracı şirket gibi görülmekteydi. Bunun sonucu olarak da konaklama yükümlülüğünü söz konusu otel yerine getirmese, tüketici doğrudan (P) şirketine başvurmak yerine konaklama hizmeti sağlayan otele dava açmak durumunda kalmaktaydı. Oysaki tüketici, paket tur satın aldığı (P) şirketine güvenerek onun verdiği vaatlere inanarak paket tur sözleşmesini akdetmiş oluyordu. Bu durum bilgisiz tüketiciler ile bu işi çok sık yapan paket tur düzenleyenler arasındaki ilişkide bir asimetriye yol açmıştır.² Bu nedenlerle paket tur sözleşmeleri de tüketici hukuku kapsamına alınmıştır.

Paket tur sözleşmelerinin sayısının zamanla artması sonucunda bu alanda doğan uyuşmazlık sayısı da artmıştır. Paket tur sözleşmelerinin hukuken doğru nitelendirilmesi, bu tür sözleşmelerin uygulanması, yorumlanması, tamamlanması ve hukuki uyuşmazlıkların çözümünün sağlanması açısından önemlidir. Örneğin, paket tur sözleşmesinin türünün isimli ya da isimsiz sözleşme

² Ece Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil, Değişim, Yeniden Satış Sözleşmeleri ve Paket Tur Sözleşmesi* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 7-10.

olarak belirlenmesi ya da eser sözleşmesinin bir alt türü olarak görülmesi bu sözleşmelere uygulanacak olan yedek hükümleri farklılaştıracaktır.

Bu çalışmada tüketici hukukunda doğrudan düzenlenen ve turizm sözleşmelerinin en sık kullanılan türlerinden biri olan paket tur sözleşmelerinin hukuki niteliğini 6502 sayılı Kanun'un 51. maddesi kapsamında ilgili Avrupa Konseyi Yönergesini iç hukuklarına aktaran İsviçre ve Almanya hukukları ile mukayeseli olarak ele alınmaktadır. İlk bölümde paket tur sözleşmeleri genel olarak alınmış bu kapsamda paket tur sözleşmelere ilişkin mevzuata, paket turun tanımına ve esaslı unsurlarına kısaca yer verilmiştir. İkinci bölümde ise, paket turların hukuki niteliğine ilişkin olarak sürekli mi ani edimli sözleşme olduğu, sözleşmenin kesin süreli olup olmadığı, tipik mi atipik mi sözleşme olduğuna ilişkin görüşler değerlendirilmiştir. Paket tur sözleşmelerini isimli ve isimsiz sözleşmelerin türlerinden karma kombine ve kendine özgü sözleşme olarak değerlendiren görüşler irdelenmiştir. Bu değerlendirmelerde İsviçre ve Alman paket tur mevzuatı ve öğretisinden faydalanılmış, 6502 sayılı Kanun öncesi ve sonrası için farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Varılan sonuca binaen uygulanması gereken hükümler önerilmiştir.

I. GENEL OLARAK PAKET TUR SÖZLEŞMESİ

Yurt içi ya da yurt dışı tatil amacıyla yapılan sözleşmelerin en önemlilerinden biri paket tur sözleşmeleridir. Paket tur sözleşmesinin taraflarını; katılımcı ve paket tur düzenleyicisi veya aracısı oluşturmaktadır. 6502 sayılı TKHK kapsamında düzenlenen paket tur sözleşmelerinde paket tur düzenleyicisi ya da aracısı ulaştırma, konaklama ve bunlara bağlı olmayan başka bir turizm hizmetinden en az iki tanesini sunmaktadır. Bütünlük içerisinde sunulan bu turizm hizmetlerinin süresi 24 saati geçmeli ya da hizmet gecelik konaklamayı kapsamalıdır. Bunun karşılığında ise, paket tura katılan gerçek kişiler ücreti her şey dâhil şekilde ödemelidir. 6502 sayılı TKHK'nın 52. maddesi ile düzenlenen paket tur sözleşmesi, tüketici kavramının genişletilmesi ve boşa geçen zaman için tazminat içermesi yönüyle diğer tüketici sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Ticari veya mesleki tüzel kişiler de katılımcı kavramına dâhil edildiğinden bu kişiler de paket tur sözleşmesinin tarafı olabilmektedir.³ Paket tur düzenleyicisi veya aracısı,

³ Şebnem Akipek Öcal, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin, 2023), 200 vd.

sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Ayrıca katılımcının, boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilmesi paket tur sözleşmelerini diğer tüketici hukuku sözleşmelerinden ayıran özelliklerinden biridir.⁴

A. Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Mevzuatın Tarihi Gelişimi

Uluslararası alanda paket turlara ilişkin ilk çalışmalardan birini Uluslararası Özel Hukuku Birleştirme Enstitüsü (*UNIDROIT*) gerçekleştirmiş ve Brüksel Konvansiyonu'nun ilk taslağını 1968 yılında hazırlamıştır.⁵ 1970 yılında Brüksel'de düzenlenen kırk sekiz ülkenin katıldığı bir konferans sonrası Seyahat Sözleşmeleri Uluslararası Konvansiyonu (*Brüksel Konvansiyonu*)⁶ imzalanmıştır. Ancak Brüksel Konvansiyonu sadece Çin, Belçika, Kamerun, İtalya, Toga ve Dohome ülkeleri tarafından onaylanmıştır. Brüksel Konvansiyonu diğer ülkelerin onaylamaması sonucunda uygulanmamış olsa da dünya genelinde ve Avrupa Birliği'nde daha sonraları yapılan paket turlara ilişkin düzenlemelere ilham kaynağı olması bakımından önemlidir.⁷

1990 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğu, Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara ilişkin 90/314/AET sayılı Konsey yönergesini yayımlamıştır. Bu yönerge tüketicilerin korunmasına ilişkin Avrupa Topluluğu politikası doğrultusunda, turizmin büyük pay sahibi olduğu ortak pazarın sağlaması ve serbest dolaşım önündeki engellerin kaldırılması amaçlarıyla getirilmiştir.⁸ 90/314/AET sayılı

⁴ Aydın Zevkliler, "Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar" Prof. Dr. M. İlhan Ulusuna Armağan III, (2016): 799.

⁵ UNIDROIT U.P.L. 1968 – Study XLVIII – Travel agencies – Doc. 11. Erişim tarihi, Ekim 16 2024 <https://www.unidroit.org/instruments/transport/ccv/preparatory-work/> Son ziyaret 16.10.2024.

⁶ Internation Convention on Travel Contracts, Brussel, 23 April 1970, Sözleşme metni için bkz. erişim tarihi, Ekim 16 2024 <https://unidroit.org/english/conventions/1970ccv/convention-travel-contracts1970.pdf>.

⁷ Feyza Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi* (İstanbul: Onikilevha yayıncılık, 2017), 20- 21.

⁸ Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours *OJ L 158*, 23.6.1990, p. 59–64Y önerge metni için bkz. erişim tarihi Ekim 16,2024 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31990L0314>

Konsej yönergesi üye devletlere ilişkin asgari bir düzenlemeler getirmiş ve üye devletler isterlerse tüketicileri korumak amacıyla daha katı düzenlemeler yapmak konusunda özgür bırakılmıştır.⁹

Avrupa Topluluğu'na adaylık sürecinde Avrupa Topluluğu hukukuna uyum yasaları kapsamında (*tüketici hukuku, rekabet hukuku*) yürürlüğe konulan ilk tüketici hukuku kanunumuz olan 1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yayınladığı tarihteki orijinal halinde paket tur sözleşmelerine ilişkin bir hüküm yoktu.¹⁰ Paket tur sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme yapılmadan önce öğreti ve uygulamada konuya ilişkin terim birliği bulunmamaktaydı. "Gezi sözleşmesi"¹¹, "turistik gezi sözleşmesi"¹², "seyahat sözleşmesi"¹³, "seyahat düzenleme sözleşmesi"¹⁴, "paket tatil, paket seyahat"¹⁵ gibi farklı terimlerle anılan paket tur sözleşmesi ilk olarak mevzuatımıza 23.02.1995 tarihli 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a 2003 yılında eklenen 6/C maddesi ile girmiştir.¹⁶ Ancak bu hüküm ile sadece paket turların tanımı verilmiş; sözleşmenin ayrıntıları 13.06.2003 tarihli Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelikte düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm ve ilgili yönetmelik 1990 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunun Paket

⁹ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 25.

¹⁰ Zevkliler, "Paket Tur," 799.

¹¹ Saibe Oktay, *Gezi Sözleşmesi* (İstanbul: Beta, 1997).

¹² Rona Serozan, "Turistik Gezi Sözleşmesi," *Yargı Dergisi*, no. 49, (1980): 20-27.

¹³ Ayşe Havutçu, "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Hakları." *Manisa Barosu Dergisi*, no. 62-63, (1997): 27; Murat Özsunay "Alman ve Türk Hukuklarında Paket Tur Seyahat Sözleşmelerinin Güncel Sorunları ve Çözüm Yolları"(460- 468) İç. *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015* editörler Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık Ankara: Bilge Basım, 2015.

¹⁴ Bülent Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2000).

¹⁵ 13 Haziran 2003 tarihli mülga Paker Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik m. 2.

¹⁶ Yeşim M. Atamer, "Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler." (87-101) *Uğur Alacakaptan'a Armağan* Cilt 2,(İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008), 87; Bahadır Demir, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri* (Ankara: yetkin yayıncılık, 2015), 35; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 68, no. 1-2, (2010): 277.

Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara ilişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesinin Türk hukukuna aktarılması amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Yönetmelik 14.06.2003 tarihinde yürürlüğe girdikten kısa süre sonra 7.11.2013 tarihinde kabul edilen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girerek 4077 sayılı TKHK'yı yürürlükten kaldırmıştır. Kanununun 51. maddesinin gerekçesinde 4077 sayılı mülga TKHK'da olduğu gibi pakete turlara ilişkin hükmün 90/314/AET sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi esas alınarak hazırlandığı belirtilmiştir. Ayrıca İsviçre'nin aynı yönergeyi iç hukukuna aktarmak için yürürlüğe soktuğu Paket Turlara İlişkin Federal Yasa'dan (*Bundesgesetz über Pauschalreisen- AS 1993 3152*) da yararlandığı belirtilmiştir.¹⁷

6502 sayılı TKHK Kanununun yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden yaklaşık bir buçuk yıl sonra Avrupa Birliği (AB) 25 Kasım 2015 tarihinde 2015/2302 sayılı Paket Turlara ve bağlantılı seyahat sözleşmelerine ilişkin Avrupa Birliği Konseyi Direktifini yayınlamaya artık günün ihtiyaçlarını karşılamayan 13/06/1990 tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara ilişkin yönergeyi yürürlükten kaldırmıştır.¹⁸ 6502 sayılı TKHK mülga yönergeye göre hazırlandığı için 2015 tarihli 2015/2302 sayılı AB Direktifindeki değişiklikleri içermemektedir. 2020 yılında bütün dünyayı etkisine alan seyahat yasaklarına neden olan pandemi neticesinde Avrupa Birliği tüketicileri korumak amaçlı 13.05.2020 tarihli 2020/648 EU Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı yayınlanmıştır.¹⁹ Bunun üzerine Türk mevzuatına 05.05.2020 tarihinde Paket Tur Yönetmeliğine pandemi nedeniyle

¹⁷ Sezer Çabri, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Ankara: Adalet, 2016), 827 vd; Ömer Çınar, "Madde 51, Çınar Şerhi Paket Tur Sözleşmeleri, Milli Şerh." 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi, editörler Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner, (2016), 841.

¹⁸ Directive (EU) 2015/2302 of the European Union Parliament and the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC. Tam Metin için bkz. erişim tarihi 16 Ekim 2024 <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2015/2302/oj>

¹⁹ Commission Recommendation (EU) 2020/648 of 13 May 2020 on vouchers offered to passengers and travellers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19 pandemic. Tam metin için bkz. erişim tarihi 16 Ekim 2024 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020H0648>

sözleşmelerin feshi adı altında geçici bir madde eklenmiştir.²⁰ Bu alanda son gelişme olarak 29.11.2023 tarihinde Avrupa Konseyi *Paket Tur Direktifinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Bir Öneri* yayınlamıştır.²¹

B. Paket Tur Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanımı

6502 sayılı TKHK m. 51 (1)' de Paket tur sözleşmeleri; "Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya araçları tarafından (a)ulaştırma, (b) konaklama, (c) ulaştırmama ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmeler" olarak tanımlanmıştır.

6502 sayılı TKHK dayalı olarak çıkarılan 14.01.2015 tarihli Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 4. maddesinin f fıkrası paket tur sözleşmesini "Paket tur düzenleyicileri veya araçları tarafından ulaştırma, konaklama ve başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmeler" olarak tanımlamıştır. Bu tanım 90/314/AET sayılı Yönerge ile büyük oranda uyumludur. Yönergede'ki paket tur tanımındaki farklılık ulaşım konaklama ediminden sonra verilen edimin "ulaşım veya konaklamaya bağlı olmayan ve paketin önemli bir bölümünü içeren diğer turistik hizmetler"²² olarak anılmasıdır. Oysaki 6502 sayılı

²⁰ Pandemi dönemi için bkz. Girgin, Ali Ömer ve Sebastian "Package Tour Contracts in Times of COVID-19", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no:2, (2020), 563 vd.

²¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/2302 to make the protection of travellers more effective and to simplify and clarify certain aspects of the Directive COM/2023/905 final, erişim tarihi Ekm 16 2024 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0905>

²² Council Directive 90/314/EEC Article 2 (c)"other tourist services not ancillary to transport or accommodation and accounting for a significant proportion of the package." Yönergenin tamamı için bkz. erişim tarihi Ekim 15 2024 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31990L0314>

Kanun'da paketin önemli bir bölümünü içermesi unsuru aranmamakta sadece ulaştırma ve konaklamaya bağlı olmayan hizmetler ifadesi kullanılmakta, paketin önemli bir bölümünü içermesi ifadesine yer verilmemektedir. 90/314/AET sayılı yönergeyi ayrı bir kanun olarak hukuk sistemine dâhil eden 18 Haziran 1993 tarihli İsviçre Federal Paket Seyahat Kanunu 1. maddesindeki paket tur tanımı da 90/315/AET sayılı yönerge tanımıyla uyumludur.²³ Aynı yönergeyi Medeni Kanun'a 651a maddesi ve devamını ekleyen Almanya ise 651a maddesinde 90/314/AET yönergesinde belirtilen ulaşım, konaklama hizmetlerine kiralama hizmetini ve bu hizmetlere girmeyen diğer turizm hizmetlerini eklemiştir. Alman BGB 651a'da yapılan tanım 2015/2302 sayılı Avrupa Birliği'nin paket turlara ilişkin olan Direktifi ile tam olarak uyumludur.²⁴

1. Paket Tur Sözleşmesinin Unsurları

Bir tarafını katılımcının, diğer tarafını tur düzenleyicisi ya da aracısının oluşturduğu paket tur sözleşmesi en az iki asli turizm hizmeti edimini birlikte sunulması, her şey dâhil götürü ücret ödenmesi ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsamaması ya da gecelik konaklamayı içermesi unsurlarını içermektedir. Bu unsurlar, edimlerin bütünlüğü unsuru, her şey dâhil fiyat ödenmesi unsuru ve süre unsuru olarak sınıflandırılabilir.²⁵ Bu unsurların hepsinin bir arada bulunması gerekmektedir.

²³ Roberto, Vito. *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Hrsg: Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, 2020. *BSK OR I-Roberto*, Basel: Helbing Lichenhahn 2020, PRG Art. 1.

²⁴ Kalus, Tonner. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, redaktet Martin Henssler, München (C.H. Beck, 2023) BGB § 651a Rn. 3.

²⁵ Demir, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri*, 41; Atamer, *Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler.*, 89; Bazı yazarlar bu üç unsura edimlerin birbirleriyle birleşme unsurunu birlikte sunulma unsurunu eklemiştir. Selin Sert, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no 22 (2015): 223. Bazı yazarlar ise bu üç unsura sözleşmenin tarafları unsurunu eklemiştir. Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci. *Tüketici Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet, 2021) 658; Turan Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no: 1 (2022): 69; Ceylan, paket tur sözleşmesinin unsurlarını, taraf unsuru, en az iki hizmetin verilmesi, her şey dâhil fiyat kararlaştırılması, süre unsuru ve tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları olarak incelemektedir.

a. Edimlerin Bütünlüğü Unsuru

6502 sayılı Kanun kapsamında bir sözleşmenin paket tur sözleşmesi sayılabilmesi için ilk unsur 51. maddede sayılan ulaştırma, konaklama ve ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisini bir arada içermesidir. Başka bir deyişle paket tur sözleşmesinde konaklama veya ulaşımı içeren birden fazla turizm hizmetinin işlevsel bir şekilde kombine edilerek koordine edilip paket halinde sunulması gerekmektedir.²⁶ En az iki turizm ediminin asli edim olması, birinin diğerinin yan edimi olmaması gerekmektedir.²⁷ Paket tur sözleşmesi hem ulaşımı hem de konaklamayı içerebilir. Bunların dışında ulaşım veya konaklama hizmeti yanında bu hizmetlere bağlı olmayan farklı bir turizm hizmetini içerebilir. Ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan hizmetlere örnek olarak rehberlik, ören yeri ziyareti, yeme içme hizmeti, gastronomi turu, gala yemeği hizmetlerini içerebilir. Bu durumda ulaşım, konaklama, ören yeri ziyareti, yeme içme, animasyon, gala yemekleri sunan gemi turlarının (*cruise*) Kanun kapsamında paket tur sayılacağı açıktır. "Bütünlük" terimi, münferit bir hizmetin paket tur olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.²⁸ Sadece ulaşım ya da sadece konaklama sunan bir turizm hizmeti 24 saatten uzun da sürse paket tur olarak değerlendirilemez.

b. Her Şey Dâhil Fiyat Ödeme Unsuru

Paket turlara ilişkin olan ikinci unsur ise, toptan fiyat olarak ücretin belirlenmesidir. Paket tura ilişkin tüm hizmetler her şey dâhil olarak önceden belirlenmiş olmalıdır. Katılımcı her edim için ayrı ayrı ücret ödemek durumunda kalmamalıdır.²⁹ Edimler için ayrı faturalandırma kanunu dolanma amaçlı

Ebru Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler," *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no 1 (2015) 75. Aynı yönde bkz. Akipek Öcal, *Tüketici Hukuku*, 202-203.

²⁶ Havutçu, "Seyahat Sözleşmesi," 31; Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 44.

²⁷ Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku*, 659; Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi," 70; Yılmaz Aslan, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (Ankara: Ekin, 2014), 571.

²⁸ Tonner, *MüKoBGB* § 651a Rn. 2.

²⁹ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 59.

yapılmışsa bu durum sözleşmeyi paket tur olmaktan çıkarmayacaktır. Aynı ayrı faturalandırılan bu edimler de her şey dâhil fiyat unsurunu taşıyor gibi değerlendirilmelidir.³⁰ Paket tur düzenleyicisi karşılaştırılan toptan bedelden başka ücret talep edemez. Seyahat içerisinde yapılan ekstra türlerin açıkça ve özellikle ücretli olduğu belirtilmediği sürece bu ekstra turlarda götürü bedelin içinde sayılacak tur düzenleyicisi ekstra ücret talep edemeyecektir.³¹

c. Süre Unsuru

Son olarak paket tur sözleşmesinde verilen hizmetlerin en az 24 saat sürmesi veya gecelik konaklamayı içermesi gerekmektedir. Ulaşım hizmetinin en az yirmi dört saat sürmesi ya da ulaşımdan sonra gezilecek yerlerde gecelik konaklamayı içermesi süre koşulunu sağlamaktadır. Süre unsurunu taşımayan turizm sözleşmeleri TKHK m. 51 kapsamında paket tur sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Örneğin, yemek hizmeti, ören yeri ziyareti ve ulaşım hizmeti verilen günübirlik Trabzon'dan Batum'a yapılan otobüslü şehir turu, gecelik konaklama içermeyen ve yirmi dört saatten uzun sürmediği için paket tur sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 51 ile belirlenen esaslı edimleri birlikte taşıyan paket tur sözleşmeleri konusunda uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığın tüketici hukuku uyuşmazlığı olması sebebiyle Tüketici Mahkemesi'nde dava açmadan önce aynı Kanun m. 73'te öngörülen arabulucuya başvurmak zorunludur. 6502 sayılı TKHK m. 51'de belirlenen sözleşmenin esaslı unsurlarını bir arada taşımayan bir tatil sözleşmesi için bu hükme başvurulamaz. Diğer koşulları da oluşmuş ise Tüketici Kanunu'nun genel hükümlerine (*örneğin ayıplı hizmet*), Türk Borçlar Kanunu'nun (*TBK*) ve Türk Ticaret Kanunu'nun (*TTK*) genel hükümlerine başvurulabilir.³² Örneğin, günübirlik turlar yirmi dört saatten az sürdüğü ya da gecelik konaklama içermeyen bu turlardan doğan uyuşmazlıklara TKHK m. 51'de belirlenen hükümler uygulanmayacak, ayıplı bir hizmet varsa TKHK'nın ayıplı hizmete

³⁰ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 61.

³¹ Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi," 70.

³² Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 831; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 1042.

ilişkin genel hükümleri veya Borçlar Kanun'undaki ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki ilgili hükümler uygulanacaktır. Ancak günü birlik turdan yararlanan kişi aynı zamanda bir tüketici ise TKHK m. 83 gereğince bu işlem tüketici işlemi sayılacak TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Katılımcı ile sağlayıcı ya da aracı arasında TKHK m. 51'de belirtilen unsurları taşıyan bir sözleşme yapılması yeterlidir, tarafların imzaladıkları sözleşmeye farklı bir isim koymaları önemli değildir. Sözleşmenin isminin paket tur sözleşmesi olması zorunlu değildir. Belirtilen unsurları bir arada ihtiva eden sözleşmeler paket tur sözleşmesi dışında paket tatil, paket seyahat, her şey dâhil tatil gibi farklı isimlerle imzalanmış olsa bile TKHK m. 51'de düzenlenen hükümlere tabi olacaktır.³³

II. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Paket tur sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmenin uygulanması, yorumlanması, boşlukların doldurulması uyumsuzluk halinde uygulanacak olan hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Paket tur sözleşmelerinde edimlerin bütünlüğü, götürü bedel ve süre unsurlarından yukarıda bahsedilmişti. Sözleşmeler birden fazla taraflı hukuki işlemlerden olmakla birlikte, bu işlemler daima her iki tarafa da borç yüklemes. Örneğin, kefalet ve bağışlama sözleşmeleri tek tarafa borç yüklemektedir. Karşılıklı sözleşmelerde edimler karşı edimler ile değiş tokuş edilir. Burada âdeta her bir edim karşı edim uğruna borçlanılır.³⁴ Paket tur düzenleyicisi ya da aracısı belirlenen edimleri paket tur süresi içerisinde ifa edecek karşılığında paket tur katılımcısı ise götürü ücret bedelini ödeyecektir. Dolayısıyla paket tur sözleşmeleri

³³ Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku*, 656, 657; Akipek Öcal, *Tüketici Hukuku*, 201.

³⁴ Hatemi, Hüseyin ve Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Filiz, 1992), 10.

her iki tarafa borç yüklediği ve edimler birbirlerinin karşılığı olduğundan tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı (*sinallagmatik*) sözleşmelerdendir.³⁵

Özel borç ilişkileri çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Borç ilişkileri öğretide edim yönünden ani edimli, sürekli edimli ve dönemsel edimli olarak sınıflandırılmaktadır. Sürekli edimli borç ilişkilerinde edimin bütününe kapsama, edimlerin ifa edileceği sözleşme süresine bağlıdır. Bu noktada esas olan sözleşmeye tipini veren edimin sürekli olmasıdır. Her iki tarafın da ediminin sürekli olması zorunlu değildir.³⁶ Paket tur sözleşmesinin süre unsuruna dayalı olarak en azından 24 saat sürmesi veya gecelik konaklamayı içermesi paket tur düzenleyicisi ya da arayıcısının önceden belirlenen edimlerin belirlenen süre zarfında kesintisiz olarak sunulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle paket tur sözleşmelerinde paket tur düzenleyicisi ya da aracısının edimi paket turun süresine bağlıdır, sözleşme süresi dolana yahut sözleşme feshedilene kadar sürekli edimin ifası devam eder. Bu nedenle paket tur sözleşmesi sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmedir.³⁷ Paket tur sözleşmesi düzenleyicisinin edimi zamana yayılan bir edim ihtiva ettiğinden her durumda sürekli edim özelliği gösterir. Paket tura katılan ise tek seferde toptan ödeme borcunu ifa edebileceğinden, tura katılanın edimi ani nitelik gösterir. Paket tur sözleşmesinin unsurlarından birinin süre olduğu yukarıda belirtilmişti. Paket tur süresi içinde ifa edilmeyen edimlerin tekrarlanması mümkün değildir. Örneğin, balayı için tur satın alan bir çiftin balayını planladıkları tarihte yapmaları çift açısından çok önemlidir. Bu nedenle paket turlar kesin vadeli sözleşmelerdendir.³⁸

Öğretide paket tur sözleşmelerinin tipik mi yoksa atipik mi olduğu konusunda da görüş birliği bulunmamaktadır. Kanımızca bu durum bazı

³⁵ Aslan, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 580; Yurt, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, 93; Oktay, Gezi Sözleşmesi 63, Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 70.

³⁶ Bilgehan, Çetiner. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Onikilevha, 2024), 35.

³⁷ Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili Düzenlemeler," 77; Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 69, 70.

³⁸ Yurt, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, 91; Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 69; Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili Düzenlemeler," 77.

yazarların atipik terimini dar anlamda isimsiz sözleşmeler veya kendine özgü sözleşmeler anlamında kullanmalarından kaynaklanmaktadır.³⁹ Oysaki isimsiz sözleşme ve geniş anlamda atipik sözleşme eş anlamlı terimler değildir.⁴⁰ İsimli, isimsiz sözleşme ayrımı yapılırken temel alınan ana ölçüt kanunda esaslı unsurları ile düzenlenmiş olup olmamasıdır. Tipik, atipik ayrımında ise ölçüt sözleşmenin tipleşmiş olup olmamasıdır. Tipleşmek için kanun tarafından ya da uygulama tarafından sözleşmenin en az esaslı unsurlarının belirlenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla kanunla esaslı unsurları belirlenerek düzenlenen isimli sözleşmeler, tipik sözleşmelerdir diyebiliriz. Kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz sözleşmeler ise pek tabii tipik bir sözleşme haline gelmiş olabilir. İsimsiz bir sözleşme günlük hayatta çok sık kullanılarak iş hayatında artık kabul edildiği yoğun uygulama alanı bulduğu için “tipikleşmiş bir isimsiz sözleşme” ortaya çıkabilir. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimli bir sözleşme olmamasına rağmen tipik bir sözleşmedir.⁴¹ Sözleşmenin esaslı unsurları hiçbir kanunda yer almamaktadır. Kanunun düzenlemediği bu sözleşme tekrarlanan uygulamalar sonucunda önce teamüle sonra örf adet hukukuna dayalı olarak tipleşmiştir.⁴² Dolayısıyla atipik bir sözleşme de uygulama sonucunda tipik hale gelebilir.⁴³ Diğer taraftan paket tur sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğunu ileri süren yazarlar da sık kullanımından dolayı tipik bir sözleşme olduğu, uygulamada mutata hale gelerek “tipikleşmiş kitlesel isimsiz sözleşme” haline geldiği görüşünü ileri sürmektedir.⁴⁴

³⁹ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 73; Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 663, 664. Geniş ve dar anlamda atipik sözleşmeler için bkz. Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit, Karma Sözleşme* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013), 12, 13.

⁴⁰ Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin, 2024), 79.

⁴¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin TMK m. 1009’da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakların tapuya kaydedilebileceği belirtilmektedir. Ancak sözleşmenin esaslı unsurları, karakteristik özellikleri kanunla düzenlenmemiştir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz sözleşmedir. Diğer taraftan isimsiz olmasına rağmen uygulamanın ortaya çıkardığı tipik bir sözleşmedir. Bkz. Seda, Gayretli Aydın, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Kısmi Temerrüdü,” *Terazi Hukuk Dergisi* 16, no. 173 (2021) 24.

⁴² Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 7, 8.

⁴³ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 73; Hatemi ve Gökyayla ve Serozan, *Borçlar Hukuku Hükümler*, 54.

⁴⁴ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 74.

Paket tur sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. 6502 TKHK öncesi ve sonrası aşağıda açıkladığımız farklı görüşler ortaya atılmıştır. 6502 sayılı TKHK'nın kabulü ile en çok tartışılan görüşler; paket tur sözleşmelerinin isimsiz sözleşmelerin karma kombine sözleşme türünü oluşturduğu ve isimli sözleşme olduğu görüşleridir.⁴⁵

B. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönem

Öğretide bazı yazarlarca Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenmeden önce paket tur sözleşmelerinin eser sözleşmesinin bir türü⁴⁶ olduğu yanında vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, karma kombine sözleşme, kendine özgü sözleşme olduğu görüşleri ileri sürülmüştür.⁴⁷

Paket tur sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olup olmadığı tartışmasında sonucun gerçekleşmesine yönelik vaatler yönünden paket tur sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi birbirinden ayrılmaktadır. Vekâlet sözleşmelerinde sonucun gerçekleşmesine yönelik edimlerin gerçekleşmesi vaadi söz konusuysen, paket tur sözleşmelerinde belirli bir sonuca yönelik vaat söz konusudur. Vekâlet sözleşmelerinde sonuç garanti edilemez. Oysaki paket tur sözleşmesinde sonucun gerçekleştirilmesi paket tur düzenleyenin sorumluluğundadır.⁴⁸

⁴⁵ Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2016, 255.

⁴⁶ Serozan, paket turu tanımlarken turistik (eser) istisna sözleşmesi tanımlamasını yapmıştır. Serozan, "Turistik Gezi Sözleşmesi," 21; Atamer, paket turun Alman Hukuku'nda olduğu gibi eser sözleşmesinin özel bir türü olarak Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinden sonra ya da İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi ayrı bir kanunla yine eser sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmesini önermiştir. Yeşim M. Atamer, "Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler," (87-101) İç. *Uğur Alacakaptan'a Armağan* Cilt 2, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

⁴⁷ Görüşlerin değerlendirilmesi için bkz., Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 81 vd.; Ömer Çınar, Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, (İstanbul: Aristo, 2020) 37 vd.; Kara, Tüketici Hukuku, 1043; benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi için bkz. Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 67 vd.

⁴⁸ Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri 85; Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 67, 68.

Paket tur sözleşmesinin eser sözleşmesinin bir türü olduğu görüş esasını paket tur sözleşmelerinin Alman Medeni Kanun'unda paket tur sözleşmelerini BGB'de eser sözleşmeleri ve benzer sözleşmeler üst başlığı altında BGB § 651a-m arasında düzenlediğinden paket tur sözleşmelerinin eser sözleşmelerinin bir türü mü olduğu yoksa eser sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme mi olup olmadığı tartışması yapılmıştır. Bu tartışmanın temelini benzer sözleşmeler (*ähnliche Verträge*) ifadesiyle neyin kastedildiği konusu oluşturmuştur.⁴⁹ Bununla birlikte, paket tur sözleşmesinin büyük ölçüde bağımsız bir sözleşme türü (*eigenständigen Vertragstyp*) haline geldiği baskın görüş haline gelmiştir. Bu nedenle eser sözleşmelerine ilişkin genel hükümlere başvurmak nadiren gerekli görülmektedir. Paket tur sözleşmeleri konuya ilişkin özel içtihat hukuku yoluyla kendisini eser sözleşmesinden büyük ölçüde kurtarmıştır ve eser sözleşmesine ilişkin birçok hüküm paket sözleşmelerinin yorumlanmasında ya da bu tür sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanamamaktadır.⁵⁰

Eser sözleşmesinde ulaşılmak istenen sonuç eserin tamamlanıp teslim edilmesiyken, paket tur sözleşmelerinde ulaşılmak istenen sonuç tur süresince paket turun beklenen niteliklere uygun geçmesi için gerekli bütün hizmetlerin verilmesidir.⁵¹ Eser sözleşmesinde sonuca nasıl ulaşıldığı önemli olmazken paket tur sözleşmesinde ifayı oluşturan sürecin büyük bir kısmına eser sözleşmesinin aksine her iki taraf da katılmakta ve sürecin nasıl gerçekleştiği de önem taşımaktadır.⁵² Ayrıca paket turun eser kavramına dâhil olup olmadığı da tartışmalı hususlardandır. Eser kavramını maddi olarak algılayan görüşe göre paket tur sözleşmeleri eser olarak nitelendirilemez.⁵³

Paket tur sözleşmelerinde turizm hizmetleri bir ücret karşılığında sunulmaktadır. Süreklilik unsurları iş görme yönleriyle paket tur sözleşmeleri

⁴⁹ Tonner, MüKoBGB, BGB § 651a Rn. 17; Stefan Geib, Beck'cher Online-Kommentar, Hrsg. Wolfgang Hau ve Roman Poseck, München: C.H. Beck Verlag, 2024, BGB § 651a Rn. 5-6.

⁵⁰ Tonner, MüKoBGB, BGB § 651a Rn. 18; Geib, BeckOK BGB, BGB § 651a Rn. 5-6.

⁵¹ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 70.

⁵² Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 86.

⁵³ Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 71, 72.

TBK m. 393'te düzenlenen hizmet sözleşmelerine benzemektedir. Diğer taraftan hizmet sözleşmelerinin en belirgin unsurlarından birini bağımlılık unsuru oluşturmaktadır. Hizmet sözleşmesinde işçi işverenin emrinde ona bağımlı olarak iş görmektedir.⁵⁴ Bağımlılık unsurunun bulunmaması nedeniyle paket tur sözleşmeleri hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

C. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem

İsviçre –Türk hukukunda sınırlı sayıda sözleşme prensibini kabul eden Roma hukukunun aksine sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda "Özel Borç İlişkileri" başlığı altında sık kullanılan ve belli tipteki sözleşmeler tek tek ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da Türk –İsviçre sistemindeki sözleşmeler bunlarla sınırlı değildir. Sözleşme özgürlüğünün görünümünden olan sözleşmenin tipini/türünü/içeriğini belirleme özgürlüğü sonucunda kanunen düzenlenmemiş olan isimsiz sözleşmeler de geçerlidir.⁵⁵ Türk hukukunda kanun ile esaslı unsurları düzenlenen sözleşmeler "isimli sözleşme" ve kanun ile esaslı unsurları düzenlemeyen sözleşmeler ise "isimsiz sözleşme" başlığı altında incelenmektedir. İsimsiz sözleşmeler de öğretide kendi içlerinde kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak üç grupta incelenmektedir.⁵⁶ Öğretide paket tur sözleşmelerinin isimli mi isimsiz sözleşme mi olduğu, isimsiz sözleşme sayılırsa hangi tür isimsiz sözleşme sayılacağı konuları tartışmalıdır.

1. İsimsiz Sözleşme Olduğu Görüşü

Türk Borçlar Kanunu ile ya da başka herhangi bir özel kanun ile düzenlenmemiş olmasına rağmen, sözleşmenin türünü belirleme özgürlüğünün bir sonucu olarak farklı sözleşme tiplerine ait unsurlarının bir araya gelmesiyle

⁵⁴ Fikret Eren ve İpek Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Legem Yayınevi, 2024), 539.

⁵⁵ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (İstanbul: Vedat, 2015), 3; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 5- 6.

⁵⁶ Aral ve Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 82.

oluşturulan ya da kanunda düzenlenen sözleşmelere tamamen yabancı unsurlar içeren sözleşmelere isimsiz sözleşmeler (*innominantvertaeg*) denir. Barter sözleşmesi, escrow sözleşmesi herhangi bir kanunda düzenlenmediklerinden isimsiz sözleşmedir.⁵⁷

Kanun koyucunun bu sözleşmeleri herhangi bir kanunda düzenlememiş olmasının nedeni kanun koyucunun yasanın hazırlandığı dönemde bu tür sözleşmelerin bazılarında haberdar olmaması, bazılarını düzenlemeyi gelecek zamana bırakması, ya da bazı tarihi nedenlerle açıklanabilir.⁵⁸ Kanımızca günümüzde yapılan her sözleşme için kanun yapma faaliyetinde bulunmak mümkün görünmemektedir. İnsanların ve toplumun ihtiyaçları değiştikçe sözleşmelerin çeşitlenme hızı da artmaktadır.

Bir sözleşmenin isimli sözleşme sayılabilmesi için Borçlar Kanunu'nda ya da Medeni Kanun'da düzenlenmesi zorunlu değildir. Herhangi bir kanunda düzenlenmiş olması isimli sayılması için yeterlidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta sözleşmenin isminin bir kanunda geçmesi isimli sayılması için yeterli değildir. Ayrıca söz konusu sözleşmenin esaslı unsurlarının da aynı kanunda belirlenmiş olması gerekmektedir.⁵⁹ Öğretide birçok yazar paket sözleşmesinin esaslı unsurlarının kanunda belirlenmediği gerekçesiyle bu tür sözleşmeleri isimsiz sözleşme olarak nitelendirmiştir.⁶⁰

Kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmeler ise kendi içlerinde içerdikleri esaslı unsurlarının özellikle asli edimlerin isimli sözleşmelere ait olup olmamasına göre karma sözleşmeler, birleşik sözleşmeler ve kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler olarak ele alınmaktadır.⁶¹ Paket tur sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olduğu görüşündekilerin bir kısmı karma sözleşme niteliğinde olduklarını ileri

⁵⁷ Sinan Usta, Borcun İfasında Bir Teminat Aracı Olarak Escrow Sözleşmesi (Ankara: Yetkin, 2024), 26, 27.

⁵⁸ Eren ve Yücer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 972.

⁵⁹ Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, Karma Sözleşme, 5.

⁶⁰ Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, 5; Baş Süzel, Tatil Sözleşmeleri, 184; Sayın, Paket Tur Sözleşmesi, 73, 74; Aydoğdu ve Kahveci, Tüketici Hukuku, 662. Kadir Erk Pekmaz, Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri (İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2015), 67.

⁶¹ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5-10.

sürerken, diğer bir kısmı ise sui generis sözleşme niteliğinde olduklarını savunmaktadır:

a. Karma Sözleşme (Karışık Muhtevalı Akit)

Karma sözleşmeler (gemischter Vertrag, contrat mixte) kanunda düzenlenen farklı türdeki sözleşmelerin unsurlarını kanunun öngörmediği şekilde bir araya getiren sözleşmelerdir.⁶² Başka bir deyişle karma sözleşmelerin unsurları kanunun öngördüğü isimli sözleşmelere ait olmasına rağmen bu unsurlar kanuna yabancı bir şekilde birleştirilmiştir.⁶³ Karma sözleşmeleri oluşturan isimli sözleşmelerin unsurları bağımsızlıklarını tamamen kaybederek, yeni bir sözleşme içinde bir araya gelerek yeni bir sentez oluşturmaktadır.⁶⁴ Karma sözleşmeler kendi içlerinde çifte tipli, kombine, çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler gibi farklı türlere ayrılmaktadır.

Yargıtay 2021 tarihli bir kararında “paket tur sözleşmesinin birçok hizmeti bünyesinde barındıran karma nitelikli bir sözleşme görünümünde olduğunu; ulaştırma yönü ile taşıma, konaklama yönü ile kira sözleşmesi ve karşılaştırılan bedel yönüyle satış sözleşmesine ilişkin unsurları bünyesinde barındırdığını, paket tur sözleşmesinin esasen iş görme veya hizmet sözleşmesi niteliğinde de kabul edilebileceğini” belirtmiştir.⁶⁵

⁶² Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersi Özel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2018),14.

⁶³ Öğretide karma sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur. İsimli sözleşmelerin esaslı unsurlarının kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesi karma sözleşmeyi oluşturur. (dar anlamda karma sözleşme) Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 21. Diğer bir görüşe göre ise sadece isimli sözleşmelerin unsurları değil isimsiz sözleşmelerin unsurlarının da farklı şekillerde birleşmesi karma sözleşmeleri oluşturabilir(geniş anlamda karma sözleşme). Walter Schlupe, “Innominatverträge,” İç. *Schweizerisches Privatrecht*. (Basel, Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1979) 771. Geniş anlamda sözleşme görüşü kabul edilirse su generis sözleşmeler ile karma sözleşmeler birbirinden ayırt edilemez. Bu nedenle karma sözleşme denildiğinde dar anlamda karma sözleşmeyi ifade ediyoruz.

⁶⁴ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 977.

⁶⁵ Yargıtay 3 HD. tE. 2021/6774K, 2021/11815, 22.11.2021 (Lexpara Hukuk Bilgi Sistemi)

Öğretide paket tur sözleşmelerini karma sözleşme olarak nitelendiren yazarların hepsi bu sözleşmenin karma sözleşmelerin kombine türü olduğu konusunda aynı fikirdedir.⁶⁶ Karma sözleşmelerin bir türü olan kombine sözleşmelerde; taraflardan biri kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde (vekâlet, kira, satış, eser.. vb) yer alan birden çok asli edimde bulunmayı, diğer taraf ise tek bir edimde bulunmayı genellikle bir miktar para ödemeyi taahhüt etmektedir.⁶⁷ Öğretideki birçok yazar paket tur sözleşmelerini, tek bir ücret ödeme karşılığında en az iki asli tatil hizmetinin bir arada sunulması sebebiyle karma kombine sözleşme olarak nitelendirmektedir.⁶⁸

Karma sözleşmelerin tamamlanmasında uygulanacak hükümler konusunda öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşler; dışlama görüşü, soğurma görüşü, birleştirme (*terkip*) görüşü, kanundaki bireysel hükümlerin uygulanması görüşü, kıyas ve yaratma görüşüdür.⁶⁹ Dışlama görüşüne göre, çeşitli sözleşme tipleri birbirlerini götürür bu nedenle karma sözleşmelere edimlerin ait olduğu sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanamaz. Karma sözleşmelere Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanmalıdır. Bu görüş benzerlik olgusuna önem vermez. Bu görüş, kanuni akit tiplerine bağlanmış olan tamamlayıcı hükümlerin karma sözleşmelere uygulanmasını tamamen reddeder.⁷⁰ Soğurma görüşüne göre karma sözleşmeyi oluşturan edimlerden hangisi daha önemli ise bu edimin ait olduğu hâkim sözleşme tipi sayılmalı ve o tipe ait olan bütün hükümler karma sözleşmeye uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle; hâkim edimin ait olduğu sözleşme diğer sözleşmelere ait olan edimleri yutmaktadır.⁷¹ Birleştirme görüşüne göre

⁶⁶ Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 45; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku*, 662; Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi* 76; Sert, "Paket Tur", 78 ; Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi," 69.

⁶⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 29.

⁶⁸ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi* 78; Sert, "Paket Tur," 78; Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi," 69; Ömer Öksüz, "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. .66 (2016) 334; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku*, 662.

⁶⁹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 983.

⁷⁰ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 228 -229.

⁷¹ Gümüüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Bu görüş de kendi içinde karma sözleşmeye önemli unsurları dışında kalan diğer unsurların ilgili oldukları akit tiplerinin hükümlerinin uygulanıp

karma sözleşmeyi oluşturan her edime kendine ait sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁷² Sonrasında ise her bir edime ait hukuki sonuç birbirine bağlanmalıdır.⁷³ Kıyas ve yaratma görüşüne göre, karma sözleşmeyi oluşturan sözleşme hükümleri karma sözleşmeye kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Ancak bu kurallar karma sözleşmeye doğrudan değil, somut olaya göre tarafların amaç ve çıkarlarına uygun olarak kıyas yoluyla uygulanmalıdır.⁷⁴ Eğer kıyas yoluyla bile uygulanabilecek bir hüküm bulunmazsa borçlar hukuku genel hükümlere başvurulmalıdır. Burada da bir çözüm bulunmazsa Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1 gereğince örf adet hukukuna başvurulmalı; yine bir çözüm bulunamazsa hâkim hukuk yaratmalıdır.⁷⁵

Paket tur sözleşmelerini karma kombine sözleşme olarak nitelendiren yazarlar, sözleşmenin tamamlanması konusunda kıyas teorisinin uygun düşeceğini savunmaktadır.⁷⁶ Kıyas teorisinin benimsenmesi halinde paket tur sözleşmelerine kendilerini oluşturan edimlere ait sözleşmelerin kıyasen uygulanacağını ve edimsel bütünlüğün bulunmayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, paket turlara ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle 6502 sayılı TKHK ve Paket Turlara İlişkin Yönetmelik uygulanacak bu mevzuatta hüküm bulunamazsa ise uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekalet, eser, kira, satış sözleşmelerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır.⁷⁷

b. Sui Generis Sözleşme (Kendine Özgü Sözleşme)

İsimsiz sözleşmelerinin diğer bir türü olan su generis sözleşmeleri, kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlar

uygulanmamalarına göre saf imtisas ve saf olmayan imtisas olarak ikiye ayrılmaktadır. Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 228-231.

⁷² Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 231.

⁷³ Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Vedat, 2024), 21.

⁷⁴ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersi Özel Hükümler*, 15.

⁷⁵ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 30. Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 91.

⁷⁶ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 77; Pekmez, *Paket Tur*, 67.

⁷⁷ Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 78; Şahin, "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi," 69.

oluşturmaktadır.⁷⁸ Bu sözleşmeler gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren sözleşmelerdir.⁷⁹ Sui generis sözleşmeler söz konusu olduğunda sözleşmeden kaynaklı sorunların nasıl çözüleceği konusunu belirlemek zorlaşmaktadır. Zira sui generis sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerdir. Bunun yanında içerdikleri unsurlara ilişkin olarak da çoğu zaman herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁰ Sui generis sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek için kendi iradeleriyle kurallar koymuşlarsa bu kurallar uygulanır. Su generis sözleşmelerde sözleşme boşluğu olması ve sözleşmenin tamamlanması gerektiğinde uygulanacak hükümler konusunda farklı görüşler mevcuttur. Serozan'a göre sui generis sözleşmenin varlığı halinde "kural yokluğu" söz konusudur. Bu görüşe benzer yasal tiplere özgü kuralların kıyas yoluyla sui generis sözleşmeye uygulanması hukuki boşlukların doldurulması için gerekli tek yoldur. Ancak TBK özel ya da genel bölümde sui generis sözleşmeye uygulanabilecek bir hüküm yoksa hâkim somut menfaatler durumunu gözeterek kuralı kendisi yaratacaktır.⁸¹ Bizim de katıldığımız aksi görüşte olan Eren, sui generis sözleşmelerin yapısı gereği TBK özel hükümlerde düzenlenen kanuni sözleşme tiplerinin herhangi bir esaslı unsurunu içermedikleri için burada düzenlenen tipik sözleşmelere ilişkin hükümlerin sui generis sözleşmelere uygulanamayacağını savunmaktadır.⁸² Bu görüşe göre hâkim tipikleşmiş bir sui generis sözleşme ile karşı karşıya ise TBK genel hükümlerde elverişli ve uygun bir hüküm bulamazsa örf adet hukukuna bakacak⁸³ burada da uygun bir hüküm bulamazsa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural

⁷⁸ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 83.

⁷⁹ Aral ve Ayrancı, 83.

⁸⁰ Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12.

⁸¹ Hatemi ve Gökyayla ve Serozan, *Borçlar Hukuku Hükümler*, 51.

⁸² Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 989; Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu," 275-276.

⁸³ Hakim örf adet hukukuna bakarken iş hayatında uzun süredir uygulanan bir sözleşme söz konusu ise oluşan bu teammülleri de göz önüne alır. Fikret Eren. "İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi" İç. *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* editör İpek Yücer Aktürk, (Ankara: Yetkin, 2011) 26.

koyacaktıysa öyle bir kural koyup uygulayacaktır.⁸⁴ Başka bir ifade ile TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratacaktır.

Paket tur sözleşmesinin sui generis sözleşme olduğunu ileri süren yazarlar, paket tur sözleşmesinin sui generis sözleşme olarak nitelendirmenin daha adil sonuçlar doğuracağı varsayımından yola çıkmaktadır.⁸⁵ Şöyle ki paket tur sözleşmelerinde edimler birbirleri ile bağlantılıdır ve birbirlerini tamamlarlar. Dolayısıyla bu edimlerin bölünerek her bir edime ait olduğu sözleşmenin hükümlerinin uygulanması adil sonuçlar doğurmayacağından paket tur sözleşmeleri karma sözleşme olarak nitelendirilmemelidir.⁸⁶ Paket tur sözleşmesini sui generis bir sözleşme olarak nitelendiren yazarlar paket turları oluşturan sözleşmelere ait edimlerin ait olduğu sözleşmelere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸⁷ Oktay, paket tur sözleşmelerini sui generis sözleşme olarak kabul etmenin, uygulanacak olan hükümleri belirlerken uygulayıcıya daha geniş bir serbesti tanıyacağını ileri

⁸⁴ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 989; Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (İstanbul: Oniki Levha, 2008), Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi*, 75; Kuntalp'a göre sui generis sözleşmelere borçlar özel hükümlerinde düzenlenen sözleşme tiplerine ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz. Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri doğrudan doğruya uygulanır, özel hükümleri ise ancak bu kısımda düzenlenen sözleşmeler ile *sui generis* sözleşmeler arasında benzerlik bulunuyorsa benzerlik oranında kıyasen uygulanır. Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 22. Kılıçoğlu'na göre bu kendine özgü sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olan hangi tür sözleşmeye benzediğine bakılacak ve kıyasen bu hükümler uygulanacaktır. Eğer hiçbir sözleşmeye benzemiyorsa Borçlar Hukuku genel ilkeleri devreye sokularak, hâkimin TMK m. 1 gereğince hukuk yaratması yoluyla hukuki ihtilaf çözülecektir. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 18; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 91. Eren ayrıca sui generis sözleşmelere uygulanacak olan kuralların belirlenmesinde iş hayatında kitlesel kullanım kazanmış tipikleşmiş sözleşmeler için kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacaktıysa öyle bir kural koyup uygulaması gerektiğini; henüz çok az yapılan bireysel atipik sözleşmeler içinse TMK m. 4'e kıyasen kazuistik bir yöntemle hukuka ve hakkaniyete uygun somut ve bireysel bir kural koyarak sözleşmeye bunun uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Eren, *İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi*, 26.

⁸⁵ Vardar Hamamcıoğlu, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması,"283.

⁸⁶ Vardar Hamamcıoğlu, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması,"283.

⁸⁷ Oktay, *Gezi Sözleşmesi*, 51 vd. Vardar Hamamcıoğlu, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması,"283.

sürmektedir.⁸⁸ Bir görüşe göre paket tur sözleşmelerinde paket turların içeriği ve özellikleri birbirinden farklı olabileceğinden, sözleşmenin özelliğine göre ayrı ayrı hangi sözleşmelerin unsurlarını içerdiğini belirlemek veya ortalama bir paket tur sözleşmesinde bulunan unsurları dikkate alarak belirleme yapmak gerekir.⁸⁹ Bir başka görüşe, göre kendine özgü bir sözleşme olan paket tur sözleşmesi ile eser sözleşmesinin benzerlikleri olduğundan paket tur sözleşmelerine özellikleri uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Ancak eser sözleşmesine uygun hükümlerin uygulanmadığı sürekli sözleşme olmasından kaynaklanan durumlarda kira sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁹⁰

c. Asli Unsurlara Göre Belirleme Görüşü

Bunun dışında bazı yazarlarsa paket tur sözleşmesinin içeriğindeki asli edimlere göre hukuki nitelendirme yapmak gerektiğini, asli unsurlara göre belirleme yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, asli edimler TBK'da düzenlenen tipik bir edimse (örneğin, *vize alınması, ulaşım, konaklama*) karma sözleşme söz konusudur. Diğer taraftan asli edimler spor müsabakası düzenleme, rehberlik hizmeti gibi tipik olmayan edimler ise bağımsız sözleşme söz konusudur.⁹¹

2. İsimli Sözleşme Olduğu Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nda ya da başka bir özel kanunda sözleşmeye tipini ve unsurlarla düzenlenmiş olan, sözleşmenin adının yanında sözleşmenin "*asli edim yükümleri üzerinden ve asgari hüküm ve sonuçlarını içeren sözleşmeler*" isimli sözleşmeler olarak adlandırılır.⁹² Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen farklı

⁸⁸ Oktay, Gezi Sözleşmesi, 52.

⁸⁹ Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku* (İstanbul: Aristo, 2015), 181 ; Oktay, *Gezi Sözleşmesi*, 54-55; Ceylan, "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili Düzenlemeler," 76 vd.

⁹⁰ Vardar Hamamcıoğlu, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması," 283.

⁹¹ Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 190.

⁹² Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İsimli Sözleşmeler Teorisi* (İstanbul: Vedat, 2008), 6.

isimli sözleşme tiplerine ilişkin (*eser, kira, hizmet, satım vb.*) unsurlar kanun hükmü ile karıştırılıp oluşturulan karma nitelikteki sözleşmeler de bir isimli sözleşme oluşturabilir.⁹³

1990 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğu Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara ilişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesinde asgari uyum yaklaşımı belirlenmişti. 25 Kasım 2015 tarihinde 2015/2302 sayılı Paket Turlara ve Bağlantılı Seyahat Sözleşmelerine İlişkin Avrupa Birliği Konseyi Yönergesi'nde üye devletler asgari uyum yaklaşımından tam uyum yaklaşımına geçmiştir. Bu nedenle bütün üyeler belirlenen standartlara uymak zorundadır, belirlenen standartlardan daha asgari ya da daha sıkı düzenlemeler yapamazlar. Bu doğrultuda Alman Medeni Kanun'unda düzenlenen paket tur sözleşmelerine ilişkin hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenlemeye uygun sözleşmeler sadece bağımsız bir sözleşmenin kabul edilmesiyle sağlanabilir.⁹⁴ Ayrıca sözleşme özgürlüğünün bir parçası olan sözleşmenin türünü belirleme özgürlüğü de bu durumu işaret etmektedir. Son olarak, yasanın sistematığı ve paket turlara ilişkin hükümlerin ayrıntılı hükümler olması göz önünde bulundurulduğunda paket tur sözleşmelerinin bağımsız nitelikte bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Mevcut düzenlemenin yoğunluğu Alman hukukunda artık paket turlara ilişkin uyumsuzluklarda eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerekli olmadığını göstermektedir.⁹⁵

İsviçre öğretisinde paket tur sözleşmelerine ilişkin esaslı unsurlar, İsviçre Paket Seyahatlere İlişkin Federal Yasasında düzenlenmiş bulunduğundan artık isimli sözleşme (*Nominant- Vertragstyp*) olarak kabul edilmektedir.⁹⁶ İsviçre Federal Yasa'sı yeni bir sözleşme türünü esaslı unsurları ile düzenleyerek isimli sözleşme haline getirmiştir. İsviçre Federal Yasa'sında paket turlara ilişkin hüküm bulunmadığında İsviçre Borçlar yasası uygulanmaktadır.⁹⁷ Ancak İsviçre Federal Mahkemesi paket seyahat organizasyonu sözleşmesinin bünyesinde satış, eser,

⁹³ Gümüş, İsimli Sözleşmeler Teorisi, 6.

⁹⁴ Geib, *BeckOK BGB*, BGB § 651a Rn. 5-6.

⁹⁵ Geib, *BeckOK BGB*, BGB § 651a Rn. 5-6.

⁹⁶ Peter Krepper, *Handbuch Tourismusrecht* (Zürich - Basel - Genf: Schulthess, 2022), 156.

⁹⁷ Krepper, *Tourismusrecht*, 156.

hizmet gibi edimleri içerebileceğinden ve bu edimin sınırlarının belirlenmesinin ve kategorize etmenin zor olduğu öğretiyeye atıfta bulunarak, bu tür sözleşmeleri karma sözleşme olarak nitelendirmektedir.⁹⁸

Yukarıda açıkladığımız birçok yazar paket tur sözleşmelerini isimsiz olarak nitelendirmiş olsa da değerlendirmelerinin 6502 sayılı yeni TKHK öncesi yürürlükte olan mevzuat açısından doğru olduğu kanısındayız. Örneğin, Kuntalp, paket tur sözleşmelerinin 4077 sayılı Kanun m.6/c' de adının geçmesine rağmen esaslı unsurlarının belirtilmemiş olmasından dolayı isimsiz sözleşme olarak nitelendirmektedir.⁹⁹ Ancak Kuntalp söz konusu eserini yazdığı dönemde 4077 sayılı TKHK yürürlükteydi ve mülga TKHK 6/c maddesi sadece paket tur sözleşmesinin tanımını yapan bir bentten ibaretti. Kanımızca paket tur sözleşmeleri 2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 51 ile on bend halinde ayrıntılı olarak düzenlendiğinden artık isimsiz sözleşme olarak anılamaz. Bir sözleşme türünü isimli sözleşme haline getirenin sözleşmenin isminin bir kanunda geçmesi değil en azından esaslı unsurlarının (*essentialia negotii*) yani tarafların hak ve yükümlülüklerinin kanun ile hükme bağlanmış olmasıdır.¹⁰⁰ Sözleşmenin esaslı unsurları kanun tarafından düzenlemişse ve somut sözleşmenin esaslı unsurları ile kanun ile belirlenmiş esaslı unsurlar birbirleriyle birleşiyorsa ortada bir isimli sözleşme olduğuna şüphe yoktur.¹⁰¹ Kanımızca 6502 sayılı TKHK m. 51 sözleşmenin esaslı unsurlarını, asli edim yükümlülüklerini, tarafların hak ve yükümlülüklerini, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını içerdiğinden paket tur sözleşmeleri artık isimli sözleşme halini almıştır.¹⁰²

⁹⁸ Krepper, *Tourismusrecht*, 156.

⁹⁹ Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, 5.

¹⁰⁰ Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 55, no, 1-2 (2011): 264; Eren ve Yücer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 972; 14; Eren, "İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi," 14.

¹⁰¹ Oktay "İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu," 265.

¹⁰² Aynı yönde bkz. Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri 87; Kara, Tüketici Hukuku, 1043.

D. Paket Tur Sözleşmelerinin Yorumlanması, Boşluklarının Tamamlanması

Yukarıda paket tur sözleşmesini isimsiz sözleşme olduğunu ileri süren görüşlere göre paket tur sözleşmelerinin uygulanması, boşlukların tamamlanması konularına kısaca değinilmiştir. Bu kısımda paket tur sözleşmelerini isimli sözleşme olarak kabul eden görüşe göre paket tur sözleşmelerinin yorumlanması ve boşlukların tamamlanması konularına kısaca değinilecektir.

1. Paket Tur Sözleşmesinin Yorumlanması

Sözleşmede tarafların kullandığı iradelerin anlamları açık değilse sözleşme yorumlanır. Sözleşmenin tamamlanmasındaysa (*Ergaenzung des Vertrages*) sözleşmede tarafların hak ve yükümlerine ilişkin bir düzenleme eksiktir, sözleşme boşluğu söz konusudur.¹⁰³ Sözleşmenin yorumlanması TBK m. 19 gereğince geçerli sözleşmenin¹⁰⁴ içeriğindeki açık olmayan bir hükmün anlamının tarafların birbirleriyle örtüşen ortak iradelerine uygun olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesidir.¹⁰⁵ Geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir sözleşmenin içeriğinin, sözleşmenin taraflarınca farklı şekillerde anlaşılması durumunda hâkimin sözleşmeyi yorumlayarak tarafların birbirlerine uygun, gerçek ve ortak iradelerini tespit etmesi gerekir.¹⁰⁶

¹⁰³ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 340, 341.

¹⁰⁴ Taraflar sözleşmenin kurulup kurulmadığında anlaşamıyorsa kurucu (uygunluk) yorum uyumsuzluğu doğar. Kurulmuş sözleşmenin içeriğinin ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda uyumsuzluk varsa içerik yorum uyumsuzluğu söz konusu olur. Çalışmamızda ifade edilen içerik yorum uyumsuzluğudur. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2024), 569; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara : Legem Yayınevi, 2024), 536.

¹⁰⁵ Atilla Altop, "Sözleşmenin – Hükümlerinin- Yorumlanmasında Başvurulan Yorum Araçları ve İlkeleri," *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111 (2019), 629, 630; Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*,10; Nurcihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2017): 35-36.

¹⁰⁶ İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Ankara: Seçkin, 2007), 31; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, (Ankara: Yetkin, 2022), 603 vd.; Şener Akyol. *Sözleşmenin Yorumu*, (İstanbul: Yetkin, 2010),1 vd.; Murat Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu* (İstanbul: Filiz, 2019),

Sözleşmelerde yer alan taraf iradelerinin gerçek anlamlarını ortaya çıkarmak için üç farklı teori kullanılması olasıdır; ölüme bağlı tasarrufların yorumunda kullanılan irade sahibinin verdiği anlamın esas alınmasına dayanan “*irade teorisi*”; iradenin beyan edildiği karşı tarafın buna verdiği anlamı esas alan “*beyan teorisi*” ve ortalama standardı göz önünde tutan irade açıklamasında doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre bu açıklamanın muhatabının verdiği veya vermek zorunda olduğu anlamı esas alan “*güven teorisi*dir.¹⁰⁷ Güven teorisi ile ortalama standart göz önünde tutularak sözleşmenin yorumunun objektifleştirilmesi sağlanmaktadır. Ancak bazen somut olayın niteliğine göre sözleşmelerin yorumunda, “*sözleşmeyi kaleme alanın aleyhine yorum ilkesi*” ve “*bir haktan vazgeçmeye ilişkin olan hükümlerin dar yorumlanması ilkesi*” gibi tarafların sözleşmeye verdikleri subjektif anlamın kullanıldığı ilkelerden faydalanılabilmektedir.¹⁰⁸ Sözleşme hükmünde tereddüt halinde sözleşmeyi kaleme alanın aleyhine yorum ilkesi genel işlem şartlarında uygulama alanı bulan bir ilkedir.¹⁰⁹

Paket tur sözleşmesi bir tüketici sözleşmesi olduğundan bu noktada genel işlem şartlarından tüketiciyi korumak için getirilen TKHK m. 5’de düzenlenen haksız şartlara¹¹⁰ ilişkin hükümlere de değinmek gerekir. Paket tur sözleşmesinde yer alan bir hüküm açık veya anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa TKHK m. 5 gereğince bu hüküm tüketici lehine yorumlanır.

Sözleşmenin yorumunda, sözleşmenin sözünün ve özünün esas alınması, sözleşmenin tamamının esas alınması, sözleşme öncesi hazırlık görüşmelerinden faydalanması gibi yorum araçları kullanılmaktadır.¹¹¹ Paket tur sözleşmesinde

7 vd; Eda Şahin ve Damla Özden Çelt, “Sözleşmenin Yorumlanması Meselesine Türk ve İngiliz Hukuklarının Farklı Yaklaşımları,” *Legal Hukuk Dergisi* 17, no. 194 (2019): 710 vd.

¹⁰⁷ Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 336-337.

¹⁰⁸ Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat, 2024), 203 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 338.

¹⁰⁹ Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 204.

¹¹⁰ Genel işlem şartlarının yaptırımları için bkz. Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma* (İstanbul: Oniki levha, 2022).

¹¹¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Genel Hükümleri*, 341.

kullanılan deyimler, tarafların mensup oldukları çevrede özel bir anlamı varsa bu özel anlamda kullanılmış sayılmalıdır. Paket tur sözleşmesinde kullanılan deyimlerde ve sözleşmenin hükümleri tek başına değil sözleşmenin bütünü için değerlendirilmelidir.¹¹²

Sözleşmelerin yorumunda teamüllerden de faydalanılabilir. Taraflar, teamülleri sözleşme hükümleri arasında açıkça yer alacak şekilde (örneğin, atıf yaparak) sözleşme içeriğine dâhil edebilirler. Ancak, teamüller doğrudan sözleşme metnine entegre edilmemiş olsa bile, sözleşmenin yorumlanmasında ve içeriğinin açıklığa kavuşturulmasında bir yorum aracı olarak dikkate alınabilirler.¹¹³

Paket tur sözleşmesinde tarafların gerçek ve ortak iradesinin belirlenemediği durumlarda sözleşmenin içeriği güven teorisi kapsamında objektif olarak belirlenmelidir. Bir sözleşmenin isimli ya da isimsiz sözleşme sayılması güven teorisi kapsamında objektif yorumu açısından bir fark yaratmaz.¹¹⁴ Sadece isimsiz sözleşmelerin yorumunda örf adet hukuku ve özellikle mesleki teamüller, isimli sözleşmelere göre daha fazla rol oynar.¹¹⁵

Kanımızca paket tur sözleşmelerinin isimli ya da isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesi önemli olmaksızın, bu tür sözleşmelerinin tüketici hukuku sözleşmeleri olduğu göz önünde bulundurularak güven teorisi kapsamında yorumlanması, tereddütlü olan hususlarda tura katılan lehine yorum yapılması gerekmektedir. Tüketici hukukunun en temel ilkesi TKHK m. 5/4 ile düzenlenen tüketici lehine yorum ilkesidir.¹¹⁶ Bu hükme göre sözleşmede açık anlaşılır olmayan bir hüküm olması halinde bu hüküm tüketici lehine yorumlanır. Dolayısıyla paket tur sözleşmeleri de tüketici sözleşmesi olduğundan aynı durumda tura katılan lehine yorum yapılacaktır.

¹¹² Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 203.

¹¹³ Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 281.

¹¹⁴ Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 208. İsimsiz sözleşmeler yorumlanırken esas alınacak teori güven teorisidir. Eren, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, 28. Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu”, 281.

¹¹⁵ Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu”, 282.

¹¹⁶ Akipek Öcal ve Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, 50.

1. Paket Tur Sözleşmelerinde Boşluklarının Tamamlanması

Esaslı unsurlara sahip olan geçerli bir sözleşmede boşluk bulunması diğer bir ifadeyle düzenlenmemiş hususlar bulunması olağan ve kaçınılmazdır.¹¹⁷ Sözleşmenin uyuşmazlık konusu, sözleşmenin ikincil nitelikteki unsurlarının düzenlenmemesine dayanıyorsa sözleşmedeki bu ikincil nitelikteki boşlukların hâkim tarafından tamamlanması gerekir.¹¹⁸

Türk Borçlar Kanunu m. 2/2 gereğince taraflar sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarında uyuşmazlarsa hâkim uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar. Öğretideki hâkim görüşe göre bu hüküm sözleşmenin tamamlanmasına dair genel bir hüküm sayılmaz. Yalnızca sözleşmede düzenlenmesi ileriye bırakılan noktaların nasıl tamamlanması gerektiğini gösteren özel bir düzenleme olarak kabul edilir.¹¹⁹ Sözleşmedeki boşlukların nasıl tamamlanması gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır. İsimli sözleşmelerin doldurulması için başlıca iki yöntem kullanılmaktadır; Kanun'un tamamlayıcı hükümleri ile boşluğu doldurmayı öngören objektif (*klasik*) yöntem ve güven ilkesi doğrultusunda tarafların farazi iradelerine göre sözleşmeyi doldurmaya dayanan subjektif yöntem.¹²⁰

Objektif (*klasik*) yönteme göre sözleşmenin tamamlanması için hâkim öncelikle yedek hukuk kurallarına başvuracaktır. Subjektif (*farazi iradelere dayanan*) yöntemde ise hâkim sözleşmenin tamamlanması için öncelikle o sözleşmenin şahsi yapısını göz önünde tutarak bir çözüm üretmeli diğer bir ifadeyle tamamlayıcı yorum getirmelidir. Objektif yöntemde sözleşme boşluklarının doldurulması için öncelikle soyut objektif ve genel kanun hükümlerine başvurulurken subjektif

¹¹⁷ Erden Kuntalp, "Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem." İç. *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2011) 153; Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu", 228.

¹¹⁸ Sözleşme boşluğu tarafların ikincil noktaları düzenlemeyi unutmuş olmaları, konu üzerimde hiç durmamaları bilerek düzenlememeler ya da ilerde düzenlemeyi kabul etmelerinden doğabilir. Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 205.

¹¹⁹ Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 86.

¹²⁰ Kuntalp, "Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem," 154; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 204.

yöntemde sözleşme boşluklarının doldurulması için hâkim öncelikle tarafların farazi ortak iradesini ve sözleşmenin kendine münhasır özelliklerini esas almalıdır.¹²¹

Sözleşmenin yorumunda subjektif yorumu tercih edenler sözleşmede boşluk olması halinde öncelikle yedek hukuk kurallarına değil tarafların varsayımsal iradesinin araştırılması gerektiğini ileri sürmektedir.¹²² Hâkim özellikle tamamlayıcı yorum yaparken teamülleri, örf ve adeti de dikkate almalıdır. Özellikle isimsiz sözleşmelerde birçok teamül olduğu için teamüller tamamlayıcı yorumda çok önemli görevler üstlenir.¹²³

Sözleşmenin tamamlanmasında önceliği yedek hukuk kurallarına vererek objektif yorumu tercih edenler kendi içlerinde ikiye ayrılmaktadır. Öğretide bazı yazarlar yedek hukuk kurallarına önceliği vermekte ancak yedek hukuk kuralının bulunmaması ya da yedek hukuk kuralının elverişli olmaması halinde örf adet hukukuna bakılması gerektiğini orada da bir kural bulunamazsa TBK m. 2/2 çerçevesinde hâkimin işin niteliğine bakarak tarafların farazi iradelerine bakarak dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların ortak arzularını tayin etmesi gerektiğini savunmaktadır.¹²⁴ Bizim de katıldığımız diğer yazalar ise yedek hukuk kuralı

¹²¹ Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 110-111.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 120 vd. Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 88.

¹²³ Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, 100.

¹²⁴ Oğuzman, sözleşmenin tamamlanması konusunda sözleşmedeki boşlukların oluşma nedenlerine göre farklı yöntemler kullanılmasının gerekli olduğunu ileri sürmektedir. Oğuzman'a göre taraflar sözleşme yaparken bir konu üzerinde hiç durmamışlarsa ve bu nedenle o konuda sözleşmede boşluk oluşmuşsa öncelikle o konuda yedek hukuk kuralı olup olmadığının araştırılmasını dolayısıyla objektif yöntemin kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Bulunana yedek hukuk kuralı boşluğu doldurmaya uygun olmazsa örf adet hukukuna bakılacak orda da bir kural yoksa hâkim TBK m. 2/2 gereğince işin niteliğine bakarak tarafların farazi iradelerine bakarak dürüstlük kuralı çerçevesinde ortak arzularını tayin edecektir. Taraflar sözleşme yaparken konu üzerinde durmuş ancak düzenlemeyi ihmal etmişlerse sözleşmedeki boşluk yedek hukuk kuralları ile doldurulacak, yedek hukuk kuralı yoksa örf adete hukuku kuralı olup olmadığına bakılacak o da yoksa hâkim TMK m. 1 gereğince kanun boşluğunu doldurup hukuk yaratıp sözleşmeye uygulayacaktır. Taraflar konu üzerinde durup ileride düzenleneceğini

bulunmayan hallerde hakimin TMK m. 1 gereğince, ilk önce kanun koyucu gibi genel soyut bir hukuk kuralı koyması (hukuk yaratması) gerektiğini daha sonra bu hukuki kuralı uyumsuzluk konusuna uygulaması gerektiğini savunmaktadır.¹²⁵

Sözleşmenin uygulanması ve boşlukların tamamlanması açısından ise öncelikle tarafların belirledikleri kanuna aykırı olmayan sözleşme hükümleri, taraflar sözleşme hükümlerinde anlaşamamışlarsa TKHK'un ilgili hükümleri uygulanacaktır. Paket tur sözleşmelerinin tamamlanması gerektiği hallerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a bakılacak, burada hüküm yoksa Paket Tur Yönetmeliğine bakılacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 51/4 gereğince paket tur sözleşmelerinde katılanlara broşür verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Paket Tur Sözleşmesi Yönetmeliği m. 5 uyarınca katılana broşür verme yükümlülüğü kapsamında broşürün içerisinde paket turun sunduğu hizmetle ilgili bulunması gereken zorunlu bilgiler 9 bent halinde sıralanmıştır. Dolayısıyla Paket Tur Yönetmeliği dışında verilmesi gereken broşürden de faydalanılacaktır. Ancak hazırlanan broşürden tüketici hukukuna uygun ilkelerden yola çıkılarak faydalanılacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Paket Tur Yönetmeliğinde hüküm bulunmayan hallerde TBK genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹²⁶

SONUÇ

Avrupa Topluluğu'na uyum sürecinde kabul edilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a 2003 tarihinde eklenen 6C maddesi ile paket tur sözleşmeleri ilk kez Tüketici Hukuku Mevzuatında yerini almıştır. Ancak 6C maddesi sadece paket tur sözleşmelerini tanımlamakla yetinmiş, paket tur sözleşmelerine ilişkin ayrıntılar Paket Turlara ilişkin yönetmelikte düzenlenmiştir.¹²⁷ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, 6502

kararlaştırmış ancak düzenlememişse TBK m. 2/2 uyarınca işin özelliğini dikkate alarak hâkim boşluğu dolduracaktır. Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 206, 207.

¹²⁵ Eren, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, 618.

¹²⁶ Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 72.

¹²⁷ Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 41.

sayılı TKHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Paket tur sözleşmelerinin hüküm altına alındığı 6502 sayılı TKHK m. 51'in gerekçesinde, bu hükmün 90/314/AET sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ve İsviçre'nin bu yönergeyi iç hukukuna aktarmak için yürürlüğe koyduğu Federal Yasa doğrultusunda hazırlandığı belirtilmiştir.¹²⁸

29.11.2023 tarihinde Avrupa Konseyi, Paket Seyahatleri Direktifinde değişiklik yapılması için yeni bir öneri yayınlamıştır.¹²⁹ Kanımızca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hali hazırda 2015/2302 sayılı Direktifin çok gerisinde kalmıştır. Avrupa Birliğindeki paket tur mevzuatına ilişkin gelişmeler çerçevesinde 6502 sayılı TKHK'da paket turlara ilişkin hükümler değiştirilip geliştirilmelidir. Yapılacak yeni düzenlemelere yönetmelikten ziyade kanunun içerisinde yer verilmelidir. 6502 sayılı Kanun'un kabulünden sonra Paket Turlara ilişkin 25 Kasım 2015 tarihinde 2015/2302 sayılı Paket Turlara ve bağlantılı seyahat sözleşmelerine ilişkin yeni bir Avrupa Birliği direktifi yayımlanmıştır. Söz konusu Direktifte paket turların hukuken düzenlenmesi konusunda Birliğe üye ülkelerin standart bir yaklaşım benimsemesi prensibi kabul edilmiştir. Paket tur sözleşmesinin ülkeler arasında standart uygulanması ancak paket tur sözleşmesinin **isimli** bir sözleşme olarak kabul edilmesiyle mümkündür.

Tüketici sözleşmelerinden biri olan paket tur sözleşmelerinde taraflardan birini paket tur düzenleyicisi veya aracısı, diğer tarafını ise paket tur katılımcısı oluşturmaktadır. Tur düzenleyicisi ya da aracısı katılımcıya konaklama hizmeti veya ulaşım hizmeti veya ulaşım ve konaklama hizmeti ile bağlantılı olmayan başka bir turizm hizmetinden en az ikisini bir arada olacak şekilde, yirmi dört saati aşacak ya da bir gece konaklamayı içerecek şekilde sunmayı taahhüt etmektedir. Katılımcı ise, edim bütünlüğü içerisinde belli bir süreye bağlı olarak sunulacak olan bu turizm edimleri karşılığında toptan bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu itibarla paket tur sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı

¹²⁸ Ömer Çınar, "Madde 51, Çınar Şerhi Paket Tur Sözleşmeleri, Milli Şerh,"841.

¹²⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/2302 to make the protection of travellers more effective and to simplify and clarify certain aspects of the Directive COM/2023/905 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0905>

sözleşmelerdir.¹³⁰ Paket tur sözleşmesi aynı zamanda sık kullanımından dolayı tipik bir sözleşmedir.

Paket tur sözleşmelerinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Paket tur sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmenin tamamlanması, yorumlanması ve uyuşmazlık çıkması halinde uygulanacak olan hükümlerin belirlenmesi konusunda önem taşımaktadır. Paket tur sözleşmeleri uygulanırken sözleşme ile ilgili kanunda emredici bir hüküm varsa emredici hükmün uygulanacağı açıktır. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi sözleşmenin uygulanması ve boşluklara ilişkin farklı sonuçlar ortaya çıkarabileceği için önemlidir. Paket tur sözleşmelerinin isimli ya da isimsiz sözleşme sayılması sözleşmenin yorumu açısından önemli bir fark yaratmaz, sadece isimsiz sözleşmelerde teamüller daha sıklıkla kullanılır. Her iki halde de güven teorisi uygulanmalı, tereddüt içeren durumların varlığı halinde tüketici olan katılan lehine yorum yapılmalıdır (TKHK m. 5/4).

Paket tur sözleşmesi asli edimlerini aldığı sözleşme türlerinden tamamen bağımsızlaşmış, yasal bir düzenlemeye kavuşarak isimli sözleşme halini almıştır. Bu nedenle isimsiz sözleşmelerin hangi türünü oluşturduğu tartışmanın bir anlamı kalmamıştır. Paket tur sözleşmelerin uygulanması konusunda uyuşmazlık olması halinde öncelikle emredici hükümlere aykırı olmayan sözleşme hükümleri uygulanmalıdır. Taraflar sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise 6502 sayılı TKHK m. 51 ve bu hükme dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin hükümleri uygulanmalıdır. Paket turlara ilişkin olan hükümlerde uyuşmazlığa ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde ise uygun düştüğü oranda TKHK ve TBK'nın genel hükümleri uygulama bulacaktır. Yazılı hüküm bulunmaması halinde ise hâkim, örf adet hukukuna v başvuracak, eğer burada da bir hukuk kuralı bulamazsa TMK m. 1 gereğince soyut bir hukuk kuralı yaratarak uygulayacaktır. Kanımızca bu durumda hâkim hukuk yaratırken, tüketici hukuku ilkelerini de göz önünde bulundurarak kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaksa o şekilde kural koymalıdır. Bu durum hâkime uyuşmazlığı çözümlerken somut olayın niteliğine göre daha bağımsız ve hakkaniyetli davranma olanağı tanyacaktır. Paket tur

¹³⁰ Aslan, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 580; Yurt, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, 93; Oktay, Gezi Sözleşmesi 63, Demir, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri, 70.

sözlşmelerinin içeriklerinin çok farklı şekillerde düzenlenebildiği göz önünde bulundurulduğunda bu yöntem daha adil gözükmetedir.

Paket tur sözlşmelerinin isimsiz sözlşme oluğu konusunda genel olarak 6502 sayılı Kanun 51. madde ile düzenlenmeden önce fikir ayrılığı bulunmamaktaydı. 6502 sayılı Kanun 51. maddesi ile paket tur sözlşmeleri daha ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu düzenleme sonrasında öğretime paket tur sözlşmesinin isimli sözlşme olduğu görüşü de ortaya atılmıştır. Paket tur sözlşmesinin isimsiz sözlşme olduğunu savunan görüş, kendi içerisinde paket tur sözlşmelerini karma kombine sözlşme sayanlar ve *sui generis* sözlşme sayanlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Paket tur sözlşmelerinin taraflarının bütün hak ve yükümlülüklerinin kanunda yer almadığı ileri sürülebilecek olsa da kanun yapma tekniği açısından bütün olasılıkları hüküm altına alan bir düzenleme yapmak aslında hiçbir sözlşme tipi için mümkün görülmemektedir. Sonuç olarak paket tur sözlşmeleri 6502 sayılı Kanun 51. madde ile esaslı unsurları, tarafların hak ve yükümlülüklerini içerecek şekilde düzenlendiğinden artık isimli sözlşme halini almıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study.

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem ve İlhan Kara. *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Aksoy Dursun, Sanem. *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözlşmeyi Tamamlaması*. İstanbul: Oniki Levha, 2008.
- Akyol, Şener. *Sözlşmenin Yorumu*. İstanbul: Yetkin, 2010.
- Altop Atilla. "Sözlşmenin Hükümlerinin Yorumlanmasında Başvurulan Yorum Araçları ve İlkeleri." *Fasikül Hukuk Dergisi* 11, no. 111 (2019): 629-635.
- Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1.1*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Atamer, Yeşim M. "Paket Tur Sözlşmelerine İlişkin TKHK m.6/C'nin Revizyonuna İlişkin Teklifler." *İç Uğur Alacakaptan'a Armağan*, 87-101. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aral, Fahrettin, ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin, 2024.
- Aslan, Yılmaz. *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ankara: Ekin, 2014.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet, 2021.
- Baş Süzel, Ece. *Tatil Sözlşmeleri Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil, Değişim, Yeniden Satış Sözlşmeleri ve Paket Tur Sözlşmesi*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Ceylan, Ebru. "Paket Tur Sözlşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler." *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1, (2015): 71-100.
- Çabri, Sezer. *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Adalet, 2016.
- Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Onikilevha, 2024.
- Çınar, Ömer. "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Paket Tur Sözlşmelerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi." *İç Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, editörler Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık, 442 -459. Ankara: Bilgi Yayınevi, 2015.

- Çınar, Ömer. "Madde 51, Çınar Şerhi Paket Tur Sözleşmeleri." *İç Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi*, editörler Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner, 837-848. İstanbul: Aristo, 2016.
- Çınar, Ömer. *Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: Aristo, 2020.
- Dalci Özdoğan, Nurcihan. "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2017): 33-55.
- Demir, Bahadır. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmeleri. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2024.
- Eren Fikret. "İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi." *İç. Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* editör İpek Yücer Aktürk, 13-35. Ankara: Yetkin, 2011.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt 1. Ankara: Yetkin, 2022.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2024.
- Gayretli Aydın, Seda. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Kısmı Temerrüdü," *Terazi Hukuk Dergisi* 16, no. 173 (2021): 22-38.
- Geib, Stefan. Beck'cher Online-Kommentar, Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck, München: C.H. Beck Verlag, 2023.
- Girgin, Ali Ömer ve Sebastian, Löw. "Package Tour Contracts in Times of COVID-19," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no: 2, (2020) 563-577.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İsimsiz Sözleşmeler Teorisi)*. İstanbul: Vedat, 2008.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Filiz, 1992.
- Havutçu, Ayşe. "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Hakları." *Manisa Barosu Dergisi*, no. 62-63 (1997) : 27-44.
- Kaplan, İbrahim. *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*. Ankara: Seçkin, 2007.
- Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.

- Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun. *Tüketici Hukuku*. İstanbul: Aristo, 2015.
- Krepper, Peter. *Handbuch Tourismusrecht*, Zürich - Basel – Genf: Schulthess, 2022.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit, Karma Sözleşme*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Kuntalp, Erden. "Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem." *İç. Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri (153-170)*, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2011.
- Oğuzman, Kemal. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1*. İstanbul: Vedat, 2024.
- Oktay, Saibe. *Gezi Sözleşmesi*. Ankara: Beta, 1997.
- Oktay, Saibe. "İsimsiz Sözleşmelerin Yorumu." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, no. 1-2 (2011): 263-269.
- Öksüz, Ömer. "Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 66, (2016): 331-351.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2016.
- Özsunay, Murat. "Alman ve Türk Hukuklarında Paket Tur/ Seyahat Sözleşmelerinin Güncel Sorunları ve Çözüm Yolları." *İç. Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, 460-468 editörler Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık Ankara: Bilge Basım, 2015.
- Pekmez, Kadir Erk. *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri*. İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2015.
- Roberto, Vito. *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Hrsg: Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, Basel: Helbing Lichenhahn, 2020.
- Sarıkaya, Murat. *Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: Filiz, 2019.
- Sayın, Feyza Eren. *Paket Tur Sözleşmesi*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Şahin, Eda, ve Damla Özden Çelt. "Sözleşmenin Yorumlanması Meselesine Türk ve İngiliz Hukuklarının Farklı Yaklaşımları." *Legal Hukuk Dergisi* 17, no. 194 (2019): 697-745.

- Sert, Selin. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 22, (2015): 217-240.
- Serozan, Rona. "Turistik Gezi Sözleşmesi." *Yargı Dergisi*, no. 49, (1980): 20-27.
- Şahin, Turan. "Paket Tur Sözleşmesinin Sona Ermesi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2022): 66-78.
- Şeker, Muzaffer. *Yazılmamış Sayılma*. İstanbul: Oniki levha, 2022.
- Tonner, Kalus. *Münchener Kommenter zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, redaktet Martin Henssler, München : C.H. Beck, 2023.
- Usta, Sinan. *Borcun İfasında Bir Teminat Aracı Olarak Escrow Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2024.
- Walter, Schlupe. "Innominatvertraege" İç. *Schweizerisches Privatrecht*. Basel, Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1979.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 68, no. 1-2, (2010): 275-304.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersi Özel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2018.
- Yılmaz, Hüseyin. "Türkiye'de Turizmin Ekonomik Büyümeye Etkisi." *Alanya Akademik Bakış Dergisi* 7, no.1 (2023): 257-276.
- Yurt, Bülent. *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2000.
- Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Vedat, 2024.
- Zevkliler, Aydın. "Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar" İç. *Prof. Dr. M. İlhan Ulusuna Armağan*, 799-819, Ankara: Seçkin, 2016.
- Çevrimiçi Kaynaklar
(<https://www.lexpera.com.tr/>)

İDARİ KOLLUK-ADLİ KOLLUK AYRIMINDA NORVEÇ POLİSİ VE SİVİL DENETİMİ

*The Norwegian Police on The Distinction Between Preventive
and Judicial Police and Its Civilian Oversight*

Melikşah ÇIRAKOĞLU*

Öz


İdari kolluk-adli kolluk ayrımı, idare hukukumuz bakımından güncelliğini koruyan bir meseledir. Zira konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmesine ve kolluğa ilişkin temel kanunlarımızda bu ayrıma yer verilmesine rağmen, teşkilat bakımından söz konusu ayrımın uygulanmadığı görülmektedir. Ülkemizdeki kolluk hizmetleri bakımından aktüel olan bir başka konu ise kolluğun sivil denetimidir. Söz konusu kavram, ülkemiz hukuk sistemi açısından oldukça yeni olduğundan; henüz doktrin tarafından yeterince değerlendirilmemiştir. Konuya ilişkin araştırmalar, Norveç kolluk sistemi ile sivil denetiminin etkinliğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, ülkemizdeki tartışmalara katkı sağlanması amacıyla, daha önce hukukumuzda incelenmemiş olan Norveç Polis Teşkilatı ve bu teşkilatın sivil denetimi ele alınmıştır. Ülkemizle benzer şekilde, Norveç polisinde de teşkilat bakımından adli-kolluk idari kolluk ayrımı yapılmamaktadır. Hem adli hem de idari kolluk üzerinde savcılara geniş yetkiler tanınması ve Polis savcılığı

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı. meliksah.cirakoglu@asbu.edu.tr, meliksahcirakoglu@gmail.com. ORCID: 0000-0002-6248-3330.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 05.04.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 02.06.2024.

Atıf/Citation: Çırakoğlu, Melikşah. "İdari Kolluk-Adli Kolluk Ayrımında Norveç Polisi Ve Sivil Denetimi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1625-1671.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

kurumuna yer verilmesi ise, Norveç örneğini ülkemizden ayırmaktadır. Ayrıca Norveç Polis Teşkilatı kendine has bazı yönleri bulunan bir sivil denetim mekanizmasına sahiptir. Fonksiyonel olarak Norveç Başsavcısına bağlı olması ve hakkında karar verdiği dosyaları mahkeme önünde kovuşturabilmesi bu farklılıklardandır. Bununla birlikte, Norveç'teki idari kolluk-adli kolluk ayrımı ve sivil denetim sisteminin hangi nedenlerle teşkil edildiği hakkında fikir sahibi olunabilmesi amacıyla; Norveç Polis Teşkilatının tarihi geçmişine ve mevcut yapısına da çalışmada yer verilmiştir. Norveç adli kolluk sisteminin ülkemizdeki uygulanabilirliği değerlendirilmiş, Norveç'teki sivil denetim sistemi ülkemiz örneği ile karşılaştırılmıştır. Bu değerlendirmeler sonucunda da çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İdari Kolluk-Adli Kolluk Ayrımı, Karakol Savcısı, Kolluğun Sivil Denetimi, Norveç Polis Teşkilatı, Polis Savcısı, Norveç Polis Faaliyetlerini Soruşturma Bürosu.

Abstract

The distinction between administrative and judicial police is a current issue in our administrative law. Although various views have been put forward on the subject and this distinction is included in our fundamental laws regarding police, it is seen that the distinction in question is not applied in terms of organization. Another current issue in terms of police is the civilian oversight in our country. Since the concept is quite new in terms of our country's legal system, it has not yet been sufficiently evaluated by the doctrine. The researchs reveals the effectiveness of the Norwegian police system and its civilian oversight. Therefore, in order to contribute to the discussions in our country, the Norwegian Police Organization, which has not been examined in our law before, and the civilian oversight of this organization have been discussed. Similar to our country, there is no distinction between judicial and administrative police in terms of organization. The fact that prosecutors are granted extensive powers over both judicial and administrative police and that the institution of the Police Prosecutor's Office is included distinguishes the Norwegian example from our country. In addition, the Norwegian Police Organization has a civilian oversight mechanism with some unique aspects. Functionally, it is subordinate to the Norwegian Chief Public Prosecutor and can prosecute the files it has decided on the court. In addition, in

order to have an idea about the distinction between administrative and judicial police in Norway and the reasons for which the civilian oversight system was established; the historical background and current structure of the Norwegian Police Organization are also included in this study. The applicability of the Norwegian police system in our country has been evaluated, and the civilian oversight system in Norway has been compared with the example of our country. Finally, various suggestions have been made as a result of these evaluations.

Keywords: Preventive and Judicial Police Distinction, The Prosecutor of Police Station, Civilian Oversight of The Police, Norwegian Police Directorate, The Prosecuting Authority in The Police, The Norwegian Bureau for The Investigation of Police Affairs.

GİRİŞ

Kamu düzenini sağlama faaliyetleri, devletlerin temel varlık sebeplerinden biridir. Zira kamu düzeninin unsurları olan güvenlik, dirlik-esenlik, genel sağlık ve genel ahlakın bireyler ve toplumsal yaşam için hayati öneme sahip olduğu açıktır. Böylece; söz konusu faaliyetleri ifade eden idari kolluk etkinliklerinin, idarenin yerine getirdiği en önemli hizmetlerden biri olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kolluk faaliyetlerinin bir bölümü ise bozulan kamu düzeninin tekrar tesis edilmesine ilişkindir. Adli kolluk ya da suç kolluğu şeklinde ifade edilen bu etkinlikler, ceza adaleti bakımından büyük öneme sahiptir. Etkin ve güçlü bir adli kolluğa sahip olunması, vatandaşların demokratik toplum düzenine olan güvenlerini tesis eden unsurlardan biri olarak görülmektedir.¹

İdari kolluk-adli kolluk ayırımına ilişkin tartışmaların ülkemiz bakımından köklü bir geçmişe sahip olduğu söylenebilir.² Ancak bu konunun hala tartışma aşamasında kaldığı ve uygulamada somutlaştırılmadığı görülmektedir. Zira

¹ Öztekin Tosun, "Suç Kolluğu," İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 6, no. 9 (1972): 17.

² Örneğin idari kolluktan ayrı bir adli kolluğun var olduğu Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar tarafından 1934 yılında ifade edilmiştir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku, İdari Teşkilat-Amme İdarelerinin Vazife, Salahiyetleri-Amme Hizmetlerinin Temşiyet Tarzları* (İstanbul: Bozkurt Matbaası, 1934), 58. Yine Onar, adli kolluğun adli makamlara bağlı şekilde hareket edeceğini 1944 yılında ifade etmiştir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku I.Cilt* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1944), 92.

kolluğa ilişkin temel kanunlarımızın hem faaliyet hem de personel bakımından idari kolluk-adli kolluk ayrımı yapmasına rağmen; uygulamada böyle bir ayrım yapılmamakta ve her iki kolluk faaliyeti de aynı personel tarafından yürütülmektedir. Diğer yandan adli kolluk görevlilerinin zorunlu olmadıkça başka birimlerde görevlendirilmemeleri ve hukuk fakültesi mezunlarının adli kolluk bünyesinde istihdam edilmeleri; hâlâ ulaşılacak birer hedef olarak, Adalet Bakanlığının 2021 yılında yayınladığı İnsan Hakları Eylem Planında yer almaktadır.³

İdari kolluk-adli kolluk ayrımıyla benzer şekilde; ülkemiz kolluk hizmetleri bakımından güncel olan bir diğer konu, kolluğun sivil denetimidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile çeşitli uluslararası kuruluşlar tarafından ülkemize yöneltilen eleştiriler ve öneriler üzerine, 2016 yılında Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmuştur. Bununla birlikte; Komisyonu teşkil eden 6713 s. Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanunun ihdas ettiği sistemin henüz doktrin tarafından yeterince ele alınmadığı görülmektedir. Halbuki kolluk hizmetleri, idarenin kamu gücünü en yoğun şekilde kullandığı alandır.⁴ O halde, hukuk devletinin temel gereklerinden “*idarenin denetlenmesinin*” en önemli alt dalı; kolluğun denetimidir. Sivil denetim ise, kolluğun denetim şekillerine eklenen yeni bir usuldür.

Bu çalışma ile, idari kolluk-adli kolluk ayrımı ve kolluğun sivil denetimine ilişkin değerlendirmelere katkı sağlanması amacıyla Norveç örneği incelenmiştir. Norveç polisi, halkın %82 oranında güven duyması itibarıyla; OECD ülkeleri içerisinde en yüksek güven oranına sahip teşkilatlardan biridir.⁵ Bu noktada polise %55 oranında güven duyulan ülkemiz bakımından dikkate değer bir örnektir.⁶

³ Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı-Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye (Ankara: Adalet Bakanlığı, 2021), 84/md.6.2.g-j.

⁴ H. Gökçe Zabunoğlu, “Kolluğun Sivil Gözetimi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2016): 461.

⁵ OECD, *Drivers of Trust in Public Institutions in Norway* (Paris: OECD Publishing, 2022), 9-10.

⁶ Mustafa Aydın vd., *Kantitatif Araştırma Raporu: Türkiye Siyasal Sosyal Eğilimler Araştırması 2022* (İstanbul: Global Akademi ve Akademetre, 2023), 34, <https://www.globacademy.org/wp-content/uploads/2023/01/TREglimleri2022tr.pdf>.

Ayrıca 1989-2024 yılları arasında AİHM tarafından yapılan yargılamalarda, etkin soruşturma eksikliğinden bahisle Norveç hakkında herhangi bir ihlal kararı bulunmazken; aynı konuda ülkemiz hakkında 464 adet ihlal kararı verilmiştir.⁷ Bu durum, halkın yargıya duyduğu güvende de kendini göstermektedir. Zira Norveç halkı %85 oranında yargıya güvenmektedir.⁸ Ancak ülkemizde bu oran %45'tir.⁹ Tüm bu istatistikler, Norveç adli kolluk sisteminin ve ülkede yürütülen sivil denetimin etkinliğini göstermektedir.

Görülebildiği kadarıyla daha önce hukukumuzda incelenmemiş olan Norveç polisi, ülkemizle benzer yönere sahip olduğu kadar kendine has bazı unsurları da bulundurmaktadır. Bu çerçevede öncelikle Norveç adli kolluk sisteminin teşkilinde etkili olan gelişmeler hakkında fikir sahibi olunabilmesi amacıyla, Norveç polisinin tarihine ve teşkilat yapısına kısaca yer verilecek; ardından idari kolluk-adli kolluk ayrımının Norveç polisindeki uygulaması incelenecektir. Norveç adli kolluk sisteminin ülkemize uygulanabilirliğinin mümkün olup olmadığı değerlendirildikten sonra, Norveç'in sivil denetim sistemi ele alınacak ve bu sistemin ülkemizdeki benzeri ile karşılaştırılması sağlanacaktır.

⁷ 1959-2021 yılları arasındaki istatistikler için bkz. European Court of Human Rights, "Annual Report 2021 of the European Court of Human Rights". (COE, 2022), 187,189, https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/annual_report_2021_eng. 2022 yılı için bkz. European Court of Human Rights, "Annual Report 2022 of the European Court of Human Rights", (COE, 2023), 147, https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/annual_report_2022_eng-2?download=true. 2023 yılı için bkz. European Court of Human Rights, "Annual Report 2023 of the European Court of Human Rights", (COE, 2024), 112, <https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/annual-report-2023-eng?download=true>.

⁸ OECD, *Norway*, 9-10.

⁹ Aydın vd., *Kantitatif Araştırma Raporu*, 34. Öte yandan OECD tarafından sunulan rakamlar, bu oranların da altında yer almaktadır. OECD'nin 2022 verilerine göre ülkemizde yargının verdiği kararlardan tatmin olma oranı %33'tür. Bu oran ise OECD ortalaması olan %55.7'nin altında kalmaktadır. OECD, "Government at a Glance 2023 Country Notes-Türkiye," [oecd.org](https://www.oecd.org/publication/government-at-a-glance/2023/country-notes/turkiye-1aab42fa/), erişim tarihi Mayıs 30, 2024, <https://www.oecd.org/publication/government-at-a-glance/2023/country-notes/turkiye-1aab42fa/>.

I. NORVEÇ POLİSİNİN TARİHİ VE TEŞKİLAT YAPISI

Norveç polisinin kökenleri 13.yüzyıla kadar ulaşmaktadır.¹⁰ Ülkemizdeki bekçilere benzeyen ve "Vekter" şeklinde ifade edilen görevliler, bugünkü Norveç polisinin temeli olarak kabul edilmektedir.¹¹ Yine Anglosakson ülkelerindeki "Sheriff" (Şerif)lere¹² benzer şekilde görev yapan "Lensmenn"lerin aynı dönemlerde ortaya çıktıkları belirtilmektedir.¹³

İlk dönemlerde yerel şekilde teşkilatlanan ve yönetilen polislik hizmetleri, 1600'lü yıllardan itibaren daha kurumsal hale getirilmiştir.¹⁴ 1800'lü yıllarda ise bir yandan söz konusu yerel teşkilatlara özerklik tanınırken, bir yandan da ülkenin Adalet Bakanlığının bu hizmetleri ele alma süreci başlamıştır.¹⁵ 1937 yılına gelindiğinde de, söz konusu hizmetler tamamen merkezi idareye bağlanarak

¹⁰ Therese Braastad Kristiansen, "Organizational Change in the Norwegian Police: A Qualitative Investigation of How the Police Investigators Perceive Change. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Oslo: University of Oslo, 2014), 3.

¹¹ Dilip K. Das ve Amanda L. Robinson, "The Police in Norway: A Profile," *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 24, no. 3 (2001): 332.

¹² Shreriff (şerif), bir mahalli idaredede üst yöneticidir. İdaresinin sınırları içerisinde huzuru sağlamak, bu amaçla barışı bozan veya bozmaya teşebbüs eden herkesi yakalamak, hapse atmak ya da para cezası vermek, eyalet mahkemelerince alınan kararları kendi yetki alanında uygulamak şerifin yetki ve görevlerindedir. Ayrıca Şerifin daha ziyade soruşturma ve delilleri toplamaya yönelik sınırlı bir yargı yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir. John Bouvier, *A Law Dictionary (HTML Version)*, c. 1 (Philadelphia: Childs & Peterson, 1856), 1848. Şeriflerin önemli özelliklerinden biri ise; atama ile değil, seçimle göreve gelmeleridir. Sheriffs Office, "History of the Sheriff," (Camden County, 2017), 4.

¹³ Lars Holmberg, "Scandinavian Police Reforms: Can You Have Your Cake and Eat it, too?," *Police Practice and Research* 15, no. 6 (2013): 452; Paul Larsson, "From Integration to Contact A Community Policing Reform?," *Nordisk Politiforskning* 4, no. 2 (2017): 184.

¹⁴ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 3.

¹⁵ Tom Christensen, Per Lægheid ve Lise H. Rykkja, "Reforming the Norwegian Police Between Structure and Culture: Community Police or Emergency Police?," *Public Policy and Administration* 33, no. 3 (2018): 245.

ulusal hale getirilmiştir.¹⁶ Böylece, ülkenin Adalet Bakanlığına bağlı; ulusal ve merkezi bir polis teşkilatı kurulmuştur.¹⁷

1970'li yıllarda, ülkenin polis teşkilatının yerleşmesine ve mahalli katılımın artırılmasına yönelik çeşitli talepler ortaya çıkmıştır.¹⁸ Bu talepler çerçevesinde; yerinden yönetim ilkesine uygun olarak, taşra polis birimleri şeriflerin sorumluluğuna bırakılmıştır.¹⁹ Bu dönemde, Norveç polisinin dörtte birinin şeriflerden oluştuğu belirtilmiştir;²⁰ 1988 yılı itibarıyla, bu şekilde görev yapan 370 şerif mıntikasının bulunduğu ifade edilmiştir.²¹ Ayrıca söz konusu talepler üzerine polisin toplum içerisindeki rolü ile görevlerini tespit amacıyla bir komisyon teşkil edilmiştir.²² Söz konusu komisyon tarafından hazırlanan ve "ülkenin geniş görev yelpazesine sahip, taşrada yaşayan vatandaşlar ve topluluklarla güçlü bağları bulunan bir polis teşkilatına ihtiyaç duyduğunu" ifade eden rapor, polis teşkilatında gerçekleştirilecek reformları önemli derecede etkilemiştir.²³

1990'lı yıllarda ise ülkenin polis teşkilatının modernize edilmesine yönelik çeşitli çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Polis teşkilatının modernleşmesinde; mahalli polis idarelerinin bağımsızlığının azaltılması, ikna temelli polis faaliyetlerinden zorlayıcı polis faaliyetlerine geçilmesi ve polis teşkilatına daha fazla kaynak temin

¹⁶ Cristin Thea Wathne, "Welfare Professionals in Transformation The Case of Police Officers in Norway," iç. *Work and Wellbeing in the Nordic Countries*, ed. Helge Hvid ve Eivind Falkum (Oxon: Routledge, 2019), 260.

¹⁷ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 3; James W. Doig, "Polis Sorunları, Öneriler ve Yeniden Düzenleme İçin Stratejiler," çev. Selçuk Yalçındağ, *Amme İdaresi Dergisi* 3, no. 4 (1970): 95.

¹⁸ Larsson, "Policing Reform," 172.

¹⁹ Tom Christensen, Per Lægreid ve Lise H. Rykkja, *Reforming the Norwegian Police Between Structure and Culture: Community Police or Emergency Police* (Bergen: Stein Rokkan Center For Social Studies, 2016), 9.

²⁰ Das ve Robinson, "Police in Norway," 333.

²¹ Lee Bygrave, *World Factbook Of Criminal Justice Systems: Norway* (Washington: Bureau of Justice Statistics, 1993), 12.

²² Larsson, "Policing Reform," 172.

²³ Holmberg, "Scandinavian Police Reforms," 452.

edilmesi esas alınmıştır.²⁴ Bu modernizasyon çalışmalarının önemli bir sonucu olarak; 1994 yılında, şerifler merkezi polis teşkilatına dahil edilmiş ve yeni bir Polis Yasası yürürlüğe girmiştir.²⁵

1990'lı yıllardaki reform hareketlerinin konu edindiği bir başka alan olan, "polis teşkilatının daha kurumsal hale getirilmesi" amacıyla; 1998 yılında bir başka komisyon teşkil edilmiştir.²⁶ Yine ülkenin polis reformlarını konu edinen ve temel olarak polis teşkilatının suçu önlemede, hizmet sunmada ve suçla mücadelede daha etkili olmasını, kendisini halkın ihtiyaçlarına daha iyi yönlendirmesini ve faaliyet maliyetlerini azaltmasını hedefleyen bir başka rapor 2000 yılında yayınlanmıştır.²⁷ Bu çalışmalar sonucunda, polislik hizmetlerinin ülke topraklarında yerine getirildiği 54 polis bölgesi 27'ye indirilmiştir.²⁸

Reform hareketlerinin en önemli sonuçlarından biri, Norveç Polis Müdürlüğü'nün kurulmasıdır. 2001 yılında; merkezi, bölgesel ve yerel polis teşkilatını geliştirmek, koordine etmek, etkin ve hesap verebilir bir polis oluşturmaya yardımcı olmak amacıyla; Norveç Polis Müdürlüğü teşkil edilmiştir.²⁹ Müdürlüğün kurulması, geçmiş uygulamalara nazaran önemli bir değişiklik anlamına gelmektedir.³⁰ Zira geçmişte polislik hizmetleri doğrudan Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmekte iken; yeni durumda, Bakanlık bünyesinde ve fakat özerk bir müdürlük tarafından söz konusu hizmetler yürütülecektir.³¹

²⁴ Das ve Robinson, "Police in Norway," 332.

²⁵ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 3.

²⁶ Christensen, Læg Reid ve Rykkja, "Community Police," 245.

²⁷ Holmberg, "Scandinavian Police Reforms," 452.

²⁸ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 3.

²⁹ Erling Birstad ve Paal Christian Balchen, "Norwegian Police Directorate: Implementing Problem Oriented Policing," *International Observer*, no. 40 (2005): 1.

³⁰ Christensen, Læg Reid ve Rykkja, "Community Police," 245. Yazarlar, polis içindeki aktörlerden çoğunun uzun zamandır bu çözümü istediğini; ancak şüpheli siyasilerin bu çözüme engel olduklarını ifade etmişlerdir.

³¹ Lars Holmberg, "Continuity and Change in Scandinavian Police Reforms," *International Journal of Police Science & Management* 21, no. 4 (2019): 208.

2009 yılında Müdürlük, kendisine tahsis edilen kaynakların hedefe yönelik ve etkin şekilde kullanılıp kullanılmadığına ilişkin bir rapor hazırlamak üzere ülkenin Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilmiştir.³² Zira yapılan reformlara rağmen, halkın ihtiyaçlarını karşılamada ve operasyonel yönünü artırmada polisin yetersiz olduğu belirtilmiş; bu dönemde yapılan anketlerde nüfusun yarısının polisin günlük suçlarla mücadelesi hakkında olumsuz bir izlenime sahip olduğu ifade edilmiştir.³³ 2011 yılında gerçekleşen terör saldırıları ise bu reform çalışmalarını hızlandırmış ve politikacıların somut adımlarını tetiklemiştir.³⁴

2011 terör saldırıları sonrasında teşkil edilen bağımsız komisyon, ülkenin polislik hizmetlerindeki bazı problemlere dikkat çekmiştir. Bu kapsamda, polis birimleri arasındaki koordinasyon, iletişim ve organizasyonun zayıf olduğu; yönetim ve liderliğin yeterli olmadığı;³⁵ polisin sorumluluk almaktan çekindiği, yeterince eğitilemediği, karar verme mekanizmalarını çalıştıramadığı;³⁶ çok fazla polis bölgesinin bulunduğu, polis merkezlerinin doğrudan kendilerini ilgilendirmeyen çok fazla işle görevli oldukları, emir komuta zincirinin sağlanamadığı, güncel ve yeterli teknolojiye sahip olunmadığı;³⁷ uygulamalarda yeknesaklığın, sağlam bir hiyerarşinin ve merkezîyetçiliğin gerekli olduğu³⁸ söz konusu raporda ifade edilmiştir. Bu reformlar çerçevesinde mahalli polis

³² Christensen, Læg Reid ve Rykkja, "Community Police," 245.

³³ Holmberg, "Scandinavian Police Reforms," 208.

³⁴ Stig O. Johannessen, "Reforming the Norwegian Police," *Nordisk Politiforskning* 2, no. 2 (2015): 172. 2011 terör saldırıları, 22 Temmuz 2011 Cuma günü, başkent Oslo ve Utøya adasında gerçekleştirilmiş ve toplamda 77 kişinin ölümüne neden olmuştur. Recep Önal, "İslamofobi Bağlamında İslam Karşıtı Söylemlerin Batı Dünyasındaki Yansımaları: Norveç Örneği -Karikatür Krizi ve Berwick Terör Saldırısı," *KADER* 16, no. 2 (2018): 382. Yazara göre bu saldırı öncesinde, Norveç Dünyanın en huzurlu ve güvenli ülkesi olarak bilinmekteydi.

³⁵ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 5.

³⁶ Christensen, Læg Reid ve Rykkja, "Community Police," 246.

³⁷ Garda Síochána Inspectorate, *Changing Police in Ireland* (Garda Síochána, 2015), 75.

³⁸ Johannessen, "Reforming the Norwegian Police," 173. Bununla birlikte, komisyonun kurulmasına karar veren koalisyonun 2013 seçimleri sonrasında azınlığa düşmesi nedeniyle, komisyonca getirilen önerilerin yeterince dikkate alınmadığı ifade edilmiştir. Christensen, Læg Reid ve Rykkja, "Community Police," 246.

teşkilatlarının sayısı azaltılmış,³⁹ 27 olan merkezi polis bölgesi 12'ye düşürülmüş, ayrıca istihbarata dayalı polis faaliyetlerinin güçlendirilmesi, uygulamada yeknesaklığın sağlanması, etkin ve tek tip organizasyonun teşkil edilmesi, hizmet sunumunun ve vatandaşla olan ilişkilerin iyileştirilmesi hedeflenmiştir.⁴⁰

Gelinen noktada Norveç Polis Teşkilatı, Kamu Güvenliği ve Adalet Bakanlığına bağlı Norveç Polis Müdürlüğü bünyesinde yer almaktadır.⁴¹ Söz konusu teşkilat 7 özel birimden⁴² ve 12 bölgeden meydana gelmektedir.⁴³ Her bir özel birimin kendine ait karar organı, polis merkezi ve personeli bulunmaktadır.⁴⁴ Yine her bir bölge, idari yetkilere ve ekibe sahip; bölgedeki hizmetlerin yürütülmesinden, alınan sonuçlardan ve bütçenin kullanılmasından sorumlu bir polis amiri tarafından idare edilmektedir.⁴⁵

Norveç polisi, nüfus yoğunluğunun fazla olduğu şehirler ile daha seyrek nüfuslu taşra birimlerinde farklı şekilde teşkilatlanmıştır. Bu çerçevede, nüfusun yoğun olduğu birimlerde; devriye hizmeti ile önleme ve soruşturma hizmetleri için ayrı ayrı bölümlere sahip, nispeten daha büyük polis karakolları teşkil edilmişken; taşra birimlerinde aynı personelin hem devriye hem önleyici hizmetler hem de soruşturma hizmetlerinde görev aldığı şerif ofisleri yer almaktadır.⁴⁶

³⁹ Christensen, Læg Reid ve Rykkja, "Community Police (2016)," 21.

⁴⁰ Holmberg, "Scandinavian Police Reforms," 208.

⁴¹ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 3.

⁴² Söz konusu birimler; Norveç Polis Akademisi, Norveç Kriminal Soruşturmalar Birimi, Ekonomik ve Çevresel Soruşturma ve Kovuşturmaları Ulusal Otoritesi (*Økokrim*), Ulusal Mobil Polis Birimi, Ulusal Göçmenlik Polisi, Polis İstihbarat Birimi ve Norveç Sınır Komiserliğidir. Brita Bjørkelo vd., "Diversity in Education and Organization: From Political Aims to Practice in the Norwegian Police Service," *Police Quarterly* 24, no. 1 (2021): 79.

⁴³ Holmberg, "Scandinavian Police Reforms," 208.

⁴⁴ Kjersti Hove ve Lola Vallès, "Police Education in Seven European Countries in the Framework of Their Police Systems," iç. *The Making of a Police Officer: Comparative Perspectives on Police Education and Recruitment*, ed. Tore Bjørgero ve Marie-Louise Damen (Oxon: Routledge, 2020), 25.

⁴⁵ Bjørkelo vd., "Norwegian Police Service," 79.

⁴⁶ Pål Winnæss, Marie-Louise Damen ve Gunnar Thomassen, "Understanding Learning Preferences and Career Aspirations of Norwegian Police Students From a Comparative

Ülkede görev yapan polis birimleri ulusal düzeyde ve tek bir yapı şeklinde teşkil edilmiştir. Bu nedenle, polis yetkileri bakımından coğrafi bir sınır bulunmamaktadır. Yine bu sebeple, ülkemizdeki farklı kolluk birimleri tarafından gerçekleştirilen; otoyollarda devriye gezmek, acil çağrılara yanıt vermek, arama kurtarma faaliyetlerini koordine etmek, kıyı sularında devriye gezmek, sınır birimlerinde pasaport kontrolleri gerçekleştirmek, pasaport ve kimlik düzenlemek, ateşli silah ruhsatı vermek, adli sicil kaydı soruşturması yapmak gibi yetki ve görevler, Norveç polisi tarafından yerine getirilmektedir.⁴⁷

II. NORVEÇ POLİSİNDE İDARİ KOLLUK-ADLİ KOLLUK AYRIMI

A. Genel Olarak İdari Kolluk-Adli Kolluk Ayrımı

Kolluk faaliyetleri temel olarak kamu düzeninin tesisini amaçlamaktadır. Bu amaç ise, kamu düzeninin bozulmasını engellemeyi, bozulduğu durumlarda ise bu düzenin tekrar tesis edilmesini içermektedir. Bu itibarla, kamu düzeninin bozulmasını engelleme faaliyetleri idari kolluk çerçevesinde; bozulan düzeni yeniden tesis etme faaliyetleri ise adli kolluk kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁸

Adli kolluk-idari kolluk ayırımının önleme-bastırma ayırımından kaynaklanmadığına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Söz konusu görüşler, genellikle “suçla ilgili olma” esasından hareket etmektedir. Buna göre; kamu düzenini bozan ve fakat suç olmayan eylem ve durumlara önceden müdahale edilmesi idari kolluk; kanunların suç saydığı eylem ve durumların vuku bulmasının ardından bunların soruşturulması ise adli kolluk faaliyetleri

Perspective,” iç. *The Making of a Police Officer: Comparative Perspectives on Police Education and Recruitment*, ed. Bjørgo, Tore ve Marie-Louise Damen (Oxon: Routledge, 2020), 125.

⁴⁷ Das ve Robinson, “Police in Norway,” 343; Bygrave, “Criminal Justice Systems: Norway,” 13; Daniel Albert, “Police in Norway: The Norwegian Policing System Explained,” *lifeinnorway.net*, erişim tarihi Mayıs 4, 2022, par. 5, <https://www.lifeinnorway.net/police-in-norway/>.

⁴⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 627; Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin, 2019), 2:484; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 304; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Kitabevi, 2011), 294.

çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁴⁹ Ülkemizdeki kolluk birimlerini düzenleyen temel kanunlardan bazıları da bu görüşü desteklemektedir. Zira söz konusu kanunların kamu düzenini bozan her durum yerine, genellikle suç niteliğinde olan vakaları adli kolluk çerçevesinde değerlendirdiği görülmektedir.⁵⁰ Öte yandan bu ayırım daha da ileri götürülerek; suçla ilgili olmayan faaliyetlerin bastırma amacıyla bile olsa idari kolluk kapsamında olacağı, suçla ilgili olan faaliyetlerin ise önleme niteliğinde bile olsa adli kolluk kapsamında olacağı ifade edilmiştir.⁵¹

Ayrıca bazı hallerde her iki kolluk faaliyetinin birlikte yürütülebilmesi söz konusu olabilmektedir. Kolluğun bir yandan kamu düzeninin bozulmasını önlediği, bir yandan da işlenen suçlarla ilgili soruşturma faaliyetlerini gerçekleştirdiği bu durumlar, "*Çifte karakterli tedbirler*" şeklinde ifade edilmiştir.⁵² Örneğin kolluğun bir suçluyu yakalaması, bir yandan işlenmiş suçun soruşturulmasına; bir yandan da yakalanan kişinin daha fazla suç işlemesini engelleyerek, kamu düzeninin bozulmasının önlenmesine hizmet etmektedir.⁵³ Bu noktada bastırma faaliyetlerinin, önleme faaliyetlerini tamamlamak amacıyla var olduğu da dile getirilmiştir.⁵⁴

İdari kolluk faaliyetleri ile adli kolluk faaliyetlerinin ayrılmasında ve bu faaliyetlerin farklı personeller tarafından yerine getirilmesinde çeşitli faydaların bulunduğu belirtilmiştir. Sözelimi mevcut durumda; farklı yöneticiler altında, farklı mevzuata dayanarak, farklı şekillerde yürütülen faaliyetlerin ülkemizde

⁴⁹ Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku* (Ankara: Beta Basım Yayın, 2015), 417; Sencer Abdullah Akkoyunlu, *Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Erzincan: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 83.

⁵⁰ Gerçekten de hem 2559 s. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu; "*İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak.*" ifadesiyle (2559 s. Kanun md.2), hem de 2803 s. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu; "*İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek*" (2803 s. Kanun md.7.) ifadesiyle, adli kolluk faaliyetlerini suçların işlenmesi ile ilişkilendirmiştir.

⁵¹ Gözler, *İdare Hukuku*, 2:485-86.

⁵² Yenisey, *Kolluk Hukuku*, 131.

⁵³ Akkoyunlu, "Kolluğun Yetkileri," 88.

⁵⁴ İl Han Özay, "İdari Kolluk-Adli Kolluk," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 1 (2013): 950.

aynı personel tarafından yerine getirildiği; bu durumun kuvvetler ayrılığı ve etkin hizmet sunma ilkelerine aykırı olduğu,⁵⁵ yine adli kollukta görev alan personele idari kolluk görevi verilmesinin adli kolluk faaliyetlerini yavaşlattığı ve ayrıntıların kaçırılmasına sebep olabildiği belirtilmektedir.⁵⁶ Halihazırda mülki amirlerin, hem adli hem de idari kolluk faaliyetlerini yürüten personel üzerinde disiplin ve terfi yetkilerine sahip oldukları; bu durumun ise idari kolluk faaliyetlerini öne çıkaracağı ve bu faaliyetlerin daha fazla önemsenmesine neden olacağı da ifade edilen bir başka husustur.⁵⁷

Savcılık bünyesinde bir adli kolluk biriminin teşkilatlanması halinde ise; söz konusu sistemin, adli kolluk sicillerini düzenleme yetkisini savcıya vereceği; bunun da adli kolluk üzerindeki savcılık etkinliğini artıracığı ve böylelikle vatandaşlara teminat sağlayacağı belirtilmektedir.⁵⁸ Ayrıca adli kolluğun savcının yardımcısı olması ve teknik faaliyetler yürütmesi nedeniyle; yargı organları için getirilen tarafsızlık ve reddedilebilirlik unsurlarına sahip olmasının gerektiği; aksi bir durumun usul ilkelerine aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁵⁹ Yine adli kolluk faaliyetlerinde uzmanlaşmanın gerektiği, ancak adli kolluk personelinin idari kolluk faaliyetlerini yürütebilmesi ve idari kolluk-adli kolluk ayrımı yapılmaksızın tayin edilmesi nedeniyle bahsi geçen uzmanlaşmanın gerçekleşemediği dile getirilmektedir.⁶⁰ Benzer şekilde her iki kolluk biriminin de ayrı bir uzmanlaşma ve ihtisas gerektirmesi nedeniyle organik olarak

⁵⁵ Nizamettin Aydın ve Tahir Demir, "Emniyet Hizmetlerinin Sunumunda Düalist Yapı Sorunsalı: Adli ve İdari Kolluk," *Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İİBF Dergisi*, no. 9 (2022): 21.

⁵⁶ Yusuf Ziya Polater, "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi," *TBB Dergisi*, no. 120 (2015): 310.

⁵⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 627. Ayrıca söz konusu durumun acele hallerde ya da Cumhuriyet savcısının verdiği talimatlarda, kolluk personelini ikileme bırakabildiği; uygulamada kolluk personelinin bu durumdan sıklıkla yakındığı da ifade edilmiştir. Polater, "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi," 310.

⁵⁸ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Adli Kolluk Üzerine," *Yargıtay Dergisi* 23, no. 3 (1997): 237.

⁵⁹ Türkiye Barolar Birliği, Adli Zabitanın İdari Zabıtanın Ayrılması Hakkında TBB Yönetim Kurulu Raporu (Ankara: TBB, 1974), 5-6.

⁶⁰ Polater, "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi," 311.

ayrılmalarının gerektiği;⁶¹ organik ayrımın olmadığı durumda, özellikle kolluk faaliyetleri esnasında meydana gelen anlaşmazlıkların adli yargıda mı idari yargıda mı görüleceği hususunda uyuşmazlıkların çıktığı ve kolluk birimleri ile savcılıklar arasında idari yönden çatışmaların meydana gelebildiği de belirtilmiştir.⁶²

Yukarıda yer verilen görüşlerden farklı olarak, iki kolluk biriminin organik olarak ayrılmaması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler de bulunmaktadır. Bu noktada, ayrı bir teşkilat kurulması halinde; verimlilik, etkinlik ya da kişi güvenliği bakımından herhangi bir katkının ortaya çıkmayacağı;⁶³ aksine personel sayısının artacağı ve iki kolluk birimi arasında rekabetin olabileceği,⁶⁴ idari kolluğun haiz olduğu imkanlardan adli kolluğun istifade edemeyeceği⁶⁵ ve yakın iş birliği içerisinde hareket etmesi gereken iki kolluk birimi arasında koordinasyonun sağlanamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁶

Son olarak bu değerlendirmelerle birlikte, tüm kolluk faaliyetlerinin tek kolluk teşkilatınca yürütüldüğü sistemin; daha geniş yüzölçümüne sahip ve fakat daha az nüfus yoğunluğunun görüldüğü bölgeler için verimli olabileceğine, ancak bu varsayımın da çok gelişmiş, iyi eğitilmiş ve yüksek teknolojiye sahip bir polis teşkilatı gerektirdiğine dikkat çekilmiştir.⁶⁷ Yine bu konuda genel ve net bir tercihte bulunulmasının doğru olmadığı; her ülkenin kendi idari teamülleri, özellikleri ve gelenekleri kapsamında bir sistem geliştirmesinin yararlı olacağı ifade edilmiştir.⁶⁸

⁶¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 627.

⁶² Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 540.

⁶³ R. Cengiz Derdiman, "Etkin Ceza Adaleti Açısından Alternatif Bir Öneri Olarak Cumhuriyet Savcısından Ayrı Adli Polis Modeli," iç. *Ceza Adalet Sistemi Sempozyumu* (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, 1998), 231.

⁶⁴ Türkiye Barolar Birliği, *TBB Yönetim Kurulu Raporu*, 7.

⁶⁵ Tosun, "Suç Kolluğu," 10.

⁶⁶ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 541.

⁶⁷ Tibor Kozma, "From Adjusting to Rebuilding Police Institutions," *Connections* 13, no. 3 (2014): 122.

⁶⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 541.

B. İdari Kolluk-Adli Kolluk Ayırımının Norveç Uygulaması

Norveç Polis Teşkilatı, önleyici kolluk faaliyetleri ile birlikte suçların soruşturulmasında da görev almaktadır.⁶⁹ Bu itibarla ülkemiz uygulaması ile benzerlik göstermektedir. Ancak Norveç polisindeki adli kolluk uygulamalarının ülkemizdekinden oldukça farklı yönleri de bulunmaktadır. Zira Norveç Polis Teşkilatı bünyesinde, polis savcılarını görev yapmaktadır.⁷⁰

Polisin soruşturma açılmasına karar verme, soruşturma gerçekleştirme ve söz konusu soruşturmayı mahkeme önüne taşıyabilme yetkisi, Norveç bakımından oldukça eskidir. Zira bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere, taşra bölgelerinde görev yapan şeriflerin söz konusu yetkileri öteden beri bulunmaktadır.⁷¹ Norveç polisi bünyesinde bir savcılık teşkilatının kurulması ise, 1887 yılında gerçekleştirilmiştir.⁷²

Norveç'teki savcılık sistemi, üç bölümden meydana gelmektedir.⁷³ Bunlar hiyerarşik olarak, Norveç Başsavcılığı (*Riksdavokaten*), bölge başsavcılıkları (*Statsadvokaten*)⁷⁴ ve polis savcılıklarıdır (*Politiifullmektig-Politiadvokaten*).⁷⁵ Bölge başsavcılıkları 10 bölgeye ayrılmakta, polis savcılıkları ise ülkenin 12 polis

⁶⁹ Gert Johan Kjelby, "Research on Police and Prosecution Law in Bergen," *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 10, no. 2 (2022): 52.

⁷⁰ Christensen, Lægred ve Rykkja, "Community Police (2016)," 9.

⁷¹ Holmberg, "Scandinavian Police Reforms," 452.

⁷² Das ve Robinson, "Police in Norway," 344, dn.2.

⁷³ Alf Butenschön Skre, "Investigation Plans as a Tool for Managing Investigations in Norway," iç. *Quality Control in Criminal Investigation*, ed. Xabier Agirre vd. (Brussels: Torkel Opsahl Academic, 2020), 889.

⁷⁴ Bölge başsavcılıkları; 10 bölge ile Ekonomik ve Çevresel Soruşturma ve Kovuşturmaları Ulusal Otoritesi ve Organize ve Ağır Suçların Soruşturulması Ulusal Otoritesi'nden (*Det Nasjonale Statsadvokatembetet*) meydana gelmektedir. Riksdavokaten, "The Director of Public Prosecutions and the Regional Public Prosecution Offices," *riksadvokaten.no*, erişim tarihi Mayıs 4, 2022, <https://www.riksadvokaten.no/english/>.

⁷⁵ Advokatforeningen, "Features of the Norwegian Criminal Justice System," *advokatforeningen.no*, erişim tarihi Mayıs 4, 2022, <https://www.advokatforeningen.no/en/features-of-the-norwegian-legal-system/features-of-the-norwegian-criminal-justice-system/>.

bölgesinde yer almaktadır.⁷⁶ Polis bölge müdürleri (*Politimester*), aynı zamanda Norveç Başsavcılığı ile bölge başsavcılıklarının altında yer alan bir savcılık makamı olarak ve polis bünyesindeki savcılık faaliyetlerinin amiri şeklinde konumlandırılmıştır.⁷⁷ Bölgelerin savcılık faaliyetleri ise, bölge müdür yardımcılığı bünyesinde teşkilatlanmıştır. Bölgenin polis müdür yardımcıları, ilgili polis bölgesinin savcılık faaliyetlerinden sorumlu olup bölgedeki polis savcıları ile kıdemli polis savcılarını (*Politiadjutant*) denetleme yetkisine sahiptirler.⁷⁸ Polis savcıları her ne kadar polis teşkilatına entegre ise de; adli soruşturmalardaki yetkileri bakımından idari polis birimlerinden değil, doğrudan bölge başsavcıları ya da Norveç Başsavcısından emir almaktadırlar.⁷⁹ Böylece bir yandan soruşturmacılarla savcı arasında yakın bir işbirliği ile gözetim ilişkisi kolaylaştırılmakta;⁸⁰ bir yandan da savcılara işlevsel bağımsızlık getirilmektedir.⁸¹

Cinayet vakalarından hırsızlık olaylarına kadar Norveç'te gerçekleşen adli soruşturmaların tümü, bir polis savcısının sorumluluğunda başlatılmaktadır.⁸² Aynı zamanda hukukçu da olan polis savcıları, adli soruşturmaları yürütmekte; tutuklama ya da diğer zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasını mahkemeden talep edebilmekte veya kovuşturma açılıp açılmamasına karar verebilmektedir.⁸³

⁷⁶ Riksadvokaten, "Director of Public Prosecutions."

⁷⁷ Legislation Department Norwegian Ministry of Justice and Police, "The Criminal Procedure Act" (Ministry of Justice and the Police, 2014), <https://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19810522-025-eng.pdf> sf.18,19/md.55,58; Regjeringen, "The Prosecution Authority in Norway," 2017, https://files.nettsteder.regjeringen.no/wpuploads01/blogs.dir/223/files/2017/07/574150_en_jogeir_prosecut.pdf.

⁷⁸ Das ve Robinson, "Police in Norway," 338.

⁷⁹ Regjeringen, "Prosecution Authority in Norway," 5.

⁸⁰ Skre, "Investigations in Norway," 890.

⁸¹ Michael Tonry, "Prosecutors and Politics in Comparative Perspective," *Crime and Justice* 41, no. 1 (2012): 14.

⁸² Regjeringen, "Prosecution Authority in Norway," 5.

⁸³ European Judicial Network, "Norway," ejn-crimjust.europa.eu, erişim tarihi Mayıs 4, 2022, <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/ContentDetail/EN/5/22>.

Norveç'te gerçekleştirilen adli soruşturmaların sorumluluğu savcı, emniyet amiri ve soruşturmacı polis olmak üzere üç makam arasında paylaşılmaktadır.⁸⁴ Polis savcılarını, soruşturmayı yürütmek üzere bir polis memuru atayıp soruşturmanın her aşamasını takip etmektedirler.⁸⁵ Yapılan soruşturma sonucunda, dosyanın mahkeme önüne götürülerek kovuşturma açılmasına ya da uyuşmazlığın alternatif yollarla çözülmesine polis savcısı karar verilebilmektedir.⁸⁶ Bu çerçevede örneğin, trafik kurallarının ihlali gibi suçlar polis tarafından düzenlenen idari para cezasının ödenmesi ile sonuçlanmakta; para cezasının ödenmemesi halinde ise, mahkeme önünde basit yargılama usulü ile karara bağlanmaktadır.⁸⁷ Yine ilam vermek, soruşturma ya da kovuşturmaya yer olmadığına karar vermek veya uyuşmazlığın Ulusal Arabuluculuk Merkezine iletilmesine karar verebilmek, polis savcılarının sahip olduğu yetkililerdendir.⁸⁸

Kovuşturma aşamasında ise, hafif nitelikli suçlar polis savcılarını tarafından; daha ciddi vakalar ise duruma göre bölge başsavcılarını ya da Norveç Başsavcısı tarafından kovuşturulmaktadır.⁸⁹ Bu çerçevede 6 yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlar polis savcılarını tarafından, 6 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile istinaf aşamasındaki davalar bölge başsavcılarını tarafından kovuşturulmakta; ülke güvenliğini, Anayasayı ve medeni hakları tehdit eden suçların söz konusu olması ya da suç işlemeye teşvik, dine hakaret ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali gibi hallerde ise kovuşturmalar Norveç Başsavcısı

⁸⁴ Braastad Kristiansen, "Norwegian Police," 4.

⁸⁵ Regjeringen, "Prosecution Authority in Norway," 5.

⁸⁶ Gerhard Ploeg, "Norway," iç. *Probation in Europe*, ed. Anton M. Van Kalmthout ve Ioan Durnescu (Nijmegen: AOLF Legal Publishers, 2008), 770, 779.

⁸⁷ Bygrave, *Criminal Justice Systems: Norway*, 21.

⁸⁸ Polis savcılarını, soruşturma aşamasında; iddianame hazırlanmasına, davanın mahkemede kovuşturulmasına, isteğe bağlı ilam hazırlanmasına, kovuşturmadan feragat edilmesine, davanın Ulusal Arabuluculuk Merkezine sevk edilmesine ya da delil yetersizliği, failin bulunamaması, fiilin ceza gerektirmemesi, soruşturmaya yer olmaması, failin 15 yaşından küçük olması, haksız tahrikin söz konusu olması gibi nedenlerle davanın düşürülmesine karar verebilmektedir. Regjeringen, "Prosecution Authority in Norway," 5-6.

⁸⁹ Bygrave, *Criminal Justice Systems: Norway*, 20; Riksadvokaten, "Director of Public Prosecutions,"

tarafından yapılmaktadır.⁹⁰ Yine 21 yıla kadar hapis cezasını gerektiren fiillerin Norveç Başsavcılığı tarafından kovuşturulacağı 1981 tarihli Norveç Ceza Yargılaması Usulü Kanununda belirtilmiştir.⁹¹

Bölge başsavcıları, polis savcıları ile bunların gerçekleştirdikleri soruşturma ve kovuşturmaları gözetlemekte; bu savcıların kararları hakkındaki itirazları karara bağlamaktadır.⁹² Norveç Başsavcısı ise hem sistemin işleyişine ilişkin mesleki standartları tespit edip bunlara uyulmasını sağlamakta, hem bölge savcılarının kararları hakkındaki itirazları incelemekte, hem de gerek görev alanına giren gerekse Norveç Yargıtay'ında görülen davaları soruşturmakta ya da kovuşturmaktadır.⁹³ Bu itibarla ülkenin polis teşkilatı Kamu Güvenliği ve Adalet Bakanlığı tarafından yönetilmekte ve fakat adli soruşturma işlemleri bakımından Norveç Başsavcısından da emir almaktadır.⁹⁴

C. Norveç Uygulamasının Ülkemizde Tatbik Edilebilirliği

Görüldüğü üzere ve ülkemizle benzer şekilde, Norveç polis teşkilatında hem adli kolluk hem de idari kolluk faaliyetleri aynı personel tarafından yerine getirilmektedir. Bununla birlikte Norveç örneği, polis savcılıklarına yer vererek ve savcıların kolluk üzerindeki yetkilerini artırarak bu uygulamayı biraz daha ileriye götürmüştür. Yine ülkenin polis teşkilatı doğrudan Adalet Bakanlığı bünyesinde konumlandırılmıştır. Bu itibarla kolluk personelinin adli ve idari kolluk

⁹⁰ Regjeringen, "Prosecution Authority in Norway," 2, 3, 5.

⁹¹ Norwegian Ministry of Justice and Police, "The Criminal Procedure Act," 22/md.65, 67. Norveç ceza sisteminde öngörülen en yüksek hapis cezası kural olarak 21 yıldır. Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır: savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar. Söz konusu istisnalar bakımından hapis cezası 30 yıldır. Ryan Berger, "Kriminalomsorgen: A Look at the World's Most Humane Prison System in Norway," (SSRN, 2016), 6-30, <https://ssrn.com/abstract=2883512>.

⁹² Riksadvokaten, "Director of Public Prosecutions,"

⁹³ Regjeringen, "Prosecution Authority in Norway," 2; Tor-Aksel Busch ve Reidar Bruusgaard, *Enquiries Addressed to the Norwegian Director of Public Prosecutions Concerning a Decision* (Director of Public Prosecutions, 2019), 1, <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2019/05/Enquiries-addressed-to-the-Norwegian-Director-of-Public-Prosecutions-concerning-a-decision.pdf>.

⁹⁴ Bygrave, *Criminal Justice Systems: Norway*, 12.

kapsamındaki faaliyetleri aynı Bakanlığın sorumluluğundadır. Öte yandan Norveç Başsavcılığı Bakanlar Kuruluna karşı değil de Norveç Kralına karşı sorumlu olduğundan,⁹⁵ Norveç polisinin adli kolluk faaliyetleri bakımından farklı bir amiriyete tabi olduğu söylenebilir.

Ülkemizde; adli kolluk-idari kolluk ayırımının tartışılmasındaki en önemli amaçlardan biri, adli makamların adli kolluk faaliyetlerini yürüten personel üzerindeki yetkilerini artırmaktır. Zira ülkemiz bakımından, adli kolluk faaliyetlerini yürüten personel üzerinde savcının sahip olduğu yetkiler; söz konusu personelin sicil düzenlemeleri bakımından görüş bildirmekle ve bu personel hakkında doğrudan ceza soruşturması başlatabilmekle sınırlıdır. Ancak disiplin, terfi ya da yer değiştirme gibi konularda savcıların adli kolluk personeli üzerinde herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Buradan hareketle, savcı ile aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmayan adli kolluk personellerinin savcı talimatını yeterince dikkate almayabilecekleri; hiyerarşik üstleri olan idari amirleri ile savcılar arasında kalmaları halinde, idari amirlerine öncelik tanıyabilecekleri dile getirilmektedir.⁹⁶ Savcının adli kolluk personeli üzerindeki ceza soruşturması açabilme yetkisinin ise bir tehditten öteye gidemediği, gerçek anlamda savcıyı adli kolluk amiri yapabilmek için; yükseltme, nakledilme, disiplin gibi işlemlerde de savcının yetkili kılınmasının gerektiği belirtilmektedir.⁹⁷ Yine adli kolluk personelinin sicili hakkında savcılara tanınan görüş bildirme yetkisinin sembolik bir niteliğe sahip olduğu da ifade edilmektedir.⁹⁸

Bu noktada Norveç örneği oldukça önemlidir. Zira Norveç örneğinde, savcılara adli kolluk faaliyetleri ya da personeli üzerinde geniş yetkiler tanınmakla kalmamış; bölge emniyet müdürleri de Norveç Başsavcısı ve bölge savcılıklarının altında yer alan bir savcılık makamı olarak konumlandırılmıştır. Yine kolluk

⁹⁵ Sankar Sen, *Enforcing Police Accountability Through Civilian Oversight* (New Delhi: Sage Publications India, 2010), 19.

⁹⁶ Polater, "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi," 298.

⁹⁷ Öztekin Tosun, "Suç Kolluğu ve Savcılık," *Yargı Aylık Dergisi*, no. 45 (1980): 14 Akt. Haluk Çolak, "Kolluk Teşkilatı ve Adli Kolluk," *Sayıştay Dergisi*, no. 28 (1998): 90.

⁹⁸ Polater, "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi," 322. Benzer şekilde, söz konusu yetkinin etkinliğinin tartışmalı olduğu; zira adli kolluk görevlileri ve sorumlularının sürekli değiştiği, yine bu personelin sicil amirleri ile görüş bildiren savcılarının da sürekli değiştiği bu durumda bahsi geçen yetkiyi etkisizleştirdiği ifade edilmiştir. Aydın ve Demir, "Düalist Yapı," 41.

organizasyonu içerisinde de polis savcılıklarına yer verilmiş ve bu savcılıklar bölge emniyet müdür yardımcılığı bünyesinde teşkilatlanmıştır. Norveç örneğinde adli kolluk-idari kolluk ayrımının yapılmaması da dikkate alındığında; aslında adli bir makam olan savcının, sadece adli kolluk personeli üzerinde değil; idari kolluk personeli üzerinde de hiyerarşik bir üst konumuna getirildiği söylenebilir. Ülkemizde ise, değil idari kolluk personeli; savcının adli kolluk personeli üzerindeki yetkileri bile oldukça sınırlıdır. Konuya ilişkin araştırmalar, Norveç sisteminin etkin bir şekilde çalıştığını göstermektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere 1989-2024 yılları arasında AİHM tarafından yapılan yargılamalarda, etkin soruşturma eksikliğinden bahisle Norveç hakkında herhangi bir ihlal kararı verilmemiştir. Yine Norveç halkının polise duyduğu güven %82, yargıya duyduğu güven ise %85 seviyesindedir. Ülkemize gelindiğinde, vatandaşın polise duyduğu güven %55, yargı organına duyduğu güven ise %45 seviyesindedir. Yine AİHM tarafından 1989-2024 yılları arasında yapılan yargılamalarda, etkin soruşturma eksikliğinden bahisle ülkemiz hakkında 464 ihlal kararı verilmiştir. Bu istatistikler, adli kolluk sistemimiz ile ilgili yapısal değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerektiğini ve bu konuda Norveç'in bizden ilerde olduğunu göstermektedir.

Norveç örneğinin ülkemiz bakımından doğrudan uygulanması pek mümkün görünmemektedir. Zira öncelikle Norveç örneğinin altında; nüfusun ve yüzölçümünün az olması, İçişleri ve Adalet Bakanlıklarının iç içe geçmesi ve tek bir kolluk teşkilatının bulunması gibi nedenler yer almaktadır. Bu örneğin ülkemize doğrudan ihdas edilmesi halinde, her ne kadar il ya da ilçe kolluk teşkilatlarının başında hukukçuların bulunması söz konusu olacak ise de savcılık teşkilatının Adalet Bakanlığı yerine İçişleri Bakanlığı ile ilişkilendirilmesi; savcılarının il ve ilçelerde emniyet müdürü şeklinde konumlandırılması, böylece vali ve kaymakam gibi idari makamların ayrıca güvenlik bürokrasisinin savcılara emir ve talimat vermesi gündeme gelecektir. Bu varsayım ise, mevcut durumda hakimlik ile aynı seviyede mülhaza edilen savcılık bakımından oldukça köklü değişiklikleri gerekli kılmaktadır. Ancak bu durum, Norveç sisteminden örnek alınacak unsurların olmadığı şeklinde de yorumlanmamalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere; savcının adli kolluk personeli üzerindeki yetkilerinin genişletilmesi, ülkemiz bakımından bir gerekliliktir. Bu amaçla sadece sicil düzenlemelerinde görüş bildirme değil; Norveç örneğine benzer olarak disiplin, terfi, izin, yer değiştirme ve iş bölümü konularında da savcılarının adli kolluk personeli üzerinde yetkili kılınması gerekmektedir.

Öte yandan mevcut durumda idari makamların emrinde olan kolluk personeli üzerinde savcıların yetkilerinin artırılması beklenen faydayı sağlamayabilir. Zira ilk olarak, bu durumda adli kolluk-idari kolluk ayrımının organik olarak yapılmasıyla ortaya çıkacağı yukarıda ifade edilen faydalara ulaşamayacaktır. Ayrıca bilindiği üzere kolluk; disiplinin, güçlü bir hiyerarşinin, uzun mesai saatlerinin ve zorlu görevlerin söz konusu olduğu; bu nedenle de hem kolluk personelinin psikolojisini hem de aile ilişkilerini etkileyen bir teşkilattir.⁹⁹ Yakın zamanda gerçekleştirilen bir çalışmada ise, polisleri görev sırasında strese sokan en önemli iki nedenin amir baskısı (mobbing) ile sahipsizlik olduğu dile getirilmiştir.¹⁰⁰ Halihazırda yeterince stres ile mücadele eden ve amir baskısından yakınan kolluk personelinin hiyerarşik amirlerini artırmak, söz konusu personelin üzerindeki baskıyı çoğaltabilir, bu personelin psikolojisini ve çalışma isteğini olumsuz yönde etkileyebilir. Son olarak; kolluk personelinin izin, yer değiştirme ve iş bölümü konularında adli makamların da yetkili olması; bu konulardaki karar alma süreçlerini uzatabilir ve bürokrasiye neden olabilir. Bu nedenlerle en uygun çözüm, adli kolluk personelinin idari kolluk personelinden ayrılarak savcılık

⁹⁹ Zakir Gül ve Murat Delice, "Police Job Stress and Stress Reduction/Coping Programs: The Effects On The Relationship With Spouses," *Polis Bilimleri Dergisi* 13, no. 3 (2011): 21.

¹⁰⁰ Söz konusu çalışmada, görevlerini yürütürken karşılaştıkları en büyük sorunları polis mensuplarının sıralamaları istenmiş ve sonuç olarak uzun ve düzensiz mesai saatleri %97; sahipsizlik (olumlu ya da olumsuz durumlarda kurumun/yöneticilerin yanınızda olup olmaması) %96,6 ve mobbing (bezdiri, amir baskısı) %96 oranıyla ilk üç sırayı oluşturmuştur. Yine aynı çalışmada "Görev esnasında "stres faktörü" olarak aşağıdakilerden hangisi ya da hangilerini tanımlarsınız? Başka bir deyişle görev esnasında sizi en çok strese sokan sebep aşağıdakilerden hangisi ya da hangileridir?" sorusuna da %96,9 oranıyla sahipsizlik; %96,69 oranıyla mobbing (bezdiri, amir baskısı) ve %91,8 oranıyla da ekonomik durumlar cevabı verilmiştir. Son olarak, "Sizce Emniyet Teşkilatında intiharların temel sebebi ya da sebepleri nelerdir?" sorusuna %99 oranında mobbing (bezdiri, amir baskısı) ve %98,5 oranında çalışma saatleri ve görev stresi cevabı verilmiştir. Emniyet Teşkilatı Sivil Toplum Kuruluşları Birliği, "Emniyet Teşkilatındaki İntiharlar ve Sorunlara Yönelik Anket Araştırması" (Emniyet Teşkilatı Sendikası, 2024), 6,10,16, <https://emniyet.org.tr/wp-content/uploads/2024/05/Emniyet-Teskilatindaki-Intiharlar-ve-Sorunlara-Yonelik-Anket-Calismasi.pdf>. İlginç olan bir başka istatistikte ise, çalışmaya katılan personelin %84,1'i, başka bir meslek seçme şansı olsaydı Emniyet Teşkilatından istifa edeceğini, %80,8'i yakın ya da tanıdıklarına polislik mesleğini ya da Emniyet Teşkilatını tavsiye etmeyeceğini ifade etmiştir. (sf. 14,15)

makamı bünyesine dahil edilmesidir. Başka bir deyişle, adli kolluk personelleri savcılık teşkilatı içerisinde istihdam edilmelidir.

Adli kolluk teşkilatının savcılık bünyesinde organize edilmesi mümkündür. Ancak bu öneri gerçekleştirilemese dahi en azından karakol savcılığı müessesesi ihdas edilebilir. Zira uygulamada savcıların iş yoğunluğu nedeniyle olay yerlerinin tamamına gidemedikleri ve telefonla talimat vererek görevlerini yürüttükleri bilinmektedir. Yine aynı nedenlerle savcıların soruşturmanın başında bizzat bulunamadıkları; gerçekleşen adli olayla ilgili olarak kolluk tarafından kendilerine aktarılan bilgilerle yetinmek ve bu bilgilere güvenmek zorunda oldukları dile getirilmektedir.¹⁰¹ Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere kolluk personelleri adli görevleri dışında idari makamların emrinde olduğundan ve karakollarda görev yaptığından, bu personelin aidiyet bakımından kendisini idari kolluğa daha yakın görmesi muhtemeldir. Norveç sisteminde getirilen polis savcılığı yoluyla, savcı ve adli kolluk personeli arasında yakın bir iş birliği ile gözetim ilişkisinin sağlandığı ifade edilmektedir. Bu noktada ülkemizde de benzer bir mekanizmanın tesis edilmesi amacıyla karakol savcılığı müessesesi getirilebilir. Her karakolda bir savcının görev yapması yoluyla, savcıların kolluk personeline ve adli kolluk faaliyetlerine daha yakın olması sağlanabilir. Böylece daha yakın bir iş birliği ile gözetim ilişkisi tesis edilecektir. Diğer yandan yukarıda yer verilen gerekçeler ışığında, adli kolluk-idari kolluk ayrımının organik bakımdan yapılmasının ve adli kolluk personellerinin savcılık teşkilatı içerisinde istihdam edilmesinin en doğru çözüm olacağı da ifade edilmelidir.

III. NORVEÇ POLİSİNİN SİVİL DENETİMİ

A. Kolluğun Sivil Denetimi Kavramı

Kolluk teşkilatı ve faaliyetleri çeşitli şekillerde denetlenmektedir. Hiyerarşik denetim, yargısal denetim, yasama denetimi ya da kamuoyu denetimi, kolluğun denetlendiği usullerdendir. Kolluğun sivil denetimi ise, organik anlamda özerk ve

¹⁰¹ Polater, "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi," 314.

karar alma süreçlerinde hükümetten bağımsız kurumlarca gerçekleştirilen denetimleri ifade etmektedir.¹⁰²

Bu denetim usulü; kolluk personeli tarafından gerçekleştirilen bazı eylemlerin, kolluk amirleri tarafından değil; bu personele göre daha sivil nitelikte olan makam ya da merciler tarafından denetlenmesini esas almaktadır. Böylece yapılan soruşturmaların bağımsızlık, yeterlilik, sürat, kamuoyu takibi ve mağdurun katılımı ilkelerine uygun şekilde yürütülmesi amaçlanmaktadır.¹⁰³ Söz konusu ilkelerin en önde geleni bağımsızlıktır. Zira soruşturmalar sonucunda verilen kararların kabullenilmesindeki en önemli etken; şikâyetçilerin, soruşturmaların bağımsız şekilde yürütüldüğüne yönelik inançlarıdır.¹⁰⁴ Bu açıdan bakıldığında, sivil denetim sistemindeki “sivil” kavramının aslında kolluk bürokrasisini de dışladığı söylenebilir. Başka bir deyişle; buradaki “sivil” kavramı sadece üniforma giymeyenleri değil, kolluk bürokrasisinin de dışında olanları belirtmektedir. Gerçekten de siyasilerin kolluk personelini koruma ve olayların üzerini kapama meylinde olabilecekleri¹⁰⁵ ve iç denetim sistemlerinin yetersiz

¹⁰² Melikşah Çırakoğlu, *Türkiye’de Kolluğun Sivil Denetimi ve Karşılaştırmalı Ülke Örnekleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 86-87. Kolluğun sivil denetimi, yukarıda ifade edilen diğer denetim usuller ile birlikte “Kolluğun Sivil Gözetimi” kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. William Priestley, *Police Oversight Mechanisms in the Council of Europa Member States* (Strazburg: Council of Europe Publishing, 2017), 67. Anneke Osse ve Graham Dossett, *Handbook on Police Accountability, Oversight and Integrity* (Vienna: United Nations Publications, 2011), 9. Bu kapsamda söz konusu kavram şu şekilde tanımlanmıştır. “Kolluk birimlerinin görev, yetki ve sorumluluklarını yasal sınırlar içinde kullanmasını sağlamak üzere devletin bir kurumuna (yasama, yürütme veya yargı erkine) dayalı veya STK ve medya gibi halka dayalı örgütlenmiş bağımsız ve tarafsız olarak ya kurumun kendi iç gözetim mekanizmalarıyla ya da kurum dışı gözetim mekanizmaları yoluyla genellikle atamayla, seçimle veya gönüllülük esasına göre oluşturulmuş bireyler, kurullar veya STK’lar tarafından gerçekleştirilen araştırma, inceleme ve denetim faaliyetleridir.” S. Mustafa Önen ve Mustafa Güngör, “Kolluk Kuvvetlerinin Sivil Gözetimi: Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı Örneği,” *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 1 (2018): 18-19.

¹⁰³ Osse ve Dossett, *Handbook on Police Accountability*, 34-49.

¹⁰⁴ David Brereton, “Evaluating the Performance of External Oversight Bodies,” iç. *Civilian Oversight of Policing*, ed. Andrew J. Goldsmith ve Colleen Lewis (Oxford: Hart Publishing, 2000), 114.

¹⁰⁵ Tim Prenzler, “Scandal, Inquiry, and Reform: The Evolving Locus of Responsibility for Police Integrity,” iç. *Civilian Oversight of Police Advancing Accountability in Law Enforcement*, ed. Tim Prenzler ve Garth den Heyer (Florida: CRC Press, 2016), 4.

kalabileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Bu nedenlerle örneğin İngiltere'deki sivil denetim sisteminin politik ve bürokratik etkilerden arındırılmasına özen gösterildiği belirtilmiştir.¹⁰⁷

Başka bir açıdan bakıldığında; kolluk faaliyetlerinden sorumlu olan bürokratların, kolluk personeli üzerindeki çeşitli denetim yetkilerine halihazırda da sahip oldukları bir gerçektir. O halde bu makamlara çeşitli yetkiler tanımak amacıyla sivil denetim sisteminin getirilmesinde yeni bir katkının sağlanması beklenmemelidir. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde sivil denetim sisteminin getirilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu minvalde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından 2009 yılında yayınlanan “*Polise Karşı Gerçekleştirilen Şikâyetler Hakkında Bağımsız ve Etkin Karar Verilmesine İlişkin Tavsiye Görüşü*” isimli belgede, sivil denetim amacıyla tesis edilen idari birimlerde görev yapacak yöneticilerin; yasama organınca ya da kolluk faaliyetlerinden doğrudan sorumlu olmayan diğer makamlarca göreve getirilmeleri tavsiye edilmiştir.¹⁰⁸

Sivil denetim usulü, kolluk personelinin gerçekleştirdiği fiillerden bazılarını esas almaktadır. Yukarıda yer verilen tavsiye görüşünde, adli bir suç ya da disiplin suçu niteliğinde olabilecek davranışların; temel insan hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği düşünülen davranışların ve nihayet verimsiz, yetersiz ve liyakatsiz şekilde yürütülen kolluk hizmetlerinin, sivil denetimin kapsamında olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁹ Bu doğrultuda örneğin Kuzey İrlanda'da, polis hakkındaki tüm şikâyetler Polis Ombudsmanına yapılabilmektedir. Ancak Polis Ombudsmanı, ülkenin polislik hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili şikâyetleri

¹⁰⁶ Mustafa Güngör, “Kolluk Şikâyet ve Gözetim Sistemi ve Türkiye İçin Kolluk Gözetim Kurumu (Kolluk Ombudsmanlığı) Önerisi,” Yayınlanmamış Doktora Tezi (Malatya: İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 41.

¹⁰⁷ B. Ali Soner, *Demokratik Polis Gözetim ve Denetim Mekanizmaları: İngiltere ve Kuzey İrlanda Çalışma Ziyareti*, (İstanbul: Kamusal Politika ve Demokrasi Çalışmaları Merkezi, 2015), 2.

¹⁰⁸ Commissioner of Human Rights, *Opinion of The Commissioner For Human Rights Concerning Independent and Effective Determination of Complaints Against The Police* (Strasbourg: COE, 2009), 8/md.36, <https://rm.coe.int/opinion-of-the-commissioner-for-human-rights-thomas-hammarberg-concern/16806daa54>.

¹⁰⁹ Commissioner of Human Rights, *Opinion*, 7/md.26.

Emniyet Genel Müdürlüğüne sevk etmektedir.¹¹⁰ Polis Ombudsmanının re'sen harekete geçebileceği ya da Polis Ombudsmanına sevk edilebilecek vakalar ise genel olarak, kolluk mensuplarının adli suç ya da disiplin suçu niteliğinde olduğu düşünülen fiilleri ile ölümle sonuçlanan vakalara ilişkindir.¹¹¹ Fransa örneğinde ise, kolluk mensuplarının Kolluk Etik İlkeleri'ne aykırı olduğu düşünülen fiillerinin soruşturulması konusunda Hakların Savunucusu yetkilendirilmiştir.¹¹² Ülkemiz örneğinde de kolluk personelinin işlediği iddia edilen bazı suçlar ile disiplin cezası gerektiren fiillerinin sivil denetim sistemi içerisinde değerlendirildiği görülmektedir.¹¹³

Kolluğun sivil denetiminin genel olarak kolluk personelinin işlediği iddia edilen suçları ve disiplin cezası gerektiren eylemleri esas almasında, temel olarak iki nedenin etkili olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki; kolluğun, adli yargılamalardaki delil toplama faaliyetlerinde görevli olması; diğeri ise diğerk kamu hizmetlerine göre oldukça geniş bir kamu gücü kullanma yetkisinin bulunmasıdır.

Gerçekten de vatandaşların işlediği iddia edilen suçların delil toplama faaliyetlerinde görevli olan kolluk; kolluk personelinin, bir başka deyişle meslektaşlarının işlediği iddia edilen suçların delil toplama faaliyetlerinde de görevlidir. Bu durum ise, halkın yargılamalara duyduğu güveni azaltacak nitelikte¹¹⁴ ve doğal adalet kavramına aykırı görülmektedir.¹¹⁵ O halde kolluğun

¹¹⁰ OPONI, Police Ombudsman for Northern Ireland Annual Report and Accounts for the Year Ended 31 March 2019 (Belfast: Corporate Document Services, 2019), 8.

¹¹¹ "Police (Northern Ireland) Act 1998," <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/32/data.pdf> md.55.

¹¹² Defender of Rights, "Upholding Respect for the Ethics of Security," 2021, 1, https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/2023-08/ddd_depliant-DDD_deontologie-securite_EN_202205.pdf.

¹¹³ 6713 s. Kanun, md.2/1-f, md.8/1-b.

¹¹⁴ Serkan Altuntop, "Hesapverebilirlik Bağlamında Kolluğun Sivil Denetimi: Sivil Gözetim Kurulları," *İnsan Hakları Yıllığı* 33 (2015): 43.

¹¹⁵ Paul West, "Investigation of Complaints Against the Police: Summary Report of a National Survey," *American Journal of Police* 7, no. 2 (1988): 108.

işlediği iddia edilen suçlara ilişkin delillerin, bu güveni tesis edecek soruşturmacılar tarafından toplanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kamu gücü bakımından ise; sadece özel hayatın gizliliği, haberleşme ya da seyahat özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin değil; yaşam hakkının dahi kanuni metinlere uygun olarak kolluğun müdahalesine açık olduğu ifade edilebilir.¹¹⁶ O halde kolluğun işlediği iddia edilen suçlara ya da disiplin suçlarına ilişkin soruşturmaların bağımsız, etkin, yeterli ve ivedi şekilde gerçekleştirilmesi; idarenin yürüttüğü diğer kamu hizmetlerinde görev yapan personele göre daha büyük bir öneme sahiptir.

Sivil denetim mekanizmaları; yukarıda ifade edilen hedef ve ilkeleri gerçekleştirebilmek amacıyla; soruşturma konusu vakaları tespit etmeyi, bunları nitelendirmeyi ve ceza veya disiplin yargılamalarına ya da alınacak diğer tedbirlere delil sağlamayı hedeflemektedir.¹¹⁷ Bu noktada, yapılan değerlendirmeler sonucunda hazırlanan soruşturma dosyası duruma göre disiplin makamlarına ya da adli makamlara sevk edilmekte, Kuzey İrlanda¹¹⁸ ve İngiltere-Galler¹¹⁹ örneklerinde olduğu gibi disiplin makamlarının yapacağı iş ve işlemler hakkında onlara direktif verilebilmekte ve hatta Kuzey İrlanda örneğinde bu direktiflere uymayan soruşturmacıların soruşturmadan çekilmeleri istenebilmektedir.¹²⁰ Bu itibarla sivil denetim mekanizmaları tarafından gerçekleştirilen soruşturmaların; adli ya da disiplin soruşturmalarının öncesinde yer alan, ilk tahkikat niteliğinde oldukları söylenebilir.¹²¹

¹¹⁶ Ozan Kavısracı, "Polis Faaliyetlerinde Gri Alanlar ve Etik," *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 9, no. 16 (2018), 1851-1882: 1867.

¹¹⁷ Commissioner of Human Rights, *Opinion*, 6-7.

¹¹⁸ Prenzler, "Police Integrity," 18.

¹¹⁹ Home Office, *Statutory Guidance on Professional Standards, Performance and Integrity in Policing* (London: Home Office, 2020), 177.

¹²⁰ Police (Northern Ireland) Act, md.59/f.7.

¹²¹ Kolluğun sivil denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar Can Evren, "Kolluk Gözetim Komisyonu," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 4 (2016); Çırakoğlu, *Kolluğun Sivil Denetimi*; Güngör, "Kolluk Şikâyet ve Gözetim Sistemi."

B. Kolluğun Sivil Denetiminde Norveç Örneği

Norveç polisi hakkındaki şikâyetleri ele almak amacıyla ayrı bir mekanizmanın teşkili 1980'li yıllara dayanmaktadır.¹²² Ancak özellikle de bağımsızlık bakımından söz konusu sisteme yöneltilen eleştiriler; 2003 yılında, Norveç Parlamentosunun bağımsız bir idari birim kurulması yönünde karar vermesine neden olmuştur.¹²³ Norveç Polis Faaliyetlerini Soruşturma Bürosu (*Spesialenheten for Politisaker - The Norwegian Bureau for the Investigation of Police Affairs - NBIPA*); polis teşkilatı ya da savcılık makamı çalışanlarının görevleri esnasında suç işlediğinden şüphelenilen eylem ve olaylarını soruşturmak üzere, 1 Ocak 2005'te kurulmuştur.¹²⁴ Büronun amaçları; ilgili kişilerin dinlenilme hakkını kullanabilmesini ve soruşturma süreçlerine güven duymasını sağlamak, ayrıca kolluk mensuplarının temel haklarını korumaktır.¹²⁵

Büro, polis teşkilatı ya da Başsavcılık içerisinde yer almamakta; idari bakımdan Kamu Güvenliği ve Adalet Bakanlığına; faaliyetleri bakımından ise Norveç Başsavcılığına bağlı şekilde görev yapmaktadır.¹²⁶ Bu itibarla her ne kadar Büro ile Emniyet Genel Müdürlüğü aynı Bakanlığa bağlı ise de Büronun

¹²² Ester Pollack ve Sigurd Allern, "Criticism of the Police in the News Discourses and Frames in the News Media's Coverage of the Norwegian Bureau for the Investigation of Police Affairs," *Nordicom Review* 35, no. 1 (2014): 33.

¹²³ Cathrine Filstad ve Petter Gottschalk, "Performance Evaluation of Police Oversight Agencies," *Policing & Society* 21, no. 1 (2011): 98.

¹²⁴ Graham Smith, "Every Complaint Matters: Human Rights Commissioner's Opinion Concerning Independent and Effective Determination of Complaints Against the Police," *International Journal of Law, Crime and Justice*, no. 38 (2010): 64; NBIPA, *Annual Report 2021* (Norway: 07 Media, 2022), 54, <https://www.spesialenheten.no/wp-content/uploads/2022/06/the-norwegian-bureau-for-the-investigation-of-police-affairs-annual-report-2021.pdf>.

¹²⁵ Walter Katz, "Enhancing Accountability and Trust with Independent Investigations of Police Lethal Force". *Harvard Law Review Forum* 128, no. 6 (2015): 4.

¹²⁶ NBIPA, *Annual Report 2021*, 54; Petter Gottschalk, *Policing the Police: Knowledge Management in Law Enforcement* (New York: Nova Science Publishers, 2009), 158.

faaliyetlerinden Bakanlığın Kolluk Faaliyetleri Dairesi değil, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü sorumludur.¹²⁷

2021 yılında yeniden organize edilen Büro teşkilatı, bir müdürlük bünyesinde; sekreterlik ile şikâyet kabul ve soruşturma birimlerinden oluşmaktadır.¹²⁸ Büronun bütçesi Kamu Güvenliği ve Adalet Bakanlığı tarafından sağlanmaktadır.¹²⁹ 2022 yılı itibarıyla Büro bünyesinde 17 özel soruşturmacı, 8 soruşturma savcısı, 2 hukukçu, 11 idari personel ve 6 stajyer görev yapmaktadır.¹³⁰

Büro, polisin kişiye karşı silah kullandığı, kişinin öldüğü ya da ağır yaralandığı tüm vakalarda zorunlu soruşturmalar gerçekleştirmektedir.¹³¹ Bununla birlikte, bireylerin ya da polisin şikâyeti üzerine veya re'sen Büronun harekete geçebilmesi mümkündür.¹³² Büro, polis teşkilatı ya da savcılık makamı çalışanlarının görevleri esnasında suç işlediğinden şüphelenilen vakaları soruşturmak üzere teşkil edildiğinden; suç teşkil etmeyen şikâyetleri, soruşturulmak üzere polis birimlerine sevk etmektedir.¹³³ Bu noktada örneğin kolluk hizmetleri ile ilgili genel şikâyetler Emniyet Müdürlüğüne, ayrımcılık ya da insan hakkı ihlaline ilişkin şikâyetler Ayrımcılığı Önleme ve Eşitlik Ombudsmanına gönderilmektedir.¹³⁴ Ayrıca, suç işlendiğinden şüphelenilen fiillerin görev esnasında işlenmesi gerektiğinden; örneğin bir polis memurunun kendi evinde eşini öldürmesi olayı Büronun görev alanı dışındadır.¹³⁵

¹²⁷ GRECO, *Norway Evaluation Report* (Strasbourg: COE, 2020), 55, <https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/1680a1167c>.

¹²⁸ NBIPA, *Annual Report 2021*, 14,55.

¹²⁹ GRECO, *Norway Evaluation Report*, 55.

¹³⁰ NBIPA, *Annual Report 2021*, 54.

¹³¹ Gottschalk, *Policing the Police*, 157; Steinar Vee Henriksen ve Bjørn Ivar Kruke, "Norwegian Police Use of Firearms: Critical Decision-Making in Dynamic and Stressful Situations," *Nordic Journal of Studies in Policing* 7, no. 2 (2020): 100.

¹³² Priestley, *Police Oversight Mechanisms*, 44-45.

¹³³ Smith, "Every Complaint Matters," 64.

¹³⁴ Filstad ve Gottschalk, "Police Oversight Agencies," 101.

¹³⁵ Bu durumda söz konusu vaka, polisin görev yaptığı bölgenin komşu bölgesindeki kolluk birimleri tarafından soruşturulacaktır. Filstad ve Gottschalk, "Police Oversight Agencies," 107.

Büronun gerçekleştirdiği soruşturmalar, temel olarak soruşturma konusu vakanın kovuşturulmasının gerekip gerekmediğine ilişkindir. Bu noktada Büro, şikâyet edilen vakanın soruşturulmasına yer olmadığına, yaptığı soruşturma sonucunda bu vakanın kovuşturulmasına yer olmadığına ya da bahsi geçen vakanın mahkeme önünde kovuşturulması gerektiğine karar verebilmektedir.¹³⁶ Büronun verdiği kararlara karşı Norveç Başsavcılığına itiraz edilebilmektedir. Başsavcılık bu kararı değiştirebilmekte, soruşturma açılmasına ya da mevcut soruşturmanın sona erdirilebilmesine karar verebilmektedir.¹³⁷ Ayrıca Başsavcı, Büronun soruşturma faaliyetlerine ilişkin direktifleri de yayınlayabilmektedir.¹³⁸

Büro, gerçekleştirdiği soruşturmalar bakımından tüm soruşturma yetkilerine sahiptir. Bu noktada; arama, el koyma, gözaltına alma, tutuklama, sorgulama, tanık dinleme, olay yerini inceleme, tıbbi görüşe başvurma, telefon ya da bilgisayar kayıtlarının örneğini alma, kolluk sistemlerine erişim gibi yetkilerle donatılmıştır.¹³⁹ Öte yandan Büronun soruşturduğu dosyaları mahkeme önünde kovuşturma yetkisi de bulunmaktadır.¹⁴⁰ Bu açıdan büro hem soruşturma hem de kovuşturma yetkilerine sahip olduğundan, benzer örneklerinden ayrışmaktadır.¹⁴¹ Zira mevcut örneklerde suç işlendiği kanaatine ulaşan soruşturma mercii dosyayı bizzat kovuşturmamakta, bunun yerine savcılığa sevk etmektedir.¹⁴²

C. Norveç Örneğinin Ülkemiz Bakımından Değerlendirilmesi

Norveç polisinin sivil denetim sistemi değerlendirildiğinde, öncelikle Büroya gelen şikâyetlerin azlığı dikkat çekmektedir. Bu bakımdan, Norveç örneğinde her

¹³⁶ NBIPA, *Annual Report 2021*, 31-32.

¹³⁷ GRECO, *Norway Evaluation Report*, 55.

¹³⁸ NBIPA, *Annual Report 2021*, 54.

¹³⁹ Priestley, *Police Oversight Mechanisms*, 45.

¹⁴⁰ Gottschalk, *Policing the Police*, 158.

¹⁴¹ Jan Egil Presthus, "Foreword," iç. *Policing the Police : Knowledge Management in Law Enforcement*, ed. Petter Gottschalk (New York: Nova Science Publishers, 2009), vii.

¹⁴² Dominique Wisler, *Police Governance: European Union Best Practices* (Geneva: DCAF, 2011), 32.

17.8 polis başına bir şikâyet düşmektedir.¹⁴³ Bu durum halkın polise duyduğu güvende de kendisini göstermektedir. Yukarıda belirtildiği üzere Norveç halkı %82 oranında polise güven duymaktadır. Norveç halkının polise duyduğu güven ve yönelttiği şikâyet sayısının az oluşu; polisin meşru şekilde hareket ettiğine olan inancını da göstermektedir. Zira polise güveni temin eden en önemli etken meşruiyettir.¹⁴⁴ Buradan hareketle, polisin meşru şekilde hareket etmesi amacıyla tesis edilen mekanizmaların ve dolayısıyla da ülkedeki polis şikâyet sisteminin etkin şekilde çalıştığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü, polise karşı yöneltilen şikâyetlerin sayısı, içeriği ve ele alınış şekli; vatandaşların polise duyduğu güvenin bir ölçüsüdür.¹⁴⁵ Nitekim Norveç'te sivil otoritelerin güvenlik teşkilatı üzerinde etkin bir kontrole sahip olduğu, insan haklarını ihlal eden personeli tespit ve cezalandırma amacıyla çeşitli mekanizmaların öngörüldüğü; bu nedenle de Norveç örneğinde güvenlik personeli tarafından gerçekleştirilen insan hakkı ihlallerinin düşük seviyelerde olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁶

Kolluk mensupları tarafından gerçekleştirilen insan hakkı ihlalleri de kolluğun sivil denetiminin etkinliğini değerlendirmek bakımından önemlidir. AİHM, AİHS'in 2.ve 3.maddeleri kapsamında verdiği ihlal kararlarında; gözetiminde gerçekleşen ya da polisin neden olduğu iddia edilen ölüm ve yaralanmalarla ilgili soruşturmalarda uygulanmak üzere beş temel prensip

¹⁴³ 2021 yılı itibarıyla Norveç'te görev yapan emniyet personeli sayısı 18.705'tir. Politiet, "Annual Work in the Police per Month and Year," erişim tarihi Mayıs 28, 2024, <https://www.politiet.no/globalassets/tall-og-fakta/bemanning-ressurser-og-dekningsgrad/bemanning-og-dekningsgrad/arsverk-i-politiet-per-ar-og-maned.xlsx>. Büro tarafından yayınlanan yıllık raporda, gelen şikâyet sayısı 1.050 olarak ifade edilmiştir. NBIPA, *Annual Report 2021*, 30. Personel sayısının şikâyet sayısına bölünmesi yoluyla, şikâyet başına düşen personel sayısı hesaplanmıştır.

¹⁴⁴ John Reidar Nilsen, "Norwegian Police Law, Crime Prevention and its (Need for More) Democratic Legitimacy," *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 10, no. 2 (2022): 25.

¹⁴⁵ Graham Smith, *International Police Complaints Reform* (Stasbourg: Council of Europe, 2015), 2, <https://rm.coe.int/09000016806dbbbd>.

¹⁴⁶ United States Department of State, *Norway 2022 Human Rights Report*, (Washington: United States Department of State, 2023), 1.

geliştirmiştir.¹⁴⁷ Mahkeme, söz konusu prensiplerin eksikliği durumunda, etkin soruşturma eksikliği nedeniyle AİHS'in 2 ve 3.maddelerinin ihlal edildiğine karar vermektedir.¹⁴⁸ Bu minvalde, yukarıda belirtildiği üzere; 1959 yılından 2024 yılına kadar, etkin soruşturma eksikliği nedeniyle Norveç hakkında herhangi bir ihlal kararının verilmemesi dikkat çekicidir. Bu husus da polise ilişkin iç denetim mekanizmalarının ve özelde de polis şikâyet sisteminin etkin bir şekilde çalıştığını göstermektedir. Nitekim, Büronun hak ihlalleri ve yolsuzlukla mücadelede sergilediği model; Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (*Group of States against Corruption-GRECO*) tarafından takdir edilmektedir.¹⁴⁹

Norveç'teki sivil denetim sistemi üzerinde Başsavcının etkinliği dikkat çekmektedir. Bu durumun hem olumlu hem de olumsuz şekilde değerlendirilebilmesi mümkündür. Öncelikle, ülkenin idari kolluk hizmetleri Adalet Bakanlığınca yerine getirilmekteyken; soruşturma faaliyetlerinin tepesinde Norveç Başsavcılığı yer almakta ve Bakanlar Kurulu yerine Kral'a karşı sorumlu olmaktadır.¹⁵⁰ Bu itibarla; sivil denetimde görevli soruşturma makamları, kolluk faaliyetlerinden doğrudan sorumlu olmayanlar tarafından göreve getirilmektedir. Böylece konuya ilişkin öneriyle¹⁵¹ uyum sağlandığı söylenebilir. Nitekim Büro, kolluk teşkilatının bir parçası olmaması itibarıyla; kolluktan bağımsız bir şikâyet mekanizması olarak değerlendirilmiştir.¹⁵² Ayrıca Büronun soruşturduğu vakaları mahkeme önünde kovuşturabilmesi de savcılıkla olan yakın ilişkisinin bir sonucudur. Söz konusu yetki Büroyu daha güçlü ve bağımsız hale getiren bir

¹⁴⁷ Bu prensipler; bağımsızlık, yeterlilik, ivedilik, kamuoyu takibi ile mağdurun katılımıdır. Söz konusu prensiplerin en uygun şekilde yerine getirileceği mekanizmanın ise kolluk şikâyet sistemi olduğu ifade edilmektedir. Commissioner of Human Rights, *Opinion*, 3.

¹⁴⁸ Örneğin: AİHM, Tsavaa ve diğerleri/Gürcistan Kararı, E. 13186/20,16757/2020,129/21, 20175/21, 39382/21, 07.05.2024, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Taştan/Türkiye Kararı, E. 41824/05, 26.06.2012, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Kolevi/Bulgaristan Kararı, E. 1108/02, 06.11.2009, (hudoc.echr.coe.int).

¹⁴⁹ GRECO, Norway Evaluation Report, 42/md.151.

¹⁵⁰ Sen, Enforcing Police Accountability, 19.

¹⁵¹ Commissioner of Human Rights, *Opinion*, 8.

¹⁵² Pollack ve Allern, "Norwegian Bureau," 34; Gottschalk, *Policing the Police*, 158.

unsur olarak değerlendirildiğinden olumlu görülmektedir.¹⁵³ Öte yandan bu olumlu katkılarıyla birlikte, Büronun faaliyetleri bakımından Norveç Başsavcılığına tabi oluşu; benzer örneklerine göre daha düşük bir bağımsızlığa sahip olduğu yönünden eleştirilmektedir.¹⁵⁴ Zira Büronun denetim alanında yer alan savcılık çalışanları ile Norveç Başsavcılığı arasında organik bir bağ bulunmaktadır. Bu itibarla sadece idari kolluk değil, polis savcılar ve savcılık çalışanlarının soruşturulmasında da yetkili olan ve fakat Norveç Başsavcısının direktifleri ile hareket eden Büronun, nasıl bağımsız kalabileceği tartışmalıdır. Nitekim 2009 yılında yayınlanan bir raporda, daha bağımsız bir sistemin getirilmesi önerilmiştir.¹⁵⁵ Bununla birlikte, Büronun verdiği tüm kararlara ilişkin gerekçeleri yayınlıyor oluşu, bağımsızlık konusundaki sakıncaların giderilmesine katkı sağlamaktadır. Bu noktada Büronun verdiği tüm kararlara ilişkin gerekçelerini yayınlaması, şeffaflık bakımından olumlu karşılanmaktadır.¹⁵⁶

Büroya getirilen bir diğer eleştiri ise, emekli polis mensuplarının da Büro bünyesinde soruşturmacı olarak görev alabilmeleridir.¹⁵⁷ Böyle bir durumda, Büronun bağımsız soruşturma yürütebilmesinin nasıl sağlanabileceği sorgulanmaktadır.¹⁵⁸ Bununla birlikte, Büronun görevlerini yerine getirebilmesi amacıyla polis tecrübesinden faydalanmasının gerekli olduğu da ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Bu noktada, eski polis mensuplarının da Büroda görev

¹⁵³ Wisler, *European Union Best Practices*, 32.

¹⁵⁴ Örneğin Kuzey İrlanda, Fransa, İngiltere-Galler ve Belçika örnekleriyle yapılan karşılaştırmada; en düşük bağımsızlık oranı Büroya aittir. Wisler, *European Union Best Practices*, 32. Yine Bağımsız Polis Şikâyet Otoriteleri Birliği tarafından yayınlanan ve 25 örneğin değerlendirildiği raporda Büro, bağımsızlık bakımından 18. olmuştur. IPCAN, *External Police Oversight Agencies: Emergence And Consolidation-A Comparative Study Of 25 Agencies in 20 Countries* (Defenseur des Droits, 2023), 11, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21542.

¹⁵⁵ Smith, "Every Complaint Matters," 64.

¹⁵⁶ Commissioner for Human Rights, "Expert Workshop 'Police Complaints Mechanisms: Ensuring Independence And Effectiveness," (Strasbourg: COE, 2008), md. 11, <https://rm.coe.int/16806da72d>.

¹⁵⁷ Pollack ve Allern, "Norwegian Bureau," 34.

¹⁵⁸ Gottschalk, *Policing the Police*, 104.

¹⁵⁹ Presthus, "Foreword," viii.

yapabilmeleri ancak bu şekilde görev yapan personel sayısının azınlıkta kalması gerekmektedir.

Norveç polis şikâyet sistemi ülkemiz bakımından değerlendirildiğinde, ilk olarak sistemin etkinliği bakımından bir karşılaştırma yapılmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere ülkemizde polise duyulan güven %55'tir. Bu istatistik kolluk şikâyet sisteminde de kendini göstermektedir. Zira ülkemizde her 7.4 polis başına bir şikâyet düşmektedir.¹⁶⁰ Bu itibarla Norveç örneğine oranla Komisyon'un beklenen etkinliğe ulaşamadığı görülmektedir. Yine polise yönelik etkin soruşturma eksikliği nedeniyle AİHS'in 2 ve 3.maddelerinin ihlal edildiğine ilişkin kararlar bakımından ülkemiz Norveç'in oldukça gerisindedir.¹⁶¹

¹⁶⁰ Kolluk Gözetim Komisyonu tarafından yayınlanan yıllık raporda, ülkemizde görev yapan polis sayısının 2022 yılı itibarıyla 335.738 olduğu; aynı yıl polise yönelik 45.051 şikâyetin yapıldığı belirtilmiştir. Polis sayısının şikâyet sayısına bölünmesi yoluyla yukarıda yer verilen oran hesaplanmıştır. Kolluk Gözetim Komisyonu, *2022 Yılı Faaliyet Raporu* (Ankara: İçişleri Bakanlığı, 2023), 41, 43, http://kollukgozetim.gov.tr/kurumlar/kollukgozetim.gov.tr/Mevzuat/KGK-2022-YILI-FAALİYET-RAPORU-_BASKI_20-ADET_.pdf.

¹⁶¹ Örneğin: AİHM, Yaşa/Türkiye Kararı, E. 63/1997/847/1054, 02.09.1998, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Adalı/Türkiye Kararı, E. 38187/97, 31.05.2005, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Durmaz/Türkiye Kararı, E. 2007/321, 13.11.2014, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Dölek ve Diğerleri/Türkiye Kararı, E. 2010/34902, 28.04.2015, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Eren/Türkiye Kararı, E. 2007/36617, 20.10.2015, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Taştan/Türkiye Kararı; AİHM, Salin ve Karşın/Türkiye Kararı, E. 2009/44188, 23.06.2015, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Tunç/Türkiye Kararı, E. 2005/24014, 14.04.2015, (hudoc.echr.coe.int); AİHM, Batı/Türkiye Kararı, E. 33097/96 - 57834/00, 03.07.2004, (hudoc.echr.coe.int). Aslında bu kararlar dikkate alınmış ve Komisyonun teşkilinde de etkili olmuştur. Ancak mevcut haliyle Komisyonun söz konusu kararlarda yer alan kriterleri tamamen sağladığını söylemek güçtür. "...Özellikle AİHM kararlarında sıklıkla kolluk hakkındaki ihlal iddialarının soruşturmalarının bu birimler dışındaki organlar tarafından yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır..." "...AİHM'nin yakın geçmişte verdiği kararlarda Türkiye'de kolluğun sebep olduğu insan hakları ihlallerinin soruşturulması için yeterli bir mekanizma bulunmadığına vurgu yapılmakta, Ülkemizin soruşturma yöntemlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 1 inci ve 3 üncü maddelerini karşılamadığı, kolluğun hatalı uygulamaları konusunda Türkiye tarafından alınan önlemlerin yetersiz olduğu ifade edilmektedir..." TBMM, 277 Sıra Sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları (Ankara: TBMM Basımevi, 2016), 7,14.

Bağımsızlık bakımından bir değerlendirme yapıldığında da dikkate alınması gereken hususlar bulunmaktadır. Zira Büronun yerine getirdiği faaliyeti ülkemizde gerçekleştiren Komisyonun, kendine ait bir teşkilatı ya da soruşturmacısı bulunmamaktadır. Komisyon, İçişleri Bakanlığına bağlı sürekli bir kurul olarak görev yapmakta, Komisyonun sekreteryaya ve soruşturma işlemlerini İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu yürütmektedir.¹⁶² Kendine ait teşkilatı ve soruşturmacıları bulunan, ayrıca fonksiyonel olarak Norveç Başsavcısına bağlı olan Büronun bağımsızlık yönünden eleştirildiği bir durumda; İçişleri Bakanlığı içerisinde sürekli bir kurul olan ve kendine ait teşkilatı ya da soruşturmacısı bulunmayan Komisyonun bağımsızlık bakımından sorunlu olduğu görülecektir. Her ne kadar bağımsızlık yönünden eleştirilse de Büronun istatistikleri, etkin olarak çalıştığını göstermektedir. Ancak Komisyonla ilgili istatistiklerden yola çıkarak aynı hususları söylemek mümkün görünmemektedir. Nitekim Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan raporlarda da Komisyonun beklenen etkinliği gerçekleştiremediğine dikkat çekilmiştir.¹⁶³

Soruşturma yetkileri açısından Büro geniş yetkilere sahiptir. Ancak Komisyona bakıldığında; kendine ait soruşturmacılarının bulunmamasıyla da ilişkili olarak, soruşturma yetkilerinin sınırlı olduğu görülmektedir. Halihazırda Komisyonun bilgi ve belge talep edebilme ile yerinde incelemelerde bulunabilme yetkisi vardır. Ancak Büronun sahip olduğu; arama, el koyma, gözaltına alma, tutuklama, sorgulama, tanık dinleme, telefon ya da bilgisayar kayıtlarının örneğini alma veya hakkında karar verdiği dosyayı mahkemede kovuşturma gibi yetkileri bulunmamaktadır. Bunun altında, hem Büronun fonksiyonel olarak Başsavcılığa bağlı olması hem de ülkemizdeki Mülkiye Teftiş Kurulu müfettişlerinin halihazırda söz konusu yetkilerden bazılarını kullanabilmesi yatmaktadır. Öte yandan yukarıda ifade edildiği üzere söz konusu müfettişler, Komisyonun kendine ait soruşturmacı istihdam edebilme kriterini sağlamamaktadır. Bu nedenle Komisyonun kendisine ait soruşturmacıları olmalı ve bu soruşturmacılara

¹⁶² 6713 s. Kanun, md.3/f.1, md.6/f.1, md.8/f.1.

¹⁶³ Avrupa Konseyi, *2018 Türkiye Raporu* (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2018), 16; Avrupa Konseyi, *2019 Türkiye Raporu* (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2019), 6; Avrupa Konseyi, *2023 Türkiye Raporu* (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2023), 5, 18, 20, 28, 32.

uygun yetkiler tanınmalıdır. Büronun etkinliği; kendine ait teşkilata, personele ve soruşturmacılara sahip olması; ayrıca geniş yetkileri kullanabilmesiyle ilgilidir. Komisyonun da hem teşkilat hem personel¹⁶⁴ hem de yetkiler bakımından güçlendirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁵

SONUÇ

İdari kolluk-adli kolluk ayrımı ile kolluğun sivil denetimi, ülkemizdeki kolluk hizmetleri bakımından güncelliğini korumakta olan iki önemli meseledir. Bu konulara yönelik çalışmalara katkı sağlanması amacıyla Norveç örneği incelenmiştir.

Çalışmada, idari kolluk-adli kolluk ayrımı bakımından; her iki faaliyetin de aynı personel tarafından yürütülmesi noktasında Norveç örneği ile ülkemizdeki sistemin benzer olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte ülkemizden farklı olarak, savcılık teşkilatının hem idari hem de adli kolluk faaliyetleri üzerindeki etkisinin ülkemize oranla çok daha fazla olduğu görülmektedir. Ayrıca Norveç örneğinde polis savcılarında da yer verilmektedir. Bu noktada, ülkemizde adli kolluk-idari kolluk ayrımının teşkilat bakımından da yapılması ya da en azından karakol savcılığı müessesesinin getirilmesi önerilmiştir.

İki ülke uygulaması arasında ortaya çıkan bir diğer farklılık, kolluk faaliyetlerinin bağlı olduğu bakanlığa ilişkindir. Ülkemizde söz konusu hizmetler İçişleri Bakanlığı bünyesinde yürütülmekte iken, Norveç örneğinde Kamu

¹⁶⁴ Komisyona tahsis edilen kadro sayısı, görev alanına giren personel sayısı ile oranlandığında oldukça düşük seviyede kalmaktadır. Zira Komisyona merkezde 35 kadro tahsis edilmiştir. Kolluk Gözetim Komisyonu, *2022 Yılı Faaliyet Raporu*, 25. Ülkemizde 335.738 emniyet personelinin görev yaptığı dikkate alındığında, her 1000 emniyet personeli başına 0.1 Komisyon personeli düşmektedir. Bu oran, ise yukarıda yer verilen ve 25 ülkenin yer aldığı sıralamada ülkemizin sondan 5. olduğunu göstermektedir. IPCAN, *Comparative Study*, 13. Kaldı ki, Komisyonun görev alanı sadece Emniyet Teşkilatı değildir. Bu hesaplama sadece Emniyet Teşkilatı bakımından yapılmıştır. Jandarma ve Sahil Güvenlik personelinin eklenmesi halinde oranın daha da düşeceği açıktır.

¹⁶⁵ Konuya ilişkin öneriler için bkz. Güngör, *Kolluk Şikâyet ve Gözetim Sistemi*, 250 vd.; Musa Göktaş, "Kolluğun Sivil Denetimi: Kolluk Gözetim Komisyonu Bağlamında Bir İnceleme," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022), 135 vd.; Çırakoğlu, *Kolluğun Sivil Denetimi*, 384 vd.

Güvenliği ve Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmektedir. Bununla birlikte, Kamu Güvenliği ve Adalet Bakanlığının ülkemizdeki İçişleri ile Adalet Bakanlıklarının birleşimi niteliğinde olduğu da ifade edilmelidir. Bu durum, ülkenin nüfusunun ve yüzölçümünün az oluşuyla açıklanabilir.

Kolluğun sivil denetimi çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde, küçük benzerliklerle birlikte birçok noktada ülkemiz ile Norveç'in birbirinden ayrıştığı görülmektedir. İşlevsel olarak iki sistemin birbirine benzediği söylenebilir. Zira Norveç örneğinde, polis mensuplarının işlediği iddia edilen çeşitli suçlarla ilgili soruşturma faaliyetleri Norveç Polis Faaliyetlerini Soruşturma Bürosu tarafından yürütülmekte ve bunlar hakkında kovuşturma yapıp yapılmayacağına karar verilmektedir. Ülkemizdeki sistemde de kolluk mensuplarının işlediği iddia edilen çeşitli suçlara ilişkin ön incelemelerin Mülkiye Teftiş Kurulu müfettişleri tarafından yürütüleceği öngörülmektedir.¹⁶⁶

Teşkilat açısından ise ciddi farkların olduğu söylenebilir. Zira Büro idari bakımdan Kamu Güvenliği ve Adalet Bakanlığına, faaliyetleri bakımından ise Norveç Başsavcılığına bağlı şekilde organize edilmişken; Komisyon İçişleri Bakanlığı içerisine konumlandırılmıştır. Yine Büronun kendine ait bir teşkilatı ve sekreteryası bulunmaktayken; Komisyonun teşkilatı bulunmamakta, sekreteryaya hizmetleri ise İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulunca yerine getirilmektedir. Son olarak Büronun kendisine ait soruşturmacıları bulunmasına rağmen, Komisyonun soruşturma hizmetleri Mülkiye Teftiş Kurulu müfettişleri tarafından yürütülmektedir.

Sivil denetim çerçevesinde öngörülen yetkiler bakımından da Komisyona oranla Büronun daha yetkili olduğu görülmektedir. Bu noktada idari teşkilat içerisindeki konumu, teşkilat yapısı, soruşturma yetkileri ve personel durumu Komisyonun etkinliğini yakından ilgilendirdiğinden; teşkilat, personel ve soruşturma yetkileri bakımından Komisyonun güçlendirilmesi gerekmektedir.

Norveç polis şikâyet sisteminin tesisinde bağımsızlık önemli bir nedendir. Özellikle de adli kolluk faaliyetlerinde polis ile savcı arasındaki iş birliği, polisin soruşturulması esnasında savcının tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebilme

¹⁶⁶ 6713 s. Kanun md.8/f.1-b.

riskine sahiptir. Bu tehlike, bahsi geçen sistemin teşkilinde önemli bir etkidir.¹⁶⁷ Buradan hareketle, ülkemizde adli kolluk-idari kolluk ayrımının organik olarak yapılması halinde; kolluğun sivil denetimine ihtiyaç kalıp kalmayacağı sorgulanmalıdır. Zira bu durumda, savcı ve adli polis ile idari polis birbirinden ayrılacak; bu nedenle de halihazırda mevcut olan yakın iş birliği ilişkisi zayıflayacaktır. Böylece idari polis hakkında soruşturma yürüten savcı bağımsız ve tarafsız şekilde hareket edebilecektir. Ancak bu ihtimalde adli polis mensuplarının işlediği suçlar bakımından aynı sakıncaların ortaya çıkacağı unutulmamalıdır. Zira bu durumda savcı ile adli polis arasında yakın bir iş birliği ortaya çıkacaktır. O halde ülkemizde adli kolluk-idari kolluk ayrımı organik olarak yapılırsa bile, yine de kolluk personelinin işlediği iddia edilen suçları soruşturmak üzere ayrı bir mekanizmaya ihtiyaç duyulacaktır.

Norveç ile ülkemiz arasındaki en önemli farklılıklar vatandaşın yargı ve polise duyduğu güven ile AİHM tarafından verilen ihlal kararlarında ortaya çıkmaktadır. Norveç halkı %85 oranında yargıya ve %82 oranında polise güvenmekteyken ülkemizde yargıya duyulan güven %45, polise duyulan güven %55'tir.¹⁶⁸ Yine Norveç hakkında AİHM tarafından yapılan yargılamalarda, etkin soruşturma eksikliği nedeniyle AİHS'in 2 ya da 3.maddesinin ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir karar verilmemişken; ülkemiz hakkında 464 ihlal kararı bulunmaktadır. Bu oranlar, kolluk ve sivil denetim sistemlerimizin yeniden ele alınması gerektiğini; yine elverdiği ölçüde Norveç'in örnek alınabileceğini göstermektedir. Öte yandan ülkemizde yargıya güvenin oldukça düşük seviyelerde ve hatta polise duyulan güvenden de aşağıda oluşu, meselenin sadece kolluk ya da sivil denetimle ilgili olmadığını; sorunun ciddiyetini ve yapısal olarak ele alınmasının gerektiğini ortaya koymaktadır.

¹⁶⁷ Smith, "International Police Complaints Reform," 6.

¹⁶⁸ Polis mensuplarının yargıya duyduğu güven daha da düşük seviyededir. Polis mensuplarına yöneltilen "Teşkilatta mesleki bir sorun yaşadığımızda nereye müracaat edersiniz?" sorusuna %52 oranla "Sosyal Medyada Etkin Kişiler ya da Sayfalarla Paylaşım" cevabı verilmiştir. Bu soruya "Adalet ve Yargı Makamlarına Başvururum" cevabı verenlerin oranı ise %3.20'dir. Emniyet Teşkilatı Sivil Toplum Kuruluşları Birliği, Anket Araştırması, 19.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study.

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı. *İnsan Hakları Eylem Planı-Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye*. Ankara: Adalet Bakanlığı, 2021.
- Advokatforeningen. "Features of the Norwegian Criminal Justice System." *advokatforeningen.no*, Erişim Tarihi Mayıs 4, 2022, <https://www.advokatforeningen.no/en/features-of-the-norwegian-legal-system/features-of-the-norwegian-criminal-justice-system/>.
- Akkoyunlu, Sencer Abdullah. "Kamu Düzeninin Sağlanmasında Kolluğun Yetkileri." Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzincan: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Albert, Daniel. "Police in Norway: The Norwegian Policing System Explained." *lifeinnorway.net*, Erişim Tarihi Mayıs 4, 2022, <https://www.lifeinnorway.net/police-in-norway/>.
- Altuntop, Serkan. "Hesapverebilirlik Bağlamında Kolluğun Sivil Denetimi: Sivil Gözetim Kurulları." *İnsan Hakları Yıllığı* 33 (2015): 35-65.
- Avrupa Konseyi. *2018 Türkiye Raporu*. Strazburg: Avrupa Konseyi, 2018, https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf.
- Avrupa Konseyi. *2019 Türkiye Raporu*. Strazburg: Avrupa Konseyi, 2019, https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu_tr.pdf.
- Avrupa Konseyi. *2023 Türkiye Raporu*. Strazburg: Avrupa Konseyi, 2023, <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20Türkiye%20Raporu.pdf>.
- Aydın, Mustafa, Mithat Çelikipala, Ebru Canan Sokullu, Murat Güvenç, Ayça Ergun, Banu Baybars Hawks, Kerem Yıldırım ve Sezen Kaya Sönmez. *Kantitatif Araştırma Raporu: Türkiye Siyasal Sosyal Eğilimler Araştırması 2022*. İstanbul: Global Akademi ve Akademetre, 2023. <https://www.globacademy.org/wp-content/uploads/2023/01/TREgilimleri2022tr.pdf>.

- Aydın, Nizamettin ve Tahir Demir. "Emniyet Hizmetlerinin Sunumunda Düalist Yapı Sorunsalı: Adli ve İdari Kolluk." *Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İİBF Dergisi*, no. 9 (2022): 19-46.
- Berger, Ryan. "Kriminalomsorgen: A Look at the World's Most Humane Prison System in Norway." *SSRN*. <https://ssrn.com/abstract=2883512>.
- Bjørkelo, Brita, Hege H. Bye, Mariann S. Leirvik, Marit Egge ve Jaishankar Ganapathy. "Diversity in Education and Organization: From Political Aims to Practice in the Norwegian Police Service." *Police Quarterly* 24, no. 1 (2021): 74-103.
- Bouvier, John. *A Law Dictionary (HTML Version)*. C. 1. Philadelphia: Childs & Peterson, 1856. http://www.republicsg.info/dictionaries/1856_bouvier_6.pdf.
- Braastad Kristiansen, Therese. "Organizational Change in the Norwegian Police: A Qualitative Investigation of How the Police Investigators Perceive Change." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Oslo: University of Oslo, 2014.
- Brereton, David. "Evaluating the Performance of External Oversight Bodies." *İçinde Civilian Oversight of Policing*. Ed. Andrew J. Goldsmith ve Colleen Lewis, 105-24. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Børstad, Erling ve Paal Christian Balchen. "Norwegian Police Directorate: Implementing Problem Oriented Policing." *International Observer*, no. 40 (2005).
- Busch, Tor-Aksel ve Reidar Bruusgaard. "Enquiries Addressed to the Norwegian Director of Public Prosecutions Concerning a Decision." Director of Public Prosecutions, 2019. <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2019/05/Enquiries-addressed-to-the-Norwegian-Director-of-Public-Prosecutions-concerning-a-decision.pdf>.
- Bygrave, Lee. *World Factbook Of Criminal Justice Systems: Norway*. Washington: Bureau of Justice Statistics, 1993.
- Christensen, Tom, Per Læg Reid ve Lise H. Rykkja. *Reforming the Norwegian Police Between Structure and Culture: Community Police or Emergency Police*. Bergen: Stein Rokkan Center For Social Studies, 2016.
- Christensen, Tom Per Læg Reid ve Lise H. Rykkja. "Reforming the Norwegian Police Between Structure and Culture: Community Police or Emergency Police." *Public Policy and Administration* 33, no. 3 (2018): 241-59.

- Commissioner for Human Rights. *Expert Workshop 'Police Complaints Mechanisms: Ensuring Independence And Effectiveness*. Strasbourg: COE, 2008. <https://rm.coe.int/16806da72d>.
- Commissioner of Human Rights. *Opinion of The Commissioner For Human Rights Concerning Independent and Effective Determination of Complaints Against The Police.*" Strasbourg: COE, 2009. <https://rm.coe.int/opinion-of-the-commissioner-for-human-rights-thomas-hammarberg-concern/16806daa54>.
- Çırakoğlu, Melikşah. *Türkiye'de Kolluğun Sivil Denetimi ve Karşılaştırmalı Ülke Örnekleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Das, Dilip K. ve Amanda L. Robinson. "The Police in Norway: A Profile." *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 24, no. 3 (2001): 330-46.
- Defender of Rights. "Upholding Respect for the Ethics of Security." 2021. https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/2023-08/ddd_depliant-DDD_deontologie-securite_EN_202205.pdf.
- Derdiman, R. Cengiz. "Etkin Ceza Adaleti Açısından Alternatif Bir Öneri Olarak Cumhuriyet Savcısından Ayrı Adli Polis Modeli" *İçinde Ceza Adalet Sistemi Sempozyumu*, 221-42. Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, 1998.
- Doig, James W. "Polis Sorunları, Öneriler ve Yeniden Düzenleme İçin Stratejiler." Çev. Selçuk Yalçındağ. *Amme İdaresi Dergisi* 3, no. 4 (1970): 61-98.
- Emniyet Teşkilatı Sivil Toplum Kuruluşları Birliği. *Emniyet Teşkilatındaki İntiharlar ve Sorunlara Yönelik Anket Araştırması*. Ankara: Emniyet Teşkilatı Sendikası, 2024. <https://emniyet.org.tr/wp-content/uploads/2024/05/Emniyet-Teskilatindaki-Intiharlar-ve-Sorunlara-Yonelik-Anket-Calismasi.pdf>.
- European Court of Human Rights. *Annual Report 2021 of the European Court of Human Rights*. Strasbourg: COE, 2022. https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/annual_report_2021_eng.
- European Court of Human Rights. *Annual Report 2022 of the European Court of Human Rights*. Strasbourg: COE, 2023. https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/annual_report_2022_eng-2?download=true.
- European Court of Human Rights. *Annual Report 2023 of the European Court of Human Rights*. Strasbourg: COE, 2024. <https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/annual-report-2023-eng?download=true>.

- European Judicial Network. "Norway." [ejn-crimjust.europa.eu](https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/ContentDetail/EN/5/22), Erişim Tarihi Mayıs 4, 2022, <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/ContentDetail/EN/5/22>.
- Evren, Çınar Can. "Kolluk Gözetim Komisyonu." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 4 (2016).
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. "Adli Kolluk Üzerine." *Yargıtay Dergisi* 23, no. 3 (1997): 229-42.
- Filstad, Cathrine ve Petter Gottschalk. "Performance Evaluation of Police Oversight Agencies." *Policing & Society* 21, no. 1 (2011): 96-109.
- Garda Síochána Inspectorate. "Changing Police in Ireland." Garda Síochána, 2015.
- Gottschalk, Petter. *Policing the Police: Knowledge Management in Law Enforcement*. New York: Nova Science Publishers, 2009.
- Göktaş, Musa. "Kolluğun Sivil Denetimi: Kolluk Gözetim Komisyonu Bağlamında Bir İnceleme. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. C. 2. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetim Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- GRECO. *Norway Evaluation Report*. Strasbourg: COE, 2020. <https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/1680a1167c>.
- Gül, Zakir ve Murat Delice. "Police Job Stress and Stress Reduction/Coping Programs: The Effects On The Relationship With Spouses." *Polis Bilimleri Dergisi* 13, no. 3 (2011): 19-38.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Kitabevi, 2011.
- Güngör, Mustafa. "Kolluk Şikâyet ve Gözetim Sistemi ve Türkiye İçin Kolluk Gözetim Kurumu (Kolluk Ombudsmanlığı) Önerisi. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Malatya: İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Henriksen, Steinar Vee ve Bjørn Ivar Kruke. "Norwegian Police Use of Firearms: Critical Decision-Making in Dynamic and Stressful Situations." *Nordic Journal of Studies in Policing* 7, no. 2 (2020): 99-120.
- Holmberg, Lars. "Continuity and Change in Scandinavian Police Reforms." *International Journal of Police Science & Management* 21, no. 4 (2019): 206-17.

- Holmberg, Lars. "Scandinavian Police Reforms: Can You Have Your Cake and Eat it, too?." *Police Practice and Research* 15, no. 6 (2013): 447-60.
- Home Office. *Statutory Guidance on Professional Standards, Performance and Integrity in Policing*. London: Home Office, 2020.
- Home of United Kingdom Legislation "Police (Northern Ireland) Act 1998." <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/32/data.pdf>.
- Hove, Kjersti ve Lola Vallès. "Police Education in Seven European Countries in the Framework of Their Police Systems." İçinde *The Making of a Police Officer: Comparative Perspectives on Police Education and Recruitment*, editör Tore Bjørgo ve Marie-Louise Damen. Oxon: Routledge, 2020.
- IPCAN. "External Police Oversight Agencies: Emergence And Consolidation-A Comparative Study of 25 Agencies in 20 Countries." *Defenseur des Droits*, 2023. https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21542.
- Johannessen, Stig O. "Reforming the Norwegian Police." *Nordisk Politiforskning* 2, no. 2 (2015): 167-82.
- Katz, Walter. "Enhancing Accountability and Trust with Independent Investigations of Police Lethal Force." *Harvard Law Review Forum* 128, no. 6 (2015): 235-245.
- Kavsıracı, Ozan. "Polis Faaliyetlerinde Gri Alanlar ve Etik." *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 9, no. 16 (2018): 1851-1882.
- Kjelby, Gert Johan. "Research on Police and Prosecution Law in Bergen." *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 10, no. 2 (2022): 51-59.
- Kolluk Gözetim Komisyonu. *2022 Yılı Faaliyet Raporu*. Ankara: İçişleri Bakanlığı, 2023. http://kollukgozetim.gov.tr/kurumlar/kollukgozetim.gov.tr/Mevzuat/KGK-2022-YILI-FAALİYET-RAPORU-_BASKI_20-ADET_.pdf.
- Kozma, Tibor. "From Adjusting to Rebuilding Police Institutions." *Connections* 13, no. 3 (2014): 117-23.
- Larsson, Paul. "From Integration to Contact A Community Policing Reform?." *Nordisk Politiforskning* 4, no. 2 (2017): 170-86.

- NBIPA. *Annual Report 2021*. Norway: 07 Media, 2022. <https://www.spesialenheten.no/wp-content/uploads/2022/06/the-norwegian-bureau-for-the-investigation-of-police-affairs-annual-report-2021.pdf>.
- Nilsen, John Reidar. "Norwegian Police Law, Crime Prevention and its (Need for More) Democratic Legitimacy." *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 10, no. 2 (2022): 3-28.
- Norwegian Ministry of Justice and Police, Legislation Department. "The Criminal Procedure Act." Ministry of Justice and the Police, 2014. <https://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19810522-025-eng.pdf>.
- OECD. *Drivers of Trust in Public Institutions in Norway*. Paris: OECD Publishing, 2022. <https://doi.org/10.1787/81b01318-en>.
- OECD. "Government at a Glance 2023 Country Notes-Türkiye." *oecd.org*. Erişim Tarihi Mayıs 30, 2024 <https://www.oecd.org/publication/government-at-a-glance/2023/country-notes/turkiye-1aab42fa/>.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukuku I.Cilt*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1944.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukuku, İdari Teşkilat-Amme İdarelerinin Vazife, Salahiyetleri-Amme Hizmetlerinin Temşiyet Tarzları*. İstanbul: Bozkurt Matbaası, 1934.
- OPONI. *Police Ombudsman for Northern Ireland Annual Report and Accounts for the Year Ended 31 March 2019*. Belfast: Corporate Document Services, 2019.
- Osse, Anneke ve Graham Dossett. *Handbook on Police Accountability, Oversight and Integrity*. Vienna: United Nations Publications, 2011.
- Önal, Recep. "İslamofobi Bağlamında İslam Karşıtı Söylemlerin Batı Dünyasındaki Yansımaları: Norveç Örneği -Karikatür Krizi ve Berwick Terör Saldırısı." *KADER* 16, no. 2 (2018): 373-403.
- Önen, S. Mustafa ve Mustafa Güngör. "Kolluk Kuvvetlerinin Sivil Gözetimi: Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı Örneği." *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 1 (2018).
- Özay, İl Han. "İdari Kolluk-Adli Kolluk." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 1 (2013): 947-61.

- Ploeg, Gerhard. "Norway." İçinde *Probation in Europe*. Ed. Anton M. Van Kalmthout ve Ioan Durnescu, 765-803. Nijmegen: AOLF Legal Publishers, 2008.
- Polater, Yusuf Ziya. "Adli Kolluk - Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi." *TBB Dergisi*, no. 120 (2015): 289-325.
- Politiet. "Annual Work in the Police per Month and Year." <https://www.politiet.no/globalassets/tall-og-fakta/bemanning-ressurser-og-dekningsgrad/bemanning-og-dekningsgrad/arsverk-i-politiet-per-ar-og-maned.xlsx>.
- Pollack, Ester ve Sigurd Allern. "Criticism of the Police in the News Discourses and Frames in the News Media's Coverage of the Norwegian Bureau for the Investigation of Police Affairs." *Nordicom Review* 35, no. 1 (2014): 33-50.
- Prenzler, Tim. "Scandal, Inquiry, and Reform: The Evolving Locus of Responsibility for Police Integrity." İçinde *Civilian Oversight of Police Advancing Accountability in Law Enforcement*, editör Tim Prenzler ve Garth den Heyer. Florida: CRC Press, 2016.
- Presthus, Jan Egil. "Foreword." İçinde *Policing the Police : Knowledge Management in Law Enforcement*. Ed. Petter Gottschalk. New York: Nova Science Publishers, 2009.
- Priestley, William. *Police Oversight Mechanisms in the Council of Europa Member States*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2017.
- Regjeringen. "The Prosecution Authority in Norway." 2017. https://files.nettsteder.regjeringen.no/wpuploads01/blogs.dir/223/files/2017/07/574150_en_jogeir_prosecut.pdf.
- Riksadvokaten. "The Director of Public Prosecutions and the Regional Public Prosecution Offices." *riksadvokaten.no*, Erişim Tarihi Mayıs 4, 2022. <https://www.riksadvokaten.no/english/>.
- Sen, Sankar. *Enforcing Police Accountability Through Civilian Oversight*. New Delhi: Sage Publications India, 2010.
- Sheriffs Office. "History of the Sheriff." *Camden County*, 2017. <https://www.camdencounty.com/wp-content/uploads/2017/12/History-Sheriff.pdf>.

- Skre, Alf Butenschøn. "Investigation Plans as a Tool for Managing Investigations in Norway." İçinde *Quality Control in Criminal Investigation*. Ed. Xabier Agirre, Morten Bergsmo, Simon De Smet ve Carsten Stahn, 887-902. Brussels: Torkel Opsahl Academic, 2020.
- Smith, Graham. "Every Complaint Matters: Human Rights Commissioner's Opinion Concerning Independent and Effective Determination of Complaints Against the Police." *International Journal of Law, Crime and Justice*, no. 38 (2010): 59-71.
- Smith, Graham. "International Police Complaints Reform." *Council of Europe*, 2015. <https://rm.coe.int/09000016806dbbbd>.
- Soner, B. Ali. *Demokratik Polis Gözetim ve Denetim Mekanizmaları: İngiltere ve Kuzey İrlanda Çalışma Ziyareti*. İstanbul: Kamusal Politika ve Demokrasi Çalışmaları Merkezi, 2015.
- TBMM. 277 Sıra Sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları. Ankara: TBMM Basımevi, 2016.
- Thea Wathne, Cristin. "Welfare Professionals in Transformation The Case of Police Officers in Norway." İçinde *Work and Wellbeing in the Nordic Countries*. Ed. Helge Hvid ve Eivind Falkum, 260-82. Oxon: Routledge, 2019.
- Tonry, Michael. "Prosecutors and Politics in Comparative Perspective." *Crime and Justice* 41, no. 1 (2012): 1-33.
- Tosun, Öztekin. "Suç Kolluğu." *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 6, no. 9 (1972): 3-18.
- Tosun, Öztekin. "Suç Kolluğu ve Savcılık." *Yargı Aylık Dergisi*, no. 45 (1980). Akt. Haluk Çolak, "Kolluk Teşkilatı ve Adli Kolluk," *Sayıştay Dergisi*, no. 28 (1998): 85-91.
- Türkiye Barolar Birliği. *Adli Zabitanın İdari Zabıttan Ayrılması Hakkında TBB Yönetim Kurulu Raporu*. Ankara: TBB Yayınları, 1974.
- Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- United States Department of State. *Norway 2022 Human Rights Report*. Washington: United States Department of State, 2023.

- West, Paul. "Investigation of Complaints Against the Police: Summary Report of a National Survey." *American Journal of Police* 7, no. 2 (1988).
- Winnæss, Pål, Marie-Louise Damen ve Gunnar Thomassen. "Understanding Learning Preferences and Career Aspirations of Norwegian Police Students From a Comparative Perspective." İçinde *The Making of a Police Officer: Comparative Perspectives on Police Education and Recruitment*. Ed. Bjørge, Tore ve Marie-Louise Damen. Oxon: Routledge, 2020.
- Wisler, Dominique. *Police Governance: European Union Best Practices*. DCAF, 2011.
- Yenisey, Feridun. *Kolluk Hukuku*. Ankara: Beta Basım Yayın, 2015.
- Zabunoğlu, H. Gökçe. "Kolluğun Sivil Gözetimi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2016): 457-82.

OSMANLI HUKUKUNDA ŞARTA BAĞLI TALAK UYGULAMASI

Conditional Divorce Practice in Ottoman Law

Abdussamed ATASOY*

Öz

İslâm hukukunda kocanın kadını boşaması anlamına gelen talak, şarta bağlı olup olmamasına göre üç kısma ayrılır. Bunlar; münecciz talak, muallak talak (şarta bağlı) ve muzaf talaktır. Çalışmamızda Osmanlı uygulamasında şarta bağlı talak uygulaması incelenmiştir. Osmanlı uygulamasını ortaya koyabilmek adına İstanbul Kadı Sicilleri, Konya Kadı Sicilleri ve Diyarbakır Kadı Sicilleri incelenmiştir. Ayrıca dört sakk kitabında şartlı talakla alakalı olan kayıtlar da incelenmiştir. Gerek mahkeme kayıtları gerek de sakk kitaplarında yer alan kayıtlarda şarta bağlı talakla alakalı çok sayıda örneğe ulaşılmıştır. Bu sayede İslâm hukukunda cari olan bir kuralın uygulamada ne şekilde zuhur ettiği, bu kuralın faydalı ve zararlı yönlerinin olup olmadığı hususunda inceleme yapılmıştır. Sicil ve sakk kitaplarında; bir daha şarap içmemek, bir daha kumar oynamamak gibi İslâm dininde haram olan bazı fiilleri bir daha yapmamak, kocanın bir yere girmemesi, bir şeyi almaması, kadının bir yere gitmemesi, bir şey yapmaması, kocanın, karısı üzerine evlenmemesi, nafaka bırakmadan gitmemesi, uzak bir yere gidip uzun süre geri gelmemesi, karısını belirli bir köyden, şehirden

* Dr. Öğretim Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, samedatasoy1109@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5379-3978.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 16.04.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 07.09.2024.

Atıf/Citation: Atasoy, Abdussamed. "Osmanlı Hukukunda Şarta Bağlı Talak Uygulaması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1672-1697.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

çıkartıp başka yere götürmemesi gibi birçok şartın şartlı talak olarak uygulamada yer alması ilgili konunun pratiğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Şarta bağlı talak konusunda Osmanlı hukuku uygulamasının ne şekilde cereyan ettiği ve hangi meselelerin çözümünde şarta bağlı talak uygulamasından yararlandığının ortaya koyulması önem arz etmektedir. Şarta bağlı talak hususunda sakk kayıtları ile alakalı bir çalışmanın olmaması ve mahkeme kayıtlarının da bu ölçüde detaylı ve sistematik bir şekilde inceleyen bir çalışmanın bulunmaması ilgili çalışmayı gerekli kılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Osmanlı Hukuku, Hanefi Mezhebi, Muallak Talak, Şartlı Talak, Kadı Sicilleri, Sakk Kitapları, Tefrik.

Abstract

In Islamic law, the concept of “divorce”, which signifies the husband’s pronouncement of divorce to the wife, is divided into three categories based on whether it is conditional or not. These are known as “münecez talak”, “muallak talak” (conditional), and “muzaf talak”. In our study, we have examined the application of conditional divorce in the Ottoman context. To elucidate Ottoman practices, we analyzed the records of Istanbul Kadı, Konya Kadı, and Diyarbakır Kadı. Additionally, four saqq books have been examined. Numerous examples related to conditional divorce were found in both court records and saqq books. This exploration aimed to understand how a rule existing in Islamic law manifests itself in practice and to evaluate the advantages and disadvantages of this rule. In the records of Kadı and saqq books, various conditions for conditional divorce were identified, such as refraining from prohibited acts in Islam, like consuming wine or engaging in gambling again, the husband avoiding certain places or actions, not marrying someone else, not leaving without providing financial support, not going far away for an extended period, or not relocating the wife from a specific village or city. The presence of these conditions in the practice of conditional divorce, as documented in the records and books, is crucial for illustrating the practical aspects of the subject. It is important to reveal how the Ottoman legal practice on conditional divorce occurred and which issues were resolved through the use of conditional divorce. The lack of a study on the subject of conditional divorce in relation to saqq records and the absence of a detailed and systematic analysis of court records to this extent made this study necessary.

Keywords: Islamic Law, Ottoman Law, Hanafi School of Jurisprudence, Muallaq Talak, Conditional Divorce, Qadi Registers, Saqq Books, Tafriq.

GİRİŞ

Fıkhi bir terim olarak “talak”; belirli lafızlarla nikah akdinin bozulması, sona erdirilmesi, boşama, boşanma gibi anlamlara gelmektedir. Talak, şarta bağlı olup olmamasına göre üçe ayrılır. Bunlar; münecciz talak, muallak talak ve muzaf talaktır. Münecciz talak; herhangi bir şeye talik ve izafe edilmeden gerçekleştirilen talaktır. Bu talak, yapıldığı anda derhal hüküm doğurur ve o anda karı ile koca arasında ayrılık vuku bulur. Kocanın, karısına; “sen boşsun, sen bana haramsın, seni boşadım” gibi lafızlar ile yaptığı talak münecciz talaka örnek verilebilir. Muallak talak; bir şeye talik ile gerçekleştirilen talaktır. Talakın vaki olması, ileride bir işin gerçekleşmesine bağlanmaktadır. Kocanın, karısına; “benden izin almadan evden çıkarsan boşsun”, “bir daha şu işi yaparsam boşsun”, “yarın eve gelmezsem boşsun” gibi sözlerindeki şartların meydana gelmesi ile talak vaki olur. Muzaf talak; bir zamana izafe edilen talaktır. Talakın gerçekleşmesi ileri bir zamana bırakılmaktadır. Kocanın, karısına; “sen yarın boşsun”, “sen Ramazan ayında boşsun” gibi lafızlarla boşama yapması muzaf talaka örnek verilebilir.¹ Bu üç talak içerisinde en sık karşılaşılan talak; münecciz talaktır. Daha sonra muallak talaktır. En az karşılaşılan ise muzaf talaktır. İslâm hukukunda muallak yani şarta bağlı talak ile alakalı çok detaylı hükümler mevcut olduğu gibi fazlaca çalışma² da

¹ Mehmed Zihni Efendi, *Nimet-i İslâm*, çev. M. Rahmi (İstanbul: Sağlam Kitabevi, 1978), 1028; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1991), 2:177; Vehbe Zuhayli *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi*, çev. Nurettin Yıldız vd. (İstanbul: Risale Yayınevi, 1994), 9:347, 348; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslâm Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras)* (Konya: İslâm Hukuku Külliyyatı Yayınları, 1977), 2:269-272.

² Kaşif Hamdi Okur, “İslâm Hukukunda Boşama Yemini (Talaka Yemin) Meselesi,” *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8, no. 5 (2009): 5-30; Esra Yakut, “İslâm-Osmanlı Hukukunda Erkek Tarafından Koyulan Şart veya Belirlenen Süre ile Evlilik Akdinin Sona Erdirilmesi,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 4 (2016): 63-71; Macit Sevgili, “Molla Abdurrahman el-Pencvini ve Edavatu’t-Talik Adlı Manzum Fıkıh Risalesi,” *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 43 (2020): 76-106; Muharrem Midilli, “Osmanlı Fetvalarında Kadınların Ayrılık Elde Etme Yolu Olarak Şartlı Talak (16-18. Yüzyıllar),” *İslâmi İlimler Dergisi* 17, no. 2 (2022): 31-52.

mevcuttur. Bu sebeple çalışmamızda şartlı talakın İslâm hukuku boyutuna çok temas edilmeden Osmanlı uygulamasında ne şekilde gerçekleştiğine dair mahkeme ve sakk kayıtları üzerinden inceleme ve değerlendirme yapılmıştır. Şarta bağlı talak hususunda sakk kayıtları ile alakalı bir çalışmanın olmaması ve mahkeme kayıtlarının da bu ölçüde detaylı ve sistematik bir şekilde inceleyen bir çalışmanın bulunmaması ilgili çalışmayı gerekli kılmıştır. Osmanlı uygulamasını ortaya koyabilmek için özellikle İstanbul Kadı Sicilleri, Konya Kadı Sicilleri ve Diyarbakır Kadı Sicilleri incelenmiştir. Ayrıca dört sakk kitabında şartlı talakla alakalı olan kayıtlar incelenmiştir.

Klasik fıkıh kitaplarında³, Osmanlı Devleti'nde yarı resmi kanun hüviyetinde olan Dürer Gürer⁴ ve Mülteka⁵ isimli eserlerde şartlı talaka ilişkin detaylı hükümler mevcuttur. Hukuk-ı Aile Kararnamesinde (HAK) şartlı talaka ilişkin bir madde yer almaktadır. İlgili husus HAK'ta şu şekilde kanunlaşmıştır: “*Talakın şarta ta'liki sahihtir.*”⁶ Bu madde dikkate alındığında Osmanlı hukukunda 1917 yılında dahi şarta bağlı talakın geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

I. KADI SİCİLLERİNDE VE SAKK KİTAPLARINDA ŞARTLI TALAK

Şarta bağlı talakın Osmanlı uygulamasını ortaya koyabilmek için bu başlıkta kadı sicillerinden ve sakk kitaplarından örnekler üzerinde inceleme yapılmıştır. Kadı sicili olarak; İstanbul Kadı Sicilleri, Konya Kadı Sicilleri ve Diyarbakır Kadı Sicilleri incelenmiştir.

³ Ebu'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Ferganî el-Mergînânî, *el-Hidâye fî şerhi bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Talâl Yusuf (Beyrut: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, ts.), 1:243-247; Muhammed b. Feramuz b. Ali Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm şerhi güleri'l-ahkâm*, (Daru İhyai'l-Kütübî'l-Arabiyye, ts.), 1:376-380; İbrâhim b. Muhammed b. İbrâhim el-Halebî el-Hanefî, *Mülteka'l-Ebhur (Mecmau'l-Enhur Şerhiyle)*, Tahkik: Halil İmran Mansur (Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1419/1998), 2:56-72; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhizade (Damad), *Mecma`u'l-Enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur* (Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi, ts), 1:416-427.

⁴ Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm şerhi güleri'l-ahkâm*, 1:376-380;

⁵ Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 2:56-72.

⁶ HAK md. 106.

Sakk: Şer`i mahkemeler tarafından verilen hüccet, ilam, temessük ve diğer şer`i muamelelerin yazılış usulü'dür.⁷ Mahkemelerde kayda geçirilecek belgelerin öncelikle müsveddesi katip tarafından yazılırdı. Bu müsveddeler hakim tarafından onaylanır ve ardından temize çekilirdi. Bu müsveddeler; katip, naib veya kadılar tarafından toplanırdı. Bu müsveddeleri toplayan kimselerin bir kısmı, daha sonra bunlar arasından seçtikleri belgeleri temize çekip belli bir tertiple bir araya getirmek suretiyle sakk mecmualarını meydana getirmiştir.⁸ Sakk mecmuaları kadıların sicil kayıtlarını düzenli ve yeknesak bir şekilde yapmalarını sağladığı gibi Osmanlı'da ilgili konudaki uygulama hakkında bilgi vermesi açısından da önem arz etmektedir. Çalışmamızda sakk kitabı olarak; Tuhfetü's-Sukuk, Camiu Envari's-Sukuk, Bedayiu's-Sukuk ve Dürrü's-Sukuk isimli dört kitap incelenmiş ve şartlı talaka ilişkin kayıtlara yer verilmiştir.

A. Şartlı Talakta Şartın Gerçekleşmemesi ve Şartlı Talakta Tescil İşlemi

Şartlı talakta zikredilen şart gerçekleşmediğinde talak vaki olmaz. Beşiktaş Mahkemesi 63 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydı⁹ bu durumu açık bir şekilde göstermektedir. Zikredilen kayda göre Ali isimli kişinin başka bir kişiye borcu vardır. Ali; "yirmi beş kuruş olan borcumu ödersem karım benden üç talak ile boş olsun" demiştir. Ancak borcunu ödememiştir. Ali'nin karısı Belkis, şarta bağlı talak ifadesi dolayısıyla aralarındaki nikahın şüphe sonucu sona ermesini istemiş ve mahkemeye başvuruda bulunmuştur. Mahkeme ise söz konusu borç ödenmediği sürece nikah akdinin geçerli olduğuna karar vermiştir. İlgili mahkeme kaydından anlaşıldığı üzere şarta bağlı talakta zikredilen şart vuku bulmadıkça talak da vuku bulmaz. Şart vuku bulduğu anda talak da vuku bulur.

⁷ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti'nin İlmîye Teşkilatı* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2014), 120.

⁸ Süleyman Kaya, "Mahkeme Kılavuzu: Sakk Mecmuaları," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005): 382.

⁹ İstanbul Kadı Sicilleri 48 Beşiktaş Mahkemesi 63 Numaralı Sicil (1061-1062/1651-1652), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 222. Benzer mahkeme kaydı için bkz. Konya Kadı Sicili 10 Numaralı Defter, 253.

Osmanlıda mahkeme kayıtlarında şartlı talakın sonuç doğurup doğurmadığına ilişkin kayıtlar olduğu gibi herhangi bir problem çıkmadan yalnızca talakın şarta bağlandığı sicil kayıtları da görülmektedir. Bu durum, ileride ispat yükü altında olan davacının iddiasını kolay bir şekilde ispatlaması açısından önem taşımaktadır. Üsküdar Mahkemesi 9 numaralı sicilde yer alan bir belgeye¹⁰ göre Oruç ile Dilferid evlidir. Dilferid, kocasının kendisini bırakıp gitmesinden korkmaktadır. Bu korkuyu ortadan kaldırmak için Oruç, talakı şarta bağlamış ve bunu mahkemede tescil ettirmişlerdir. Söz konusu kayıtta Oruç; “Karımı bir aydan fazla süre ile bırakır gidersem karım benden bain talak ile boş olsun” demiştir. Bu belgede aralarında gerçekleşen herhangi bir ihtilaftan söz edilmemesi yalnızca şarta bağlanan talakın tescili amacı ile mahkemeye başvurulduğunu göstermektedir.

B. İspat Açısından Şartlı Talak

Şarta bağlı talakta erkek ve kadın arasında; talakın bir şarta bağlanıp bağlanmadığına veya şarta bağlı talakta şartın yerine gelip gelmediğine dair bir ihtilaf çıkması halinde erkeğin sözüne itibar edilir. Ancak kadın, şahit getirirse bu durumda kadının sözüne itibar edilir. Çünkü bu meselelerde ekseriyetle kadın davacıdır, erkek ise davalıdır. Müddei iddiasını ispat etmekle mükelleftir. Şarta bağlı talakta ilk olarak erkeğin sözüne itibar edilmesinin sebebi; “asıl olanın şartın meydana gelmemiş olması” ilkesidir. Kadının, davacı olarak şartın meydana geldiğini iddia etmesi, erkeğin ise aksini iddia etmesi sebebiyle ilk olarak erkeğin sözüne itibar edilir. Ancak kadının şahit getirmesi ile daha kuvvetli bir delil dolayısıyla kadının sözü itibar bakımından öne geçmektedir.¹¹

Şartın vuku bulup bulmadığı hususunda meydana gelen ihtilafta şart, yalnızca kadının bileceği bir şey ise bu durumda kadının sözüne itibar edilir.

¹⁰ İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (940-942/1534-1536), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 341.

¹¹ Mergînânî, *el-Hidâye fî Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, 1:244, 245; Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 2:62, 63; Muhammed Emin İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, çev. Ahmed Davudoğlu, Mehmet Savaş vd. (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983) 6:399-404; Damad, 1:420-422; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2:252, 253.

Mesela koca, karısına; “âdet olursan sen benden boşsun” derse ve kadın da “ben âdet oldum” derse bu durumda doğrudan kadının sözüne itibar edilir.¹²

Bab Mahkemesi¹³ 11 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydı¹⁴, şarta bağlı talakta ihtilaf çıkması halinde ispat yükünün kimde olacağına dair bilgiler içermektedir. Söz konusu olayda Raziye Hatun'un iddiasına göre Mehmet isimli kişi karısı olan Raziye Hatun'u bir kez daha dövmesi halinde karısının kendisinden boş olacağını söylemiştir. Şarta bağlanan bu talak ifadesinden sonra ise karısını dövmüştür. Raziye Hatun bu sebeple şarta bağlı talakın vuku bulduğunu, buna bağlı olarak boşanmanın gerçekleştiğini ve bu sebeple de mehrinin ödenmesi gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme, Mehmet'e bu iddiaları sorduğunda Mehmet, dayak hadisesini kabul etmiştir. Ancak dayak şartına bağlı olarak talakın meydana geleceği iddialarını ise inkar etmiştir. Mahkeme bu durumda davacıdan beyyine talep etmiştir. Davacı, şarta bağlı talakı üç şahit ile ispat etmiştir. Şahitlerin ifadelerinden sonra mahkeme talakın gerçekleştiği yönünde hüküm vermiştir.

Davacının beyyine ile şartlı talakın vuku bulduğunu ispatlayamaması durumunda ise davalıya yemin teklif edilerek yemin etmesi halinde davalının sözüne itibar edilmektedir. Üsküdar Mahkemesi 403 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydına¹⁵ göre Mustafa ile Zeynep evlidir. Zeynep, şartlı talakın vuku

¹² Mergînânî, *el-Hidâye fî Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, 1:244, 245; Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 2:62, 63; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, 6:404-406; Damad, 1:420-422; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2:253.

¹³ “Kahire, Şam, Bağdat, Selânik gibi büyük şehirlerin hepsinde Bab Mahkemesi bulunmakla birlikte bunların içerisinde en önemlisi ve tanınmış olanı İstanbul Bab Mahkemesi idi. Bu mahkemede bab nâibi, İstanbul kadısının işlerinin çokluğu sebebiyle ona vekâleten yardım eder, dava dinler, karar verirdi.” Mehmet İpşirli, “Bab Mahkemesi,” Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 4:362.

¹⁴ İstanbul Kadı Sicilleri 53 Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (1081/1670-1671), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 121. Benzer mahkeme kayıtları için bkz. Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil, 287; İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (1102/1691), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 188.

¹⁵ İstanbul Kadı Sicilleri 70 Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (1154-1155/1740-1742), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 180.

bulduğunu iddia ederek boşanmanın sonuçlarının cereyan etmesini talep etmiştir. Mustafa ise şarta bağlı talak yapmadığını veya söz konusu şartın vuku bulmadığını ifade etmiştir. Bu kısım doğrudan mahkeme kaydında yer almamakla beraber kayıta yer alan diğer bilgilerden yorum ile çıkarılabilmektedir. Davacı olan Zeynep'ten beyyine istenmiştir. Ancak bu konuda şahit bulunamamıştır. Bu sebeple davalı olan Mustafa'ya yemin teklif edilmiştir. Mustafa'nın şartlı talak yapmadığına dair yemin etmesi sonucunda mahkeme, boşanmanın gerçekleşmediğine ve geçerli bir evliliğin devam ettiğine hüküm vermiştir.

C. Şarta Bağlı Evliliğe Dair Yaklaşımın Şartlı Talakla Aşılması

Şarta bağlı evlilik konusunda Hanefi mezhebi¹⁶ dar bir yorum anlayışını benimsemiştir. Hanefi mezhebinin uygulandığı Osmanlı toplumunda şarta bağlı talak ile bu durumun çözüme kavuşturulduğuna dair yorumda bulunulabilir. Bu kapsamda üzerine evlenmeme ve ikamet değiştirmeme şartları dikkat çekmektedir.

1. Karısının Üzerine Evlenmeme Şartı

Osmanlı Devleti'nde bir karısı olan erkeklerin o karılarının üzerine evlenmemek üzere şartlı talak yaptıkları mahkeme kayıtlarına yansımıştır. Bu şekilde şarta bağlı talak söz konusu olduğunda koca, karısını boşamadan başka bir kadın ile evlenirse bu durumda yeni nikah akdi yapıldığı anda ilk nikah sona ermektedir.

¹⁶ Hanefi mezhebine göre kadının evlenirken ileri sürebileceği takyidi şartlar oldukça sınırlıdır. Üzerine evlenmeme, ikamet değiştirmeme gibi şartların ileri sürülmesi durumunda nikah geçerli şart ise geçersiz kabul edilmektedir. Bu şartlar Hanbeli mezhebine göre geçerlidir. HAK'a kadar bu hususta Hanefi mezhebi uygulanmıştır. HAK'ta ise Hanbeli mezhebi görüşü dikkate alınmış ve üzerine evlenmeme şartı kanunlaştırılmıştır. M. Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985), 100, 101; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022) 422, 423. HAK, md. 38: "Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevüc sahih ve şart muteberdir."

Bab Mahkemesi 150 numaralı sicilde yer alan bir kayda¹⁷ göre Mehmed ile Safiye evlidirler. Mehmed, karısı Safiye'ye; onun üzerine evlenirse kendisinden üç talak ile boş olmasını şart koşturmuştur. Daha sonra Mehmed, karısı Safiye'nin üzerine evlenmiştir. Safiye şarta bağlı talakta şartın gerçekleştiğini, dolayısıyla boş olduğunu iddia etmiş ve bu sebeple mehrini talep etmiştir. Mehmed söz konusu durumları ikrar etmiştir. Ancak bu şekilde bir şart koşturduğunu inkar etmiştir. Davacı olan Safiye şahit ile şarta bağlı talakın söz konusu olduğunu ispat etmiştir.

Benzer bir örnekte¹⁸ ise doğrudan, üzerine evlenme durumu talak şartı olarak koşulmamasına rağmen koca, karısından izinsiz olarak karısının üzerine evlenmesi durumunu talaka bağlamıştır. Bu örneğin diğerinden farkı, evlenmenin doğrudan talak sonucu doğurmamasıdır. Bu olayda koca, karısının izin vermesi halinde karısının üzerine evlenmesinin mümkün olduğu bir şart ileri sürmüştür.

2. Belirli Bir Yerden Ayrılmamak Şartı (İkameti Değiştirmeme Şartı)

Diyarbakır şer'iyeye sicilinde yer alan bir mahkeme kaydında yer alan şarta bağlı talak,¹⁹ kadınların belirli bir yerde oturmalarını ve ailelerinin yanından ayrılmamalarını sağlaması açısından ayrı bir öneme sahiptir. Söz konusu kayda göre Ali ile Harma evlidirler. Ali, Harma'ya; "seni Diyarbakır'dan zorla çıkarıp bir taşraya götürürsem üç talak ile benden boş ol" demiştir. Daha sonra ise karısını zorla Ömeranlı adlı karyeye götürmüştür. Söz konusu olayda şart gerçekleştiği için talak da vaki olmuştur.

¹⁷ İstanbul Kadı Sicilleri 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (1143-1144/1730-1732), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 493.

¹⁸ "Sebeb-i tahrir-i kitap budur ki Budur ki Hüseyin b. Mustafa meclis-i şer'de ikrar ile dedi ki; eğer hatunum Gülbahar'dan izinsiz evlenirsem alacağım benden aldığım vakitte üç talak boş olsun diye şart eyledi öyle olsa marru'z-zikr Gülbahar'ın talebiyle deftere sebt olundu." İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (919-927/1513-1521), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2008), 183.

¹⁹ Diyarbakır Şer'iyeye Sicilleri Amid Mahkemesi 3754 Numaralı Sicil (1151/1741), ed. Ahmet Zeki İzgöer (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2014), 328. Benzer mahkeme kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri 51 İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (1072-1073/1661-1663), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 296.

D. Tefrike Dair Dar Yaklaşımın Şartlı Talakla Aşılması

Tefrik sebeplerini en dar olarak yorumlayan mezhep, Hanefi mezhebidir. Hanefi mezhebinin tefrik sebeplerini dar olarak yorumlaması Osmanlı Devleti'nde uygulamada birtakım problemlere yol açmıştır. 16. yy'a kadar bu problem, Şafii naibler atanarak Şafii mezhebi görüşüne göre tefrike karar verilmesi ile çözülmüştür. Ancak 16. yy'da Şafii mezhebi görüşü ile hüküm verilmesinin yasaklanması ile beraber bu çözüm yolu ortadan kalkmıştır.²⁰ Söz konusu problem 1916 yılında çıkarılan irade-i seniyyeler²¹ ve 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesinde (HAK) diğer mezheplerin görüşlerinden de faydalanılarak tefrik sebeplerinin genişletilmesi ile çözülmüştür. Ancak 16. yy. ile 1917 tarihli HAK arasındaki uzun süreçte bu problemin çözümünde şartlı talak ve gelecek zamana izafe edilen talakın beraber kullanıldığı ifade edilebilir.

Kadınların, kocalarının ticaret için veya cihad için buldukları yerden uzak bir beldeye gitmeleri durumunda bu sürenin çok uzaması sebebiyle nafaka yönünden zorluklar çektiği ifade edilebilir. İfade edilen bu hal, kocanın ne durumda olduğu, ne zaman geleceği gibi belirsizliklere sebep olduğu için söz konusu meseleler nafakası olmayan²² ve kocası yanında olmamasına rağmen evli olarak kabul edildiği için yeniden evlenemeyen kadınların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Osmanlı uygulamasında şartlı talak, bu sorunun çözümünde başvurulacak yollardan bir tanesi olarak ifade edilebilir. Aslında şartlı talak uygulaması ile tefrik yoluna hiç başvurulmaksızın boşanma gerçekleşebilmiştir. Dar tefrik yaklaşımının problemleri tamamen şartlı talak ile ortadan kaldırılmıştır

²⁰ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 116, 117; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017), 530; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Sayram Yayınları, 2019), 430; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 479-483.

²¹ Söz konusu irade-i seniyyeler için bkz. Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 146-148.

²² Osmanlıda, nafakaları kendilerine bırakılmadan tek başlarına kalan kadınların zor durumda kalmaması için istidane (kadının, nafaka kapsamında kocası adına borçlanması) yönteminden de yararlanılmıştır. İlgili husus hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Aykanat – Abdüssamet Uslu, "Osmanlı Hukukunda İstidane İzni ve Günümüz Hukukuna Yansımaları," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2018): 428-431.

denilemese de bu problemin üstesinden gelme amacı ile başvurulanan yöntemlerden bir tanesinin de şartlı talak uygulaması olduğu ifade edilebilir.

Eyüb Mahkemesi 19 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydına göre²³ Rıdvan ile Ayşe evlidir. Rıdvan karısı Ayşe'ye; "Seni bir daha nafakasız ve kıyafetsiz olarak bırakır gidersem üç talak ile boş ol" demiştir. Daha sonra ise Rıdvan, karısına nafaka bırakmadan Donanma-yı Hümâyun'a katılmıştır. Aradan 4 ay geçmesine rağmen karısına nafaka göndermemiştir. Rıdvan gaip olduğu için söz konusu durum kendisine sorulamamıştır. Ayşe ise şarta bağlı talak durumunu şahitler ile ispat etmiştir. Mahkeme, söz konusu şartın gerçekleştiğine kanaat getirmiş ve bu sebeple talakın vuku bulduğuna karar vermiştir.

Hasköy Mahkemesi 5 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydına²⁴ göre Ali ile Ayşe evlidir. Ali, karısı Ayşe'ye; "bulduğumuz bölgeden başka bir bölgeye gidersem benden bair talak ile boş ol" demiştir. Daha sonra ise bir bedel karşılığında Donanma-yı Hümâyun'a katılarak bulunduğu bölgeyi terk etmiştir. Ayşe, şart vaki olduğu için aralarında talakın da vaki olduğu iddiası ile mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme bu konuda kural olarak öncelikle davalı olan tarafa iddialar hakkındaki görüşünü sormaktadır. Ancak söz konusu olayda davalı Ali gairdir. Bu sebeple doğrudan davacı Ayşe'den iddiasını ispat etmesi istenmiştir. Ayşe bu konuyu üç şahit ile ispat etmiştir. Mahkeme de talaka hükmetmiştir.

Benzer bir mahkeme kaydında²⁵ da karısının olduğu yerden başka bir beldeye giden Mustafa, karısı Emine'ye; "Altı aya kadar senin yanına gelmezsem benden

²³ İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 19 Numaralı Sicil (1028-1030/1619-1620), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 352. Benzer mahkeme kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri 74 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (1171-1172/1758), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 217.

²⁴ İstanbul Kadı Sicilleri Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 268.

²⁵ İstanbul Kadı Sicilleri 68 Üsküdar Mahkemesi 396 Numaralı Sicil (1150-1151/1737-1738), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 201. Benzer mahkeme kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri 66 Bab Mahkemesi 151 Numaralı Sicil (1143-1144/1731), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 89; Konya Kadı Sicili 10 Numaralı Defter (1070-1071/1659-1661), haz. İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2014), 112; Konya Kadı

boş ol" demiştir. Altı ay geçmesine rağmen karısının yanına gelmemesi ile beraber şart ve talak vaki olmuştur.

E. Meşru Olmayan veya Hoş Karşılanmayan Fiillerden Alıkoyma Açısından Şartlı Talak

Kadı sicilleri incelendiğinde şarta bağlı talakın, dayanın sona ermesini sağlayan bir yönünün olduğu çıkarımında bulunulabilir. Çünkü karısını döven ve daha sonra bu durumdan pişman olan koca, karısı ile barışmak için karısını bir kez daha dövmesi halinde ondan boşanmış olacağına dair yemin etme yoluna başvurmuştur. Bu şart sonucunda kadın, kocasının kendisini bir daha dövmeyeceğine inanmaktadır. Koca bu sözü yerine getirmeyip karısını yeniden dövdüğünde ise ayrı bir iradeye gerek olmaksızın nikah akdi sona ermektedir.

Eyüb Mahkemesi 19 numaralı sicilde yer alan bir kayda²⁶ göre Hamza ile Emine evlidirler. Hamza, karısı Emine'yi dövmektedir. En sonunda Hamza, karısı

Sicili 10 Numaralı Defter, 178; Konya Kadı Sicili 38 Numaralı Defter (1103-1104/1692-1693), haz. İbrahim Solak, İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 375; Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3715 Numaralı Sicil (1065/1655), ed. Ahmet Zeki İzgöer (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2013),14; Amid Mahkemesi 3754 Numaralı Sicil, 357; Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3789 Numaralı Sicil (1135-1136/1722-1724), ed. Ahmet Zeki İzgöer (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2013), 150.

²⁶ "...bundan akdem zevcim merkum Hamza bir daha seni darp edersem benden talak-ı selase ile mutallaka ol diye şart edip ba`dehu inkar ettikde ben dahi şuhud-ı udul ile ispat edip yedime hüccet dahi almış idim hâlâ şarta vefa etmeyip beni yine darp eyledi. Binaen ala zalik merkumdan talak-ı selase ile mutallaka oldum yine bana taarruz etmek murad eder husus-ı mezbur merkumdan sual olunup bi hasebi'ş-şer`i'ş-şerif lazımı icra olunmak matlubumdur dedikde gibbe's-sual mezbur Hamza cevabında merkumeyi darp eylediğini bi'l-küllüyye inkâr edecek müddeiye-i mezbureden sıdk-ı kelimasını mübeyyine beyyine taleb olundukda udul-i müsliminden Mehmed b. Ali nam kimesne ve Cemile bt. Abdullah ve Aynî bt. Hamza nam hatunlar li ecli'ş-şehade meclis-i şer'a hâzırûn olup gibbe'l-istişhadi'ş-şer`i fi'l-vaki merkum Hamza mezbure Emine'yi minval-i muharrer üzre darp eylediğine vech-i meşruh üzre şahitleriz şehadet dahi ederiz diye eda-i şehadet-i şer'iyye ettiklerinde mezburunun şehadetleri hayyiz-i kabul..." Eyüb Mahkemesi 19 Numaralı Sicil, 319. Benzer mahkeme kaydı için bkz. Konya Kadı Sicili 37 Numaralı Defter (1102-1103/1691-1692), haz. İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2015), 182, 183.

Emine'ye; "Seni bir daha darp edersem benden üç talak ile boş ol" demiştir. Şarta bağlı bu talak lafzından sonra Hamza, karısı Emine'yi yeniden dövmüştür. Mahkemede bu durumu şahitler ile ispat eden Emine'nin sözü kabul görmüş ve talak vaki olmuştur.

Kadı sicilleri incelendiğinde şarta bağlı talakın en sık söz konusu olduğu durumlardan bir tanesi de şürb-i hamıdır. İslâm dininde haram olan içki, şarap ve türevlerinin kullanılmasının şartlı talakta sıkça şart olarak zikredildiği görülmektedir. Bu konuda birçok mahkeme kaydı²⁷ bulunmaktadır.

Eyüb Mahkemesi 74 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydına²⁸ göre Halil Beşe ile Ayşe evlidirler. Halil Beşe 1 yıl önce "bundan sonra müskirattan birisini içip sarhoş olursam zevcem Ayşe benden bاین talak ile boş olsun" demiştir. Halil Beşe'nin daha sonra birçok kez daha müskirat içip sarhoş olması sonucunda Ayşe, şarta bağlı talak dolayısıyla boşanmaları için mahkemeye başvurmuştur. Söz konusu durum tespit edilmiş ve mahkeme, taraflar arasında talakın vuku bulduğuna hükmetmiştir.

Şarap içme ile alakalı başka bir mahkeme kaydında²⁹ ise hile-yi şer'iyeye yapmaya çalışan bir adamın beyyine bulamaması sonucu şartlı talakın vaki olduğu

²⁷ İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 74 Numaralı Sicil (1072-1073/1661-1662), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 247; İstanbul Kadı Sicilleri 72 Eyüb Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (1154-1161/1741-1748), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 299; İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (1027/1618), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 356; İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, 480; Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil, 221; İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı sicil (987-988/1579-1580), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 168; Konya Kadı Sicili 150-151 Numaralı Defter (1903-1907, 1898), haz. H. Ahmet Arslantürk, M. Sait Türkhan (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2012), 58.

²⁸ "...zevcim mezbur Halil Beşe tarih-i kitaptan bir sene mukaddem min ba`d müskirattan birisini içip sarhoş olursam zevcem mezbure Ayşe Hatun benden talak-ı bayin ile mutallaka olsun diye huzur-ı müsliminde şart etmiş iken hâlâ nice defa sarhoş ve lâ-ya'kıl benim yanıma gelip mestane olduğundan, hâlâ sarhoştur, el-hâletü hâzihî talak-ı mezkur ile mutallaka olmuştur, sual olunup beynimiz tefrik olunmak matlubumdur diyecek gibbe's-sual mezbur Halil Beşe cevabında fi'l-vaki tarih-i kitaptan bir sene mukaddem vech-i muharrer üzre talik-i talak etmiştim lakin ol zamandan beri ancak ekşi boza içer idim ve hâlâ benim sarhoşluğum ekşi bozadandır ekşi boza içerim diye şürbünü ve sarhoşluğunu bî't-tav ikrar ve itiraf etmeğin alâ mücebi ikrarihi talak-ı mezkurun vukuuna ..." Eyüb Mahkemesi 74 Numaralı Sicil, 337.

²⁹ İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, 349.

anlaşılmaktadır. İstanbul Mahkemesi 3 numaralı sicilde yer alan bu mahkeme kaydına göre Fatıma ile Ebubekir evlidirler. Ebubekir, karısı Fatıma'ya; "bundan sonra şürb-i hamr edersem benden üç talak ile boş ol" demiştir. Daha sonra yine şarap veya sarhoş eden başka bir içki içmiştir. Fatıma mahkemeye başvurarak şartlı talak ile boşamanın gerçekleştiğini iddia etmiştir. Ebubekir ise bu durumu ikrar etmesine karşın şarap içmeden daha önce karısını boşadığını ve iddet süresi içerisinde şarap içtiğini ve bu sebeple şartlı talak dolayısıyla üç talakın vaki olmayacağını yalnızca daha önceki talak dolayısıyla bir talakın söz konusu olduğunu iddia etmiştir. Fatıma ise Ebubekir'in hile-yi şer'iyyeye başvurduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, talak ve iddet süresi hakkında beyyine talep etmesine rağmen Ebubekir bu durumu ispat edememiştir. Mahkeme de şartlı talakın vaki olduğu ve üç talak ile boşamanın gerçekleştiğine karar vermiştir.

Söz konusu olayda kocanın amacı şartlı talak ile üç talakın meydana gelmesini önlemek adına daha önce talak yaparak bu şartlı talakı ortadan kaldırmaktır. Çünkü üç talak vuku bulduğunda büyük ayrılık meydana gelir ve kadın başka bir adamla evlenip daha sonra da boşanmadan ilk koca ile evlenemez. Tek talak yapması ve yeniden evlenmesi durumunda şartlı talakın hükmü ortadan kalkacağından büyük ayrılık meydana gelmemiş olacaktır.³⁰

Tuhfetu's-sukuk isimli sakk kitabında yer alan bir kayda göre; Harem binti Abdullah isimli bir kadın, kocası Ali Ağa hakkında mahkemeye başvurmuştur. Ali Ağa karısı Harem'e; "Bundan akdem eğer bir daha şürb-i hamr eder isem sen benden üç talak boş ol" diye şart ve talik etmiştir. Harem hatun, bu sözlerden iki gün sonra Ali Ağa kasten şürb-i hamr ettiğinden dolayı ben kendisinden üç talak ile boş oldum iddiasında bulunmuştur. Bu sebeple eski kocasının, mehir-i müeccel, iddet nafakası ve süknâya dair alacaklarını eda etmesini mahkemeden talep etmiştir. Durum Ali Ağa'ya sorulduğunda bu iddiaların bir kısmını ikrar bir kısmını inkar etmiştir. Davacı Harem Hatundan iddiaları hakkında beyyine talep

³⁰ "Zeyd: 'Felan fiili işlersem zevcem Hind, üç talak boş olsun' dedikten sonra Zeyd, ol fiili işlemeden Hind'i bir talak ile tatlik edip iddeti münkaziye olduktan sonra Zeyd, ol fiili işleyip badehu Hind'i tezevvüc eylese şart-ı mezbure binaen üç talak boş olur mu? el-Cevab: Olmaz." Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi, haz. Hüseyin Necâti Demirtaş (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014), 10:129-130.

edilmiştir. İki şahit ile iddiasını ispat eden Harem Hatun'un kocasından üç talak ile boşandığı hükmüne varılmıştır.³¹

Diyarbakır şer'iyeye sicillerinde yer alan bir mahkeme kaydına³² göre Sinan ile Zeliha evlidirler. Sinan, karısı Zeliha'ya; "Ramazan ayının ikinci gecesi kumar oynarsam üç talak ile benden boş ol" demiştir. Ramazan ayının ikinci gecesi kumar oynaması sonucu şart gerçekleşmiştir. Zeliha şartlı talakın vaki olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvuruda bulunmuştur.

F. Kocanın Bir Fiili Yapmasını veya Yapmamasını Sağlama Açısından Şartlı Talak

Galata Mahkemesi 259 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydına³³ göre Seyyid Salih ile Hadice evlidirler. Seyyid Salih karısına; "Eğer bundan sonra bir daha balıkçılık ve kayıkçılık yaparsam benden üç talak ile boş ol" demiştir. Seyyid Salih, şarta bağlı talak ifade eden bu sözlerden sonra yine balıkçılık ve kayıkçılık yapmıştır. Mahkeme, Seyyid Salih ile Hadice'nin boşandıklarına hükmetmiştir.

İstanbul Mahkemesi 3 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydına³⁴ göre Dilaver ile Fatıma evlidirler. Dilaver, karısı Fatıma'nın karı-koca ilişkisinden imtina ettiğini ve kocasının evinden başka yerde oturduğunu iddia ederek karısının kendi yanına gelmesini mahkemeden talep etmiştir. Fatıma ise daha önce şartlı talak ile boşandıklarını ve bu sebeple artık karı-koca olmadıklarını iddia etmiştir. Fatıma'nın iddiasına göre kocası Dilaver; "eğer 3 güne kadar seni oturduğumuz bu beldeden başka bir beldeye götürmezsem benden üç talak ile boş ol" demiştir. Ancak bu şartı zamanında yerine getiremeyerek 5 gün sonra karısını başka bir beldeye götürmüştür. Şart vaki olduğundan talakın da vaki olduğunu

³¹ Debbağzâde Numan Efendi, *Tuhfetu's-sukuk*, Dârü't-Tibâati'l-Âmire, İstanbul, 1248, 12-14; Çavuşzâde Mehmet Aziz, *Dürrü's-Sukuk* (İstanbul: Dârü't-Tibâati'l-Âmire, 1277) 1:59. Benzer kayıt için bkz. Yusuf Ziyâeddin, *Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevî's-şukuk*, (*Sakk-i Cedid*) (İstanbul: Matbaa-i Ahmed Kamil, 1329), 64-66.

³² *Diyarbakir Şer'iyeye Sicilleri Amid Mahkemesi 3828 Numaralı Sicil (1135-1242/1723-1827)*, ed. Ahmet Zeki İzgöer (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2013), 447.

³³ İstanbul Kadı Sicilleri 63 Galata Mahkemesi 259 Numaralı Sicil (1137-1138/1724-1725), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 359.

³⁴ İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, 332.

iddia eden Fatıma bu konuda aldığı hücceti de mahkemeye ibraz etmiştir. Dilaver ise söz konusu hücceti reddetmiştir. Hüccette yer alan şahitler mahkemede yeniden dinlenmiş ve Fatıma'nın şartlı talak ile boşandığı şahitler tarafından yeniden ifade edilince mahkeme de Dilaver'in Fatıma'yı rahatsız etmemesine ve davanın son bulmasına karar vermiştir.

Camiu envari's-sukuk isimli sakk kitabında yer alan bir kayda göre; Adile Hatun, Süleyman ile evlenmiştir. Süleyman âkıl, baliğ ve reşid olduğu bir halde iken karısı ile aralarında bir hususta çekişme olmuştur. Bunun üzerine Süleyman, karısı Adile Hatun'a; "eğer sen bundan sonra baban Mehmed'in Laleli Camii civarındaki menziline gidersen benden boş ol" diyerek talakı şarta bağlamıştır. Bunun ardından Süleyman, mecnûn olmuştur. Bu halde iken Adile Hatun, babasının menziline gitmiş ve bundan dolayı aralarında talakın vuku bulunduğunu iddia etmiştir. Adile Hatun, Süleyman'ın vasisi olan Ali'nin; mehr-i müeccel, iddet nafakası ve süknâya dair borçları eda etmesini mahkemeden talep etmiştir. İlgili kayıta kocanın akıllı iken şartlı talak yaptığı ancak daha sonra koca cünûn halinde iken şartın gerçekleştiği dikkat çekmektedir. İleri sürülen şart, kocanın bir fiili olmadığından onun cünûn halinde olması, talakın vaki olmasına ve boşanmanın gerçekleşmesine engel olmamıştır. Mahkeme talaka hükmetmiştir.³⁵

Bedayiu's-sukuk isimli sakk kitabında yer alan bir kayda göre; Abide Hanım, Mustafa isimli bir adamla evlidir. Mustafa bir gün kahveci Mehmet ile çekişirken "eğer senden bey` ve şira edersem zevcem benden üç talak boş olsun" demiştir. Bu vakıadan üç gün sonra Mustafa, Mehmet'ten kahve satın almıştır. Abide Hanım, bu durum sebebiyle şartlı talakın vaki olduğunu iddia ederek mehir ve iddet nafakasını talep etmiştir. Mahkeme, durumu Mustafa'ya sorduğunda Mustafa kahve satın aldığını inkar etmiştir. Kahveci Mehmet gaip olduğundan Adile Hanım üç şahit ile iddiasını ispat etmiştir. Mahkeme bu sebeple talakın vaki olduğuna hükmetmiştir.³⁶

³⁵ Yusuf Ziyâeddin, 66, 67.

³⁶ Şanizâde, Bedayiu's-sukuk (Sakk-i Şanizade), Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi's-sukuk (Sakk-i Cedid) Hamşinde (İstanbul: Matbaa-i Ahmed Kamil, 1329), 46, 47.

G. Kadının Bir Fiili Yapmasını Önleme Açısından Şartlı Talak

Şarta bağlı talakta Osmanlı uygulamasında genellikle kocanın bir şeyi yapıp yapmaması³⁷ şartı talaka bağlanmıştır. Ancak az sayıda olsa da karının yapacağı veya yapmayacağı bir fiilin de şarta bağlandığı örnekler mevcuttur. Üsküdar mahkemesi 2 numaralı sicilde yer alan bir mahkeme kaydı³⁸ bu durumun bir örneğini teşkil etmektedir. Bu kayda göre Yunus ile Ayşe evlidir. Yunus, karısı Ayşe'ye; "Eğer Başçı Karagöz'ün evine varırsan benden boş ol" demiştir. Şarta bağlı talakı doğuran bu lafızdan sonra Ayşe, Başçı Karagöz'ün evine varmıştır. Ayşe, şartın gerçekleştiği gerekçesiyle talakın vaki olması için mahkemeye başvurmuştur. Davasını şahitlerle ispat etmesi sonucu mahkeme boşanmaya hükmetmiştir.

Benzer bir mahkeme kaydında³⁹ da Mustafa ile Şahbula'nın evli olduğu bilgisi yer almaktadır. Mustafa, Şahbula'ya; "Beşir Sipahi'nin evine varmamasını söylemiş ve varması halinde kendinden boş olacağını" söyleyerek şartlı talak

³⁷ Kocanın, kardeşini eve getirmemek üzerine yemin etmesi, getirmesi halinde talakın vuku bulacağını ifade etmesi sonucunda kardeşini yeniden eve getirmesi ve bu sebeple şartlı talakın vuku bulması ile alakalı mahkeme kaydı için bkz. *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (990-991/1582-1583)*, ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 168. Şarta bağlı talakta kocanın bir şeyi yapıp yapmamasının şart olarak belirlendiği örnekler için bkz. *Konya Kadı Sicili 10 Numaralı Defter*, 38; *Konya Kadı Sicili 11 Numaralı Defter (1071-1072/1661-1662)*, haz. İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2014), 238; *Konya Kadı Sicili 45 Numaralı Defter (1126-1127/1714-1715)*, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 398, 399; *Amid Mahkemesi 3715 Numaralı Sicil*, 75; *Amid Mahkemesi 3754 Numaralı Sicil*, 508.

³⁸ "...zevcen olan vâlidem mezkur Ayşe'ye, eğer Başçı Karagöz evine varırsan benden üç talak boş ol diye şart etmiştin sonra mezbur validem zikr olan başçı Karagöz'ün evine vardı diye dava edip gibbe'l-inkar Kılavuz b. Aslıhan ve Hacı Memi b. İbrahim hâzırân olup mezbur vekil Piri'nin min külli'l-vücuha davasına muvafık eda-i şehadet edip şehadetleri bade't-tadil ve't-tahlif hayyiz-i kabulde vaki olup zikr olan Ayşe'nin mezkur Yunus'tan tefrikine hükmolundu." *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (924-927/1518-1521)*, ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 107.

³⁹ *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil (970-971/1562-1563)*, ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 314. Benzer mahkeme kaydı için bkz. *Konya Kadı Sicili 10 Numaralı Defter*, 199; *Konya Kadı Sicili 49 Numaralı Defter (1135-1136/1723-1724)*, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016), 622, 623.

yapmıştır. Bu şartlı talaka rağmen Şahbula, Beşir Sipahi'nin evine gitmiş ve şartın meydana geldiğini söyleyerek talakın sonuç doğurmasını mahkemeden talep etmiştir.

H. Zimmilerin Şarta Bağlı Talaka Başvurması

Rumeli Sadareti Mahkemesinde yer alan bir kayıt⁴⁰, Müslüman olmayan kişilerin dahi İslâm hukukunda cari olan şartlı talak ile boşanabildiklerini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Söz konusu mahkeme kaydına göre Miho ile Pembe isimli iki zimmi evlidir. Miho, karısı Pembe'ye; "1060 senesi Kasım ayına kadar karım Pembe'yi bulunduğu yere gidip de görmezsem karım benden İslâm hukuku kuralları üzerine boş olsun" demiştir. Şart koşulan süre içerisinde karısını görmeye gitmeyen Miho ile Pembe'nin şartlı talak ile boşandıklarına hükmedilmiştir.

Benzer bir mahkeme kaydına⁴¹ göre Yorgi ile Furişine isimli zimmiler evlidir. Yorgi, Furişine'ye; "Bir daha seni döversem veya sana küfredersen benden boş ol" diyerek şarta bağlı talak yapmıştır. Furişine, daha sonra kocasının yine kendisini dövdüğünü ve bu sebeple talakın tahakkuk etmesi gerektiğini iddia ederek mahkemeye başvurmuştur.

Müslüman olmayan kişilerin dahi İslâm hukukunda yer alan şartlı talak uygulaması, dönemin şartları açısından bu uygulamanın zaman zaman gerekli olduğunu göstermesi ve bazen çıkış yolu olarak kullanılması açısından oldukça önemlidir.

⁴⁰ "Vilayet-i Rumeli'nden Avlonya sancağında Argirikası kazasına tâbi Garbş (Grabş) nam karyede sâkine Penbe bt. Niko nam Nasraniye li-ebeveyn kardeşi ve vekili Liko nam zimmi meclis-i şer`-i hatîr-i lazimü't-tevkirde kız karındaşı mezkûre Penbe'nin hâlâ zevci olup mahmiye-i İstanbul'da ekmekçi taifesinden Miho v. Niko nam zimmi muvacehesinde üzerine takrir-i dava edip mezkur Miho zevcesi kız karındaşım mezkure Penbe'yi bin altmış altı senesinde rûz-ı Kasım'a değin karye-i mezkurede varıp görmez isem zevcem mezkure Penbe ile İslâm şer`i üzere boş olsun diye..." İstanbul Kadı Sicilleri 50 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (1067-1069/1656-1658), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 116. Benzer mahkeme kaydı için bkz. Tophane Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (966-967/1558-1559), ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019), 178.

⁴¹ Tophane Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 178.

SONUÇ

Çalışmamızda İslâm hukukunda çok detaylı hükümlere sahip olan şartlı talakın Osmanlı uygulamasında ne şekilde gerçekleştiği incelenmiştir. Osmanlı uygulamasını ortaya koyabilmek için özellikle İstanbul Kadı Sicilleri, Konya Kadı Sicilleri ve Diyarbakır Kadı Sicillerinin transkript edilen kayıtları incelenmiştir. Ayrıca dört tane Osmanlıca sakk kitabı incelenmiştir. Şartlı talak ile alakalı olan bu mahkeme kayıtlarının ve sakk kitaplarının çok büyük bir kısmının, kadınların kocaları ile boşandıkları ancak kocanın bu talakı kabul etmediği gerekçesiyle meydana gelen ihtilaflardan oluştuğu görülmüştür. Az sayıda da olsa henüz herhangi bir ihtilaf olmadan, daha sonra meydana gelebilecek ihtilafları önlemek ve hüccet elde etmek adına şartlı talak lafızlarının tescili amacıyla da mahkemeye başvurulmuştur. Zimmilerin dahi zaman zaman İslâm hukukunda cari olan şartlı talak ile boşanma gerçekleştirdikleri ve bu hususta mahkemeye başvurdukları görülmüştür.

Uygulamaya bakıldığında şartlı talakta ileri sürülen şartların çeşitlilik arz ettiği görülmektedir. Bu cümleden olmak üzere; bir daha şarap içmemek, bir daha kumar oynamamak gibi İslâm dininde haram olan bazı fiiller zikredilmiştir. Özellikle bir daha şarap içmemek üzere şarta bağlı talak yapılmasına ilişkin çok sayıda mahkeme kararı ve sakk kaydı mevcuttur. Kocanın bir yere girmemesi, bir şeyi almaması, kadının bir yere gitmemesi, bir şey yapmaması gibi şartlar da mahkeme kayıtlarında yer almaktadır. Kocanın, karısı üzerine evlenmemesi, nafaka bırakmadan gitmemesi, uzak bir yere gidip uzun süre geri gelmemesi, karısını belirli bir köyden, şehirden çıkarıp başka yere götürmemesi gibi şartlar da mahkeme kayıtlarında yer almaktadır. Kocanın başka bir kişi ile olan alışverişinde sözünün sağlamlığını belirtmek amacı ile şartlı talaka başvurduğuna yönelik sakk kaydı da bulunmaktadır.

Şarta bağlı talak ile alakalı yapılan çalışmalarda bu durumun kadın haklarını zedeleyen bir uygulama olduğu ve bu sebeple ilerleyen dönemlerde bu uygulamadan vazgeçildiğini ifade eden görüşler mevcuttur. Ancak kadı sicillerindeki uygulamalar dikkate alındığında şarta bağlı olarak boşanmanın meydana geldiği örneklerin çoğunda boşanmanın tescili amacı ile bu durumu mahkemeye taşıyan tarafın kocadan ziyade kadınların olması bu uygulamanın önemini ve hakları zedelemekten ziyade koruyucu bir yönü olduğunu

göstermektedir. Zaman zaman kocaların şartlı talak lafızlarını gelişi güzel ve çok düşünmeden kullanmaları sonucu hem kendilerini hem de karılarını zor durumda bıraktıkları ifade edilebilir. Ancak şarta bağlı talakın Osmanlı uygulamasında bazı tıkanıklıkları açmak ve zor durumları önlemek adına önemli bir görevi ifa ettiği yorumunda bulunulabilir. Özellikle Hanefi mezhebinde tefrik sebeplerinin diğer mezheplere göre oldukça sınırlı sayıda olması problemi, sıkı bir şekilde Hanefi mezhebini uygulayan Osmanlı Devleti'nde şartlı talak uygulaması ile bir nebze çözüme kavuşturulmuştur. Gaiplik, uzun süre uzak yerlere gitme, nafaka bırakmadan uzun süre uzak yerlere gitme gibi meselelerin şartlı talakta sıklıkla gündeme gelmesi de Hanefi mezhebinde tefrik sebeplerinin oldukça sınırlı olması probleminin Hanefi mezhebi görüşü içerisinde çözülmesinde zaman zaman etkin rol oynamıştır. Dar tefrik yaklaşımının problemleri tamamen şartlı talak ile ortadan kaldırılmıştır denilemese de bu problemin üstesinden gelme amacı ile başvurulan yöntemlerden bir tanesinin de şartlı talak uygulaması olduğu ifade edilebilir.

Şartlı evlilik hususunda dar yorum yaklaşımında bulunan Hanefi mezhebinde kadının; kocasının kendisi üzerine evlenmemesi veya yaşayacakları yeri belirlemesi gibi durumlarda da şartlı talaktan yararlandığı ifade edilebilir. Çünkü bu durumlarda Hanefi mezhebine göre kadının evlenirken ileri sürebileceği takyidi şartlar oldukça sınırlıdır. Üzerine evlenmeme, ikamet değiştirmeme gibi şartların ileri sürülmesi durumunda nikah geçerli, şart ise geçersiz kabul edilmektedir. Her ne kadar mahkeme kayıtlarında bu konuda doğrudan bir bilgiye ulaşılamasa da evlenirken bu şartı ileri süremeyen kadınların, evlendikten sonra kocalarını ikna ederek şartlı talakta bulunmalarını sağladıklarını düşünmekteyiz. Ayrıca kocanın; dayak atmaması, şarap içmemesi, karısını uzun süre tek başına bırakmaması gibi şartların yansıdığı mahkeme kayıtları, bu şartların kadınlar tarafından kocalarına teklif edildiği izlenimi vermektedir. Mahkeme kayıtlarında zikredilen bu şartların çok büyük bir bölümü kadınların lehine olan şartlardan oluşmaktadır. Ancak nadiren de olsa kocaların, basit meselelerde dahi şartlı talaka başvurması sonucu, evlilik birliğini sona erdirmeye isteği taşımamalarına rağmen talakın vuku bulmasına ve istenmeyen sonuçların meydana gelmesine sebep olmaktadır.

İslâm hukuku kurallarını ve hükümlerini, bağlamı ve şartları dahilinde bütüncül olarak değerlendirmek gerekmektedir. İslâm'ın ve İslâm hukuku

kurallarının tüm alanlarda (herhangi bir boşluk olmaksızın hayattaki tüm ilişki ve alanlarda) uygulandığı durumlarda şarta bağlı talak uygulamasının zararlı olarak görülen yönlerine bakışın değişeceği kanaatindeyim. İslâm hukukunun diğer mesele ve uygulamalarında olduğu gibi şartlı talak uygulamasında da yalnızca günümüz dünyası ve toplumu üzerinden değerlendirme yapmak doğru sonuçlar vermeyecektir. Şarta bağlı talakın caiz olmasının İslâm medeniyetinde yalnızca probleme sebep olmayacağını göstermesi bakımından Osmanlı uygulaması önem taşımaktadır. Osmanlı uygulamasını yansıtan mahkeme kayıtları, şarta bağlı talak uygulaması örneklerinin nadiren problem oluştursa da asıl olarak mesele çözücü bir rol oynadığını göstermektedir.

Şarta bağlı talak ile alakalı çok sayıda mahkeme kaydının olması ve sakk kitaplarında bu konuya ilişkin kayıtların bulunması, Osmanlı toplumunda bu uygulamanın yaygınlığı hakkında açık bir fikir vermektedir. Konu, kadın hakları açısından da değerlendirilmiştir. Kayıtlar dikkatle incelendiğinde toplumsal hayatın seyri bakımından kayda değer bir olumsuzluktan söz etmek pek mümkün gözükmemektedir. Zaman zaman doğrudan karı veya koca haklarını koruyan bu talak türü esas itibarı ile evlilik birliğinin devamını ve bazı problemleri çözmeyi destekleyici bir nitelik taşımaktadır. Ancak bazen bu talak türünün yersiz kullanımı (mesela; bir anlık sinir) ile aslında boşanma istenmemesine rağmen boşanmaların meydana gelmesi de söz konusu olabilmektedir

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Aydın, M. Akif. *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985.
- Aykanat, Mehmet ve Abdüssamet Uslu. "Osmanlı Hukukunda İstidane İzni ve Günümüz Hukukuna Yansımaları." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2018): 411-444.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1988.
- Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Sayram Yayınları, 2019.
- Çavuşzâde Mehmet Aziz. *Dürrü's-Sukuk*. İstanbul: Dârü't-Tıbâati'l-Âmire, 1277.
- Damad, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde, *Mecma`u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi, ts.
- Debbağzâde Numan Efendi. *Tuhfetu's-sukuk*. İstanbul: Dârü't-Tıbâati'l-Âmire, 1248.
- Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3715 Numaralı Sicil (1065/1655)*. ed. Ahmet Zeki İzgöer. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2013.
- Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3754 Numaralı Sicil (1151/1741)*. ed. Ahmet Zeki İzgöer. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2014.
- Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3789 Numaralı Sicil (1135-1136/1722-1724)*. ed. Ahmet Zeki İzgöer. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2013.
- Diyarbakir Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3828 Numaralı Sicil (1135-1242/1723-1827)*. ed. Ahmet Zeki İzgöer. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 2013.
- Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle İslâm Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras)*. Konya: İslâm Hukuku Külliyyatı Yayınları, 1977.

- Halebî, İbrâhim b. Muhammed b. İbrâhim el-Halebî el-Hanefî. *Mülteka'l-Ebhur (Mecmau'l-Enhur Şerhiyle)*. Tahkik: Halil İmran Mansur. Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1419/1998.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin. *Reddü'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*. çev. Ahmed Davudoğlu. 17 Cilt. İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983.
- İpşirli, Mehmet. "Bab Mahkemesi." *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 4:362. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- İstanbul Kadı Sicilleri 43 Tophane Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (966-967/1558-1559)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 48 Beşiktaş Mahkemesi 63 Numaralı Sicil (1061-1062/1651-1652)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 50 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (1067-1069/1656-1658)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 51 İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (1072-1073/1661-1663)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 53 Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (1081/1670-1671)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 63 Galata Mahkemesi 259 Numaralı Sicil (1137-1138/1724-1725)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (1143-1144/1730-1732)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 66 Bab Mahkemesi 151 Numaralı Sicil (1143-1144/1731)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 68 Üsküdar Mahkemesi 396 Numaralı Sicil (1150-1151/1737-1738)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 70 Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (1154-1155/1740-1742)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 72 Eyüb Mahkemesi 182 Numaralı Sicil (1154-1161/1741-1748)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 74 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (1171-1172/1758)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ, 2019.

- İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (1102/1691)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 19 Numaralı Sicil (1028-1030/1619-1620)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 74 Numaralı Sicil (1072-1073/1661-1662)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (1027/1618)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (919-927/1513-1521)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2008.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (924-927/1518-1521)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil (970-971/1562-1563)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı sicil (987-988/1579-1580)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (990-991/1582-1583)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (940-942/1534-1536)*. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- Kaya, Süleyman. "Mahkeme Kılavuzu: Sakk Mecmuaları." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005): 379-416.
- Konya Kadı Sicili 10 Numaralı Defter (1070-1071/1659-1661)*. haz. İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2014.
- Konya Kadı Sicili 11 Numaralı Defter (1071-1072/1661-1662)*. haz. İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2014.
- Konya Kadı Sicili 150-151 Numaralı Defter (1903-1907, 1898)*. haz. H. Ahmet Arslantürk, M. Sait Türkhan. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2012.

- Konya Kadı Sicili 37 Numaralı Defter (1102-1103/1691-1692)*. haz. İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2015.
- Konya Kadı Sicili 38 Numaralı Defter (1103-1104/1692-1693)*. haz. İbrahim Solak, İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili 45 Numaralı Defter (1126-1127/1714-1715)*. haz. İzzet Sak, Cemal Çetin. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Konya Kadı Sicili 49 Numaralı Defter (1135-1136/1723-1724)*. haz. İbrahim Solak, İzzet Sak. Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2016.
- Mehmed Zihni Efendi. *Nimet-i İslâm*. çev. M. Rahmi. İstanbul: Sağlam Kitabevi, 1978.
- Mergînânî, Ebu'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî. *el-Hidâye fî şerhi bidâyeti'l-mübtedi*, thk. Talâl Yusuf. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi.
- Midilli, Muharrem. "Osmanlı Fetvalarında Kadınların Ayrılık Elde Etme Yolu Olarak Şartlı Talak (16-18. Yüzyıllar)." *İslâmi İlimler Dergisi* 17, no. 2 (2022): 31-52.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz b. Ali. *Dürerü'l-hükkâm şerhi güreri'l-ahkâm*. Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye.
- Okur, Kaşif Hamdi. "İslâm Hukukunda Boşama Yemini (Talaka Yemin) Meselesi." *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8, no. 5 (2009): 5-30.
- Sevgili, Macit. "Molla Abdurrahman el-Pencvini ve Edavatu't-Talik Adlı Manzum Fıkıh Risalesi." *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 43 (2020): 76-106.
- Şanizâde. *Bedayiu's-sukuk (Sakk-i Şanizade), Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi's-şukuk (Sakk-i Cedid) Hamişinde*. İstanbul: Matbaa-i Ahmed Kamil, 1329.
- Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*. haz. Hüseyin Necâti Demirtaş. İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2014.
- Yakut, Esra. "İslâm-Osmanlı Hukukunda Erkek Tarafından Koyulan Şart veya Belirlenen Süre ile Evlilik Akdinin Sona Erdirilmesi." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 4 (2016): 63-71.

Yusuf Ziyâeddin. *Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi'ş-şukuk*, (*Sakk-i Cedid*).
İstanbul: Matbaa-i Ahmed Kamil, 1329.

Zuhayli, Vehbe. *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*. Çev. Nurettin Yıldız vd. İstanbul: Risale
Yayınevi, 1994.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ STATÜSÜ ÜZERİNE

*On the Status of Presidential Decisions in the Hierarchy of
Norms*

Veysel GÖRÜCÜ*

Öz

16 Nisan 2017’de yapılan halk oylaması ile getirilen en önemli hukuksal araçlardan biri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’dir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Anayasa değişikliği kapsamında yeni hükümet sistemi ile yapılan değişikliklerle en çok öne çıkanlardan biri Cumhurbaşkanına verilen bir yetki olarak TBMM’den bir yetki kanununa dayanmaksızın kararname çıkarılabilmesidir. Kararname çıkarma yetkisi ise genel, soyut ve bir kez kullanmakla etkisi tükenmeyen norm koyma gücünü anlatmaktadır. 16 Nisan 2017’de yapılan değişiklik öncesinde yani Parlamenter hükümet sisteminde, kuvvetler ayrılığının bir zorunluluğu olarak norm koyma yetkisi TBMM’ye aittir. Ancak 16 Nisan 2017’de yapılan değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanına verilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi bu hususa ayrıksı bir düzenleme getirmektedir. Çalışmada yeni anayasal düzen içerisinde ve hukuki rejim çerçevesinde yürütmenin düzenleyici işlemleri olarak nitelenen Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, diğer düzenleyici işlemler ile karşılaştırmalı

* Dr. Öğretim Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı. veysel.gorucu@hku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3578-7646.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 07.05.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 08.10.2024.

Atıf/Citation: Görücü, Veysel. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Statüsü Üzerine." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1698-1737.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

olarak, yeni düzenleme sınırları gözetilerek irdelenmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hem olağan dönem hem de olağanüstü dönem olmak üzere iki farklı hukuki rejimde Anayasa Mahkemesi kararları ışığında tartışılarak normlar hiyerarşisindeki statüleri, doktrindeki karşılaştırmalı görüşler etrafında ele alınmaya çalışılmıştır. Özellikle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Modeli içinde normun irdelenmesi yeni sistemin işlevselliği açısından da önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hukuki Rejimi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasallık Denetimi ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenebilecek Alanlar

Abstract

One of the most important legal instruments introduced by the referendum held on April 16, 2017 is the Presidential Decree. One of the most prominent changes made with the Presidential Decrees and the new government system within the scope of the Constitutional amendment is the ability to issue decrees without relying on an authorization law from the Turkish Grand National Assembly, as an authority given to the President. The power to issue decrees describes the power to set norms that are general, abstract and whose effect does not end once used. Before the amendment made on April 16, 2017, that is, in the Parliamentary government system, the authority to set norms as a requirement of the separation of powers belonged to the Turkish Grand National Assembly. However, the authority to issue a Presidential Decree given to the President after the amendment made on April 16, 2017, brings a unique regulation to this issue. In the study, Presidential Decrees, which are described as regulatory acts of the executive within the new constitutional order and legal regime, were examined in comparison with other regulatory acts, taking into account the new regulatory limits. Presidential Decrees were discussed in the light of the Constitutional Court decisions in two different legal regimes, both the ordinary period and the extraordinary period, and their status in the normal hierarchy was tried to be discussed around comparative views in the doctrine. Examining the norm, especially within the Presidential government system model, is also important for the functionality of the new system.

Keywords: Presidential Decree, the Legal Regime of the Presidential Decree, the Constitutionality Control of the Presidential Decree and its Place in the Hierarchy of Norms, The Areas that can be Regulated by the Presidential Decree.

GİRİŞ

2017 yılı referandumunu ile 9 Temmuz 2018'de yürürlüğe giren yeni modeller parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Modeline geçilmiştir. Değişikliklerle birlikte Cumhurbaşkanının etki ve yetkileri çok ciddi biçimde artırılmıştır. Anayasanın 104. maddesine göre yapılan değişikliklerle birlikte "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹ çıkarabilir."

Parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi ile Bakanlar Kurulu ile Başbakanlığın kaldırılması ve yürütmeye ilişkin yetkilerin Cumhurbaşkanlığında² toplanmıştır. Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan 11. maddesine göre "Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz."³ Burada belirtilen madde Anayasa'nın normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde olduğunu göstermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de hukuk sistemimizde etkin olmasıyla Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabilen ve kanun işlevinde rol alan önemli hukuksal bir kurum olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, "Gücünü kanundan değil, Anayasadan" almaktadır. Yürütmeye izin verilen alanlarda düzenleyici işlem olarak yapılabilmektedir. 2017 Anayasa değişikliği ile yürütme organına, yürütmenin tüm alanlarına özel düzenleme alanı verilmemiştir.⁴ Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de Anayasa'nın belirttiği sınırlar içerisinde çıkarılabilmektedir.

¹ Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 14; Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Ankara Barosu Dergisi* 75, no. 3 (2017): 32; Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 1.

² Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 164 - 166.

³ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Temel Hukuk Dizisi, 2022), 53.

⁴ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 712.

I. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ İLE YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER YAPMA YETKİSİ

Parlamentar hükümet sisteminde, Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlem yapma adına en önemli hukuksal araçlarından biri kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisiydi. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş ile yürütme erkinin kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmış ancak yeni sistemle Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanı kararnamesi çıkartma yetkisi verilmiştir.⁵

2017 Referandumuyla Bakanlar Kurulu'nun tüzük çıkarma yetkisi de Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasıyla sona ermiştir. İdarenin düzenleyici işlemlerinden olan tüzük ve yönetmelik uygulama alanı açısından irdelendiğinde yönetmelikler tüzüklerin aksine, kanunlar hakkında daha sınırlı bir düzenleme alanı bulunmaktadır. Yeni hükümet sistemine geçilmesiyle eskiden Bakanlar Kurulu'nun görev ve yetkisinde bulunan kanunları uygulama hususu yeni sistemde Cumhurbaşkanı yürütür şeklindedir.

Anayasanın geçici maddesine göre (geçici m.21/F), "Önceki dönemde çıkarılmış bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir."⁶ Dolayısıyla artık çıkarılma olanağı bulunmayan bazı kural tipleri geçmişte çıkarıldığı için uygulanmaya devam edecektir. Anayasamıza göre 2017 halk oylaması öncesi dönemde yürürlüğe girmiş olan KHK (Kanun Hükmünde Kararname), Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler, tüzükler ve idarenin diğer düzenleyici işlemleri kaldırılınca kadar geçerlidir.

Yeni hükümet sistemimizde yürütme organı olan Cumhurbaşkanına verilen düzenleyici işlem çeşitleri olarak Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve yönetmelikler öngörölmüş olmakla birlikte Cumhurbaşkanının başka adlar

⁵ Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, erişim tarihi Ekim 19, 2023, <https://www.anayasa.gov.tr/media/6184/yavuz-atar.pdf>, 241.

⁶ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 241.

altında düzenleyici işlemler yapması da elbette yetkisi dâhilindedir. Yürütme erki, kanun veya kararnamelere dayanmak suretiyle önceki hükümet sistemimizde olduğu gibi Bakanlar Kurulu ve Başbakanlığın çıkardığı nitelikte karar, genelge, tebliğ gibi isimler altında genel, soyut ve objektif kaideler içeren düzenlemeler yapabilir. Anayasanın idarenin kuruluşunu düzenleyen 123. madde ve 126. maddesinde⁷ merkezi idare teşkilatının kanunla düzenleneceği açıkça belirtilmiştir. Anayasada (m.123 ilk cümle) açıkça idari teşkilatın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değil kanun ile düzenleneceği açıkça ifade edilmektedir. Ancak aynı maddenin devamında “Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulur.” denilmek suretiyle adeta aynı madde içerisinde çelişen hükümler ile adeta aynı madde içerisinde birbiri ile çelişen hükümlere yer verilmiştir.

Öte yandan, Anayasa 106. maddenin son fıkrasında, “Bakanlıkların kurulması,⁸ kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenir.” hükmü de yer almaktadır. Bu durumda, 123. maddenin ilk cümlesinde yer alan “idare kanunla düzenlenir” hükmüne adeta sınırsız derecede bir istisna getirilmektedir. Aynı şekilde, 104. maddede yer alan “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” düzenlemesi de bahse

⁷ 1982 Anayasası madde 123: “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” madde 126: “Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır. Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.”

⁸ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 152.

Bu alanda Cumhurbaşkanınca kararname çıkarılabilmesi için, bakanlıkların teşkilâtı, görev ve yetkileri konusunda yürürlükte olan kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin ilga edilmesi veya değişiklikler yapılması gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle 9 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı KHK yapıldı. Bu KHK ile, bazı bakanlıklar kaldırıldı, bazılarının ismi değiştirildi, bazıları ise birleştirildi. Özellikle bakanlıkların teşkilatlarını ve görevlerini düzenleyen hükümler kaldırılarak, bu hususların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesinin önü açıldı. Akabinde de 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilâtı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılarak bakanlıkların yapısı, görev ve yetkileri yeniden düzenlendi.

konu 123. maddenin ilk cümlesinde yer alan düzenlemeye çok genel bir istisna getirmekte ve adeta söz konusu düzenleme anlamsızlaşmaktadır.

Yasama yetkisinin asliliği TBMM'nin kanun yaparken Anayasaya aykırı olmamak şartıyla herhangi bir konuda doğrudan doğruya düzenleme yapabilmesini ifade etmektedir. Yönetmelikler "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bunlara aykırı olmayacak şekilde çıkarılan idari düzenleyici işlemlerdir."⁹ İdarenin yapmış olduğu idari düzenleyici işlemler kural olarak kanuna dayanan (secundum legem) işlemlerdir. Ancak 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğiyle tüzük ve KHK kaldırılmış yerine getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan bir yetki olarak yürütmeye yani Cumhurbaşkanı'na verilmiş bir yetkidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de bir yasaya dayanmak zorunda olmadıklarından onların da aslilik özelliğine sahip olduğu söylenebilir.

Yasama yetkisinin devredilmezliği, kanun ihdas etme gücü ve yetkisi elinde olan yasama organından başka bir organa devredilememesini ifade etmektedir. Bu husus Anayasa m. 7' de de "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." şeklinde düzenlenmiştir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Bakanlar Kurulu TBMM'den yetki kanunu almadan KHK çıkarmamaktaydı ancak Anayasa değişikliği sonrasında yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'na doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetki olarak herhangi bir yetki kanununa gerek olmaksızın kararnama çıkarma yetkisi verilmiştir.

Doktrinde Barın'a göre CBK'lerin sıklıkla değiştirilmesi, yeni hükümet sistemindeki devlet tasavvuruna dair arayışın hükümet sistemi değişikliği yapılmış olmasına rağmen devam ettiğini göstermektedir. Ayrıca Anayasa değişikliği kanununun halkoylamasında kabulü sonrasında uyum yasalarının TBMM'de yeterince tartışılmamış olması, tüm değişikliklerin KHK'lar ile yapılmış olması ve bu dönüşümün kısa sürede gerçekleştirilmesi Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin altyapısının yeteri kadar hazır olmadığı

⁹ Turan Yıldırım, *İdare Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 414.

izlenimine neden olmuştur. Bu tablo yasama ve yürütme organlarının yeni hükûmet sisteminin istikrarlı bir şekilde uygulanmasını sağlayabilecek titizlikle çalışmadığı şeklinde yorumlanmaya müsait olduğunu ifade etmektedir.¹⁰

II. CUMHURBAŞKANININ CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ ÇIKARMA YETKİSİ HAKKINDA

Cumhurbaşkanının, Anayasada belirtilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenen görev ve yetkileri bulunmaktadır (AY m.104): Cumhurbaşkanının Anayasada sayılan yetkileri, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yapmak; Anayasa m.104/17'deki kanuna dayanmadan ancak kanuna aykırı¹¹ olmamak kaydıyla kararname CBK (Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri) çıkarmak ve kanunların veya CBK'lerin uygulanmasını ve yorumlanmasını göstermek üzere bunlara dayanan ve bunlara aykırı olamayan yönetmelik ve diğer idari düzenlemeler yapmak şeklinde sıralanabilir.¹²

“Anayasa m.104/17'deki sınırlamalara ve kurallara uygun olarak, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (m.104), Bakanlıkların görev ve yapılanması (m.106), Devlet Denetleme Kurulu (m.108) ile Milli Güvenlik Kurulunun (m.118) görev ve yapısını düzenlemek ve Yürütme yetkisine ilişkin diğer konularda (m.104) asli düzenleme yetkisi çerçevesinde kanunlara dayanmak zorunda olmamakla birlikte normatif yönden kanunların altında olan ve kanunlara aykırı olamayan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) çıkarmak”;

“Olağanüstü hallerde kanunlara eşdeğer biçimde (kanun kuvvetinde) kararnameler (OHAL CBK'si) çıkarmak (m.119)”

“Kanunların ve CBK'lerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, tipik idari düzenleme şeklinde, yönetmelikler (ve diğer idari düzenlemeler) yapmaktır (AY m.104).”

¹⁰ Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükûmet Sisteminin Tahlili,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Armağan, no. 2 (2022): 311.

¹¹ AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11.10.2023.

¹² Ali D. Ulusoy, *Yeni Anayasal Sistemde Yürütme'nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri* (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020), 1408.

Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte aynı zamanda (yukarıda sayılan) “Açıkça CBK ile düzenlenebileceği belirtilen konularda, eğer o konu yürürlükteki bir kanunla açıkça düzenlenmemişse CBK ile Cumhurbaşkanını düzenleme yapılabilir.” Anayasa Mahkemesi'ne göre “Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konuyu kanunla öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'lerle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'lerle düzenleme yapılabilir.”¹³

Cumhurbaşkanı tarafından “Cumhurbaşkanı Kararı” adıyla da işlemler yapılmaktadır. Normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanını Kararları, CBK'nin altındadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanını kararı, sadece kanunlara değil, CBK'lere da aykırı olamaz.

CB kararı ile CBK ile aynı kavram olmayıp Cumhurbaşkanını'nın Anayasadan kaynaklanan ve m.104/17 kapsamında kullandığı asli düzenleme yetkisini ifade etmeyen ve Cumhurbaşkanını'nın bir kanuna (veya CBK ya) dayanarak rutin idari yetkileri kapsamında yaptığı idari işlemi ifade etmektedir. Bir kanunu veya CBK'ni referans almadan CB kararı çıkarılamaz. Normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanını Kararı CBK'nin altındadır. O nedenle CB kararı sadece kanunlara değil CBK'lere de aykırı olamaz. CB kararları idari düzenleyici işlem niteliğinde ve idari işlem olabilir. CB kararı aslında tam olarak eski sistemdeki bakanlar kurulu kararına eşdeğerdir. CB kararı aslında tam olarak eski sistemdeki tüzüklerle kanunlar/ KHK'lar arasında bir konumdadır.¹⁴

¹³ AYM, E. 2023/104, K. 2023/177, 11.10.2023. İlgili kararda “Bu itibarla dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda (3) numaralı CBK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevler arasında yer alan spor müşavirlerini atamaya yetkili merci ve atama usulü bakımından 3289 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün uygulanacağı açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın spor müşavirleri yönünden kanunun açıkça düzenlediği bir konuya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.” denilerek kanunun açıkça düzenlediği konularda kararname çıkarılamayacağı kararı verilmiştir.

¹⁴ Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 319.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, kanunlarla düzenlenmemiş ve Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olmak kaydıyla yürütme yetkisine ilişkin konularda ve ayrıca Anayasada belirtilen münhasır alanlarda, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan doğruya Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak çıkardığı düzenleyici işlemlerdir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile birlikte Cumhurbaşkanı kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan düzenleme yetkisine kavuşmuştur. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri diğer idari düzenleyici işlemler gibi kanuna dayanmak zorunda değildir. Bu da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine asli ve ilk elden düzenleme gücü vermektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aynı konuyu bir kanunun da düzenlemesi durumunda kararname devre dışı kalıyorsa da o ana kadar kanun gücündedir.¹⁵

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Anayasa'dan doğrudan alınan yetkiye dayanarak çıkarılan genel idari düzenleyici işlemlerdir. Olağan dönemde çıkarılmış olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri normlar hiyerarşisi anlamında kanuna denk değildir ancak asli ve ilk elden yetki kullanması bakımından nitelik itibarıyla kanunlar gibidir. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmamaktadır. Ülgen'e göre kanunun üstünlüğüne dayanan sistemin devam ettiği söylenebilir.¹⁶ Kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri arasında bir "norm çatışması" yaşandığında, "kanun hükümleri uygulanır" denilerek doğrudan Anayasa ile sorunun çözümü sağlanmış gözükmektedir.

Anayasa'da CBK'lerin yürürlüğe girme usulünde Resmi Gazete'de yayımlanarak (ayrıca bir tarih belirtilmemişse) yürürlüğe girer. (104/19)". Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan "temel haklar", "kişi hakları ve ödevleri" ile dördüncü bölümünde yer alan "siyasi haklar

¹⁵ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 79.

¹⁶ Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 37.

ve ödevler” CBK’ler ile düzenlenemez. Başka bir ifadeyle olağan dönem CBK’ler ile sadece “ekonomik ve sosyal hak ve ödevlerle” ilgili “düzenleme” yapılabilir.

Yetki Kanunu’na ve TBMM’nin onayına dayanması gerekmediğinden Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ilk elden cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmektedir. Kararnameler organik açıdan idari işlem maddi açıdan ise düzenleyici işlem niteliğindedir.¹⁷

Doktrinde Çağlayan’a göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, kanun hükmünde olmamakla birlikte asli düzenleme yetkisine sahip oldukları, kanuna uygun olmak zorunda olmamaları ve yargısal denetimlerinin kanun ve eşdeğer işlemlerin denetimini yapmakla görevli Anayasa Mahkemesi’nce yapılması nedenleriyle kanuna eşdeğer işlem olarak kabul edilmektedir.¹⁸ Ayrıca CBK’lerin düzenlediği konuda kanun çıkarılmasıyla CBK’lerin hükmünü yitirmesi hususu da bulunmaktadır.

Olağanüstü dönemde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunla aynı sıradadır. Olağanüstü dönemde kanunla çeliştiği durumlarda özel hüküm olarak yorumlanıp olağanüstü hâl sırasında çıkartılan olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnameleri uygulanır fakat olağanüstü hâl bittikten sonra yine kanunlar uygulanmaya devam edilir. Normlar hiyerarşisinde olağanüstü hallerde çıkarılan CBK’ler meclis içtüzükleri ve uluslararası antlaşmalar ile kanunla aynı sıradadır.¹⁹

Milletlerarası antlaşmalar ise kanun hükmündedir. Bu durumda milletlerarası antlaşmalar ile kanunlar arasında farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır (Any m.90). Akyılmaz/Sezginer/Kaya’ya göre de Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar uyuşmazlık çözümünde kanundan üstündür. Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek

¹⁷ Oğuz Sancakdar ve diğerleri, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 86.

¹⁸ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 327-328.

¹⁹ Halil Kalabalık, *Kısa İdare Hukuku, İdare Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 34.

uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü getirilmiştir. Getirilen değişiklik bazı konularda sınırlı olsa da milletlerarası antlaşmaların Türk hukukundaki yerini netleştirmiştir. Değişiklik sonucunda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların çatışma halinde, kanunlardan üstün olduğu benimsenmiştir. Bu değişikliğe göre milletlerarası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu tek nokta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalardır. Diğer konulardaki anlaşmalar bakımından üstünlük söz konusu değildir.²⁰ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası antlaşmalar kanunla çatıştığı durumlarda kanunların üstünde olması durumu gözetildiğinde, olağan dönemde çıkarılan CBK'leri, kanaatimizce kanun işlevinde bir norm olması ve aynı konuda kanun çıkınca işlevsiz kalması unsurları birlikte gözetildiğinde; olağan dönemde çıkarılan CBK'lerin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar karşısında normlar hiyerarşisinde altında yer aldığını söylememiz mümkündür.

Ancak doktrinde Çınarlı ve Yıldırım'a göre, Avrupa Birliği ile yaptığımız antlaşmalar uluslar üstü değil uluslararasıdır. Bu nedenle normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında yer alır fakat Avrupa Birliğine tam üyelik söz konusu olursa Avrupa Birliğine girmek için yapılacak antlaşmanın niteliği uluslar üstü olacağı için ancak Anayasa 6. madde ile 90. maddenin değiştirilerek imzalanması gerekecektir. Bu durumda Avrupa Birliği ile yapılacak milletlerarası antlaşma normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın üstünde yer alacaktır şeklindedir.²¹

Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri parlamenter sistemdeyken çıkartılabilen kanun hükmünde kararnamelerin normlar hiyerarşisinde altında yer almaktadırlar. 2018 yılında yürürlüğe giren Anayasa değişikliğiyle kanun hükmünde kararname uygulamasına son verilmiş olmakla beraber, halen yürürlükte olan kanun hükmünde kararnameler da kurallar hiyerarşisinde

²⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 56. Ayrıca bkz. Faruk Bilir, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2005): 82.

²¹ Serkan Çınarlı ve Ramazan Yıldırım, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II* (Ankara: Astana Yayınları, 2019), 289.

CBK'lerin üstündedir. Zira KHK, kanunlarda değişiklik yapabilen, kanun hükmünü yürürlükten kaldırabilen "kanun gücünde" hukuki tasarruflardır. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'ya göre bu nedenle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin yürürlükteki kanun hükmünde kararnamelere uygun hükümler ihtiva etmesi gerekir. Aksi halde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürürlükteki kanun hükmünde kararnamelerden farklı hükümler bulunması halinde kanun hükmünde kararname hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle kanun hükmünde kararnameler ancak kanunla kaldırılabilir.²² Bu görüşe biz de katılmaktayız. Çünkü KHK'ları niteliği ve hukuki rejimi itibariyle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile aynı terazide görmek doğru değildir.

Anayasa Mahkemesi kararları²³ da kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinden üstte olduğunu göstermektedir. KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılamaması gerekir.²⁴ Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler "ancak" kanunla sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin kararında²⁵ Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen hususların kanunla düzenlenmesi öngörülen konular olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla CBK'ler ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün değildir.

Cumhurbaşkanı'na, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile asli düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır (AY m.104/17). Anayasa'nın CBK ile düzenlenebilecek hususlar arasında Bakanlıkların kuruluş, teşkilat ve görevlerini saymasına rağmen Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kuruluş, teşkilat ve görevlerini saymaması ilginçtir. Üstelik önceki Anayasa'da bile kendi teşkilatını düzenleme hususunda Cumhurbaşkanı'na istisnai biçimde asli düzenleme yetkisi tanınmışken Anayasanın yeni halinde Cumhurbaşkanı'na bu yetkinin tanınmak istenmemiş olması düşünülemez. Bu durum belki Cumhurbaşkanlığı teşkilatının zaten CBK ile düzenleyebileceği ihtimaliyle açıklanmaya çalışılabilir. Bakanlıkların kuruluş

²² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 67.

²³ AYM, E. 2023/104, K. 2023/177, 11.10.2023.

²⁴ AYM, E. 2019/78, K. 2020/6, 23.01.2020.

²⁵ AYM, E. 2021/131, K. 2024/51, 22.2.2024.

ve görevlerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngörüp mahalli idarelerin ve diğer özerk idarelerin kuruluş ve görevlerini CBK ile düzenlemeyi öngörmemiş olması, Anayasa koyucu özerk idarelerin değil ama genel idarenin kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenlenmesini mümkün gördüğü şeklinde yorumlanabilir.²⁶

İdarenin yasallığı ilkesi kapsamında idarenin yapacağı her düzenlemenin açık bir kanun hükmüne dayanması beklenmese de, idarenin “genel” düzenleme yetkisini idarenin yasallığı²⁷ ilkesinden tamamen bağımsız biçimde düşünmek ve uygulamak olanaksızdır. Anayasa’da somut olarak sayılan bu konular dışında CBK çıkarılabilmesi ancak Anayasa m.104/17 hükmündeki kısıtlamalar kapsamına girmemesi halinde mümkün olabilir.²⁸

A. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimine Bakış

Anayasaya göre (m.104/17), “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemez.

Anayasa Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini, “olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (m.104/17)” ve “Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (m.119/6)” olarak düzenlemiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Anayasa’da belirtilen alanlarda ve kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olmak kaydıyla, Cumhurbaşkanı’nın doğrudan doğruya Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak

²⁶ Ulusoy, Yeni Anayasal Sistemde Yürütme’nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 1408.

²⁷ 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için yasallık ilkesine ayrı ve özel bir vurgu yapılmış olup, bunların kanunlara aykırı olamayacağı ve kanunlarla çelişmeleri halinde kararname değil, kanun hükümlerinin geçerli olacağı Anayasada açıkça vurgulanmıştır (m.104/17).

²⁸ Ulusoy, Yeni Anayasal Sistemde Yürütme’nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 1399.

çıkardığı düzenleyici işlemlerdir. CBK'ler de kanunu değiştiremeyecek veya yürürlükten kaldıramayacaktır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak çıkardığı idari düzenleyici işlemlerdir. Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkarırken yetkisinin sınırı kararnameyle düzenlemek istediği alanın kanunlarla düzenlenmemiş ve Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olması gerekmektedir. Anayasa m.104/17 'ye göre "Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleyici işlem yapabilir." Ancak elbette ki bu düzenleme yetkisi sınırsız değildir. "Olağan dönemde çıkarılmış olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Anayasa'nın ikinci kısım üçüncü bölümünde düzenlenen sosyal ve ekonomik haklar düzenlenebilir." Tabi bu alanda da düzenleme yapılabilmesi için aynı konuda kanunla düzenlenmemiş olması ya da Anayasa'da kanunla düzenlenme şartının bulunmaması gerekir.²⁹

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenecek alanlar Anayasa'da şu şekilde sıralanmıştır:

1)"m. 106/11: Bakanlıkların kurulması, kaldırılması görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir".

2)"m. 108/son Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir."

3)"m. 104/9: Üst kademe yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenler."

4)"m. 118/son: Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenir."

5)"m. 123/son: Kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulur".

²⁹ Ömer Keskinsoy, Semih Batur Kaya ve Temel Meri, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 75, no. 4 (2020): 1399.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin normlar hiyerarşisindeki konumunu anlamak için idari işlemleri yapan organa göre yapılan idari işlemin tasnifine bakacak olursak; Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabildiği için organik anlamda bir yürütme işlemidir. Ancak bu kararnamelerin işlevine bakacak olursak asli ve ilk elden düzenleme yetkisinin de olduğu nazara alınarak işlevsel açıdan bir yasama işlemidir. İşte burada da bahsettiğimiz gibi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin Anayasa ile getirilmiş bulunan belli sınırlamalar dışında asli ve ilk elden düzenleme yetkisinin bulunması kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanuna eşit olmayan ancak kanundan sonra gelen diğer bütün idari düzenleyici işlemlerin üzerinde bir konuma sahiptir.³⁰

*Anayasa Mahkemesi kararında*³¹ 7142 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de Anayasa'da yapılan değişikliklerle parlamenter hükûmet sistemi yerine Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemine geçildiğinden yeni hükûmet sistemine geçiş için yapılan değişikliklerin ilgili kanunlarda bazı düzenlemelerin yapılmasını gerekli hâle getirdiği belirtilmiş, bu kapsamda çıkarılacak KHK ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi'nin gerektirdiği düzenlemelerin yapılmasının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bu çerçevede Anayasa'da yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla bazı kanun ve KHK'lerde değişiklik yapılması için 703 sayılı KHK çıkarılmıştır. KHK Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadığı tespit edilir. KHK'ler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Anayasa'nın mülga 91. maddesinde kimi konuların KHK'lerle düzenlenmesi yasaklanmıştır. Aynı şekilde Anayasa'nın mülga 163. maddesinde de Bakanlar Kurulu'na KHK ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemeyeceği belirtilmiştir. Bu kurallar uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kuruluna ancak KHK ile düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda KHK çıkarma yetkisi verebilir.

³⁰ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2018), 559.

³¹ AYM E. 2018/117, K. 2023/212, 07.12.2023. 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı kurallarının Anayasa'ya aykırı olduklarına ve iptallerine karar vermiştir.

Bu itibarla Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden dayandıkları yetki kanununa uygun olmadığı ya da yasak alana giren bir konuda düzenleme yaptığının tespit edilmesi durumunda KHK kuralının Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca iptali gerekecektir. KHK kuralının Anayasa'nın mülga 91. maddesi yönünden denetimi yapılırken belirtilen hususlar bakımından öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Belirtilen hususlardan herhangi biri yönünden aykırılığın tespit edilmesi KHK kuralını Anayasa'ya aykırı kılacaktır.

Öte yandan yargısal denetimde bir KHK'nin mülga 91. maddedeki ölçütler yönünden Anayasa'ya uygun bulunması onun anayasallık denetiminin tamamlanması için yeterli değildir. Başka bir ifadeyle mülga 91. maddedeki ölçütler yönünden Anayasa'ya uygun bulunan KHK'lerin aynı denetimde içerik itibarıyla da Anayasa'ya uygun olup olmadığının ayrıca saptanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen çerçevede yaptığı incelemede, 703 sayılı KHK'nin bazı kurallarını 7142 sayılı Kanun'un kapsamında bulunmadığı (birçok örnek arasından bkz. KHK'nin 12. maddesinin (o) bendiyle 3289 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 34. maddesi, KHK'nin 16. maddesinin (b) bendiyle 4059 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 7. maddesi), bazılarını 7142 sayılı Kanun'un amacıyla bağdaşmadığı (birçok örnek arasından bkz. KHK'nin 9. maddesinin (e) bendiyle 6446 sayılı Kanun'un 26. maddesinin (6) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralar), bazılarını 7142 sayılı Kanun'un hem kapsamına girmediği hem de amacıyla bağdaşmadığı (birçok örnek arasından bkz. KHK'nin 19. maddesinin (b) bendiyle 5253 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde, KHK'nin 22. maddesinin (b) bendiyle 652 sayılı KHK'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 13. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "*Milli Eğitim Bakanlığınca*" ibaresi ile üçüncü cümlesinde yer alan "*Bakanlık bu yetkisini*" ibaresi dışında kalan kısmı), bazılarını ise KHK ile düzenlenmesi yasak olan hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme içerdiği (birçok örnek arasından bkz. KHK'nin 6. maddesinin (b) bendiyle 6004 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 8. maddesi, KHK'nin 11. maddesinin (c) bendiyle 351 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 11.

maddesi) gerekçeleriyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca bazı kuralları da içerik yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.³²

1. CBK ile Kanun Arasındaki Farklı ve Aynı Yönler

2017 Anayasa değişikliği ile bu konuda pratikte gelen yenilik, aslında bir idari makam olan Cumhurbaşkanına Yasamanın çıkaracağı kanunu referans almadan birçok konuda "asli" yani ilk elden idari düzenleme yetkisi tanınmasından ibarettir.³³ Anayasamızın ilgili maddesine göre, yürürlükteki kanunlarda düzenlenmiş olan hususlarda kararname ile düzenleme yapılamayacağı belirtilmiştir. Kanunda düzenlenmiş konularda açıklık bulunması durumunda tamamlayıcı olarak kararname ile düzenleme yapılmasına engel bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, üst kademe yöneticilerinin atanması hususunda 3 sayılı CBK ile ilgili verdiği iptal kararında özetle ancak Anayasa'da açıkça kanunla düzenlenmesi belirtilen hususlarda veya kanuni bir düzenleme varsa Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleyici işlem yapılamayacağı konusunda karar vermiştir.³⁴ Anayasa'ya göre bu hallerde kanunla düzenleme

³² KHK'nın 200. maddesinin (a) bendiyle 5393 sayılı Kanun'un 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Danıştayın görüşü alınarak müşterek kararname" ibaresinin "Cumhurbaşkanı kararı" ve altıncı fıkrasında yer alan "İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine müşterek kararnameyle" ibaresinin "Cumhurbaşkanı kararı ile" şeklinde değiştirilmesi örnek gösterilebilir.

³³ Artuk Ardiçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Ankara Barosu Dergisi*, 75, no. 3 (2017): 50.

³⁴ AYM, E. 2018/120, K. K.2023/171, 11.10.2023. Anayasanın 104.maddesinde "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, bir konu kanunla düzenlenmiş ise, o konuda CBK çıkarılamaz, çıkarılmış ise Anayasaya aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi, CBK'nin anayasaya uygunluğu denetlerken, CBK ile düzenlenen bir konunun daha önce kanunla düzenlenmiş olup olmadığını da dikkate almak durumundadır. "Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca yapılacak denetimde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmaması durumunda karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır."

şartı bulunmaktadır. Diğer yönden Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleriyle kanunlarda değişiklik yapılması mümkün değildir.

Doktrinde Ulusoy'a göre olağan dönem CBK'leri, kanunla eşdeğer değil kanunun altındadırlar. Çünkü kanunları değiştiremezler veya yürürlükten kaldıramazlar. Mutlaka bir kanuna dayanmak zorunda olmamalarına, yani "asli düzenleme yetkisi"ne sahip olmalarına karşın, kanuna aykırı olamazlar ve hatta kanunla düzenlenmiş hususları düzenleyemezler. Bu husus Anayasa'nın m.104/17 hükmünde açıkça vurgulanmıştır.³⁵ Yine doktrinde Şirin'e göre Olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri, normlar hiyerarşisinde kanunların altında bir yerdedir. Anayasa'da özerk (münhasır) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi alanı yoktur. Yasama organının düzenleme yapamayacağı bir konu yoktur. Ancak sınırlı sayıdaki bazı ayrıksı alanların, kanunda açık düzenleme bulunuyor olmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür.³⁶

Doktrinde Tunç'a göre CBK genel olarak normlar hiyerarşisinde kanunlara eşit düzeyde olan idari işlemlerdir. Kanun ile düzenlenemeyecek olan alanlarla alakalı olarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri bağlayıcı olmasına rağmen kanunlardan aşağıda yönetmeliklerden yukarıda bir konumdadır.³⁷

Doktrinde Söyler³⁸ ise CBK-kanun ilişkileri açısından farklılaşmayı dikkate alır: CBK-Kanun çatışırsa çatışmada kanunun uygulanması veya aynı konudaki kanunun CBK'ni hükümsüz kılması, kanunun üstünlüğünü kanıtlar. CBK-Kanun çatışmazsa CBK doğrudan Anayasa'dan güç aldığı için kanun gibi uygulanır. Bu durumda kanunun içinde bulunduğu hiyerarşiden çıkar, ayrı hiyerarşi içerisinde Anayasa'nın hemen altında tek başına kanunun yerini alır. CBK kanunu değiştiremeyeceği için "aynı düzeyde"dir.

³⁵ Ulusoy, Yeni Anayasal Sistemde Yürütme'nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri, 1399.

³⁶ Tolga Şirin, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı": Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no. 14 (2018): 343.

³⁷ Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2018), 17.

³⁸ Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 164-166.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin normatif düzendeki yeri ve kanun karışındaki konumu, kanunla aynı güce sahip olmadığı hususundaki görüşlere değinecek olursak Atar'a göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, hukukumuzda "normlar hiyerarşisi" bakımından kanunun altında bir güce sahip idari düzenleyici işlem değildir, uygulamada kanunlarla aynı sonucu olan idari düzenleyici işlemlerdir.³⁹ Bu yaklaşıma dayanak olarak da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kanun altı idari düzenleyici işlemlerden olsaydı Anayasa'da "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır." şeklinde pozitif bir düzenleme bulunmazdı şeklindedir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin yargısal denetimi de Anayasa Mahkemesince yapılır. Kararnamelerin kanuna dayanma zorunluluğu da olmadığı için kanuna uygunluk denetimi yapılmaz.⁴⁰ Anayasa m.123 de yönetmelikler için "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanını ilgilendiren konularda Kanunlara ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine aykırı olmamak şartıyla çıkardıkları yazılı hukuk kurallarıdır." şeklindeki düzenleme incelendiğinde kanunlar gibi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin de uygulanışını göstermek amacıyla yönetmelik çıkarılabilmesi kararnamelerin kanuna denk olduğu görüşünü destekleyen bir açıklama niteliğindedir.

Keskinsoy/Kaya/Meri'ye göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili olarak Anayasa'da bulunan aynı hususun kanunla düzenlenmesi durumunda kanun hükümlerinin geçerli olacağı yönündeki hükmü kanunu normlar hiyerarşisi anlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin üzerindeymiş gibi gösterse de bu durum tek başına Kelsen'in bahsettiği manada alt norm üst norm ilişkisi kurmaz.⁴¹

Kanaatimizce ise olağan dönemde çıkarılmış olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunların altındadır çünkü Anayasa 104/17 kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çıkarılmayacağıının belirtilmektedir. Yine Anayasa 104/17 de

³⁹ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 243.

⁴⁰ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 243.

⁴¹ Keskinsoy, Kaya ve Meri, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 1399.

CBK'ler ile kanun çatıştığında kanunun uygulanacağını belirtmesi ve aynı konuda kanun çıkarılması durumunda da CBK'lerin hükümsüz hale gelmesi bunu açıkça göstermektedir. Anayasa'nın 119. maddesinin 6. fıkrasında da olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin kanun hükmünde olduğunun belirtilmesi ve olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin kanun hükmünde olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı için olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin normlar hiyerarşisinde kanunların altında olduğunu söylememiz mümkündür. Bizim yaklaşımımıza göre olağan dönem CBK'leri normlar hiyerarşisinde kanunların altında olarak nitelese de CBK'lerin varlığını devam ettirdiği süreçte kanun işlevinde rol oynadığını söylememiz gerekir. Nitekim bu konuda AYM kararları kapsamında, 703 sayılı KHK iptali de bu konuda örnek olarak gösterilebilir.⁴²

⁴² Anayasa Mahkemesi 7/12/2023 tarihinde E.2018/117 numaralı dosyada 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı kurallarının Anayasa'ya aykırı olduklarına ve iptallerine karar vermiştir. 7142 sayılı Yetki Kanunu'yla, 6771 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi verilmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla KHK çıkarma yetkisinin kapsamı; kamu kurum ve kuruluşlarının kuruluş, teşkilat, görev ve yetkilerinin düzenlenmesi, kanunlar ve KHK'larda yer alan tüzük, Bakanlar Kurulu, İcra Vekilleri Heyeti, İcra Vekilleri Heyeti kararı, Bakanlar Kurulu kararı, Bakanlar Kurulu yönetmeliği, hükümet, başbakan, başvekil, başbakanlık, başvekâlet, sıkıyönetim, nizamname, kanun tasarısı gibi bazı ibarelerin değiştirilmesi, yürürlükten kaldırılması veya bu çerçevede kanunlar ve KHK'larda yer alan ilgili hükümlerin yeniden düzenlenmesi, mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesi, uygulama imkânı kalmayan kanun ve KHK'ların yürürlükten kaldırılması, kanun ve KHK'larda yer alan bakanlıkların, kamu kurum ve kuruluşlarının kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri, personeli ve teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları ile görevlerine son verilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin sağlanması, Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin hususlara dair hükümlerin düzenlenmesi, ilgili hükümlerin değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması konularıyla sınırlanmıştır.

2. KHK ile CBK Arasındaki Farklı ve Aynı Yönler

2017 halk oylaması öncesi Anayasa hükmü gereği Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebiliyordu. Yani KHK çıkarılması için Bakanlar Kurulunun TBMM'den alacağı bir yetki kanununa ve çıkan KHK'nin TBMM tarafından onaylanması gerekmektedir. KHK kanun gücünde ve niteliğindedir. Ondan sebeptir ki KHK ile kanunlarda değişiklikler yapmak mümkündür. Bu husus Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili olarak geçerli değildir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kanunlar değiştirilemez. Değişiklik öncesi Anayasa'da KHK için yasama yetkisinin devredilmezliğine ayıksı bir düzenleme olduğu açıkça belirtilmişken Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için böyle bir yetki devri yapılmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri TBMM tarafından çıkarılmış bir yetki kanununa dayanmadığı için kanuna eşdeğer idari düzenleyici işlemler değildir.⁴³

Kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'ni karşılaştırdığımızda normlar hiyerarşisinde kanunlarla işlevsel açıdan eşdeğerde olmaları, temel hak ve hürriyetleri düzenleyememeleri ve yargısal denetimlerin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması ortak özellikleri olarak gösterilebilir. Farklılıkları değerlendirildiğinde ise kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılabilmesi için Meclis'in bir yetki kanunu ile Bakanlar Kurulu'na izin vermesi gerekmektedirken Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için yetki kanununa gerek olmadan doğrudan Anayasaya dayanılarak çıkarılması ve kanun hükmünde kararnamelerle kanunlarda değişiklik yapılabilirken Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kanunların değiştirilememesi olarak sıralanabilir.

Kanun hükmünde kararnameler Meclis'in onayına sunulmaktayken olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için böyle bir kural bulunmamaktadır. Kanun hükmünde kararnameler bakımından mahfuz düzenleme alanı bulunmazken Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde mahfuz düzenleme alanı vardır. Kanun hükmünde kararnameler ile kanunlar arasındaki norm çatışması "genel normlar çatışması çözüm kurallarına" tâbi iken Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kanunlar arasında norm çatışması ortaya çıkması durumunda Anayasa'ya göre

⁴³ Keskinsoy, Kaya ve Meri, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 1399.

kanundaki hükümler uygulanır yani genel normlar çatışması çözüm kuralları uygulanmaz.

3. CBK ile Milletlerarası Antlaşmaların Farklı ve Aynı Yönler

Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, kurallar hiyerarşisinde kanunların altında yer alması nedeniyle Anayasa gereği "kanun hükmünde" olan milletlerarası antlaşmaların da altında yer alır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalarda farklı hükümler bulunması halinde milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanır.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'ne göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği açıkça belirtilmeyen ve kanunla düzenleneceği özel olarak öngörölmüş konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.⁴⁵ Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörölmüş ve bunun yanında özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebileceği öngörölmüş konularda ise idarenin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenmesi gerekirken bakanlıklar, devlet denetleme kurulu ve milli güvenlik kurulu özel olarak cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir. Ancak yürürlükteki bir kanunla açıkça düzenlenmiş bir konuda Anayasada özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenebileceği ifade edilen bir konu olsa dahi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz.⁴⁶

Anayasa 90. maddede milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtildiği için ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanunun üstünde olduğu için de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi normlar hiyerarşisinde hangi konuda olursa olsun bütün milletlerarası antlaşmaların altında yer alırlar. 2018'de yürürlükten kaldırılan kanun hükmünde kararnameler kanun hükmünde kabul edildiği için Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanun hükmünde kararnamelerin altındadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de 2018'de yürürlükten kaldırılan tüzük de kanunların altında olan kanunlara aykırı düzenleme yapılamayacak bir düzenleyici işlemdir. Tüzüklerin,

⁴⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 67.

⁴⁵ AYM, E. 2018/120, K. 2023/171, 11.10.2023.

⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 63.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin altında olduğuna dair bir hüküm bulunmasa da CB Kararnameleri sonradan yürürlüğe girmiş olacağı için tüzüklerle yaşanacak çatışma durumunda kararnamelerin uygulanması gerekmektedir.

4. CBK ile Tüzüklerin Farklı ve Aynı Yönleri

2018 yılında yürürlüğe giren Anayasa değişikliği ile tüzüklerin varlığına son verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde tüzüklerin üstünde olduğu gerçeği değişiklik öncesindeki bakanlar kurulunun kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla çıkardığı düzenleyici işlemler olarak tüzüklerin tarifinden yola çıkarak ifade etmemiz mümkündür.

Mülga 115. Maddede bakanlar kuruluna verilen tüzük çıkarma yetkisi, CBK'ler ile Cumhurbaşkanına verilen sınırlı asli düzenleme yetkisi gibi olmayıp; herhâlde kanuna dayanması gereken "tali bir yetkidir. CBK'ler ile Anayasal sınırlar içerisinde kanunla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yapmak mümkündür. Oysa mülga 115. Maddeye göre kanuni bir düzenleme olmadan tüzük çıkarılması söz konusu değildir. O halde CBK'ler normlar hiyerarşisinde tüzüklerin üstünde yer alır.⁴⁷ Diğer taraftan, artık tüzük yapmak mümkün olmadığına göre mevcut bir tüzük, kanun dışında CBK ile de yürürlükten kaldırılabileceğini ifade etmemiz yanlış olmayacaktır.

5) CBK ile Yönetmelikler ve Diğer Düzenleyici İşlemlerin Farklı ve Aynı Yönleri

CBK'ler normlar hiyerarşisi yönüyle yönetmeliklerin ve diğer alt idari düzenleyici işlemlerin ise üstündedir. Zira Anayasa'nın 2017 yılında düzenlenen yeni haliyle 124. maddesinde yönetmeliklerin kanunlar yanında CBK'ye aykırı olamayacağı açıkça öngörülmüştür.

⁴⁷ Akylmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 68.

Anayasa'nın 124. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın CBK'lerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği hüküm altına almıştır. Buna göre CBK'ler kurallar hiyerarşisinde her halde yönetmeliklerin (ve adsız düzenleyici işlemlerin) üzerinde yer almaktadır.⁴⁸ Yönetmelikler normlar hiyerarşisinde cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hemen altında yer almaktadır ve bu durum Anayasa'dan da anlaşılmaktadır. Yönetmelikler normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nden sonra gelir. Anayasa 124. maddesinde yönetmelikler Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin uygulanmasını sağlamak üzere bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarılabilirler. Bu madde de yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında olduğunu gösterir. Yönetmelikler, kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin uygulanmasını sağlamak üzere bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir. Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile öngörülen hak sağlayıcı düzenlemeler yönetmeliklerle kaldırılamaz ve daraltılamaz ve bu tür düzenlemelerde öngörülme-yen yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler getirilmez. Sadece kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin uygulanmasını sağlayacak onlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilirler.⁴⁹

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; yönetmelik, tüzük, genelge, sirküler gibi diğer idari düzenleyici işlemlerden farklı olarak kanuna dayanmak zorunda değildir. 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile tüzükler ve kanun hükmünde kararnameler kaldırılmış olup onlar yerine yürütmeye Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanuna dayanmaksızın asli ve ilk elden düzenleme yetkisi

⁴⁸ Anayasanın 137. maddesinde yer alan "J. Kanunsuz emir" başlıklı kısımdaki;

"7- Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır." hükmü de bu sıralamayı teyit etmektedir.

⁴⁹ Atay, *İdare Hukuku*, 69.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de kanun gücünde olduğunu göstermektedir. Yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde altında sırasıyla yönerge, tebliğ, genelge ve talimatlar olduğu için onlarda normlar hiyerarşisinde cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altındadırlar.

6771 sayılı yasada m. 104'te "...yürütme yetkisine ilişkin konularda...". demek suretiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin konu bakımından sınırlandırıldığını görmekteyiz ve bu durum da kararnamelerin kanun gücünde olmadığını kanıttır.⁵⁰ 21/01/2017 tarihli 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik yapılmasına Dair Kanun ile 1982 Anayasası'nda hükümet sistemi modeli değişmiş olup buna bağlı olarak da Bakanlar Kurulunun TBMM'den almış olduğu yetki kanununa bağlı olarak çıkarabildiği kanun hükmünde kararnameler kaldırılmış olup onun yerine Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi vermiştir. Bu haliyle doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunun altında yönetmeliklerin üzerinde yer alır.⁵¹

B. Olağanüstü Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimine Bakış

Anayasaya göre (m.119), olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'ni çıkarma yetkisi, Cumhurbaşkanı'na aittir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılmasına ilişkin usul ve şekil kuralları, esas itibarıyla olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile aynıdır. Ancak olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanınca çıkarıldıktan sonra TBMM onayına sunulmazken olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulmaları zorunludur (m.119/6). Bu kararnameler de Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.

Olağanüstü yönetim usulleri olarak Türk Anayasası sadece "olağanüstü hal" (OHAL) usulünü öngörmektedir (m.119). 2017 Anayasa değişikliği sonrasında OHAL dışındaki olağanüstü yönetim usulleri ve özellikle de "sıkıyönetim" usulü

⁵⁰ Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017).

⁵¹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2018), 796.

Türk hukuk sisteminden çıkarılmıştır. Bu değişikliğin amacı, artık yönetimin ve özellikle de mülki idarenin askerlere geçmesinin mümkün olmaması ve kolluk yetkilerinin sivil idarede kalmaya devam etmesidir. Olağanüstü halin düzenlendiği 119. maddeye göre olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, CBK çıkarabilir (m.119/6).

Anayasanın 119. maddesine göre olağanüstü hal ilan edildikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü halin ilanına yol açan sebepleri ortadan kaldırmak için çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nde konu sınırlamasının bulunmadığı, sadece Anayasa m. 15/2'de⁵² öngörülen sınırların dikkate alınması gerektiğinde tartışma bulunmamaktadır⁵³.

1. OHAL CBK'sinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Anayasa'nın 119. maddesinde,⁵⁴ Olağanüstü Hal döneminde kişiler için öngörüleebilecek yükümlülükler ve temel hak ve özgürlük sınırlamalarının neler olabileceğinin OHAL'e özgü *OHAL Kanunu* ile belirlenmesi öngörülmüştür. Genel kabul gören yaklaşım TBMM'nin onayı ile OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin teknik olarak kanun niteliğine bürüneceğidir.⁵⁵ OHAL CBK'leri normlar hiyerarşisinde kanuna denk kabul edilse de Anayasa m.119'un bu konuda bir istisna öngörerek OHAL CBK'lerini hiyerarşik açıdan OHAL Kanununun altında gördüğünden bahisle, böyle bir denetimin yapılması özel istisna

⁵² AY. 15/2 Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

⁵³ Ersan Şen, "Olağanüstü Hal Döneminde Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Sınırı," erişim tarihi Aralık 27, 2023, <https://sen.av.tr/tr/makale/olaganustu-hal-doneminde-cikarilan-cumhurbaskanligi-kararnamelerinin-siniri>.

⁵⁴ Madde 119/5: "Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir."

⁵⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 796.

yorumuna dahi gitmeden, genel olarak dahi mümkün hatta zorunlu görülmelidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin de kabul ettiği üzere⁵⁶ pozitif hukukta TBMM tarafından onaylanan OHAL CBK'leri artık "CBK" değil "kanun" niteliğinde sayıldığından, normlar hiyerarşisi açısından artık bu düzenleme ile OHAL Kanunu arasında herhangi bir astlık-üstlük ilişkisi kalmayıp birbirlerine eşit konumdadırlar. Anayasa açık ve istisnai biçimde OHAL Kanunu ile OHAL konusunda düzenleme yapan diğer kanunlar ve bu arada TBMM tarafından onaylanmış OHAL CBK'leri arasında normatif bir astlık-üstlük ilişkisi öngördüğünden, AYM'nin istisnai biçimde böyle bir şekil-usul denetimi yapabilmesi gerekir.⁵⁷

Olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanınca çıkarıldıktan sonra TBMM onayına sunulmazken olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulmalarının zorunlu olması hususu Olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin kanun gücünde olduğunu göstermesi açısından önemli bir dayanaktır.

Olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nde olağanüstü halin gerektirmesi durumunda olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nden farklı olarak temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler de düzenlenebileceğinden ayrıca kanunlarda da değişiklik yapılabileceğinden ötürü kanun hükmündedir. Anayasada olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Atar'a göre, Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin kanun hükmünde olduğu Anayasa'da belirtilmemiş olmakla birlikte "çelişkili hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır" hükmünden hareketle bunların da kanuna eşit değerde olduğu görüşünü savunmuştur.⁵⁸ Kanaatimizce kararnamelerin kanun işlevinde olmasıyla kanunla eş değerde olması ayrımı açısından konuya bakıldığında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yani Atar'ın

⁵⁶ AYM, E.2018/43, 31.5.2018; E.2018/42, 31.5.2018. Ayrıca bkz. AYM, E.1990/25, 10.1.1991; E.1991/6, 3.7.1991.

⁵⁷ Ulusoy, Yeni Anayasal Sistemde Yürütme'nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 1408.

⁵⁸ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 254.

çelişkili hükümler bulunması durumundan kanun hükümleri uygulanır yaklaşımından hareketle kanunla eşit değerde olduğu yaklaşımına katılmak mümkün değildir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürütme asli ve ilk elden düzenleme yetkisine sahiptir. Bu yetki doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetki olup, kararname çıkarılırken kanuna dayanmasına gerek olmaması anlamında önemlidir ve olağanüstü halin gerektirdiği konularda Anayasanın 13. Maddesinde⁵⁹ belirtilen şekilde hakların özüne dokunulmaksızın çıkarılan kararnameler kanun hükmündedir.⁶⁰

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ise doğrudan Anayasa'ya dayanarak çıkarıldığından her ne kadar yetki kanununa dayanmak zorunda olmasa da burada bir yetki devri söz konusu değildir.⁶¹ Anayasa m. 7' de "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesi düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu bağlamda bir istisnayı teşkil etmektedir. Zira 2017 değişiklikleri öncesi hukuksal sisteme göre bakanlar kurulu TBMM'den, bir kanunla, yani yetki kanunuyla, yetki almadan KHK çıkaramamaktaydı. Ancak anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu tür bir yetki kanununa gerek olmadan kararname çıkarabilecektir.⁶² Olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunla aynı sıradadır. Olağanüstü dönemde kanunla çeliştiği durumlarda özel hüküm olarak yorumlanıp olağanüstü hâl sırasında (üç ay süreyle) olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri uygulanır fakat olağanüstü hâl bittikten sonra yine kanunlar uygulanmaya devam edilir. Kalabalık'a göre Normlar

⁵⁹ II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." şeklindedir.

⁶⁰ Özgür Temiz ve Felemez Güneş, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği," *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 24, no. 2 (2020): 959-979.

⁶¹ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 254.

⁶² Keskinsoy, Kaya ve Meri, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 1399.

hierarchyisinde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri meclis içtüzükleri ve uluslararası antlaşmalar kanunla aynı sıradadır.⁶³ Zaten Anayasa'da olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin kanun hükmünde olduğu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça belirtilen bu husus tartışmaya çok da açık değildir. Ayrıca Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'yle milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek ve durumun gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (m.15/1) şeklindeki hüküm bu normun kanun gücünde olduğunun önemli göstergesidir.

Ancak Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilmesi için Anayasa'da öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, bir olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilmesinin ön şartı, daha önce Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'da belirtilen usule göre ilan edilmiş bir olağanüstü hâlin bulunmasıdır.⁶⁴ Dolayısıyla kanunlar her zaman uygulanabilen bir norm olarak karşımıza çıkarken Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ancak olağanüstü hâlin bulunması şartına bağlı olması sebebiyle kanunla bu açıdan farklılık arz etmektedir. Ancak her ikisi de sonuçları itibariyle kanun niteliğinde olduğunu söylememiz mümkündür. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin belirttiğimiz hukuki nitelemesi karşısında normlar hierarchyisinde milletlerarası antlaşmalarla ve eski sistemdeki KHK'larla aynı sırada, tüzük ve yönetmeliklerin üzerinde olduğunu söyleyebiliriz.

Öte yandan yeni Anayasal rejimde OHAL CBK'lerinin TBMM tarafından onaylandıktan ve kanun niteliğine büründükten sonra bunların AYM tarafından yargı denetimi mümkün olduğundan, OHAL CBK'leri için yargısal denetim sorununun bir ölçüde çözüldüğü söylenebilir. Zira Anayasadaki 2017 değişikliği sonrasında, OHAL CBK'ları için en geç 3 ay sonrasında AYM'nin yargısal denetim

⁶³ Kalabalık, Kısa İdare Hukuku (İdare Hukukunun Ana Hatları), 34.

⁶⁴ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 253.

yolu fiilen ve hukuken açılmış olmaktadır.⁶⁵ “Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’yle milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek ve durumun gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (AY m.15/1)”. “Ancak bu hâllerde dahi kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (AY m. 15/2).” hükümlerinin yer aldığını görmekteyiz.

OHAL KHK’lerine baktığımızda ise 1982 Anayasasıyla hukuk yaşamımıza dâhil olan ve Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, daha önce ilan edilmiş bir OHAL kararına dayalı olarak, geçici, süreli, uygulama alanı olan OHAL’in ilan edildiği çevreyle sınırlı ve TBMM tarafından daha önce çıkarılmış bir yetki kanununa dayanmaksızın çıkarılmaktadır. Anayasa’da hüküm bulunmamasına karşılık Anayasa Mahkemesi kararına göre⁶⁶ “yürürlükte olan kanunları değiştirme ve yürürlükten kaldırma gücüne sahip olmadığı” ifade edilen OHAL KHK’lerinin, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilen ve hatta durdurma yetkisine haiz, ancak Anayasa

⁶⁵ Bununla birlikte, Parlamentoda onaylanan OHAL CBK’sine karşı açılan davayı ne zaman gündeme alacağına ilişkin olarak AYM Başkanını bağlayıcı herhangi bir kural bulunmadığından, bu tür davaların yıllarca AYM önünde bekletilmesi de ciddi bir olasılıktır. Nitekim 2016 yılındaki OHAL döneminde çıkarılan ve sonrasında Parlamentoda onaylanan OHAL CBK’lerine karşı açılan davalar ilk olarak 2019 sonuna doğru (üç yıl sonra) karara bağlanmaya başlamıştır. İlk karar, AYM, E.2016/205, K.2019/63, R.G. 31 Ekim 2019 tarihidir.

⁶⁶ AYM, E. 1990/25, K.1991/1, 10.01.1991. Karara göre AYM’nin görüşü, “Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi olarak çıkarılan bir işlemin, olağanüstü dönemin gerektirdiği niteliğe sahip olup olmadığını inceler ve bu nitelikte görmediği KHK’lerin Anayasa uygunluğunu denetler. Bu durumda olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi olarak çıkarılmış olsa da düzenleme içerik/esas yönünden Anayasaya uygunluk denetimine tabi olacağı gibi, ayrıca aslında olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşıyan ve ancak olağanüstü rejime tabi olarak yapıldığı için yetki kanununa dayandırılmayan KHK’nin bu yönüyle de iptali gerekir.” şeklindedir.

Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olmayan düzenleyici işlemler olduğunu söylememiz mümkündür.

2. Olağanüstü Hâl CBK – Olağan CBK Arasındaki Farklılıkların Karşılaştırılması

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin şekil ve esas bakımlarından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz (AY m.148/1). Ancak, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Meclis'in onayından sonra kanuna dönüşeceğinden, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tâbi olacaktadırlar.⁶⁷ Çünkü yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki safha için geçerlidir. "Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından görüşülmesi ve sonuçları Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de Resmî Gazete'de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur (m.119/6)".

"Türkiye Büyük Millet Meclisi, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'ni kabul edebilir, değiştirebilir ya da reddedebilir. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar (AY m.119/7)". Anayasa'nın bu hükmünün amacı, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin sadece Meclis tarafından denetlenebilmesi sebebiyle, bunların süratli bir usulle görüşülüp karara bağlanmasını sağlamaktır.

Anayasa'da, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'yle düzenleneceği belirtilen konularda kanun, Cumhurbaşkanı'nun ise Anayasa ile kanun alanında bırakılan konularda kararname çıkarması halinde, esas bakımından Anayasaya aykırı olur. Şekil denetimi bakımından ise Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından bakılacak husus Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılıp çıkarılmadığı hususu ile sınırlıdır. Anayasa m. 119'a göre olağanüstü hal ilan edildiği dönemde

⁶⁷ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 254-255.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'ni çıkarma salahiyeti yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'na aittir. Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM onayına sunulması gerekir. Olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de olağan dönemde çıkarılmış olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri gibi Resmi Gazete'de yayımlandıkları tarihte yürürlük kazanır.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Kapsamında Normlar Hiyerarşisindeki Yerinin İrdelenmesi

1982 Anayasası'nın m.148 ve devamında da belirtildiği üzere "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin Anayasa'ya şekil ve esas bakımından denetimi Anayasa Mahkemesi⁶⁸ tarafından yapılır." Buradan çıkarılacak en temel sonuç Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin de Anayasa yargısı alanına tabi olduğu ve herhangi bir şekilde idari denetime tabi olmadığıdır.⁶⁹ Atar'a göre Anayasa Mahkemesi tarafından kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğu denetlenebilir ancak kanuna uygunluk denetimi yapılamaz. Çünkü kararnameler normlar hiyerarşisi anlamında kanunlara eşittir.⁷⁰ Kanaatimizce Olağan dönem CBK'lerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olsa da normlar hiyerarşisi bağlamında kanun işlevinde sınırlı alanlarda rolü olsa da yine de kanunlarla çatışma durumunda yani yeni bir kanuni düzenleme yapıldığında kanunların geçerli olması ve kanunla düzenlenmesi Anayasa'da açıkça belirlenen konularda kararname çıkartılamamasına göre CBK'lerin kanunlarla normlar hiyerarşisi bağlamında eşdeğer düzeyde olduğunu söylememiz mümkün değildir. Ancak CBK'lerin kanunlar gibi soyut norm denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından soyut norm denetimi kapsamında hem şekil hem esas yönünden, somut norm denetimi kapsamında ise sadece esas yönünden denetleme yetkisine sahip olduğu hususunu birlikte değerlendirdiğimizde kanunla eş değer olduğu görüntüsünü verse de yine de bu durum kanaatimizce kanunla eş değer olduğu sonucunu

⁶⁸ Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (Any. m.148, 150, 151, 152).

⁶⁹ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 249.

⁷⁰ Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," 250.

doğurmamaktadır. Yani kanun işlevinde ama kanunla eş değer olmayan kendine özgü bir yapı ihtiva etmektedir.

2017 değişikliğinde Anayasa m.148'e yapılan ekleme ile CBK'lerin yargısal yönden denetleme yetkisi özel olarak Anayasa Mahkemesi'ne⁷¹ verilmiştir. Ancak yargısal denetimin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesinde CBK'lerin kanunun düzenlemediği alanlarda kanun gücünde işlevi olduğundan denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması hukuken doğrudur. Olağan dönem CBK'leri idari düzenleme mahiyetindedir. Anayasa'nın yeni halindeki m.104/17 hükmü açık biçimde, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelir." demektedir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesince itiraz ve iptal davası⁷² şeklinde olmak üzere iki şekilde yapılır.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, CBK'lerin Anayasal çerçevesini ve yargısal denetimine ilişkin ilkeleri daha önceki kararlarında belirlemiştir. Buna göre CBK'lerin yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci ila dördüncü cümlelerinde belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekmekte olup bu kapsamda düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin olması, Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümü'nde yer alan siyasi haklar ve ödevlerle ilgili olmaması, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen ya da kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin olmaması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'lann içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır. AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020; AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23.01.2020; AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11.06.2020; AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11.06.2020.

⁷² 1982 Anayasası m.152. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasaya uygunluğunun denetiminde iptal davası yoluyla başvuru hakkına sahip olanlar Anayasa m.150'de Cumhurbaşkanının bizatihi kendisi, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ile TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri olarak sayılmış bulup anılanlar dışında iptal davası yoluyla kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi için başvuruda bulunamaz. İptal davası yoluyla kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi için kararnamelerin Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren altmış gündür. Anayasa değişiklikleri, kanunlar gibi kararnamelerin de şekle aykırılık iddiasıyla itiraz yöntemi ile denetimi mümkün değildir. Yargılama devam ettiği süreçte davaya bakan mahkeme davanın

Ancak Olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'ler ile ilgili ayrı bir "usul" benimsenmiştir. Buna göre olağanüstü hallerde CBK'ler, Resmi Gazete'de yayımlanır, aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. Ancak, olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz (Any. m.148/1).

Başka bir ifadeyle Anayasa, olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lere karşı yargı yolunu kapatmıştır. Bu nedenle olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerin denetimini sadece TBMM yapar. 119. maddeye göre "savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan CBK'ler üç (3) ay içinde TBMM'de görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'ler kendiliğinden yürürlükten kalkar." Bu noktada olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerin TBMM de nasıl karara bağlanacağı, kararın niteliğinin ne olacağı hususunda Anayasa'da ve TBMM içtüzüğünde açık bir hüküm bulunmadığını belirtmek gerekir.⁷³

Olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerde, "sosyal ve ekonomik hak ve ödevler" dışında, "kişi hakları ve ödevleri" ile "siyasi haklar ve ödevler"le ilgili de Kararname çıkarılabilir. Olağanüstü hal yönetiminde çıkarılacak CBK'lerde "konu" bakımından sınırlama, "olağanüstü halin gerekleri" ve AYM'nin denetleyememesidir.

çözümlemesinde uygulanacak olan kararnamenin Anayasa'ya aykırılığını re'sen veya tarafların talebi üzerine Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla denetime götürebilir. Ayrıca Anayasa mahkemesinin esasa ilişkin red kararları Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kararname hükmü için aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

⁷³ TBMM içtüzük değişikliği öncesinde olağanüstü hal CBK'leri gibi TBMM'ye sunulan KHK'larla ilgili olarak m. 90/2 de Türkiye Büyük Millet Meclisi ancak bir kanunla kanun hükmünde kararnameleri reddedebilir, aynen veya değiştirerek kabul edebilir şeklinde hüküm yer almaktaydı. Buna göre KHK'larla ilgili karara bağlama ret aynen kabul ya da değiştirerek kabul şeklinde olur; her halde bu karara bağlama kanun ile yapılırdı. Dolayısıyla aynen ya da değiştirilerek kabul edilen KHK artık organik anlamda da yasama tasarrufu haline gelirdi. 2018 TBMM içtüzük değişikliği sonrasında olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'ler bakımından içtüzükle bu konuda açık bir hükme yer verilmemiştir. İçtüzüğün 128. Maddesinde de sadece TBMM tarafından görüşülüp karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Kuşkusuz aynı değerlendirmeler yeni sistemde OHAL CBK'leri için de geçerlidir. Bu bağlamda, yeni sistemde bir OHAL ilanı halinde eğer OHAL ilanının gerektirdiği konular dışında bir OHAL CBK'sı çıkarılırsa TBMM tarafından onaylanması dahi beklenmeden, böyle bir CBK'yı AYM, olağan dönem CBK'si olarak niteleyip, ona göre ve öncelikle de usuli açıdan (özellikle de AY m.104/17 hükmündeki sınırlamalar açısından) denetim yapmalıdır. Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi CB'nin yaptığı işlemlerden sadece CBK'leri denetleyebileceğinden, CB'nin bunlar dışında kalan ve idari fonksiyona tabi idari kararlarını denetleme görevi genel hükümlere göre idari yargıda bulunduğundan, Cumhurbaşkanının OHAL ilanı kararını yargısal olarak denetleme görevi idari yargıya ait bir yetkidir. İdari yargı içinde ise böyle bir davaya ilk derece mahkemesi olarak Danıştay Kanunu m. 24⁷⁴ gereği Danıştay bakacaktır.⁷⁵

IV. CBK'LER İLE CB KARARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin aslilik niteliği taşıdığı, Cumhurbaşkanı kararlarının ise

⁷⁴ İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar

Madde 24 – (Değişik: 2/6/2000 - 4575/2 md.)

1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak:

- a) (Değişik: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanı kararlarına,
- b) (Değişik: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.) Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere,
- c) (Değişik: 2/7/2012-6352/45 md.) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere,
- d) Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere,
- e) Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere,
- f) Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine,

Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.

2. Danıştay, belediyeler ile il özel idarelerinin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar.

⁷⁵ Ulusoy, Yeni Anayasal Sistemde Yürütme'nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 1410.

kanunlara veya CBK'lere dayanılarak ve kanunlar çerçevesinde yürürlüğe konulabilecek düzenlemeler olduğu için tali'lik özelliğine sahip olduğunu söylememiz mümkündür. 2017 Türkiye Anayasa değişikliği referandumu ile Bakanlar Kurulu kararlarının yerini almıştır.

Cumhurbaşkanı kararları temelde ikiye ayırmak mümkündür. Genel düzenleyici işlem niteliğindeki kararlar ve atama kararları. Genel düzenleyici işlemler acele kamulaştırma, vergi oranının belirlenmesi gibi işlemleri; atama kararlarını ise üst derece kamu yöneticilerinin atanması ve görevden alınmasını örnek olarak göstermemiz mümkündür. Atama kararları da iki gruba ayrılır: Cumhurbaşkanı'nın doğrudan yaptığı atamalar ve cumhurbaşkanının onayladığı atamalardır. Cumhurbaşkanlığı kararları, kural olarak Danıştay tarafından denetlenir. Ancak Cumhurbaşkanı'nın atama kararları bireysel nitelikte olması sebebiyle Ankara İdare Mahkemesinde dava açılmaktadır. Bu karşılaştırmayı irdelediğimizde hem olağan CBK'leri hem de OHAL CBK'leri Cumhurbaşkanlığı kararları ile normlar hiyerarşisi açısından aynı noktada olduğunu söyleme imkânımız yoktur.

CB kararları idari düzenleyici işlem niteliğinde ve idari işlem olabilir. CB kararı aslında tam olarak eski sistemdeki Bakanlar Kurulu kararına eşdeğerdir. CB kararı aslında tam olarak eski sistemdeki tüzüklerle kanunlar/ KHK'lar arasında bir konumdadır.⁷⁶

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte Türk hukuk düzeninde yerini alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi üzerine doktrinde çok sayıda tartışma yaşanmaktadır. Bu tartışmalara bakıldığında yürütme organının yasamadan bağımsız yasa niteliğinde düzenleme yapabildiği şeklinde eleştiriler gelse de kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaması hükmü ile ayrıca kanun çıkması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin hükümsüz hale gelmesi hususları birlikte düşünüldüğünde bir anlamda bu eleştirilerin yersiz olduğunu ileri sürmek mümkündür. Ayrıca hukuk devletinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin TBMM'yi etkisiz kıldığı

⁷⁶ Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 319.

yönündeki eleştiriler karşısında özellikle yeni sistem gereği yürütmenin hızlı hareket edebilmesi ve parlamenter sistemde KHK'ların varlığı düşünüldüğünde bu eleştirilere de katılmamız mümkün değildir.

CBK'nin Türk idare hukukuna yenilik katan düzenlemeler ihtiva eden düzenleyici işlemler söylemek mümkündür. Özellikle Bakanlıkların kurulması, kaldırılması görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek alanlar olarak belirlenmesi, kamu tüzel kişiliğinin oluşturulabilmesi idarenin kanuniliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirilse de aynı konularda kanun çıkartmanın önünde bir engel bulunmaması karşısında bu eleştiriye de katılmak pek mümkün değildir. Ancak Cumhurbaşkanı ve meclis çoğunluğunun farklı partiler de olduğu düşünüldüğünde bu durumun bir kaosa yol açma ihtimalini de görmezden gelmemek gerekir.

Kurallar (normlar) hiyerarşisinde olağan dönem CBK'nin kanunlarla eşit veya altında yer aldığı hususunda doktrinde ileri sürülen farklı görüşler karşısında; kanaatimize göre CBK hukuki varlığını devam ettirdiği sürece kanun işlevinde etkinliğini sürdürmektedir. Kanunun açıkça düzenlediği konularda CBK çıkarılmaması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanması hususunu Anayasa'nın ilgili hükümleri ile birlikte değerlendirdiğimizde CBK'nin normlar hiyerarşisinde, kanunlarla eşit değerde değil ancak varlığı devam ettiği sürece kanun işlevi veya rolünde olduğunu söylememize imkân vermektedir.

Anayasa'nın 119. maddesinde olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerin "kanun hükmünde" olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'lerin kurallar hiyerarşisinde olağan dönemlerde çıkarılan CBK'lerin üzerinde olduğu kabul edilse de ancak bu durumun sürekli olağanüstü hallerde çıkarılan CBK'leri kanunlar ve yürürlükteki KHK'lar ile eşdeğer kıldığı söylenemez. Çünkü olağanüstü hal CBK'leri için Anayasa ile bahşedilen "kanun gücü", olağanüstü halin süresi (ya da TBMM'ye sunulduktan sonra görüşülmemişse üç ay), olağanüstü hal ilan edilen bölge ve olağanüstü halin gerekleri ile sınırlı bir etkidir. Bu hususların da dikkatten kaçmaması gereklidir. Ayrıca Anayasa değişikliği ile OHAL CBK'leri üzerindeki yargısal denetim yasağının kaldırılması gerekliliği özellikle temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından önemlidir. Temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı yetkilerin yargısal denetiminin derhal yapılması hukuk devleti olmanın en başta gelen gereği olarak değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca

Anayasa Mahkemesi kararlarında da özellikle belirtilen kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkartılmaması noktasında da anayasanın çizdiği sınır doğrultusunda titiz davranılması gerekliliği de kanaatimizce önemlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ardıçoğlu, Artuk. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi." *Ankara Barosu Dergisi* 75, no. 3 (2017): 19-51.
- Atar, Yavuz. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi." *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, Erişim tarihi Ekim 19, 2023: 241. <https://www.anayasa.gov.tr/media/6184/yavuz-atar.pdf>.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Temel Hukuk Dizisi, 2022.
- Barın, Taylan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Armağan, no. 2 (2022): 289-314.
- Bilir, Faruk. "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2005): 82.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çınarlı, Serkan ve Ramazan Yıldırım. *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II*. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2018.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2018.
- Kalabalık, Halil. *Kısa İdare Hukuku İdare Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Keskinsoy, Ömer, Semih Batur Kaya ve Temel Meri. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 75 no. 4, (2020): 1383-1416.
- Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

- Şen, Ersan. “Olağanüstü Hal Döneminde Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Sınırı.” Ersan Şen, Erişim tarihi Aralık 27, 2023. <https://sen.av.tr/tr/makale/olaganustu-hal-doneminde-cikarilan-cumhurbaskanligi-kararnamelerinin-siniri>.
- Şirin, Tolga. “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı.” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no. 14 (2018): 289-356.
- Temiz, Özgür ve Felemez Güneş, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği.” *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 24, no. 2 (2020): 959-979.
- Tunç, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.
- Turan, Yıldırım. “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 13-28.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Ulusoy, Ali D., “Yeni Anayasal Sistemde Yürütme’nin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.” *İç. Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, 1399-1442. Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020.
- Ülgen, Özen. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 3-39.
- Yıldırım, Turan. “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 13-28.
- Yıldırım, Turan. *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN KONUSU OLARAK TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN ANAYASAL DÜZENİ

*The Constitutional Order of The Republic of Türkiye as the
Subject of the Crime of Violation of the Constitution*

Onur YERDELEN*

Öz

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra devletin yönetiminde uygulanacak ilkeler toplumun hazır bulunmuşluğu gözetilerek aşama aşama hayata geçirilmiştir. Cumhuriyetçilik ilkesi devletin kurulmasıyla birlikte Anayasal düzen içerisinde yer almışken diğer ilkeler; devlet iktidarının güçlenmesi, ekonomik koşulların iyileşmesi ve toplumda çoğulculuk fikrinin gelişmesiyle Anayasaya girmiştir.


Çalışmamızda 1982 Anayasası ile kurulan Anayasal düzenin ilkeleri incelenmiştir. Bu ilkeler Anayasaya uygunluk denetiminde esas norm olarak kullanılmakla birlikte ceza hukuku bakımından da Anayasayı ihlal suçunun hukuki konusunu teşkil etmektedir. 1982 Anayasasına hâkim olan temel ilkeler (Cumhuriyetçilik, İnsan haklarına saygı, Milliyetçilik, Demokratik devlet, Laiklik, Sosyal devlet, Hukuk devleti) çalışmamızda Anayasa hukuku, siyaset bilimi ve

* Doktor Hakim, Hakimler ve Savcılar Kurulu, onuryerdelen@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1413-8217.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.05.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.05.2024.

Atıf/Citation: Yerdelen, Onur. "Anayasayı İhlal Suçunun Konusu Olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal Düzeni." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1738-1778.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

tarikh bilimi açısından incelenmiştir. Bu ilkeler Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal düzenini teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Devlet, Anayasa, Anayasal Düzen, Türkiye Cumhuriyeti, İlkeler.

Abstract

After the establishment of the Republic of Türkiye, the principles to be applied in the management of this state were implemented step by step, taking into account the readiness of the society. While the principle of republicanism was included in the Constitutional order with the establishment of the state, other principles entered the Constitution with the strengthening of state power, the improvement of economic conditions and the development of the idea of pluralism in society.

In our study, the principles of the Constitutional order established by the 1982 Constitution were examined. Although these principles are used as the main norm in the control of constitutionality, they also constitute the material subject of the crime of violating the Constitution in terms of criminal law. In our study, the basic principles governing the 1982 Constitution (Republicanism, Respect for Human Rights, Nationalism, Democratic state, Secularism, Social State, Rule of law) were examined in terms of Constitutional law, political science and historical science. These principles constitute the Constitutional order of the Republic of Türkiye.

Keywords: State, Constitution, Constitutional order, Republic of Türkiye, Principles, .

I. GENEL OLARAK ANAYASAL DÜZEN

Anayasacılık hareketleri sürecinde, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması metni olarak kabul edilen anayasalar, günümüzde daha çok devletin temel ilkelerini, organlarını, siyasal iktidarın kimler tarafından hangi esaslara göre kullanılacağını belirleyen devletin temel kuruluş belgesi olarak kabul edilmektedir.¹ Bu kurucu belgede, devletin temel organları, bunların görevleri gibi

¹ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 44.

işlevsel düzenlemelerin yanı sıra devletin kuruluşuna hâkim olan temel ilkeler ve devletin temel felsefesini yansıtan düzenlemeler de yer almaktadır.

Anayasal düzen ile ne ifade edildiğinin anlaşılması, anayasanın ne ifade ettiği ile doğrudan bağlantılı bulunmaktadır. Şekli anlamda anayasa tanımının kabulü durumunda, değiştirilmesi diğer hukuk kurallarına göre daha sıkı şekil ve esas şartlarına bağlanan kuralların oluşturduğu düzenin anayasal düzen olarak kabul edilmesi gerekecektir. Devletin temel organı mahiyetinde olmayan ve kanunlarla düzenlenmesi daha yerinde olan YÖK, RTÜK, HSK, TRT gibi kurumların dahi anayasada düzenlenmesi karşısında anayasal düzenin içeriğini şekli anlamda anayasa tanımına göre belirlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Anayasal düzenin bu şekilde anlaşılması halinde anayasada düzenlenmeyen ancak anayasal düzene ilişkin olan konular anayasal düzenin kapsamı dışında kalacaktır.

Maddi anlamda anayasadan devletin yapısını, onun hükümet şeklini, devletin temel organlarının yetkilerini, birey hak ve hürriyetleri ile ilgili konuları, siyasi partilerin hukuki rejimini düzenleyen kuralların anlaşılması gerekmektedir. Bunların anayasa koyucu tarafından konulmuş olması da şart değildir.² Bu görüşe göre devletin temel organlarına, bireylerin hak ve özgürlüklerine, devletin temel kuruluş felsefesine ilişkin olan kurallar, kurucu iktidar tarafından konulmamış olsa da maddi anlamda anayasal hüküm niteliğindedir.

Anayasal düzen kavramından maddi anlamda anayasa tanımı doğrultusunda anayasal konulara ilişkin bizzat anayasa koyucu tarafından konulan veya konulmayan kurallar anlaşılır.³ Anayasal düzen, daha siyasi bir kavram olan kamu düzeninden tamamen farklıdır. Anayasal düzen kısaca Anayasa ile teşekkül eden düzen olmasına karşın kamu düzeni, "*toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine, belli bir düzenliliğin ve barışın hakim olmasıdır*".⁴ Türkiye'de, "Anayasa ve bazı yasalara hakim olan ideoloji ve bunun oluşturduğu hakim siyasal görüşten ve bu

² Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2001), 172.

³ Nevzat Kaan Karcıoğlu, "Anayasayı İhlal Suçu (TCK M.309)," Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016), 112.

⁴ Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası* (İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969), 138.

doğrultuda gelişen yargısal uygulamalardan kaynaklanan sebeplerden dolayı, kamu düzeni kavramının, ideolojik yüklü bir kavram olarak algılandığı ifade edilmektedir.⁵ Erdem, söz konusu kavramın özgürlükleri sınırlayıcı bir işlev gördüğünü, Türkiye'de kamu düzeni kavramının ideolojik yüklü bir "devlet düzeni" olarak algılandığını belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kuruluşunun ilk yıllarında verdiği bazı kararlarında "devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını" kamu düzeninin bir parçası olarak kabul etmek suretiyle kamu düzeni kavramını çok geniş yorumlamış ve bu kavrama, "devlet düzeni" ve "devlet güvenliği" kavramlarına denk düşen bir anlam yüklemiştir.⁶ Anayasa Mahkemesi, 2547 sayılı Yasa'ya eklenen "Ek m. 16"nın Anayasaya aykırılığı savıyla açılan davada vermiş olduğu kararında, *"denetlenen kanun maddesi, dinsel inançları simgeleyen başörtüsü ya da türbanla yükseköğrenim kurumlarına gelip öğrenimlerini ve bilimsel çalışmalarını bu durumda sürdürmelerine olur vermekle yükseköğrenim ilgilileri, özellikle gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelerine yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenini bozabilecek niteliktedir. Böylece, dinin, bireyin manevi yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara neden olmasına izin verilmiş, din özgürlüğünün anayasal sınırları kaldırılmış olmaktadır"*⁷ diyerek, kamu düzeni kavramını "devletin bütünlüğü" ile ilişkilendirerek bu kavramı "Türk tipi laiklik anlayışı" (aktif ya da militan laiklik anlayışı) nın koruyucu zırhı haline getirmiştir.⁸ Anayasa Mahkemesi bu ve benzeri kararlarıyla, esas itibarıyla, resmi Anayasa ideolojisinde ifadesini bulan "devlet düzeni"nin sınırlarını çizmekte ve "kamu düzeni"ni de bu sınırlar içerisinde değerlendirmektedir.⁹

Yargıtay'ın bazı kararlarında da kamu düzeni kavramına, "demokratik kamu düzeni kavramıyla" bağdaşmayan anlamlar yüklenmiş ve "kamu düzeni" kavramı

⁵ Fazıl Hüsnü Erdem, "TCK'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni," *AÜHF* 52, no. 1 (2003): 50.

⁶ AYM, E.1963/128, K.1964/8, 28.1.1964, *AMKD*, Sayı 2, 47.

⁷ AYM, E.1989/1. K.1989/12, 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, 153.

⁸ Erdem, "Demokratik Kamu Düzeni," 52.

⁹ Erdem, "Demokratik Kamu Düzeni," 54.

ile "devlet düzeni" (Anayasal düzen) kavramı birbirine karıştırılmıştır. Örneğin, "Yargıtay 8. Ceza Dairesi bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "...Devlet ve halk düşman kutuplar halinde gösterilmekte, halkta Devlet karşı başkaldırı tohumları ekilmekte, kin ve nefret duyguları yaratılıp, ateşi körüklemek istenmektedir (...) yazı bütünü itibariyle yöre halkını, etnik köken ve bölge ayrımı gözetilerek, Devlete karşı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edecek biçimde özel kasıtlı yayımlanmış(tır)." ¹⁰ Yine başka bir kararında Yargıtay; "Anayasanın laik Cumhuriyeti demokrasinin olmazsa olmaz koşulu kabul ettiğini, laiklik esasına dayalı demokratik sistemin insan doğasına ve onuruna en uygun sistem olduğunu ve hiç kimsenin bu sistemin kendine tanıdığı hak ve özgürlükleri bireyi kul durumuna düşüren totaliter rejimin gelmesi uğrunda kullanma hakkı bulunmadığını" ¹¹ belirtmiştir. Yargıtay'ın anılan kararda ¹² laikliğin Cumhuriyetin ve demokrasinin vazgeçilmez unsuru olduğunu belirtmesine karşın, Kur'an-ı Kerimin El Hücurat suresinin 8. ayetine atıf yapması dikkat çekicidir. Her iki karara konu suç da "halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik" suçudur. Kararlardaki ifadelerden, Yargıtay'ın, "kamu" kavramından "devleti" anladığı ve dava konusu eylemi, "devlet aleyhine işlenen" bir suç olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın, dava konusu ifadelerin "halkı birbirine karşı kin ve düşmanlığa tahrik" edici nitelikte olup olmadığını değerlendirmesi gerekirken Yargıtay söz konusu ifadelerin "devlet" açısından taşıdığı sakıncaları kararına yansıtmıştır. Böylece Yargıtay, "kamu düzenini" değil, "devlet düzenini" koruma kaygısıyla hareket ettiği kanısını uyandırmıştır. ¹³

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, denetimde kriter olarak kullandığı "Anayasal düzen", "Devlet düzeni" kavramlarının yerine, daha evrensel ve soyut bir kavram olan "kamu düzeni" kavramını kullanmıştır.

¹⁰ Yar. 8.CD, E.1994/6163. K. 1994/7188, 10.6.1994; Yar. 9.CD, E.1974/12. K. 1974/2, 18.6.1974, (YKD).

¹¹ Yar. 8. CD, E. 1998/10296, K. 1998/11672, 23.09.1998, (YKD). Bu kovuşturma dosyasına Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Prof. Dr. Çetin Özek ve Prof. Dr. Uğur Alacakaptan tarafından hazırlanan uzman mütalaalarında ETCK m. 312'de düzenlenen atılı suçun unsurlarının oluşmadığı ve dava konusu söylemlerin ifade hürriyeti kapsamında kaldığı belirtilmişse de Yargıtay, kamu düzenine karşı suç olan bu suçta anayasal düzene ilişkin mülahazalarla kanaatimizce hukuka aykırı olarak temyiz isteminin reddine karar vermiştir.

¹² Yar. 8. CD, E. 1998/10296, K. 1998/11672, 23.09.1998, (YKD).

¹³ Erdem, "Demokratik Kamu Düzeni," 58.

Anayasa Mahkemesi, bunu anayasaların anti demokratik yapılarını ortaya koymamak adına bilinçli olarak yapmaktadır.

Anayasal düzen ve kamu düzeninin birbirinden farklı kavramlar olduğunu ortaya koyduktan sonra anayasal düzeni, kurucu iktidar tarafından yapılsın veya yapılsın, devletin temel organlarına, bunların görev ve yetkilerine, bireylerin hak ve özgürlüklerine, devletin kuruluşundaki temel felsefesine ilişkin kurallardan müteşekkil düzen olarak tanımlamak mümkündür.

II. TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN ANAYASAL DÜZENİ

Osmanlı toprak düzeninin bozulması, toplum içerisinde kapitalist ilişkilerin ortaya çıkması, 1838 Baltalimanı Antlaşması ile başlayan dış yardım siyaseti ve Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerindeki yıkıcı dış ilişkiler Osmanlı Devleti'nin bölüşülmesi ile son bulmuştur. Bu dönemdeki fikir akımları konunun sonuçları üzerinde duygusal yön ve amaçlar yaratmaktan öteye geçmemiştir. Bu dönemde toplumu yapısal özellikleriyle birlikte inceleyen; Sanayi Devrimi'nin neden ve sonuçları ile toplumsal gelişmemiz arasında ilgi kuran bir düşünce adamı ortaya çıkmamıştır.¹⁴ Bu tarihsel süreç içerisinde Türkiye'nin modernleşmesinde en büyük dönüm noktası, Mustafa Kemal yönetimindeki anti-kapitalist ve anti-emperyalist Kurtuluş savaşı olmuştur.¹⁵

Anadolu İhtilali, işgal kuvvetlerine karşı savunma yaparken Anadolu'da toplanan kongrelerle de yeni bir devletin felsefesini açıklamıştır. Amasya Genelgesi'nde *"her türlü tesir ve murakabeden azade bir heyet-i milliyenin vücudu elzemdir"* maddesiyle kurtuluş savaşının Tam Bağımsız Türkiye'yi amaçladığı ifade edilmiştir.¹⁶ Artık halk başkaldırmaktadır ve devletin temelindeki hakkını ihtilalle almaya çalışmaktadır. Bu Meşrutiyet ve Tanzimat aydınlarının göremediği büyük bir değişimdir. Erzurum ve Sivas Kongrelerinde bu gerçek

¹⁴ Uğur Mumcu, "Türkiye'nin Yapısal Özellikleri ve Anayasal Düzeni," *AÜHFD* 26, no. 3 (1969): 165.

¹⁵ Muammer Aksoy, "Atatürk'ün Işığında Tam Bağımsızlık İlkesi," *Yavuz Abadan Armağanı* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1969), 702.

¹⁶ Bülent Nuri Esen, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Akay Kitabevi, 1945), 56.

sağlam temelleri ile saptanarak yeni Türkiye'nin temelleri atılmıştır.¹⁷ 1923 İzmir İktisat Kongresi ile yeni Türk devletinde ekonomik bağımsızlık hedefinin nasıl gerçekleştirileceği tartışılmış ve önemli kararlar alınmıştır.¹⁸

Kongreler döneminden sonra 20 Ocak 1921 tarihli Anayasa ile devletin temelleri atılmış, millî egemenlik kabul edilmiş ve devleti meclis hükümetinin yönetmesi öngörülmüştür. 29 Ekim 1923'te kurulan Cumhuriyet ve 1924 Anayasası Tanzimat ve Cumhuriyet'te gelişen dualist akıllara karşı yeni bir devlet felsefesini ifade ediyordu. Kemalizm, bu düşünce ve eyleme verilmiş bir siyasal addır.¹⁹ Kemalizmin üç temel esası bulunmaktadır. Bunlardan ilki; ulusal bağımsızlığa, halk egemenliğine ve cumhuriyetçiliğe dayanan çağdaş devlet ilkesidir. İkincisi laikliktir ki bu ilke ile halk ile devrimci kadrolar arasındaki duvarlar yıkılıp devrim ilkelerinin halka inmesi sağlanacaktır. Üçüncüsü ise devletçilik olarak da ifade edilen ekonomik bağımsızlık ve kalkınmadır.²⁰

1982 Anayasası'nın başlangıç kısmında; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin siyasal işleyişine hâkim olan ilkeler; "Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı; Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;

Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;" şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁷ Mumcu, "Türkiye'nin Anayasal Düzeni," 165.

¹⁸ İzmir İktisat Kongresi Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz; Mehmet Kayıran ve Selami Saygın "İzmir İktisat Kongresi," *Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yakın Tarih Dergisi* 5, no. 3 (2019): 27-70.

¹⁹ Taner Timur, *Türk Devrimi (Tarihi Anlamı ve Felsefi Temeli)*, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1968), 94.

²⁰ Mumcu, "Türkiye'nin Anayasal Düzeni", 166.

1982 Anayasası'nın birinci maddesinde devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu, ikinci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri, üçüncü maddesinde de toplumu birbirine bağlayan ortak milli değerler sayılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü anayasal düzenin, anayasanın başlangıç hükümleri ve ilk üç maddesinde belirtilen ilkeler olduğunu öz olarak ifade etmek mümkündür. Bu ilkeler devletin yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğunu, egemenliğin kaynağının dinden kaynaklanmadığını, devletin siyasal yapısının demokrasi olduğunu, güçler ayrılığının benimsendiğini, egemenliğin millete ait olduğunu ve devletin temel felsefi düşüncesinin Atatürk ilke ve inkılaplarına dayandığını göstermektedir.

1982 Anayasası ilk üç maddesi ile değiştirilemeyen ve değiştirilmesi teklif edilemeyen alanı çok geniş şekilde belirlemiştir.²¹ 1961 Anayasası döneminde yalnızca devletin Cumhuriyet olan şekli değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemezdi. Ancak 1982 Anayasası'nın hazırlandığı dönemdeki siyasi koşullar ve darbe yönetiminin benimsediği dünya görüşü doğrultusunda otoriter ve sınırlandırıcı bir ruh taşıması nedeniyle ilk üç maddede çok geniş anayasayı değiştirme yasağı konulmuştur.²²

Anayasa Mahkemesi de; "Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda, Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği

²¹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997), 266–267.

²² "1982 Anayasası'nın, Danışma Meclisi tarafından hazırlanan taslağında, değiştirilemez hüküm, 1961 anayasasında olduğu gibi devletin şekli olan Cumhuriyet'e ilişkindi. Ne var ki, milli güvenlik konseyi, bu konuda bir değişikliğe giderek anayasanın ilk üç maddesini değiştirilemezlik kapsamına almıştır" Bkz: Onar Erdal, 1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1993), 11 vd.

sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.”²³ şeklindeki kararı ile Türkiye Cumhuriyetinin Anayasal düzeninin sınırlarını belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi anayasal düzen konusunda bu kararındaki kriterleri temel ölçüt olarak kabul etmekte ve istikrarlı olarak uygulamaktadır.²⁴

III. TÜRKİYE CUMHURİYETİNİN ANAYASAL DÜZENİNİN UNSURLARI

A. Cumhuriyetçilik İlkesi

Devlet başkanının göreve geliş şekline göre devletler, monarşiler ve cumhuriyetler olarak ikiye ayrılmaktadır. Devlet başkanının doğrudan veya dolaylı olarak seçimle belirlendiği yönetim şekli cumhuriyettir.²⁵ Cumhuriyet hem devlet hem de hükümet şekli olduğu ifade edilmiştir. Devlet şekli olarak Cumhuriyet egemenliğin bir kişi ya da belirli bir zümreye ait olmadığı, egemenliğin ırk, dil, din farkı gözetilmeksizin toplumun tamamına ait olduğu devlettir. Bir hükümet (devlet yönetimi) şekli olarak Cumhuriyet ise devlet başkanın yanı sıra devletin başlıca temel organlarının seçim ilkesine göre belirlendiği hükümet sistemi olarak tanımlanmaktadır. Türkiye’de Cumhuriyeti ilan eden 29 Ekim 1923 tarihli “Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Mevaadının Tavzihen Tadiline Dair Kanun” Cumhuriyeti hükümet şekli olarak tanımlamışken “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir” şeklindeki düzenleme ile 1924 Anayasası Cumhuriyeti devlet şekli olarak tanımlamıştır.²⁶

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gibi Cumhuriyetin değiştirilmezliğini öngören anayasalar bakımından Cumhuriyetten ne anlaşılması gerektiği büyük önem arz etmektedir. Anayasayı değiştirme sınırının kurucu iktidarın koymuş olduğu sınırlama amacı doğrultusunda uygulanabilmesi için soyut cumhuriyet kavramının çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Geniş anlamda cumhuriyet,

²³ AYM, E.2010/49, K.2010/87, 07/07/2010, (UYAP).

²⁴ AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/04/2014, AYM, E.2010/72, K.2010/93, 22/09/2010, AYM, E.2008/42, K.2008/167, 20/11/2008, (UYAP).

²⁵ Buna dar anlamda Cumhuriyet de denilmektedir.

²⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 69.

devlet başkanının devletin başına geliş tarzından çok daha ileri ve demokratik bir yönetimi ifade etmektedir. Bu çerçevede cumhuriyet hâkimiyetin topluma ait olduğu, insan haklarına saygıyı esas alan, demokratik, laik, siyasal iktidarın da hukuka bağlı ve hukukla sınırlı olduğu, eşit anayasal yurttaşlığın benimsendiği yönetim şeklini ifade etmektedir.²⁷ Bu manada cumhuriyet ile demokrasi özdeşleşmektedir. Ancak fiilen ne her cumhuriyet demokratiktir, ne de her demokratik devlet cumhuriyettir.

Cumhuriyetin uygulanma şekli devletlerin demokratik yapılarına göre farklılık göstermektedir. Anayasal uygulamalar ve düzenlemelerden hareketle cumhuriyetleri, sosyalist cumhuriyetler, teokratik cumhuriyetler, oligarşik cumhuriyetler ve demokratik cumhuriyetler olarak dört başlıkta sınıflandırmak mümkündür.²⁸ Bu sınıflandırmaya göre ancak demokratik cumhuriyet gerçek ve geniş manada cumhuriyet olup diğer cumhuriyetler demokrasi yolunda devlet başkanın seçimle belirlenmesinden öteye geçememiştir.

1982 Anayasası'nın ilk maddesinde "*Türkiye Devleti'nin bir Cumhuriyet olduğunun belirtilmesi*" kurucu iktidarın cumhuriyet ilkesini ne kadar önemsendiğini göstermektedir. Anayasa'nın ikinci maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğunun belirtilmesi*" ve bu ilkelerin cumhuriyetin nitelikleri olarak gösterilmesi kurucu iktidarın geniş anlamda cumhuriyet anlayışını benimsediğini göstermektedir. Yargı organlarının cumhuriyeti hâkimiyetin topluma ait olduğu, insan haklarına saygıyı esas alan, demokratik, laik, siyasal iktidarın da hukuka bağlı ve hukukla sınırlı olduğu, eşit anayasal yurttaşlığın benimsendiği yönetim şekli manasında, ölçü norm olarak benimsemesi gerekmektedir. Bu ölçü norm yapılan tüm düzenleyici işlemlerin denetiminde anayasa yargısı ve anayasanın ceza hukukuyla korunması sırasında diğer yargı organları tarafından kullanılmalıdır.

²⁷ Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları), 1971, 121; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 468.

²⁸ Bu konuda Ayrıntılı İnceleme İçin Bkz. İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)* (İstanbul: Sıralar Matbaası, 1968), 46. vd.

B. İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi

Çağdaş demokrasiler tüm bireylere temel hak ve hürriyetlerin tanındığı ve bunların koruma altına alındığı siyasal rejimlerdir. Bir siyasal rejimin demokratik olabilmesi için temel hakların eşit olarak herkese tanınması gerekmektedir. 1961 Anayasası'nda Cumhuriyetin niteliği olarak "insan haklarına dayalı devlet" ibaresi kullanılmışken 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde "insan haklarına saygılı devlet" ibaresi kullanılmıştır. İki ibare arasında hukuki güvence bakımından çok fark olmadığı ifade edilebilir. Soysal, iki ifade arasında fark bulunduğunu, ikincinin daha kısıtlayıcı olduğunu savunmuştur. 1961 Anayasası'ndaki ifadenin, tüm devlet teşkilatının insan haklarına saygı ilkesine göre oluşturulmasını gerektirmesi nedeniyle biz de iki ifade arasında 1982 Anayasası'nda hürriyeti kısıtlayıcı şekilde değişiklik yapıldığı kanaatindeyiz.

Temel hakların tanınması kadar, koruma altına alınması da önem arz etmektedir. Korunamayan hakkın tanınması tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu koruma ise temel hakların ve bu hakların kısıtlanmasına ilişkin temel kuralların Anayasa'da düzenlenmesi ve etkin, gelişmiş bir anayasa yargısının kurulması ile sağlanabilecektir. 1982 Anayasası m. 12 uyarınca; "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" Anayasa m. 12 tüm bireylerin din, dil, ırk, cinsiyet farkı bulunmaksızın kişiliklerine bağlı temel haklara sahip olduklarını güvence altına almaktadır.

Temel hakkın tanınması yukarıda belirttiğimiz üzere etkin bir denetim ve denetimde nazara alınacak demokratik kriterler bulunmadıkça bir anlam ifade etmemektedir. 1982 Anayasası m. 13 kişilere tanınan temel hakların kısıtlanmasına ilişkin temel kriterleri belirlemektedir. 1982 Anayasası m. 13 uyarınca; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Buna göre, temel haklar şeklen, ancak hakkın tanımlandığı Anayasa maddesinde belirtilen nedenlerle ve kanunla sınırlanabilecektir. Ayrıca bu kısıtlamalar, "*Anayasanın sözüne ve ruhuna,*

demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gerekleri” olarak ifade edilen kanaatimizce Anayasal düzene ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Temel hakların sınırlandırılmasında en yaygın kavramlardan biri kamu düzenidir. Ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde özgürlükleri sınırlamanın başlıca nedenlerinden biri olarak bu kavram yer almaktadır. Ancak kamu düzeni kavramı zaman zaman gerek kanun koyucuların ve gerekse uygulayıcıların elinde, özgürlükleri aşırı derecede sınırlamanın etkin bir silahına dönüşmektedir.²⁹ Kamu düzeni, niteliği ne olursa olsun mevcut olan herhangi bir düzenin muhafazası ve devam ettirilmesinin bir mücadele aracı olarak kullanılabilir. Totaliter rejimlerde bu tür eğilimlere sık rastlanmakta; kamu düzeni kavramı özgürlükleri güvence altına almanın değil onları bastırmak suretiyle mevcut düzeni korumanın hukuksal ve söylemsel aracına dönüşmektedir. Oysaki bu tür rejimlerden farklı olarak demokratik rejimlerde kamu düzeni özgürlükler açısından bir güvence oluşturmaktadır.³¹ Bu güvence ise kamu düzeninin, çatışan özgürlükler arasında uzlaşmayı sağlayan, toplumsal barış ve bütünlüğe hizmet eden özellikleriyle sağlanabilecektir.³²

Anayasa Mahkemesi yaptığı demokrasi tanımlarında, demokratik rejimin temel haklara saygı unsurunu ön plana çıkarmakta, hak ve özgürlüklerin istisnai olarak ve ancak özüne dokunulmadan, kanunla sınırlanabilmesini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları uyarınca *“Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler. Başka bir*

²⁹ Erdem, “Demokratik Kamu Düzeni,” 42.

³⁰ İbrahim Özden Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler* (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989), 136.

³¹ Reyhan Sunay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması,” Yayınlanmamış Doktora Tezi (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999), 196.

³² Erdem, “Demokratik Kamu Düzeni,” 42.

ifadeyle yapılan sınırlama, hak ve özgürlüğün özüne dokunarak onun kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hâle getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki dengeyi bozuyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır.”³³

AİHM de demokrasiyi, “Avrupa kamu düzeni”nin temel bir unsuru olarak kabul etmekte³⁴ ve kararlarında, “kamu düzeni” ve diğer meşru sınırlama sebeplerinin³⁵ “dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması gerektiğine” yer vermektedir.³⁶ AİHM, bir sınırlama nedeni olarak kamu düzenine ilişkin verdiği kararlarında kamu düzeninin ulusal makamlarca keyfi bir şekilde yorumlanamayacağını, aksine bu kavramın düşünce özgürlüğü lehine olmak üzere dar bir biçimde ve “Sözleşmenin anlam bütünselliği içinde”³⁷ yorumlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. AİHM, AİHS'nin 10/2. maddesinde yer alan ve sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir” niteliğinde olmasını şart koşan hükmün uygulanmasında bir takım esaslar kabul etmektedir. Bu esasları şu şekilde sıralamak mümkündür;

1-“Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”. Bu ilkeye göre, düşünce açıklamasını sınırlama gerekliliği zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmıyorsa bu durumda düşünce açıklaması sınırlanamayacaktır.³⁸

³³ AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, (UYAP).

³⁴ AİHM, “Loizidou/ Türkiye” (İlk İtirazlar), 23 Mart 1995, A. 310, Erişim Tarihi: Şubat 21, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int>.

³⁵ “AİHS”nin 10/2 maddesinde sayılan meşru sınırlama sebepleri şunlardır: milli güvenliği, toprak bütünlüğünü, kamu güvenliğini, toplumun sağlık ve ahlakı ile başkalarının şöhret ve haklarını korumak, asayişsizliği veya suç işlenmesini önlemek, gizli haberlerin açıklanmasına engel olmak veya yargı gücünün tarafsızlığını ve otoritesini sağlamak.”

³⁶ AİHM, “The Observer And Guardian/İngiltere” 26 Kasım 1991, A. 216, Erişim Tarihi: Şubat 21, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi: Şubat 21, 2024; Erdem, “Demokratik Kamu Düzeni,” 44.

³⁷ Antony Lester, "Freedom of Expression," *The European System For The Protection Of Human Rights*, ed. R.St.Macdonald, F. Matscher, H.Petzold, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1993), 487.

³⁸ Francis Geoffrey Jacobs ve Robin C.A. White, *The European Convention on Human Rights, Second Edition* (Oxford : Clarendon Press, 1996), 306.

2- "*Takdir yetkisi*". Bu ilkeye göre üye devletlerin, düşünce özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebeplerini oluşturmada takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu ilke³⁹, hiçbir zaman devletlerin sınırsız bir değerlendirme serbestliğine sahip olduğu anlamına gelmemekte ve devletlerin bu yetkisi Mahkeme'nin denetimine tabi olmaktadır.⁴⁰

3- "*Ölçülülük*". Bu ilkenin düşünce özgürlüğüne yapılacak müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında bir dengenin kurulması gerekliliğini ifade ettiği belirtilmektedir.⁴¹ Özgürlüğe yapılacak müdahale, bu müdahale ile ulaşılmak istenen amaçla sınırlı olmalıdır.

Tüm kişilere kişiliklerine bağlı dokunulmaz temel hakların tanındığı ve bu hakların etkin denetimle güvence altına alındığı, hakların AİHM kararlarında da belirtildiği üzere zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç nedeniyle, bu ihtiyaç için yeterli olacak ölçüde kısıtlandığı ve bu husustaki takdirin de denetim altında bulunduğu bir devlet "insan haklarına saygılı" bir devlet olarak nitelendirilebilecektir.

C. Atatürk Milliyetçiliğine Bağlı Devlet İlkesi

Politik ve bilimsel alanlarda çok farklı manalarda kullanılan milliyetçilik kavramıyla bazıları bir bağımsızlık savaşını anlatmak isterken, bazıları da onu değişik halklara karşı yürütülen baskı ve sindirme politikası anlamında kullanmakta, milliyetçilik bazen sağ bazen de sol bir ideoloji olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴² Milliyetçilik bazen devletlerin kurulmasını sağlarken bazen de Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi devletlerin yıkılmasına neden olmaktadır.

Milliyetçilik, "aynı millete mensup olan kişilerin bağımsız olarak bir arada hayat sürmek istekleri ve bu insanların sevgi ve saygı duygularıyla milletine

³⁹ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları," *Yargıtay Dergisi* 106 (1975): 211.

⁴⁰ Lester, *Fredoom of Expression*, 490.

⁴¹ Erdem, "Demokratik Kamu Düzeni," 45.

⁴² Heinrich August Winkler, (*Der. Nationalismus*), ed. Henrich August Winkler (Königstein/Ts.: Verlagsgruppe Athenäum, Hain, Scriptor Hanstein, 1978,) 5.

bağlanarak, oluşturdukları toplumu daha ileriye götürme isteği" şeklinde tanımlanmaktadır.⁴³ Bir başka tanıma göre ise milliyetçilik, "bir toplumda bireylerin kendilerini topluluğa bağlı ve onun bir parçası hissetmeleri ve oluşturdukları toplum için benliklerinden vazgeçmeye hazır olmaları" dır.⁴⁴

Devlette bazen kurucu bazen yıkıcı etkisinin olması da göstermektedir ki milliyetçilik kavramının farklı boyutları bulunmaktadır. Sosyolog Anthony D. Smith, iki tür ulus tipinin ve bu doğrultuda iki tür milliyetçilik anlayışı olduğunu belirtmektedir. Bunlar teritoryal ve etnik uluslardır. Teritoryal milliyetçilik belirli coğrafi sınırlar içinde kurulu olan devletin hâkimiyetinde yaşayan, renge, dine, ırka ve cinsiyete dönük ayrıcalıkları reddeden, vatandaşlık esasına dayanan, ortak kültür olgusunun devletten ulusa doğru tepeden inşa edilmek suretiyle gerçekleştiği milliyet anlayışını esas alan milliyetçiliktir. Etnik milliyetçilik ise daha önceden mevcut olan etnik grup ya da bağlar esas alınarak teşekkül ettirilen, ortak soy ve kökler üzerinde kurulan, halkın eğitilmiş kesimlerinin etkin hale getirilip halka dönük bir seferberlik yürütülerek ulusal bilincin aşılandığı milliyetçilik anlayışıdır. Teritoryal ulusların temelini yasal kurallar ve kurumlar oluşturmaktadır. Etnik uluslarda ise yasal kurallar ve kurumların yerine lehçeler, gelenek ve görenekler ikame edilmeye çalışılmaktadır.⁴⁵ Modernist milliyetçilik kuramına göre; millet olgusu doğal, kökleri eski çağlara kadar geri giden bir olgu değildir. Milletler modern çağın getirdiği sanayileşme, kapitalizm, kentleşme, merkezi devletlerin kurulması, laikleşme gibi modern gelişmeler sonucu ortaya çıkmıştır. Milliyetçiliği milletler yaratmamış aksine, milletleri milliyetçilik yaratmıştır.⁴⁶ Bu da göstermektedir ki modernist milliyetçilik kuramı teritoryal milliyetçilik anlayışını benimsemektedir.

⁴³ Süleyman Arslan, 'Atatürk Milliyetçiliği', 100. Yıl Atatürk Konferansları (Ankara: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı : Türkiye Petrolleri A.O. Genel Müdürlüğü Yayınları, 1981), 18.

⁴⁴ Sadi Irmak, "Atatürkçülüğün İlkeleri," *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 5, no. 15 (1989): 508.

⁴⁵ Anthony D Smith, *Ulusların Etnik Kökeni*, çev: Sonay Bayramoğlu ve Hülya Kendir (Ankara: Dost Kitabevi, 2002), 184. vd.

⁴⁶ Ernest Gellner, *Uluslar ve Ulusçuluk*, çev.: Büşra Ersanlı Behar ve Günay Göksu Özdoğan (İstanbul: Hil Yayınları, 2018), 105.

Ulusal kimliklerin ortaya çıkışını açıklamaya çalışan milliyetçilik kuramları çok farklı tezlere dayanmakta olup her birinin savunulabilir yönleri bulunmaktadır. Ulusal kimliklerin kökeninin çok eski dönemlere kadar geriye gittiğini söylemek mümkün olmasa da bu kimliklerin oluşumunda geçmişten gelen bazı etnik yakınlıkların etkili olduğunu da ifade etmek mümkündür. Dil, tarih, din, mitler vb. faktörler de ulusların inşasında etkili olmaktadır. Fakat Fransız milletin inşasında olduğu gibi bütün milletlerin belli bir tarihi geçmişe sahip olmaları gerekmemekte modern manada milli kimlikler bir inşa sonucunda tarihin belli bir döneminde, belli şartların bir araya gelmesi ile gerçekleşmektedir.⁴⁷

İrkçılık ve ideolojik milliyetçilik birleştiğinde devletlerin tehlikeli maceralara sürüklendiği görülmektedir. Bunun en iyi örneği Hitler Almanyası'dır. Milliyetçilik emperyalist amaçların gerçekleştirilmesi için kullanılabilirdiği gibi, Türk Kurtuluş Savaşı'nda olduğu gibi emperyalizme karşı mücadele için de kullanılabilmektedir.⁴⁸

Milliyetçilik hususundaki bu açıklamalar doğrultusunda Atatürk milliyetçiliğinin teritoryal ve modernist bir milliyetçilik olduğu kanaatindeyiz. Zira Atatürk Milliyetçiliği etnik grup ya da bağlar temelinde oluşturulan, ortak soy ve kökler üzerinde kurulan bir milliyetçilik anlayışı olmayıp Yeni Türkiye Cumhuriyeti devleti vatandaşlığına ve eşit vatandaşlık temeline dayanan bir milliyetçiliktir. Bu nedenle de ayrıştırıcı değil milli sınırlar içerisinde bütünleştirici bir etkiye sahiptir. Atatürk'ün milliyetçilik anlayışı çağdaş, akılcı, medeni, demokratik, ileriye dönük, birleştirici, toplayıcı, yüceltici, insani ve barışçıdır. Böyle bir milliyetçilik anlayışı totaliter faşizmle, ırkçılıkla, şovenizmle, komünizmle, teokratik düzen savunuculuğuyla bağdaşmaz.⁴⁹ Atatürk milliyetçiliği ilk oluşum süreci olan Kurtuluş Savaşı boyunca emperyalizme karşı halkı birleştirme işlevinde etkili olmuş, Cumhuriyet döneminde ise Osmanlı'dan kopmak için toplumsal, kültürel, siyasi ve ekonomik yapı değişimini sağlayacak

⁴⁷ Abdulvahap Akıncı, "Milliyetçilik Kuramları," *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 15, no. 1 (2014): 147, <http://esjournal.cumhuriyet.edu.tr/tr/download/article-file/48514>.

⁴⁸ Ali Osman Gündoğan, "Devlet ve Milliyetçilik," *Doğu Batı Dergisi* 6, no. 21 (2003): 186, <https://www.dogubati.com/sayi-21-yeni-devlet-yeni-siyaset>.

⁴⁹ Cemalettin Taşkıran, "Atatürk, Cumhuriyet ve Milli Kimlik," *Erdem Dergisi* 32, no. 11 (1998): 637.

devrimlerin düşünce sistemi olarak biçimlenmiş, bu anlamda Atatürk milliyetçiliğinin temel işlevleri laiklik ve batılılaşma olmuştur.⁵⁰

Atatürk, Ziya Gökalp'in milliyetçilik hakkındaki fikirlerinden etkilenmiştir. Ziya Gökalp, Türkçülüğü, "*farklı etnik kategorilerden -Türkmen, Kürt, Çerkez...- oluşan*" tebaayı, din ve kültür birliğine dayanan homojen bir millet haline getirmek isteyen bir proje olarak görmekte, etnik milliyetçiliği reddetmektedir.⁵¹ Ziya Gökalp'in fikirleri Genç Türkleri de etkilemiş ve Genç Türkler devletin temeli olarak İslamiyet'in yerini Türk milliyetçiliğinin alması gerektiğini savunmuşlar ve milletin tüm yetkilerin kaynağı olduğu tezini ileri sürmüşlerdir.⁵² Jön Türklerin savunduğu Türk milliyetçiliği İslam'ın manevi ve hukuksal temellerine dokunmadan devleti güçlendirmek için dini, idari ve yargısal işlevlerinden ayıran bir laiklik anlayışıyla gelişmiş modernist bir milliyetçilik olup Atatürk'ün milliyetçilik anlayışına da kaynaklık etmiştir. Bu milliyetçilik anlayışının antiemperyalist ekonomik boyutu bulunmaktadır ve ulusal bir ekonominin kurulmasını hedeflemiştir.⁵³ Türk Kurtuluş savaşının başarıya ulaşmasını sağlayan da bu antiemperyalist ve modern milliyetçilik anlayışı olmuştur.

Mustafa Kemal Atatürk, millilik ilkesini Anadolu'ya ayak bastığı ilk andan itibaren ısrarla vurgulamıştır. 22 Mayıs 1919'da, Samsun'a geldikten üç gün sonra İstanbul'a, Sadrazamlık makamına gönderdiği raporunda "*... Türklüğün yabancı yönetimine tahammülü yoktur... İzmir, Türkler için milli ve hayati bir meselesidir. Millet yek vücut olmuş ve milli hakimiyet esasını ve Türklük duygusunu hedef ittihaz etmiştir...*"⁵⁴ ifadeleriyle millilik ilkesini işaret etmiştir. Atatürk, milleti "*aynı kültürden olan insanlardan oluşan topluma millet denir*" şeklinde tanımlamakta ve

⁵⁰ Ayfer Dağdelen, "Atatürk Milliyetçiliği ve Temel Kırılma Noktası: 12 Eylül Milliyetçiliği," *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 9, no. 2 (2012): 23.

⁵¹ Kemal Karpat, *İslamın Siyasallaşması* (İstanbul: Timaş Yayınları), 653.

⁵² Metin Heper, *Türkiye'nin Siyasal Hayatı, Tarihsel, Kuramsal ve Karşılaştırmalı Açından*, çev. Kadriye Göksel (İstanbul: Siyasal Kitabevi, 2011), 342.

⁵³ Kemal Karpat, *Türk Siyasi Tarihi: Siyasal Sistemin Eorimi* (İstanbul: Timaş Yayınları, 2014), 15.

⁵⁴ Nîmet Arsan, *Atatürk'ün Tamim, Telgraf ve Beyannameleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1964), 24-25; Utkan, Kocatürk, *Atatürk'ün Fikir ve Düşünceleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1984), 44.

"Türkiye Cumhuriyeti devletini kuran Türkiye halkına Türk milleti"⁵⁵ denildiğini ifade etmektedir.

Milli Mücadele dönemi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş yılları milliyetçilik inancının somut bir vatan anlayışı ile bütünleştiği dönemdir ki bu dönemde millet kavramı ile "sınırları belli bir vatan" kavramı arasında ilişki kurulması önemli ve zorunlu bir yenilik olmuştur. Türk milliyetçiliği vatan kavramı ile birleşince açıklık ve güç kazanmıştır. İkinci önemli adım, egemenliğin bir şahsa bir hükümdara değil millete ait olduğu gerçeğinin açıkça ilan edilmesidir. Türk milliyetçiliğinin yükselişi ile yepyeni bir devir başlamıştır. Bu devir yalnız Türk vatanının⁵⁶ kurtuluşunu değil bütün ezilen Asya ve Afrika milletlerinin kurtuluşunu müjdelemiştir.⁵⁷ Irkçılıktan uzak, laiklik esasını benimsemiş sosyal dayanışmayı hedef alan Atatürkçü milliyetçilik anlayışı Türk milletini ırk, mezhep, sınıf kavgalarıyla bölmeye kalkışacak olanlara karşı en sağlam savunma aracıdır. Nitekim bu milliyetçilik anlayışı ile Türkiye Cumhuriyeti kurulmuştur.

Atatürk, milliyetçilik ilkesini önderliğini yaptığı siyasi hareketin temeli haline getirmiştir. Meşrutiyet döneminde, "Türkçülük" ile "Batıcılık" akımları arasında bir ölçüde çatışma vardı: Milliyetçiler "batılılaşmayı" ya temelden reddediyorlar ya da sınırlı tutmaya çalışıyorlardı. Dünyanın pek çok ülkesinde özellikle sömürgeci devletlerin pençesi altına düşmüş Asya ve Afrika ülkelerinde milliyetçilik akımı Batı'ya ve onun temsil ettiği medeniyete karşı bir tepki ve başkaldırma şeklinde doğmuşken Atatürk Türkiyesi'nde, "Batı medeniyetinden yararlanma ve çağdaşlaşma" ile "milliyetçilik" fikirleri birbirine karşı değil birbirine paralel olarak gelişmiştir.⁵⁸ Bu yönüyle Atatürk Milliyetçiliği çağdaş ve ilericidir. Batıya düşman olmayıp ilerleme ve çağdaşlaşma yolunda Batıdan yararlanma amacındadır.

⁵⁵ Afet İnan, *Medeni Bilgiler* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988), 18.

⁵⁶ Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, çev. M. Kıratlı (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1991), 318.

⁵⁷ Turhan Feyzioğlu, "Atatürk ve Milliyetçilik," *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 1, no. 2 (1985): 37.

⁵⁸ Lewis, *Türkiye'nin Modernleşmesi*, 478.

Atatürkçü Türk milliyetçiliği anlayışı, milletin oluşmasında ortak tarihin, ortak inançların, ortak kültürün rolünün bulunduğunu kabul etmektedir. Fakat milleti ümmetle karıştırmayıp, teokratik devlet anlayışına kapalıdır. Bu suretle de laik modernist milliyetçilik kuramına dayanmaktadır.⁵⁹ Atatürk milliyetçiliği dine karşı değildir, ancak milletin oluşumunda dini de esas almamaktadır. Bu doğrultuda Atatürk milliyetçiliğinin ikinci özelliği de laik olmasıdır.

Atatürkçü milliyetçilik sınıf farkını kabul etmez. Atatürk, Türk toplumunu teşkil eden işçi, köylü, tüccar, çiftçi, sanayici, esnaf, serbest meslek mensubu, sanatkâr memur gibi her çeşit meslek ve zümrelerin aynı milli toplumun birer unsuru olarak sosyal adalete uygun esaslar içinde işbirliği yapmalarını, bunlar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların millet yararının her şeyin üstünde tutulması suretiyle çözülmesini öngören bir temel görüşe sahiptir.⁶⁰ Atatürk milliyetçiliği milli dayanışma ve sosyal adaletten yanadır ve bunların gerçekleştirilmesinde yardımcı faktördür.

Teritoryal milliyetçilik anlayışında da izah ettiğimiz üzere Atatürk milliyetçiliği vatan esasına dayanmaktadır. Birlikte kurtarılmış ve birlikte savunulacak olan vatan Atatürk milliyetçiliğinin ana dokusunu oluşturmakta ve milliyet yeni Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmak şeklinde hukuki bir zeminde tanımlanmaktadır. Bu tanımlama aynı zamanda Atatürk milliyetçiliğinin sınırlarını da çizmekte ve Atatürk milliyetçiliğini gerçekçi bir zemine oturtmaktadır. Bu nedenledir ki; Atatürk milliyetçiliği gerçekçidir.

Milli Mücadelenin temelinde Türk milliyetçiliği ile birlikte egemenliğin bir şahsa, padişaha değil millete ait olduğu ilkesi de yer almaktadır ki, bu ilkenin sonucu olarak Atatürk milliyetçiliği milli egemenliği esas almış olup demokrasiye yönelmiştir. Atatürk milliyetçiliği barışı tehdit etmekte olan Nazizm ve faşizmden çok farklı bir dünya görüşünü ve medeni bir milliyetçilik anlayışını benimsemiştir. Atatürk milliyetçiliği başka milletleri hor gören, aşağılayan, saldırgan, bir milliyetçilik olmayıp barışçı ve insancıldır.⁶¹

⁵⁹ Feyzioğlu, "Atatürk ve Milliyetçilik," 392.

⁶⁰ Feyzioğlu, "Atatürk ve Milliyetçilik," 393.

⁶¹ Feyzioğlu, "Atatürk ve Milliyetçilik," 404.

Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm anayasalarında Türk vatandaşlığı en toplayıcı ifade ile “*vatana ve devlete bağlılık*” şeklinde ifade edilmiştir.⁶² Türkiye’de 1924 Anayasası’nda 1937 yılında yapılan değişikliklerle Cumhuriyetin nitelikleri arasına milliyetçilik ilkesi konulmuşken 1961 Anayasası’nda bunun yerine milliyetçiliğin Alman ve İtalyan türlerinden farkını ortaya koyma amacıyla milli devlet ilkesi konulmuştur. Ancak yirminci yüzyılın son çeyreğine girildiğinde Soğuk Savaş’ın sona erdiği süreç içinde milli devletin nasıl bir milliyetçilik anlayışına dayalı olması gerektiği konusu önem kazanmış ve bu konuda tartışmaların önüne geçmek için de “Atatürk Milliyetçiliği” kavramının anayasa metninde yer alması benimsenmiştir. Atatürk’ün milliyetçilik anlayışının çağdaş, akılcı, uygar ve ilerici, demokratik, bütünleştirici, barışçı ve insancıl olmasının bu alandaki tüm tartışmaları ortadan kaldırdığı, toplumumuzun tüm kesimlerinin üzerinde ortak bir anlaşma zemini sağlayacağı yeni hukuk düzeni getirdiği ifade edilmektedir.⁶³ 1961 Anayasasının başlangıç bölümünde Atatürk milliyetçiliğinin faşist milliyetçilik anlayışlarından farkı açıklanmışken 1982 Anayasası’nda Atatürk milliyetçiliği anayasa metninde Cumhuriyetin değiştirilemez temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

1982 Anayasası’nın başlangıç bölümüne Atatürk’ün milliyetçilik anlayışı, çeşitli açıklamalarla yansıtılmıştır. Buna göre “*Türk milleti; dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip, onurlu bir üyesidir*”. Bu ifadeden, Atatürk milliyetçiliğinin başka milletleri düşman veya aşağı görmediği, şoven ve saldırgan bir dünya görüşü benimsemediği açıkça anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası’nın başlangıç kısmında “*yurtta barış, dünyada barış*” ilkesine yer verilmesi Atatürk milliyetçiliğinin barışçı özelliğini göstermektedir. “*Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarında, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ortak olduğunu*” belirtmek suretiyle anayasa metni içinde Atatürk’ün milliyetçilik anlayışının ırk, din ve dil gibi objektif benzerliklere değil; kader, kıvanç ve tasa ortaklığına dayandığı görülmektedir.

Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet kavramı yalnızca manevi bir anlam ifade etmemekte bu tanım pozitif hukuk alanında da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Her şeyden önce Atatürk Milliyetçiliği tanımı ile Türk Devleti’nin insan

⁶² Turhan Feyzioğlu, *Millet Yolunda* (İstanbul: Dergah Yayınları, 1975), 243-250.

⁶³ Anıl Çeçen, *Ulus Devlet Türkiye Cumhuriyeti* (Ankara: Kilit Yayınları, 2020), 395.

unsurunun tek millet olduğu ve Yeni Türk Devletinin de, Atatürk milliyetçiliğinden kaynaklanan bu yapısı ile milli bir devlet olduğu ortaya konulmuştur.⁶⁴ Atatürk milliyetçiliği ile Türkiye Cumhuriyeti ulus devlet haline gelmiştir.

Atatürk milliyetçiliği ilkesinin devletin siyasal yapısı açısından politik bir tercih olarak değil anayasal düzenin varlığını sürdürebilmesini sağlayan destekleyici bir anlayış, manevi ortak bir değer olarak anlaşılması gerektiği de ifade edilmiştir.⁶⁵ Milliyetçilik ilkesinin Türk kurtuluş savaşının kazanılmasında, yeni Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasında ve devletin ulus devlet şeklini almasında temel faktör olması karşısında bu görüşe katılmamaktayız.

D. Anayasanın Başlangıçta Belirtilen Temel İlkelerine Bağlılık İlkesi

Günümüzde anayasalara başlangıç kısmı koymak artık gelenek halini almıştır. Anayasalara hak ve özgürlük bildirileri veya devletin temel felsefesini yansıtan özetler şeklinde başlangıçlar konulmaktadır. 1982 Anayasası devletin temel felsefesini yansıtan bir başlangıç bölümüne yer vermiştir. Anayasanın ikinci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri belirtilirken "*başlangıçta belirtilen temel ilkelere*" dayandığının ifade edilmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıç hükümlerinin normatif güce sahip olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, Anayasa'nı 176/1 maddesinde başlangıç kısmının Anayasa'ya dâhil olduğu belirtilmiştir.

Genellikle edebi bir tarzda yazılan ve soyut ifadeler içeren başlangıç hükümlerinden direkt uygulanabilir hukuk kuralları çıkarmak pek mümkün değildir. Başlangıç hükümlerinin hukuki değeri pozitif anayasa normlarının yorumlanmasında destek norm mahiyetinde olmasıdır. Zira bu hükümlerin birçoğu anayasanın çeşitli hükümlerinde somutlaştırılmış olup bu somutlaşmış hükümlerin anayasaya uygunluk denetiminde esas ölçü norm olarak kullanılması daha doğrudur.⁶⁶ Başlangıç hükümlerinin çok soyut olarak yazılmış olması ve

⁶⁴ Çeçen, Ulus Devlet Türkiye Cumhuriyeti, 397.

⁶⁵ Ümit Güveyi, "Ulus Devlet ile Vatandaşlık İlişkisi Paradoksu ve Anayasal Düzlemdeki Negatif Etkileri," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2019): 159.

⁶⁶ Özbudun, Anayasa Hukuku, 72.

anayasanın temel felsefesini yansıtmak amacıyla anayasalara konulmuş olmaları gözetildiğinde böyle bir uygulama daha yerinde olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıçta belirtilen ilkelerini;

“1-Millet iradesinin mutlak üstünlüğü,

2-Egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olması,

3- Kuvvetler ayrılığı,

4- Atatürk milliyetçiliğine bağlılık,

5- Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık,

6- Laiklik,

7- Hürriyetçi demokratik siyasal sistem,

8- Hukuk devleti,

9- Eşitlik ve sosyal adalet,

10- Temel hak ve hürriyetlerin tanınması,” olarak sıralamak mümkündür.

Başlangıçta belirtilen bu ilkelerin bazıları hürriyetçi demokrasinin temel ilkeleri iken bazıları da devletin dayandığı temel felsefeyi yansıtan ilkeler olup yukarıda da açıklandığı üzere, bir kısmı da Atatürk Milliyetçiliğinin özelliklerini ifade etmektedir.

E. Demokratik Devlet İlkesi

Bir düşünce veya inancın kurum ve kurallarıyla belirli bir devlet düzeninde somutlaştırılmasına dayanan organizasyon modeline siyasal rejim veya siyasal sistem adı verilmektedir. Siyasal rejim kavramı siyasal partiler, baskı gurupları, muhalefet ve sivil toplum gibi siyasal sistemin birçok kurumunu içine almaktadır.⁶⁷ Aileden başlayarak milletlerarası topluluklara varıncaya dek hiçbir sosyal müessese bulunmamaktadır ki belirli bir dünya görüşünü ve ideolojiyi yansıtmassın.⁶⁸ Siyasal rejimlerine göre devletler, totaliter devletler, otoriter devletler ve çağdaş demokratik devletler olarak tasnife tabi tutulmaktadır.

⁶⁷ Burhan Kuzu, “Demokrasi-Resmi İdeoloji-Sivil Toplum,” *AÜSBFD* 47, no. 1 (1997): 337.

⁶⁸ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 234.

Demokrasi kavramı etimolojik olarak Yunanca “demos” (halk) ve “cratoc” (egemenlik) sözcüklerinin birleşiminden oluşur ve “halk egemenliği” anlamına gelir. Demokrasi meşruiyetini halkın iradesinden alan siyasal rejimdir. İlkel olarak Eski Yunan site devletlerinden itibaren yaklaşık 2500 yıllık bir geçmişe sahip olan demokrasi kültürü günümüzde liberal çoğulcu demokrasi anlayışıyla zirveye taşınmıştır.⁶⁹

Çağdaş demokrasi antik Yunan demokrasi anlayışından dayandığı ilkeler ve yöneldikleri amaçlar bakımından büyük ölçüde ayrılmaktadır. Özellikle XVIII. yüzyılla beraber gelişen anayasacılık fikri ve bunun sağlanması için gerekli olan güçler ayrılığı ilkesi demokrasinin tanımlanması bakımından önemli bir kaynak olmuştur.⁷⁰ Antik Yunan demokrasi anlayışı toplumun çok küçük bir kesiminin seçimlere katılmasından ve düşüncelerini ve eleştirilerini forumlarda dile getirebilmesinden ibaretken çağdaş demokrasi eşitlikçi, çoğulcu, liberal olup, hukukun üstünlüğünü kabul etmekte ve anayasal demokrasi anlayışını ifade etmektedir. Günümüzde "klasik demokrasi" kabul görmektedir. Klasik demokrasi Batı Avrupa ülkelerinde gelişmiş ve olgunlaşmış olan demokrasiyi temsil etmektedir. Avrupa'da feodalitenin yıkılıp merkezi krallıkların kurulmasından sonra, krallıkların güçlenmesinin aristokrasi - burjuvazi çekişmesine yol açması, Burjuvazinin krallık otoritesini sınırlamaya kalkışması ve neticede “Milli Egemenlik” teorisinin ortaya atılmasıyla devlete ait her türlü egemenliğin millete ait olduğunun savunulması suretiyle "klasik demokrasi" sistemi kurulmuştur.⁷¹

Modern demokrasi, “yönetenlerin, devlet işlerindeki hareketlerinden dolayı yönetilenler tarafından sorumlu tutulduğu ve serbest seçimlerle belirlenen yönetenlerin aralarında rekabet ve işbirliği yaparak dolaylı olarak hareket ettikleri bir yönetim sistemidir”.⁷² Siyasi anlamda demokrasi, “millet işlerinin idaresi için gerekli siyasi kurumları tesbit etme ve bu kurumların işlemlerini sağlayan kanunları yapma yetkilerini halkın elinde bulundurduğu rejim” olarak

⁶⁹ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 435.

⁷⁰ Robert A Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, çev: Levent Köker (Ankara: Yetkin Yayınları, 1993), 304.

⁷¹ Kuzu, “Demokrasi-Resmi İdeoloji-Sivil Toplum,” 337.

⁷² P.C Schmitter ve T.L Karl, “Demokrasi Nedir ve Ne Değildir,” çev. Eralp Yalçın, *Yeni Forum Dergisi*, no. 2 (1991): 24.

tanımlanmıştır.⁷³ Bu anlamda demokrasi tarih boyunca “doğrudan, yarı doğrudan, temsili, liberal, sosyal ve ekonomik demokrasi ve modern demokrasi” gibi muhtelif şekiller altında gelişmeler göstermiştir.⁷⁴

Hürriyetçi demokrasi kendi kendisiyle çelişmeye düşmeksizin ve kendi kendini inkar etmeksizin bir kısım vatandaşları (bunlar dikta rejimi taraflısı da olsalar) hürriyetlerini kullanmaktan menedemez. Bunu yaptığı takdirde demokrasinin temel prensibinden uzaklaşmış olur. Bu yolla devlet demokratik düzeni temelinden sarsacak ve ileride düzenin tamamen çöküşünü hazırlamış olacaktır. Zararlı ve sakıncalı görülen düşüncelerin panzehiri açık ve serbest tartışma rejiminde bulunabilir. Bu gibi fikirler kamuoyunun önünde açıkça tartışılıp cevaplandırıldığı zaman tehlikeli olmaktan çıkar. Düşünce ve düşüncenin açıklanması hürriyeti bireylere tanınan bir temel insan hakkı olmasının yanında demokratik düzenin sağlıklı bir şekilde işlemesi bakımından da gereklidir.⁷⁵

Demokrasi, özü itibarıyla "farklılıkların doğallıkla biraradılığıdır".⁷⁶ Farklılıkların barış içerisinde biraradılığı ise “ayrı dünya görüşlerine, dinsel ve mezhepsel inanışlara, etnik köken ve toplumsal sınıflara mensup birey ve toplulukları kucaklamak, söz konusu farklılıklardan herhangi birine öncelik ya da üstünlük tanımamakla sağlanabilecektir”.⁷⁷ 1982 Anayasası'nda Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı olduğunun belirtilmesi nedeniyle, Anayasanın benimsediği demokrasinin liberal, hürriyetçi demokratik olduğunu ifade etmek gerekir.⁷⁸

Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında demokrasiyi; “her türlü keyfiliğin ve şiddetin dışlandığı, eşitlik ve özgürlüğün esas alındığı, halkın kendi kaderini

⁷³ *Türk Ansiklopedisi*, C. 13, (Ankara: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, 1966), 14.

⁷⁴ Kuzu, “Demokrasi-Resmi İdeoloji-Sivil Toplum,” 336.

⁷⁵ Uğur Alacakaptan, “Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci maddeleri,” *AÜHFD* 22, no. 1 (1965): 12.

⁷⁶ Mehmet Ali Kılıçbay, “Demokrasiye Geçit Vermeyen Düşman Kardeşler: Dincilik ve Laikçilik,” *Türkiye Günlüğü* no. 29 (1994): 119.

⁷⁷ Erdem, “Demokratik Kamu Düzeni,” 39.

⁷⁸ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 82.

çoğunluk iradesiyle belirlediği, siyasal iktidarın hukuk devletine dayandığı yönetim anlayışı” olarak tanımlamıştır.⁷⁹ Alman Anayasa Mahkemesi demokrasinin eşitlikçi, çoğunlukçu, hukukun üstünlüğüne dayanma ve hukukla bağlılık yönlerine vurgu yaparak kapsayıcı bir demokrasi tanımı yapmıştır. Anayasa Mahkemesi ise “Serap Tortuk” kararında demokrasiyi, “temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejim” olarak tanımlamış,⁸⁰ birçok kararında da demokrasi tanımında bu tanımı referans almıştır.⁸¹ Anayasa Mahkemesi’nin yapmış olduğu demokrasi tanımının temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması ile sınırlı kalması ve demokrasinin çoğulculuk, hukukun üstünlüğü, katılımcılık gibi unsurlarını içermemesi nedeniyle sığ kaldığını söylemek mümkündür.

“Bir siyasal rejimin çağdaş bir demokrasi olabilmesi için iktidarın seçim yoluyla belirlenip düzenli aralıklarla yapılan seçimlerle iktidarın değiştirilebilmesi, bireylerin dolaylı da olsa yönetime katılabilmeleri, çoğunluğun siyasal iktidara sahip olması, özgür muhalefetin sağlanması, siyasal ve ideolojik çoğulculuğun sağlanması, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, azınlığa saygı gösterilmesi, güçler ayrılığının sağlanması, çok partili siyasal yaşamın benimsenmesi, hukuk devleti ilkesinin sağlanması” gerekmektedir.⁸²

F. Laik Devlet İlkesi

Laiklik kavramının kökeni Antik Yunan’daki halk anlamına gelen “laos” isminden türemiş olan “laikos” sıfatıdır ve “halka ait” manasına gelmektedir. Dilimizde bu kavram ilk defa Meşrutiyet döneminde kullanılmış ve “ladini”

⁷⁹ Aktaran; J Gicquel ve J E Gicquel, *Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques*, (vol. 19), (Paris: Editions Montchrestien, 2016), 228.

⁸⁰ AYM; Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21.1.2015, (UYAP).

⁸¹ AYM; Yavuz Geçim, B. No: 2018/15011, 24.2.2021; Gülistan Atasoy ve diğerleri [GK], B. No: 2017/15845, 21.1.2021; Feriha Şencan ve diğerleri, B. No: 2017/28732, 29.1.2020; Rasul Kocatürk [GK], B. No: 2016/8080, 26.12.2019, (UYAP).

⁸² Bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz. Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 439 vd.

olarak dilimize girmiştir. "Ladini" dindışı anlamına gelmektedir.⁸³ Lâiklik yerine Anglo-sakson coğrafyasında doğup yayılan "sekülerizm" terimi de kullanılmaktadır. Sekülerizm din ve ruhban dışılık veya dünyevilik yani dinden etkilenmeyen siyasi alan anlamına gelmektedir. Sekülerizmde dinle ilgili kamusal politikalara pek yer verilmemekte din tamamen politik alan dışında tutulmaktadır.⁸⁴

Laik devlet, devletin tüm felsefi ve dini inançlar karşısında hukuki açıdan tarafsızlığını esas alan devlet anlayışıdır.⁸⁵ Laik devlet din karşısında nötrdür. Ne dinin yanında ne de dine karşıdır. Dine karşı nötr olması dolayısıyla laikliği dine düşmanlık olarak anlamak da mümkün değildir. Demokrasi laiklik ilkesine dayandığı, gerçek demokrasilerin ancak laik olabileceği, laikliğin vicdan hürriyetinin de temel şartı olduğu, birinin olmadığı yerde diğerinin yaşamasına imkan bulunmadığı, bu nedenle vicdan hürriyetinin ancak laik devlette bulunabileceği ifade edilmektedir.⁸⁶

Lâik devlette, dinsel eşitlik ve din özgürlüğü sağlanmış, akıl ve vicdanın kölelikten kurtulduğu bir siyasal örgütlenme kurulmuştur. Lâiklik ilkesi ile devlet içinde din reddedilmemekte din içinde devlet reddedilmekte ve dinin siyasi, hukuki güç olması engellenmektedir.⁸⁷ Laik devlet anlayışı bir taraftan devletin din kurumlarıyla organik bir bağının bulunmamasını ve diğer taraftan da tüm bireylerin din özgürlüğünün güvence altına alınmasını gerektirir. Laiklik devletin dinden, dinin de devletten bağımsızlaşmasıdır. Laik devlette ne din devlete, ne de devlet dine hâkimdir. Laiklik devlet tarafından akredite edilmiş din ve ibadet veya din tarafından akredite edilmiş hukuk ve yönetim anlayışına yer vermeyen barış

⁸³ Bihterin Vural Dinçkol, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Lâiklik (İstanbul: Kazancı Kitap, 1992), 5-6.

⁸⁴ Andrew Davison, *Türkiye'de Sekülerizm ve Modernlik, Hermenötik Bir Yeniden Değerlendirme*, çev. Tuncay Birkan, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2002), 245.

⁸⁵ Bu tanım ilk olarak Jean Rivero tarafından yapılmış olup daha sonra laikliğin klasik tanımı haline gelmiştir. Jean Rivero, "La Notion Juridique De Laïcité," *Archives De Philosophie Du Droit* 48 (2005): 257-264.

⁸⁶ Faruk Erem, "Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti", *AÜHFĐ* 8, no. 3-4 (1951): 64.

⁸⁷ Bihterin Vural, Dinçkol, "Türkiye'de Anayasal Düzen ve Laiklik, Lâikliğin Anayasal İlke Haline Gelişiminin 65." *Yıldönümü Paneli 5 Ankara*, 2001, 129-144. <https://www.ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/d1/M00007.pdf>.

içinde çoğulcu yaşama aracıdır. Bir devletin laik olabilmesi için iki unsurun birlikte bulunması şarttır:

1-Din ve devlet işlerinin kurumsal olarak ayrılığı benimsenmelidir.

2-Bireylerin din özgürlüğü güvence altına alınmalıdır.

Kurumsal ayrılık için devletin resmi bir dininin olmaması, devletin belirli bir din veya mezhep gurubuna pozitif veya negatif ayrımcılıkta bulunmaması, devlet ve din kurumlarının birbirinden ayrılması, devletin din ve inançları tanımlamaması, hukukun din kurallarına göre düzenlenmemesi, hak ve özgürlüklerin kullanımının din kurallarına dayandırılmaması gerekmektedir. Bireylerin din özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi için ise inanma ya da inanmama, inancından dolayı kınanmama, inancı nedeniyle farklı muameleye tabi tutulmama, inancını açıklamaya zorlanmama ve inandığı şekilde ibadetlerini ve dini ayinlerini yerine getirebilme özgürlüklerinin sağlanması gerekmektedir.⁸⁸ Ancak bu kriterlerin sağlanmasıyla devlet laik olabilecektir. Aksi halde ya laikçi yani din karşıtı olacak ya da tamamen olmasa dahi kısmen teokratik bir devlet olacaktır.

Dar anlamda din hürriyetinden vicdan hürriyeti ve ibadet hürriyeti anlaşılmaktadır. Ancak geniş anlamda ele alındığında dini dernek kurma hürriyeti, dini yayın, dini propaganda hürriyeti ve dini öğretim hürriyetinin de bu kavram dahilinde olduğu belirtilmektedir.⁸⁹ Din ve vicdan hürriyeti kişilerin diledikleri dine inanmaları ve herhangi bir saldırıya maruz kalmaksızın, özgürce seçtikleri dinin gereklerini yerine getirebilmelerini ifade etmekte⁹⁰ ve hiçbir dini inanca sahip olmamayı da kapsamaktadır.⁹¹ Vicdan özgürlüğü kişilere devletin hiçbir türlü bireylerin dini inanç ve kanaate sahip olma hürriyetlerine müdahale

⁸⁸ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 316. vd.

⁸⁹ Bülent Daver, *Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik* (Ankara: Son Havadis Matbaası, 1955), 154.

⁹⁰ Daver, *Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik*, 155; Mehmet, Akad, Genel Kamu Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997), 265; Dinçkol, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Lâiklik, 67 vd; İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku. İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı* (İstanbul: İmge Kitabevi, 1993), 210 vd.

⁹¹ Daver, *Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik*, 155; Akad, Genel Kamu Hukuku, 265; Rıza Serhadoğlu, "Vicdan Hürriyeti," in: *Lâiklik I*, İstanbul 1954, 77 vd.

edemeyeceği dokunulmaz bir alan sağlamaktadır. Bu hakkın mutlak surette tanınması ve korunması⁹² lâik hukuk devletinin de bir zorunluluğudur.⁹³ Din ve vicdan hürriyetinin bir uzantısı olan ve bir dinin ayinlere katılmak ya da katılmamak veya bir dinin emirlerini yerine getirmek ya da getirmemek konusunda kişinin sahip olduğu serbestiyi ifade eden ibadet hürriyeti de vatandaşların en temel haklarından biridir.⁹⁴ Ancak bu hakkın konusunu oluşturan davranışların ferdin iç sahasına değil dış aleme ilişkin bulunduğu sınırlandırılmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁹⁵

Hukuk devletinde "devlet dininin" olmayacağı çünkü hukuk devleti ilkesiyle ile mevcut dinlerden birini tercih fikrinin bir arada bulunamayacağı, devletin resmi dininin bulunmasının ayrı dinlere mensup veya dine inanmayan vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşeceği, din ve devletin

⁹² "Örneğin, İbadet Hürriyeti, İnanç Hürriyeti ETCK m.175'te; "Dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal eden kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve onbeş bin liradan yetmişbeşbin liraya kadar ağır para cezası verilir. Fiilin işlenmesi sırasında cebir, şiddet, tehdit veya hakaret vaki olmuş ise, faile bir yıldan iki yıla kadar hapis ve otuz bin liradan yüzelli bin liraya kadar ağır para cezası verilir. Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve onbeş bin liradan yetmişbeşbin liraya kadar ağır para cezası verilir. Üçüncü fıkrada yazılı suçlar basın ve yayın yoluyla işlenirse ceza bir misli artırılarak hükmolunur. Birinci fıkrada yazılı suçların basın ve yayın yoluyla teşvik ve tahrik edilmesi halinde aynı ceza uygulanır" denilmek suretiyle korunmuştur."

⁹³ Zeki Hafizoğulları, *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1997), 38; Erem, "Vicdan ve Din Hürriyeti," 64,65; Alman Anayasa Mahkemesi 16 Mayıs 1995 tarih ve 1087/91 sayılı kararında bu hususu vurgulamıştır: "*inanmak veya inanmamak kişiye özgü bir husustur ve devleti ilgilendirmez. devlet bir kişiyi ne bir inanca veya dine ait gösterebilir ve ne de onu din veya inançtan çıkarabilir...*" Karar incelemesi için bkz. Ayşe Nuhoğlu, "İnanç Özgürlüğüne İlişkin Alman Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı," *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998), 181-184.

⁹⁴ Daver, *Türkiye Cumhuriyetinde Lâyiklik*, 155.

⁹⁵ Akad, *Genel Kamu Hukuku*, 265; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 213.

birbirinin işine karışması halinde ikisinin de hakiki mahiyetini kaybedeceği belirtilmektedir.⁹⁶

Devletin laik olup olmadığını belirlerken şekli kriterlerden ziyade maddi kriterlere dikkat etmek gerekmektedir. Bazı devletlerin resmi bir dini bulunmasına rağmen, dinin hukuk üzerindeki etkisi ve diğer inançlara tanınan özgürlükler açısından bakıldığında bu devletlerin laik olmadığını söylemek mümkün olmayacaktır. İngiltere, Norveç, İsveç, Danimarka'yı bu devletlere örnek göstermek mümkün görülmektedir.

Türkiye'de laikliğe ulusal kurtuluş savaşından sonra Atatürk'ün önderliğindeki devrimle geçilmiştir. Öncelikle dine dayalı ve çok uluslu bir imparatorluktan ulus devlete geçişte devlet yapısı dinsel öğelerden arındırılmıştır. Egemenliğin kaynağının beşerileştirilmesinde ilk adım, 1921 Anayasasında "*ulusal egemenlik ilkesinin*" kabul edilmesidir. Saltanatın kaldırılmasının ardından 1923 yılında Cumhuriyet ilan edilmesine rağmen yapılan anayasa değişikliğiyle Anayasaya, Türkiye devletinin dininin İslam olduğu hükmü eklenmiştir. Cumhuriyetin ilanına rağmen resmi dinin ve hilafetin mevcudiyeti bir çelişki olmakla birlikte, Atatürk bu düzenlemeyle lâikliği dinsizlik olarak anlama çabalarının ve bu yöndeki propagandaların önüne geçmeye çalışmıştır. Lâikliğin gelişiminde 1924'te hilafetin, 1928'de resmi dini içeren hükmün kaldırılması ve 1937'de lâiklik ilkesinin anayasal ilke haline gelişi önemli dönüm noktalarıdır.⁹⁷ "Laiklik, devlet idaresinde ilim ve fen icaplarının ve münhasıran dünya ihtiyaçlarının göz önünde tutulmasına ve dinin ancak vicdana taalluk edip dünya ve siyaset işlerinde müdahalesi doğru olamayacağına ve bu kanaatle tesis edilen bir idarenin hakiki terakkiyi temin edeceğine inanıştır ki, Cumhuriyet Halk Partisinin ana vasıflarından beşinci maddeyi teşkil etmekte iken

⁹⁶ Erem, "Vicdan ve Din Hürriyeti," 65.

⁹⁷ Kemalist din politikasının temeli lâiklikti, dinsizlik değil, onu devletten ayırmak -siyasi, toplumsal ve kültüre! işlerde dinin ve onun temsilcilerinin yetkisine son vermek ve bunu inanç ve ibadet konularına hasretmek- idi. böylece islamlığı, çağdaş, batılı ve bir ulus-devletteki dinin rolüne indirgerken, kemalistler aynı zamanda dinlerine daha modern ve daha milliyetçi bir şekil vermeye de teşebbüs ettiler." Lewis, *Türkiye'nin Modernleşmesi*, 408.

5 Şubat 1937 tarihinden itibaren Anayasaya alınmıştır.”⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin lâikliğe ilişkin eski kararlarına göre lâiklik, Türkiye Cumhuriyeti'nin yaşam felsefesidir yani rejimin temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle de Yüksek Mahkeme'nin ifadesi ile anayasal ayrıcalığa sahiptir.⁹⁹ Ancak Anayasa Mahkemesi'nin son yıllardaki kararlarında böyle bir nitelemeye rastlanmamaktadır.¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi din kültürü ve ahlak bilgisi dersi ile ilgili olarak vermiş olduğu güncel “Hüseyin El, Nazlı Şirin El Başvurusu” kararında ise laikliğin devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilke olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dinî inançlarını barış içinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir.¹⁰¹

G. Sosyal Devlet İlkesi

Büyük bir yıkıma neden olan İkinci Dünya Savaşı sonrasında meydana gelen ekonomik ve sosyal buhrandan insanlığı biraz olsun kurtarmak için devletin ekonomik hayata müdahale etmesi fikri sonucunda “sosyal devlet” ilkesi doğmuştur.¹⁰² Sosyal devlet, sosyal adaleti ve toplumsal barışı temin etmek için ekonomik ve sosyal hayata devletin aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören anlayışı ifade etmektedir. Sosyal devlet anlayışının kabulü ile devletler liberal düşüncenin eseri olan jandarma devlet anlayışından uzaklaşmışlar, sınıf çatışmalarını yumuşatmak ve milli bütünleşmeyi sağlamak amacıyla devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini kabul etmişlerdir.¹⁰³

⁹⁸ *Türk Hukuk Lüğati*, (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991), 210.

⁹⁹ AYM E.89/1. K.88/12, 7.3.1989, (AMKD, S.25).

¹⁰⁰ 2008 yılından itibaren verilen kararların anayasa mahkemesi karar bilgi bankasından yapılan sorgulamasında böyle bir nitelemeye rastlanmamıştır.

¹⁰¹ AYM “Hüseyin El ve Nazlı Şirin”E. [GK], B. No: 2014/15345, 7.4.2022, (UYAP).

¹⁰² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001), 30.

¹⁰³ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 123.

Sosyal devlet, fakir ve güçsüzleri korumak amacıyla ekonomik düzenin kendi dinamikleriyle işleyişine çeşitli enstrümanlarla müdahalede bulunmakta ve güçsüzler lehine pozitif ayrımcılık sayılabilecek tedbirler almaktadır. Sosyal devlet özel mülkiyet anlayışını kabul etmekle beraber bu mülkiyet anlayışı klasik mülkiyet anlayışından farklı olarak malike mutlak ve sınırsız hak tanımamaktadır. Sosyal devlette mülkiyet bir hak olmakla beraber bu hak çeşitli ödevlerle donatılmıştır. Nitekim 1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında bu hakların kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ve hakkın kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Sosyal devlette temel hak ve özgürlüklerin tanınması esas olmakta ancak, devlet ekonomiye müdahale ederek gerektiğinde teşebbüsler kurarak veya düzenleyici işlemler yaparak güçsüzlerin korunmasını sağlamakta, kamu hizmetleri ya çok düşük fiyata ya da ücretsiz olarak insanların kullanımına sunulmaktadır.¹⁰⁴ 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devletin temel sosyal görevleri olarak; toplumun huzur ve refahını sağlamak, temel hak ve özgürlükler önündeki sosyal, ekonomik ve siyasal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek için gerekli şartları hazırlamak sayılmıştır.

1982 Anayasası m. 10'da kurucu iktidar kadınlar hakkında pozitif ayrımcılık sayılabilecek bir düzenleme öngörmüş ve *"bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı"* belirtilmiştir. Ayrıca *"çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı"* düzenlenmiştir. Devletin iktisadi ödevlerinin sınırına ilişkin m. 65 uyarınca; *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."* 1982 Anayasası öncesindeki anayasalarda böyle sınırlayıcı hüküm bulunmamasına karşın 1982 Anayasası'nda devletin iktisadi ve sosyal ödevlerine sınırlama getirilmesi sosyal devlet ilkesini zayıflatmıştır. 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde devletin, özel teşebbüslerin, milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesini sağlayacak tedbirleri almakla görevli olduğu, m.166'da; ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınma planlarının yapılması, m. 167'de; para ve sermaye piyasaları hakkında

¹⁰⁴ İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 80.

tedbirler alınması, m. 168-173'de; devletin ekonomik hayata müdahalesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi sosyal devleti; "insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, bireylerin huzur ve refahını gerçekleştirip güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli bir biçimde düzenleyen, özel teşebbüsün güven içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin, sosyal adalet ilkelerine uygun biçimde dağıtılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kalarak ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet olarak" tanımlamıştır.¹⁰⁵ Mahkeme daha sonraki kararlarında da bu tanımları esas almış ve kararlarında istikrarlı şekilde kullanmıştır.¹⁰⁶

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda sosyal devleti; sosyal güvenlik ve sosyal adaleti sağlamakla, herkes için insan onuruna yakışır bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü devlet olarak tanımlamak mümkün görülmüştür.¹⁰⁷

¹⁰⁵ AYM, E.1980/64, K.1981/15, K.T. 09.04.1981, (UYAP)

¹⁰⁶ AYM, E.1984/9, K.1985/4, 18.02.1985, AYM, E.1985/23, K.1986/2, 20.01.1986, AYM, E.1992/45, K.1992/51, 03.12.1992, AYM, E.1999/50, K.2001/67, 03.04.2001, AYM, E.2013/1, K.2014/161, 22.10.2014, AYM, E.2019/13, K.2021/31, 29.04.2021, (UYAP).

¹⁰⁷ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 126.

H. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti hukukun üstünlüğünün kabul edildiği, hukuk kurallarının onu koyanlar da dâhil olmak üzere tüm kişiler için bağlayıcı olduğu, kişilerin hukuki güvenliğinin sağlandığı devlettir.¹⁰⁸ Hukuk devletinin belirlenmesinde bağlayıcı olan hukuk kurallarının niteliği çok önemlidir. Bağlayıcı olan kurallar çoğulcu demokrasi anlayışına uygun değilse bu kuralların yönetenleri de bağlaması siyasal sistemi hukuk devleti haline getirmeyecektir. Hukuk devleti çağdaş demokratik medeniyetin en önemli aşamalarından biri olup vatandaşların devletlerine güven duymaları ve kendi kişiliklerini geliştirebilmeleri ancak hukuki güvenliğin sağlanması ile mümkün olup bu da ancak hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ile sağlanabilecektir.

Anayasa Mahkemesi “hukuk devletini, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet” şeklinde tanımlamakta ve bu tanımlı anayasaya uygunluk denetiminde esas norm olarak kabul etmektedir.¹⁰⁹

Bir devlete hukuk devleti denilebilmesi için kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin anayasada düzenlenmesi ve güvence altına alınması, kuvvetler ayrılığının benimsenmesi, yönetimin demokratik olması, idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tabi olması, kişilerin hukuki istikrar ve güvenliğinin sağlanması, idarenin kullandığı yetkilerin kanuna dayanması, yargı organlarının bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Hukuk devletinin temel varlık şartı devletin işlemlerinin hukuka bağlılığı olup bu da ancak devletin her türlü işlem ve eyleminin hukuki denetime tabi tutulması ile mümkündür. Hukuk devletini sağlamanın diğer koşulları ise; “*yargı bağımsızlığı, kanuni hâkim güvencesi,*

¹⁰⁸ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 100; Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 113 vd.

¹⁰⁹ AYM, Kadriye Çağlar Yılmaz, B. No: 2017/22304, K.T. 1.7.2020; AYM, E.2017/103, K.2017/108, 31.05.2017, (UYAP).

suç ve cezada kanunilik ve lehe kanunun geçmişe yürümesi, hukukun genel ilkelerine bağlılık” olarak ifade edilmektedir.¹¹⁰

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal düzenini genel olarak hukuki çerçevede incelediğimiz çalışmamız, bu ilkelerin bir kısmının çağdaş demokratik devlet yapısının temel unsurlarından olduğunu, bir kısmının ise evrensel niteliğinin bulunmayıp Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi devlet ideolojisinin unsuru olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda önemli olan resmi devlet ideolojisinin evrensel demokratik ilkelere göre yorumlanıp insan haklarına dayanan hukuk devletinin sağlanmasıdır.

Anayasal düzenin içeriğinin şekli anlamda anayasa tanımına göre belirlenmesi halinde anayasada düzenlenmeyen ancak anayasal düzene ilişkin olan konular anayasal düzenin kapsamı dışında kalacaktır. Bu nedenle Anayasal düzenin kapsamı maddi anlamda anayasa tanımına göre belirlenmelidir.

Türkiye'de kamu düzeni kavramının ideolojik yüklü bir "devlet düzeni" olarak algılandığı görülmektedir. Kamu düzeni niteliği ne olursa olsun mevcut olan herhangi bir düzenin muhafazası ve devam ettirilmesinin bir mücadele aracı olarak kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi kuruluşunun ilk yıllarında verdiği bazı kararlarında kamu düzeni kavramını "devletin bütünlüğü" ile ilişkilendirerek kavramı "Türk tipi laiklik anlayışının" (aktif ya da militan laiklik anlayışı) koruyucu zırhı haline getirmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında denetimde kriter olarak kullandığı "Anayasal düzen", "Devlet düzeni" kavramlarının yerine daha evrensel ve soyut bir kavram olan "kamu düzeni" kavramını kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi bunu anayasaların antidemokratik yapılarını ortaya koymamak adına bilinçli olarak yapmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü anayasal düzen, anayasanın başlangıç hükümleri ve ilk üç maddesinde belirtilen ilkeler olduğunu öz olarak ifade etmek mümkündür. Bu ilkeler devletin yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğunu, egemenliğin kaynağının dinden kaynaklanmadığını, devletin siyasal yapısının demokrasi olduğunu, güçler ayrılığının benimsendiğini, egemenliğin

¹¹⁰ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 113 vd.

millete ait olduğunu ve devletin temel felsefi düşüncesinin Atatürk ilke ve inkılaplarına dayandığını göstermektedir.

1982 Anayasası, hazırlanışına sebep olan koşullar ve dönemin askeri yönetiminin benimsediği dünya görüşü çerçevesinde otoriter ve sınırlandırıcı bir ruh taşımakta olduğundan ilk üç maddede oldukça geniş bir alan yaratılmış ve bu alan değiştirilemez kabul edilmiştir.

1961 Anayasası'nda Cumhuriyetin niteliği olarak "insan haklarına dayalı devlet" ibaresi kullanılmışken 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde "insan haklarına saygılı devlet" ibaresi kullanılmıştır. 1961 Anayasası'ndaki ifadenin tüm devlet teşkilatının insan haklarına saygı ilkesine göre oluşturulmasını gerektirmesi nedeniyle 1982 Anayasası'nda hürriyeti kısıtlayıcı şekilde değişiklik yapılmıştır.

Temel hakların tanınması kadar koruma altına alınması da önem arz etmektedir. Korunamayan hakkın tanınması tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu koruma ise temel hakların ve bu hakların kısıtlanmasına ilişkin temel kuralların anayasada düzenlenmesi ve etkin, gelişmiş bir anayasa yargısının kurulması ile sağlanabilecektir.

Teritoryal milliyetçilik belirli coğrafi sınırlar içinde kurulu olan devletin hâkimiyetinde yaşayan, renge, dine, ırka ve cinsiyete dönük ayrıcalıkları reddeden, vatandaşlık esasına dayanan, ortak kültür olgusunun devletten ulusa doğru tepeden inşa edilmek suretiyle gerçekleştiği milliyet anlayışını esas alan milliyetçiliktir. Modernist milliyetçilik kuramına göre; milliyetçiliği milletler yaratmamış aksine, milletleri milliyetçilik yaratmıştır. Atatürk milliyetçiliği teritoryal ve modernist bir milliyetçiliktir. Atatürk milliyetçiliği etnik grup ya da bağlar temelinde oluşturulan ortak soy ve kökler üzerinde kurulan bir milliyetçilik anlayışı olmayıp Türkiye Cumhuriyeti devleti vatandaşlığına ve eşit vatandaşlık temelinde dayanan bir milliyetçiliktir. Bu nedenle de ayrıştırıcı değil milli sınırlar içerisinde bütünleştirici bir etkiye sahiptir.

Avrupa'da feodalitenin yıkılıp merkezi krallıkların kurulmasından sonra krallıkların güçlenmesinin aristokrasi - burjuvazi çekişmesine yol açması, burjuvazinin krallık otoritesini sınırlamaya kalkışması ve neticede "milli egemenlik" teorisinin ortaya atılmasıyla devlete ait her türlü egemenliğin millete ait olduğunun savunulması suretiyle "klasik demokrasi" sistemi kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi demokrasiyi “temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejim” olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu demokrasi tanımının temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması ile sınırlı kalması ve demokrasinin çoğulculuk, hukukun üstünlüğü, katılımcılık gibi unsurlarını içermemesi nedeniyle sığ kaldığını söylemek mümkündür.

Laik devlet din karşısında nötrdür. Ne dinin yanında ne de dine karşıdır. Dine karşı nötr olması dolayısıyla laikliği dine düşmanlık olarak anlamak da mümkün değildir. Lâiklik ile devlet içinde din değil, din içinde devlet reddedilir ve dinin siyasi, hukuki güç olması engellenir

Bir devletin laik olabilmesi için

- 1-Din ve devlet işlerinin kurumsal olarak ayrılığı benimsenmelidir.
- 2-Bireylerin din özgürlüğü güvence altına alınmalıdır.

Devletin laik olup olmadığını belirlerken şekli kriterlerden ziyade maddi kriterlere dikkat etmek gerekmektedir. Bazı devletlerin resmi bir dini bulunmasına rağmen dinin hukuk üzerindeki etkisi ve diğer inançlara tanınan özgürlükler açısından bakıldığında bu devletlerin laik olmadığını söylemek mümkün olmayacaktır.

Sosyal devlet, sosyal adaleti ve toplumsal barışı temin etmek için ekonomik ve sosyal hayata devletin aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören anlayışı ifade etmektedir. Sosyal devlet anlayışının kabulü ile devletler liberal düşüncenin eseri olan jandarma devlet anlayışından uzaklaşmışlar, sınıf çatışmalarını yumuşatmak ve milli bütünleşmeyi sağlamak amacıyla devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini kabul etmişlerdir. Batıdaki liberal devlet düşüncesinin sosyal devlet anlayışına dönüşme süreci 1929 dünya ekonomik buhranı ile başlamıştır. Sosyal devlet, fakir ve güçsüzleri korumak amacıyla ekonomik düzenin kendi dinamikleriyle işleyişine çeşitli enstrümanlarla müdahalede bulunmakta ve güçsüzler lehine pozitif ayrımcılık sayılabilecek tedbirler almaktadır. Sosyal devlet özel mülkiyet anlayışını kabul etmekle beraber bu mülkiyet anlayışı klasik mülkiyet anlayışından farklı olarak malike mutlak ve sınırsız hak tanımamaktadır. Sosyal devlette mülkiyet bir hak olmakla beraber bu hak çeşitli ödevlerle donatılmıştır.

Demokratik bir devletin vazgeçilmez unsuru hukuk devleti ilkesidir. Hukuk devletinin belirlenmesinde bağlayıcı olan hukuk kurallarının niteliği çok önemlidir. Bağlayıcı olan kurallar çoğulcu demokrasi anlayışına uygun değilse bu kuralların yönetenleri de bağlaması siyasal sistemi hukuk devleti haline getirmeyecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.
- Akıncı, Abdulvahap. "Milliyetçilik Kuramları," *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 15, no. 1 (2014): 131-151.
- Aksoy, Muammer. *Atatürk'ün ışığında Tam Bağımsızlık İlkesi, Yavuz Abadan Armağanı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1969.
- Akyılmaz Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Alacaktan, Uğur. "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci maddeleri," *AÜHFD* 22, no. 1 (1965): 3-20.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2018.
- Arsan, Nimet. *Atatürk'ün Tamim, Telgraf ve Beyannameleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1964.
- Arsel, İlhan. *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*. İstanbul: Sıralar Matbaası, 1968.
- Arslan, Süleyman. "Atatürk Milliyetçiliği," *100. Yıl Atatürk Konferansları*, Ankara: Ankara: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı : Türkiye Petrolleri A.O. Genel Müdürlüğü Yayınları, 1981.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi 2016.
- Çeçen, Anıl. *Ulus Devlet Türkiye Cumhuriyeti*. Ankara: Kilit Yayınları 2020.
- Dağdelen, Ayfer. "Atatürk Milliyetçiliği ve Temel Kırılma Noktası: 12 Eylül Milliyetçiliği", *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 9, no. 2 (2012): 23-34.
- Dahl, Robert A. *Demokrasi ve Eleştirileri*. Çev:Köker, Levent. Ankara: Yetkin Yayınları 1993.
- Daver, Bülent. *Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik*. Ankara: Son Havadis Matbaası, 1955.
- Davison, Andrew. *Türkiye'de Sekülerizm ve Modernlik, Hermenötik Bir Yeniden Değerlendirme*. Çev. Tuncay Birkan. İstanbul: İletişim Yayınları 2002.
- Dinçkol, Bihterin Vural. *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Lâiklik*. İstanbul: Kazancı Kitap, 1992.
- Dinçkol, Bihterin Vural. "Türkiye'de Anayasal Düzen ve Laiklik, Lâikliğin Anayasal İlke Haline Gelişinin 65. Yıldönümü Paneli 5," Ankara 2001.

- Erdem, Fazıl Hüsnü. "TCK'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni," *AÜHFD* 52, no. 1 (2003): 37-62.
- Erem, Faruk. "Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti," *AÜHFD* 8, no. 3-4 (1951): 60-84.
- Esen, Bülent Nuri. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Akay Kitabevi 1945.
- Feyzioğlu, Turhan. "Atatürk ve Milliyetçilik", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 2, no. 1 (1985): 353-412.
- Feyzioğlu, Turhan. *Millet Yolunda*. İstanbul: Dergah Yayınları 1975.
- Gellner, Ernest. *Uluslar ve Ulusçuluk*. Çev. Büşra Ersanlı Behar ve Günay Göksu Özdoğan, İstanbul: Hil Yayınları 2018.
- Gicquel, J., ve J. É. Gicquel. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Edition Montchrestien, 2016.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gündoğan, Ali Osman. "Devlet ve Milliyetçilik," *Doğu Batı Dergisi* 6, no. 21 (2003): 181-193.
- Güveyi, Ümit. "Ulus Devlet ile Vatandaşlık İlişkisi Paradoksu ve Anayasal Düzlemdeki Negatif Etkileri," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2019): 137-168.
- Hafizoğulları, Zeki. *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti*. Ankara: US-A Yayıncılık 1997.
- Heper, Metin. *Türkiye'nin Siyasal Hayatı: Tarihsel, Kuramsal ve Karşılaştırmalı Açından*. Çev. Kadriye Göksel, İstanbul: Siyasal Kitabevi 2011.
- Irmak, Sadi. "Atatürkçülüğün İlkeleri," *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 5, no. 15 (1989): 1-34.
- İnan, Afet. *Medeni Bilgiler*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları 1988.
- Jacops, Francis Geoffrey and Pobin C.A. White. *The European Convention on Human Rights. Second Edition*. Oxford: Clarendon Press 1996.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. *Kolektif Özgürlükler*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. *Özgürlükler Hukuku. İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. İstanbul: İmge Kitabevi, 1993.

- Karcıoğlu, Nevzat Kaan. "Anayasayı İhlal Suçu (TCK m.309)". Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Karpat, Kemal. *İslamın Siyasallaşması*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2019.
- Karpat, Kemal. *Türk Siyasi Tarihi: Siyasal Sistemin Evrimi*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2014.
- Kayıran, Mehmet ve Selami Saygın. "İzmir iktisat kongresi," *Türk Dünyası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yakın Tarih Dergisi* 5, no. 3 (2019): 27-70.
- Kılıçbay, Mehmet Ali. "Demokrasiye Geçit Vermeyen Düşman Kardeşler: Dincilik ve Laikçilik," *Türkiye Günlüğü*, no. 29 (1994): 117-120.
- Kocatürk, Utkan. *Atatürk'ün Fikir ve Düşünceleri*. Ankara: Turhan Kitabevi 1984.
- Kubalı, Hüseyin Nail. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları 1971.
- Kuzu, Burhan. "Demokrasi-Resmi İdeoloji-Sivil Toplum," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 47, no. 1 (1997): 335-369.
- Lester, Antony. "Freedom of Expression," *The European System for the Protection of Human Rights*. ed. R.St.Macdonald, F. Matscher, H.Petzold. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1993.
- Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*. Çev. M. Kıratlı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları 1991.
- Mumcu, Uğur. "Türkiye'nin Yapısal Özellikleri ve Anayasal Düzeni," *AÜHFD* 26, no. 3 (1969): 149-178.
- Nuhoğlu, Ayşe. "İnanç Özgürlüğüne İlişkin Alman Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı," *Prof.Dr.Nurullah Kunter'e Armağan*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1998.
- Onar, Erdal. *1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1993.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Rivero, Jean. "La notion juridique de laïcité." *Archives de philosophie du droit* no 48 (2005): 257-264.
- Schmitter, P.C and Terry Lynn, Karl. "Demokrasi Nedir ve Ne Değildir" Çev. Eralp Yalçın, *Yeni Forum Dergisi* no. 2 (1991): 20-43.

- Serhadoğlu, Rıza. "Vicdan Hürriyeti," in: *Lâiklik I*. İstanbul 1954.
- Smith, Anthony D. *Ulusların Etnik Kökeni*. Çev. Sonay Bayramoğlu ve Hülya Kendir, Ankara: Dost Kitabevi, 2002.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.
- Sunay, Reyhan. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması." Yayınlanmamış Doktora Tezi (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999).
- Tanör, Bülent. *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*. İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969.
- Taşkıran, Cemalettin. "Atatürk, Cumhuriyet ve Milli Kimlik," *Erdem Dergisi* 32, no. 11 (1998): 637-646.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*. İstanbul: Beta Basım Yayın 2014.
- Timur, Taner. *Türk Devrimi, (Tarihi anlamı ve Felsefi Temeli)*. Ankara: AÜSBF Yayınları 1968.
- Türk Ansiklopedisi*. C. 13, Ankara: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, 1969.
- Türk Hukuk Lügati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Türkmen, Rıza. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları," *Yargıtay Dergisi* 106, (1975): 192-213.
- Winkler, Heinrich August. *Nationalismus*. Ed. Henrich August Winkler. Königstein/ts.: Verlagsgruppe Athenäum, Hain, Scriptor, 1978.

AYNÎ HAK SAHİBİ OLMAYAN SATICI VEYA SAĞLAYICININ TÜKETİCİYE DEVRE TATİL SÖZLEŞMESİ SATMASI SUÇU

The Crime of Selling Timeshare Contracts to Consumers by Sellers or Providers Who Lack Right in Rem

Burak BOZ*

Öz

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicilere belirli dönemler için tekrarlayan biçimde konaklama imkânı sunan devre tatil sözleşmelerinde tüketicinin korunmasına yönelik hükümler ihtiva etmektedir. 2022 yılında 7392 sayılı Kanun yoluyla TKHK'da yapılan değişiklik, aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının tüketicilere devre tatil satışını yasaklamış ve bu tür satışları yapanlar için hapis cezası getirmiştir. Böylece satıcı ve sağlayıcının gelecekte tüketiciye karşı olan taahhüdünü ifa etmeme ihtimâlinin en aza indirilmesi ve tüketicinin paravan şirketlerle dolandırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmanın konusunu aynî hak sahibi olmayan kimselerin tüketicilere devre tatil satması suçunun unsurları ve özellikleri oluşturmaktadır. Özellikle suçun normatif unsurunu oluşturan devre tatil satışı kavramına ilişkin tüketici hukukuna dair düzenlemeler üzerine detaylı açıklamalara da yer verilmiştir.

* Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, burak.boz@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4077-5025.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 25.05.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 22.11.2024.

Atıf/Citation: Boz, Burak. "Aynî Hak Sahibi Olmayan Satıcı veya Sağlayıcının Tüketiciye Devre Tatil Sözleşmesi Satması Suçu." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1779-1813.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Anahtar kelimeler: Devre Tatil, Aynî Hak, Şahsî Hak, Tüketicinin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması, Devre Tatil Dolandırıcılığının Engellenmesi.

Abstract

Law No. 6502 on Consumer Protection embraces some provisions on timeshare vacation contracts, which offer consumers recurring accommodation opportunities for specific terms during a long period with the aim of protecting their interests and rights. The amendments enacted by Law No. 7392 in 2022 have prevented seller or provider who do not possess a right in rem from selling timeshares to consumers. Furthermore, these amendments have established the imposition of imprisonment as a potential consequence for sellers or providers found guilty of engaging in such sales. The primary goal is to reduce the likelihood of the sellers and providers breaching their forthcoming obligations to the consumer, as well as to protect consumers from falling victim to fraudulent entities. This study delves into the elements and features of the offence pertaining to the sale of timeshares to consumers by individuals who lack a right in rem. The study focuses on the consumer law regulations about 'selling timeshare contracts' which is the normative element of the offence.

Keywords: Timeshare Vacation, Right in Rem, Right in Personam, Protection of Consumer via Criminal Law, Preventing Timeshare Fraud.

GİRİŞ

Periyodik süreli tatil sözleşmelerinin bir türü olan¹ devre tatil sözleşmesi, 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'un² 50. maddesinin 1. fıkrasında "*bir yıldan uzun süre için kurulan ve*

¹ Periyodik süreli tatil sözleşmeleri, tüketici hukuku literatüründe; devre tatil sözleşmesi, uzun süreli tatil hizmeti sözleşmesi, değişim sözleşmesi ve yeniden satım sözleşmesini kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Bu yönde kullanım için bkz. Burcu Yağcıoğlu, "Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2014): 195, 205.

² 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG. 28.11.2013, S. 28835).

tüketicie bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren sözleşmeler” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 4. fıkrasının ç bendinde “satıcı veya sağlayıcının, devre tatil veya uzun süreli tatil hizmetinin alınıp satılması hususunda tüketicie yardımcı olduğu yeniden satış sözleşmeleri” ifadesine yer verilerek, tüketicini devre tatilini üçüncü bir kimseye satabileceği dolaylı olarak hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan TKHK m. 50/2’de, 24.03.2022 tarihli ve 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7392 sayılı Kanun)’un³ 8. maddesi kapsamında yapılan değişiklik neticesinde aynî hak sahibi olmayanların devre tatil satışı yapmaları yasaklanmıştır. 7392 sayılı Kanun m. 15, TKHK m. 77/4’te değişiklik yapmış olup devre tatile konu mal üzerinde aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapanlar hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası uygulanacağı ve suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlemesi getirilmiştir.

Devre tatil sözleşmesinde tatil hizmeti sunan, tatil yerini tatil alanın kullanımına sunma borcu altına girmektedir. Bu bağlamda tatil alana bir şahsî veya aynî hak tanınması mümkündür.⁴ Esasen geniş anlamıyla ‘devre tatil sözleşmesi’ terimi bir çatı isim olup birçok farklı şekilde gerçekleştirilebilecek birtakım sözleşmeleri kapsar.⁵ Nitekim devre tatil fikri, yapı mâliyetleri ile fiyatlarındaki değişimlerin ve tüketici alışkanlıklarının etkisiyle ortaklaşa alınan bir yazlığı sırayla kullanmak isteyen tatilcilere yönelik olarak ortaya çıkmış,⁶

³ 24.03.2022 tarihli ve 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 01.04.2022, S. 31796).

⁴ Mehmet Özgür Avcı, “Şahsi Hak Sağlayan Ön Ödemeli Devre Tatil Sözleşmesinde Tüketicinin Sözleşmeden (Serbestçe) Dönme Hakkı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no. 1 (2021): 659; Ece Baş Süznel, *Tatil Sözleşmeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 28vd.; Othmar Jauernig ve Cristian Berger, “§481 Teilzeit-Wohnrechtvertrag,” içinde *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Auflage. (München: C.H. Beck, 2023), par. 1–7; Martin Franzen, “BGB § 481 Teilzeit-Wohnrechtvertrag,” içinde *Münchener Kommentar zum BGB Band 4*, 9. Auflage. (C.H. Beck, 2019), par. 2–3; Funda Çelebi, “Devre Tatil Sözleşmesi” (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006), 11.

⁵ Baş Süznel, *Tatil Sözleşmeleri*, 30; Çelebi, “Devre Tatil Sözleşmesi,” 11.

⁶ Paul G. Gray, “Pioneering the Concept of Time-Sharing Ownership,” *St. John’s Law Review* 48, no. 4 (1974): 1196vd.

günümüzde pek çok farklı alternatifi gelişmiş bir hizmete dönüşmüştür. Ancak bu çalışmada ele alınan suç tipi bakımından önem arz eden husus, devre tatil alanın bir aynî hakka sahip olmadığı nev'iden devre tatil sözleşmeleridir. Bu itibarla çalışma içerisinde devre tatil sözleşmesinden kastedilen, aynî hak bahşetmeyen devre tatil sözleşmeleridir.

Ele alınacak suç tipi, söz konusu fiilin cezaya layık olmasından başlanarak kapsamlı bir biçimde incelenecektir. Kanunî düzenlemenin kaleme alınışı ve sistematığıne dair değerlendirmelerde de bulunulacaktır. Suç tipi, suç teorisi yönünden tahlilci bir metot ile incelenecek olmakla birlikte esasen devre tatil satın almış tüketicinin, 7392 sayılı Kanun sonrası dönemde devre tatile konu mal üzerinde aynî hak sahibi olmamasına karşın devre tatil sözleşmesini bir üçüncü kişiye satmasının da suçun tipikliğini karşılayıp karşılamadığı çalışmamızda ele alınacak temel sorundur. Uygulamada belirsizliklere yol açabileceğini düşündüğümüz bu sorunun çözüme kavuşturulması için evveleminde tüketici hukukuna ilişkin literatürde söz konusu satışa dair görüşlere yer verilecektir. Ardından TKHK m. 50/2 ve 77/4-b-1'in son cümlesi hükümleri çerçevesinde devre tatile konu mal üzerinde aynî hak sahibi olmayan kimsenin devre tatil satması suçunun unsurları incelenecektir. Yapılacak bu incelemeler temel alınarak araştırma sorumuzun yanıtı ortaya çıkarılacaktır. Böylece uygulamada doğabilecek belirsizliklerin önüne geçebilecek bir katkı sunulması amaçlanmaktadır. Çalışmada suç teorisine ilişkin kimi noktalarda doktrinde farklı anlamlar yüklenen terimlerin hangi yönde kullanıldığına dair açıklamalar, anlaşılabilirliği sağlama maksatlı yer almakla birlikte bu çalışmanın suç teorisine dair temel meseleleri tartışma konusu yapma yahut okuyucuya suç teorisinin bir özetini aktarma iddiası bulunmamaktadır.

I. KANUNÎ DÜZENLEME

A. Suç ile Korunan Hukukî Değer

Her hukuk kuralının temelinde bir değeri koruma arzusu bulunur.⁷ Uygulamadaki hileli davranışların sektöre duyulan güveni ciddi biçimde sarsması⁸, tüketiciyi koruyucu birtakım önlemlerin alınmasını zorunlu kılmıştır. Özellikle tatil tesisinin tamamlanacağı vaadiyle ön ödemeli olarak devre tatil hizmetinin satılmasına rağmen tesislerin bir türlü tamamlanamaması yahut var olan bir tatil tesisi üzerinde hizmet sağlamayı vadeden firmanın devre tatil bedelini tahsil edip tatil hizmetini sunmadan ortadan kaybolması gibi tecrübeler uygun fiyata uzun süreli tatil yapabilmeyi uman tüketicilerin birikimlerini ceza müeyyidesi de dahil olmak üzere hukukî yollardan koruma altına almayı gerektirmiştir. TKHK m. 77'nin, 7392 sayılı Kanun m. 15 ile değişik 4. fıkrasında; *"Bu Kanunun;*

a) 50 nci maddesinin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, dokuzuncu, onuncu ve on birinci fıkralarında belirtilen yükümlülüklerin her birine aykırı hareket eden satıcı veya sağlayıcılar hakkında, aykırılığın tespit edildiği tarih itibarıyla bir takvim yılında proje başına beş milyon Türk Lirasını geçmemek üzere aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için üç bin beş yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

b) 50 nci maddesinin;

1) İkinci fıkrasına aykırı olacak şekilde tüketicilerle mülkiyet payına bağlı aynı hak sağlayan devre tatil sözleşmesi kuran, kurulmasına aracılık edenler ile kooperatif veya ticaret şirketi ortaklığı ya da dernek veya vakıf üyeliği suretiyle devre tatil hakkı tanıyanlar ile bu işleme aracılık edenler, devre tatile konu mal üzerinde aynı hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapanlar,

2) Sekizinci fıkrasına aykırı olacak şekilde tüketicilerle ön ödemeli devre tatil sözleşmesi kuran veya kurulmasına aracılık edenler,

⁷ Mustafa Avcı, "İslâm'ın Ceza Hukukuna Katkısı," *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 8 (2006): 113.

⁸ Çelebi, "Devre Tatil Sözleşmesi," 7.

hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası uygulanır. Bu bentte yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu hükümde birden fazla suç tipinin birlikte düzenlendiği görülmektedir. Çalışmamızın konusunu ise “...devre tatile konu mal üzerinde aynı hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapanlar, ...” hakkında ceza öngörülmesi oluşturmaktadır.

Devre tatil hizmeti verenin tatil konusu yer üzerinde aynı hak sahipliğinin aranması TKHK'nın tüketiciyi korumak için aldığı tedbirlerdendir. Böylece tatil konusu⁹ ile hizmeti sunan arasında daha kuvvetli bir bağ bulunacak ve tüketicinin ortada bırakılmasının önüne bir nebze olsun geçilebilecektir.

7392 sayılı Kanun'un teklif aşamasında sunulan 15. maddeye ilişkin gerekçede, “‘Ceza hükümleri’ başlıklı 77 nci maddede yapılan değişikliklerle, Kanuna aykırılık halleri için öngörülmüş bazı idari para cezaları, fiilin ağırlığı, failin kusuru ve ekonomik durumu dikkate alınarak ve orantılılık, ölçülülük ve caydırıcılık ilkeleri gözetilerek yeniden düzenlenmektedir.” ifadeleri yer almaktadır. Oysa 15. maddeyle yapılan değişiklik, yalnızca idarî para cezalarının miktarlarının yeniden belirlenmesiyle sınırlı değildir. Çalışma konumuzu da oluşturulan suça dair herhangi bir açıklama olmadığı gibi söz konusu madde gerekçesi, bu suçun ihdasından bîhaber biçimde kaleme alınmıştır. Fakat aynı hak sahibi olmayanın devre tatil satışı yapmasını yasaklayan değişikliğe dair 8. maddenin gerekçesinde bu yasağın amacı “...Bununla birlikte, paravan şirketler kurularak tüketicilerin mağdur edilmesinin engellenmesi amacıyla devre tatile konu mal üzerinde aynı hak sahibi olmayanların devre mülk veya devre tatil satışı yapması yasaklanmaktadır.” ifadeleriyle izah edilmiştir.

Esasen devre tatil hizmeti verenin, herhangi biri olması ne ahlâk kurallarıyla ne de hayatın olağan akışıyla ters düşmektedir. Ancak tüketicinin korunması ve sektörün korunması amacıyla aynı hak sahibi olmayan kimsenin devre tatil satışı yasaklanmış ve bu yasağın ihlâli de ceza müeyyidesine bağlanmıştır. Bu suç tipi

⁹ Devre tatil konusu bir taşınmaz olabileceği gibi bir taşınır, örneğin bir yat da olabilir Bkz. Nori Gerardo, “Regulating Vacation Timesharing: A More Effective Approach,” *UCLA Law Review* 29, no. 4 (1982): 907; Nitekim Alman hukukunda, BGB § 481/3 hükmünde konaklamak üzere tasarlanan taşınır eşyanın da bu kapsamda olduğu açıkça düzenlenmiştir.

ile korunan hukukî değer, satıcı sağlayıcıya göre zayıf konumdaki tüketicinin birikimlerinin güvence altına alınması yani mülkiyet hakkının korunmasıdır.

B. Yasak Normu ve Ceza Normu

Aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye devre tatil satması suçunun unsurları bakımından TKHK m. 77/4-b-1'in son cümlesinde, suç fiili olarak TKHK m. 50/2'ye aykırı biçimde devre tatile konu mal üzerinde aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapılmasından söz edilmektedir. Kanaatimizce suç tipinin, TKHK m. 50/2'ye yapmış olduğu atıf, bir eksik ceza normu oluşturmaz. Zira eksik ceza normu, davranış kuralının bir hükümde ve cezanın başka bir hükümde düzenlenip¹⁰ de iki norm arasında eksik kalan bağlantının yorumcu tarafından tesis edilmesini gerektirir.¹¹ Bahsi geçen hükümde ise suçun hem unsurları hem de müeyyidesi yer almaktadır. Burada TKHK m. 50/2 hükmüne yapılan atıf, *“tatile konu mal üzerinde aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapılması”* fiilinin içerdiği normatif unsurların yorumunda kullanılacak, tüketici hukukuna dair kuralın yerinin gösterilmesinden ibarettir.¹² Gerçekten suçun normatif unsuru çoğu zaman, ceza hukuku dışındaki hukuk disiplinlerine ait bilginin kullanılmasını gerektirir. Ancak belirtmek gerekir ki suçun unsurları içerisinde bir normatif unsur yer alması, o suçun eksik ceza normu olarak nitelendirilmesi anlamına gelmez.

TKHK m. 77/4-b-1'in son cümlesi ve 50/2 hükümleri arasındaki ilişki bakımından, TKHK m. 50/2 ile sözleşme özgürlüğüne bir sınır getirildiği ve TKHK m. 77/4-b-1'in son cümlesi ile de söz konusu sınırın ihlâlinin ayrıca ceza müeyyidesine bağlandığı görülmektedir. Bu açıdan fiilin hukuka aykırılığının, tipiklikten önce var olması gerekliliğine uygun ve kanun yapma tekniği açısından yerinde bir düzenlemedir. Ceza hukuku ancak diğer hukuk kurallarıyla

¹⁰ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 138.

¹¹ Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1996), 280.

¹² Farklı suç tiplerine ilişkin benzer bir değerlendirme için bkz. Özgür Küçüktaşdemir, *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 147vd.

önlenemeyen ihlallerde başvurulabilecek, yardımcı nitelikte bir hukukî enstrümandır.¹³ Öyleyse bir fiilin hukuka aykırılığı, o fiili cezalandırma kararından önce diğer hukuk disiplinleri bağlamında oluşmalı ve diğer müeyyidelerin yetersizliğine bağlı olarak ceza müeyyidesi konulmalıdır. Belirtildiği üzere aynî hak sahibi olmayan kimsenin devre tatil satması, ortada kanunî bir yasak olmadıkça sözleşme özgürlüğü kapsamındadır. Dolayısıyla bu fiilin ceza hukukuna konu edilebilmesi için öncelikle ceza kanunundan başka bir norm tarafından hukuka aykırı hâle getirilmelidir. TKHK m. 50/2 bu işlevi üstlenmektedir.

C. Meşru Bir Cezalandırmanın Gereklerine Uygunluk

Orantılılık ve cezaya layık olma bakımından da yasak ve cezalandırma arasında ayırım yapılması gerekir. Aynî hak sahibi olmayan kimsenin tüketiciye devre tatil satmasının yasaklanması, tüketici hukukuna bir ait problemdir. Burada girişimcinin sözleşme ve çalışma hürriyeti ile tüketicinin korunması arasında bir denge gözetmek ve neticede yasaklamak veya serbesti sunmak tüketici hukukuna ve ekonomi bilimine ait bir sorun olup bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Diğer taraftan bu yasağın ihlâlinin ceza müeyyidesine bağlanmasının meşruiyeti inceleme gerektirmektedir. Bir fiilin cezalandırıp cezalandırılmaması kararı, ihlâlin içeriğinin kötülüğü ve ihlâlin önlenmesi için ceza hukukuna başvurma zorunluluğunun bulunması bağlamında değerlendirilmelidir.

1. Zarar Prensibi Yönünden

Bir norm ihlâlinin önlenmesinde cezadan başka müeyyideler yetersiz kalabilir. Ancak bu norm ihlâlin muhakkak cezalandırılmasını gerektiremeyebilir. Müeyyidelerin en ağırı olarak kabul edilen cezaya başvurulmasıyla elde edilecek norma itaat durumu ile cezanın yıkıcı etkisi arasında bir fayda dengesi gözetilmelidir.

¹³ Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2006), 17vd.

Ceza hukuku suçla mücadelede kılıç ve hukukî değerlerin korunmasında kalkan olarak fonksiyon gösterir.¹⁴ Kötülük teşkil eden bir fiil olarak suça karşı devletin ceza hukukuna 'kılıç' olarak başvurulması kaçınılmazdır. Öte yandan kimi fiiller ise tabiatlarındaki kötülükten değil, sosyal düzende meydana getirdikleri sonuçların önlenmesi ihtiyacı nedeniyle cezalandırılmalı, ceza hukuku bu olumsuz sonuçların önlenmesi için 'kalkan' olarak kullanılmalıdır. Bir ihlâlî cezalandırırken ceza hukukunun kılıç ve kalkan etkileri birlikte tezahür etse de her bir suç tipi bakımından bu etkilerin ağırlığı değişkenlik gösterebilir. Aynî hak sahibi olmayan bir kimsenin devre tatil satışı yapmasında fiilin kendisi esasen ahlâkî anlamda kötülük teşkil etmemektedir. Bu itibarla, inceleme konusu suç bakımından ceza hukukunun kılıç etkisinin ağır basmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bu fiilin cezalandırılması bakımından önem arz eden, ceza hukukunun kalkan etkisidir.

Modern anayasacılık düşüncesi, ceza hukukunun kalkan etkisiyle muhafaza edilecek değerlerin tespitinde -normun uygulanmasında toplumdaki her bireyin menfaati olduğunu varsaymak yerine- ihlâl edilen hukuk kuralının korunmasındaki kimseye verilen zararı esas almaktadır. Buna göre ihlâl neticesinde hak sahibine verilen zarar, bu zararın önlenmesiyle umulan fayda ile cezalandırmanın fail ve toplum üzerindeki etkisi arasındaki denge, cezaya layık olma açısından belirleyici olmalıdır. Bu prensip zarar prensibi (*harm principle*) olarak adlandırılmaktadır. Zarar prensibinin merkezini, ceza hukukunun başkalarının haklarına zarar verecek eylemleri engellemesi fikri oluşturmaktadır. Ancak kolektif menfaatlerin korunması fikri ve buna bağlı olarak ekonomik düzen gibi toplumun genelinin çıkarını koruyucu ceza normlarının da bu prensibin gereklerini sağladığı fikri (*harm to collective interests*) doktrinde ileri sürülmektedir.¹⁵

İnceleme konusu suç kapsamında cezalandırılan fiillerin önlenmesi devre tatil sektörünün korunması için önemlidir. Aynî hak sahibi olmayan satıcı veya

¹⁴ Faustino García de la Torre García, "Criminal Law and Constitution," iç. *Göttingen Handbook on Latin American Public Law and Criminal Justice*, ed. Kai Ambos ve José Martínez (Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2023), par. 34.

¹⁵ Tatjana Hörnle, "Theories of Criminalization," iç. *The Oxford Handbook of Criminal Law*, ed. Markus D. Dubber ve Tatjana Hörnle (Oxford: Oxford University Press, 2015), 695vd.

sağlayıcıların bir tatil yerini kiralayıp daha sonra burada tatil hizmeti sunması, uzun vadede tekrar eden bir tatil hizmeti almak amacıyla kendileri için önemli bir meblağı buraya yatıracak tüketicilere zarar verebilecek niteliktedir. Zira aynî hak sahibinin gerçekte bir şahsî hakkının olup olmadığı, böyle bir hak varsa bile hakkın kapsamı ve gelecekteki durum tüketicinin tatil yatırımını tehlikeye atmaktadır. Örneğin bu suç tipinin ihdasından önce yargı kararlarına yansıyan bir olayda tüketici parasını ödediği tatilinden faydalanmak için tatil yerine gittiğinde tatili aldığı şirketin, tatil yerini işleten şirket ile anlaşma sağlayamadığını öğrenmiş; mesele somut olaydaki diğer hususların dolandırıcılık suçuna vücut verip vermediği bağlamında yargıya taşınmıştır.¹⁶

Burada tehlikede olan yalnızca belirli bir tüketici değil, tüm bir sektördür. Zira tüketici, devre tatil için yapacağı ve kendisi için önemli boyutlarda olan harcamaları ancak güven ortamında gerçekleştirir. Sektöre olan güvenini önemli ölçüde azaltacak olgular engellenmezse, devre tatile talep ciddi ölçüde

¹⁶ “Katılanın, olay tarihinde Altinkum civarında gezmekte iken sanık ... ve temyiz kapsamı dışında bulunan diğer sanık ... ile tanıştığı, sanıkların kendilerini ...isimli şirketin yetkilisi olarak tanıttıktan sonra "G... Beach" villalarında devre tatil sattıklarını belirttikleri, katılanın yapılan tanıtımdan etkilenerek devre tatil satın almayı kabul ettiği, sanıkların esasında katılanın cayma hakkını kullanmasını engellemek amacıyla sözleşmenin geçmiş tarihli yapılması halinde 7.000 TL olan bedelin 6.000 TL'ye düşürüleceğini beyan etmeleri üzerine aralarında 15/07/2010 tarihli "G... Beach Tatil Sözleşmesi" imzaladıkları, bunun üzerine katılanın 10 adet 400, 10 adet de 200 TL karşılığı senetlerin bedellerini sanıklar ...ile ...'in banka hesaplarına gönderdiği, karşılığında imzaladığı senetleri posta yoluyla geri aldığı, daha sonra devre tatil hakkını kullanmak amacıyla Didim'e geldiğinde villa girişinde bulunan güvenlik görevlilerinin kendisini içeriye almadıkları, bunun üzerine katılanın ...firması yetkilisi olan sanık ...'i aradığı, katılana telefonda G... Beach Villaları ile anlaşamadıklarını, bu nedenle sözleşmeyi feshettiklerini, ödediği parayı da kime ödediyse ondan istemesi gerektiğini söylediği, dolandırıldığını anlayan katılanın sanıklar hakkında şikayette bulunduğu, bu surette sanıkların iştirak halinde dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia olunan somut olayda, suça konu katılan ve sanıklar aralarında imzalanan "G... Beach Tatil Sözleşmesi" incelendiğinde, imzalayanların katılan ve "...İnş. Taah. Turz. Taşımacılık Tic. Ltd. Şti." isimli şirket adına sanık ...'in imzalamış olmaları neticesinde, sübutu halinde sanıkların eyleminin TCK'nın 158/1-h maddesinde düzenlenen tacir veya şirket yöneticisi veyahut yetkilisinin ticari faaliyetleri dahilinde nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin toplanıp, takdirinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması," Yar. 15. CD, E.2021/1581, K.2021/3179, 18.03.2021.

etkilenebilir. İnceleme konusu suç tipi, kanun koyucunun sektöre olan güven için tehlikeli gördüğü işlemleri cezalandırmak suretiyle toplumun genelini ilgilendiren ortak bir menfaati güvence altına alınmaktadır.

2. Son Çare Prensibi Yönünden

Cezalandırmanın son çare (*ultima ratio*) olması, suç siyasetini ilgilendirir ve ceza normunun meşruluğu ile ilişkilidir. Bu bağlamda son çare prensibi, somut bir anayasal kriter olmasa da anayasanın ruhundan ileri gelen ve cezalandırmanın meşruluğunu ortaya koyan bir ölçüttür.¹⁷

Günümüzde suçlar, öldürme ve yaralama gibi kötülüğü ahlâk kuralları içerisinde tartışmasız hususlarla sınırlı kalmamış; toplum düzenini korumaya dönük birtakım fiilleri de kapsayacak biçimde genişlemiştir. Ekonomik düzenin ceza normlarıyla sağlanması eğilimi de bu noktada dikkate değerdir. Ancak belirtmek gerekir ki kimi olumsuz durumları önlemek amacıyla ekonomi çok sıkı bir şekilde kontrol altına alındığında, iktisadî hayattaki hareket özgürlüğü tehlikeye girebilir.¹⁸ Bu itibarla, salt ekonomik bir eylemin ceza hukuku yoluyla sınırlandırılmasına tedbirli bir biçimde yaklaşmak gerekir. İnceleme konusu suç bu bakımından değerlendirildiğinde, özellikle tahsilat sonrasında ortadan kaybolan, muhatap bulunmayan veya borca batık hâle gelen şirketlerden veya gerçek kişilerden tüketicinin neredeyse hayat boyu yaptığı birikime isabet eden tutarların tazmini veya geri alınmasının pek mümkün görünmediğine dikkat çekilmelidir. Söz konusu sorunların mevcut diğer suç tipleri kapsamında çözüme kavuşturulabilmesi de her zaman mümkün değildir. İnceleme konusu suçun ihdasından önceki dönemde dolandırıcılık suçuna dair düzenlemelere başvuru kimi kararlar söz konusu ise de somut olayın niteliklerinin buna imkân vermediği örnekler de bulunmaktadır. Örneğin, başlangıçta gerçek bir şahsî hakka sahip olarak hareket eden bir satıcı veya sağlayıcının daha sonra şahsî hakkın sona ermesi veya şahsî hakkın muhatabının yükümlülüklerini yerine getirmemesi

¹⁷ Klaus Ferdinand Gärditz, "Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz," *JuristenZeitung* 71, no. 13 (2016): 644.

¹⁸ Urs Kindhäuser, "Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip," *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 129, no. 2 (2017): 384vd.

dolayısıyla tüketiciyi mağdur etmesi durumunda hileden veya dolandırıcılıktan söz etme olanağı bulunmayacaktır.¹⁹

Netice itibariyle; aynî hakka sahip olmadığı hâlde devre tatil satan kimselerin tüketicilerle yaptıkları sözleşmelerin geçersiz sayılması yahut tüketiciye tazminat veya istirdat hakkı tanınması, yasakla sağlanmak istenen amaç bakımından yetersizdir. Gerek mevcut diğer suç tipleri gerekse ceza hukuku dışındaki diğer tedbirler, tüketiciye gerekli korumayı sağlayamamaktadır. Bu nedenle de söz konusu fiilin ceza müeyyidesine bağlanması cezanın son çare olmasının gereklerine uygundur.

II. SUÇUN UNSURLARI

Türk hukukunda suçun ne şekilde ele alınacağı yani suçun yapısı ve unsurları tartışmalıdır.²⁰ Biz doktrindeki görüşlere ilgili başlıklarda yer verecek olmakla birlikte bu aşamada tipikliğin maddî ve manevî unsurlardan oluştuğunu ve tipikliğin, hukuka aykırılık ile birlikte suça vücut verdiği görüşüne katıldığımızı,

¹⁹ “Sanıklardan M.. E..’un merkezi Karabük’te bulunan A.. Tur. İnş. AŞ’nin yönetim kurulu başkanı olduğu ve G.. S..Oteline ait 2 blok ile birlikte yapılan ve sanık Mehmet tarafından blok olarak adlandırılan 3. bloğun S.. Otelin işletmesinde bulunduğu söz konusu yerin RCI sistemine tabi olarak 9 yıl süreyle devre tatil şeklinde satılması hususunda Ankara’da faaliyet gösteren sanık Ş.. U..’nun sahibi olduğu TSM gayrimenkul ve devre satış organizasyonuna yetki verdikleri ve sanık Şener’e ait firmanın Otelin Alanya’da bulunan G.. S.. Otel bünyesinde yer aldığı hususunda fuar tanıtıma denk gelen katılanın daha sonra Ş.. U..’na ait firmaca aranarak devre tatili satın almaları hususunda ikna edildiği ve A.. AŞ ile katılan arasında 2019 yılına kadar geçerli olmak üzere 18/01/2010 tarihinde G..S.. O.. Uluslararası Devre Tatil Sözleşmesi başlıklı sözleşme imzaladıkları, sözleşmeye göre kendisine vaad edilen tarih olan 31/07/2010 ile 01/08/2010 tarihleri arasındaki dönem içerisindeki otelden istifade etmek için giden katılanın C blok olarak adlandırılan otele gittiğinde Otel’in G..S.. otel bünyesinde bulunmadığı, G.. S.. otel ile arasında tel örgü bulunduğunu ve P.. Otel ismi ile faaliyet gösterdiği, G.. S..otel yetkililerince bu otelle irtibatlarının olmadığını kendisine söylediği ve ailece G..S.. Otel’in yemek ve diğer sosyal imkanlarından yararlandırılmadıkları ancak yakında bulunan T.. O..ait O.. Otel’den yemek imkanı sağlandığı, bu şekilde katılanı kandırarak menfaat temin ettikleri iddia edilen olayda,” Yar. 15. CD, E.2012/15170, K.2014/1771, 03.02.2014.

²⁰ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954), 2–5.

kusurluluğu ise bu suçla bağı olarak failin kınanabilirliği anlamında ele aldığımızı belirtmekle yetineceğiz.

A. Tipiklik

Kanunilik prensibi gereği neyin suç olduğu kanunda tanımlanmış olmalıdır. Suçun kanunî unsurları veya tipikliği, başka bir ifadeyle “suç kalıbı”²¹, suç sayılan fiilin soyut tanımıdır.²² Doktrinde tipikliğin yalnız maddî unsurlardan oluştuğu yani manevî unsurları bulunmadığı, bunların ancak kusurluluk çatısı altında değerlendirilebileceği savunulmaktadır.²³ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise kast ve taksir suçun tipiklik alanında yer bulmakla beraber tipikliğin saik ve amaç olmak üzere başkaca manevî unsurları da bulunmaktadır.²⁴ Öte yandan Türk Ceza Kanunu²⁵ (TCK)’nın kast ve taksire kusur alanında ikinci bir fonksiyon daha yüklediğini de kabul etmek gerekir²⁶. Ancak tipiklik bahsinde kast ve taksirden anlaşılması gereken suçun tipik tarifi içerisinde saik ve amaç gibi bir manevî unsurdur.

Tipiklik içerisindeki unsurlara dair hususlar, suç tipinde suçun temel hâlinin yanı sıra nitelikli hâl olarak da düzenlenmiş bulunabilir. Bu itibarla suç tipinde hem maddî hem de manevî unsura dair meseleler nitelikli hâl teşkil edebilir. Örneğin, kasten öldürme suçunun *kadına karşı* işlenmesi (TCK m. 82/1-f) suçun maddî unsuruna *canavarca hisle işlenmesi* (TCK m. 82/1-b) manevî unsuruna ilişkin birer nitelikli hâldir.²⁷

²¹ Turan Tûfan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1* (Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982), 237.

²² Murat Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 266.

²³ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 189vd.

²⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 276vd.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 301.

²⁵ 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (RG. 12.10.2004, S. 25611).

²⁶ Koray Doğan, “Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar,” *Ceza Hukuku Dergisi* 9, no. 26 (2014): 26; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 192; Dülger, *Genel Hükümler*, 85vd., 309, 310, 316.

²⁷ Ömer Şişek, *Suçun Nitelikli Halleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 91, 96.

1. Maddî Unsurlar

Doktrinde bir görüşe göre suçun maddî unsuru; hareket, netice ve illiyet bağından oluşan fiilden ibarettir.²⁸ Günümüzde bu unsurlara fail, mağdur ve suçun maddî konusunun da eklenmesi fikri²⁹ hâkim görüş hâline gelmiştir.

a. Fiil

TKHK m. 77/4-b-1'in son cümlesi, 'devre tatil satışı' yapan kimsenin cezalandırılacağını öngörmektedir. Burada fiil bir normatif unsurla tanımlanmıştır ve bu çerçevede devre tatil satışından ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. 'Devre tatil satışı' kavramının ortaya konulmasındaki temel zorluk devre tatil sözleşmelerinin düzenlenişinden ileri gelmektedir. Bu itibarla devre tatil satışının ne anlama geldiğini ortaya koymak için öncelikle 'devre tatil sözleşmesi' kavramı üzerinde durulmalıdır.

²⁸ Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, 10. Benzer görüş için *krş.* Kayıhan İçel vd., *İçel Suç Teorisi 2. Kitap* (İstanbul: TÜRDAV Basım Yayım Sanayi Ticaret A.Ş., 1999), 18vd.; Doktrinde Ersoy, suçun maddî unsurlarını; hareket, netice ve illiyet bağından ibaret görmekle birlikte suçun mağduru ve maddî konusunu, suç kavramına dair genel açıklamalar başlığı altında suçun unsurlarının dışında ele almaktadır. Yüksel Ersoy, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002), 67–76; Demirbaş, ön şart ve unsur ayrımı yapmakta unsurlardan önce gelen ön şartların fail tarafından bilinmesinin yeterli olduğu, suçun maddî unsuru olan fiilin ise hem bilinmesi hem de istenilmesi gerektiğini, bunlar dışında mantık yönünden bir farklılık bulunmadığını savunmaktadır. Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 226.; Önder, tipikliğin tamamen objektif unsurlardan oluştuğunu ve literatürde ön şart olarak zikredilen meselelerin de tipikliğe dâhil olduğunu kabul etmektedir. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 190–92; Benzer bir görüşe göre de ön şartlar denilen hususlar maddî unsura dahil olmakla birlikte suçun manevî unsuru fiil bakımından değerlendirildiğinde kusurluluk, fâil bakımından değerlendirildiğinde ise kınanabilirlik yargısı anlamında 'kusur' olarak nitelendirilecektir. *krş.* Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2023), 240, 361vd.

²⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 182–229; Dülger, *Genel Hükümler*, 272.

i. *Devre Tatil Sözleşmesi*

“Devre tatil sözleşmesi” ifadesi TKHK’da yer almakla beraber devre tatil sözleşmesinin hükümlerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda yalnızca tüketicilik unsuru bulunması hâlinde uygulanacak tüketiciyi koruyucu düzenlemelere yer verilmektedir. Başka bir ifadeyle TKHK, devre tatil sözleşmesi adıyla bir sözleşme türü ihdas etmemektedir.³⁰ Nitekim ister tüketici işlemi olsun ister tüketicilik unsuru bulunmaksızın sözleşme akdedilsin sözleşmenin hükümleri genel kurallara tâbidir. Örneğin bir tüketicinin ailesiyle birlikte her sene birkaç gün tatil yapmak için devre tatil sözleşmesi yapmasıyla bir şirketin kendi çalışanlarının motivasyonu yükseltmek için personelini yararlandırmak için devre tatil sözleşmesi yapması arasında imzalanan sözleşmenin hüküm ve niteliği bakımından bir fark bulunmamaktadır. Şu kadar ki bunlardan birincisinde tüketici hukukunun sağladığı korumadan yararlanma imkânı bulunmaktayken ikincisi tüketici işlemi değildir.

Devre tatil sözleşmesi temelde isimsiz (atipik)³¹ bir sözleşmedir.³² Doktrinde hâkim görüşe göre devre tatil sözleşmesi, atipik sözleşmeler içerisinde karma sözleşme niteliği taşır.³³ *Baş Süzel* ise aksi kanaattedir. Yazara göre devre tatil sözleşmesi, kanunda tanımlanmayan unsurları da ihtiva eder ve bu bakımdan karma nitelik değil, söz konusu unsurların benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasını gerektiren *sui generis* nitelik taşır.³⁴

³⁰ Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 31.

³¹ Kanunda hiç veya yeterli biçimde düzenlenmemiş bulunan sözleşme türleri “isimsiz sözleşmeler” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Feyzanur Soylu, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 23vd. İsimsiz (atipik) sözleşmeler muhtevalarına ve buna bağlı olarak uygulanacak kurallara göre doktrinde birleşik (tiplerin birleşmesi), karma (tiplerin karışması) ve *sui generis* (tipte yer almayan) olmak üzere üç grupta incelenmektedir. Bkz. Osman Gökhan Antalya, *Marmara Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1*, ed. Gökhan Antalya (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), par. 396–398.

³² Yağcıoğlu, “Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri,” 214; Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 31.

³³ Yağcıoğlu, “Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri,” 214.

³⁴ Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 29–31.

Doktrinde *Yağcıoğlu*, devre tatil sözleşmesinin unsurlarını; en az bir gecelik konaklamanın söz konusu olması, konaklamanın bir yıldan uzun süre için önceden belirli veya belirlenebilecek sürelerde gerçekleştirilmesi ve konaklamaya elverişli taşınmaz veya taşınırın kullanım hakkının devredilmesi yahut bu devrin taahhüt edilmesi olarak ifade etmektedir.³⁵ Kanaatimizce burada devre tatil amacıyla yapılan sözleşmenin unsurları değil, bu sözleşmenin tüketici hukukunun kapsamında kalması için taşınması gereken nitelikler söz konusudur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, devre tatil alan tüketiciyi korumak istemektedir.³⁶ Korumanın kapsamını çizmek için bu sözleşmenin koruma kapsamında kalacak kısmını belirlemek gerekir ki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, bu sınırı *"bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren sözleşmeler"* olarak çizmiştir. Kanun koyucu korumanın kapsamında kalan sözleşmelerden bahsederken her seferinde *"bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren sözleşmeler"* ifadesini tekrarlamak yerine, bu ifadeye karşılık gelmek üzere *"devre tatil sözleşmeleri"* ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Ancak bu tercih devre tatil hizmetini konu alan sözleşmelere bir isim kazandırmak yahut bu sözleşmeyi bir tip olarak düzenleme amacından çok uzaktır. Zira tüketicinin korunmasına ilişkin tedbirler dışında sözleşmeye uygulanacak ne bir hüküm bulunmaktadır ne de aynı sözleşmenin tüketici işlemi dışında yapılmasına dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla isimsiz bir sözleşme söz konusudur.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda 'devre tatil sözleşmesi' terimini dar ve geniş anlamıyla iki farklı şekilde anlamlandırmanın mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Bunlardan ilki ister tüketici işlemi olsun veya olmasın belirli periyotlarla konaklama hizmeti verilmesini konu alan sözleşmeleri genel olarak ifade eden, geniş anlamda devre tatil sözleşmesidir. İkincisi ise tüketici hukuku kapsamında kalan ve TKHK'da yer alan koşulları taşıyan yani *"bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren"* dar anlamda devre tatil sözleşmesidir.

³⁵ Yağcıoğlu, "Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri," 205–9.

³⁶ Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 30.

Aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının tüketiciye devre tatil satması suçunda bahsedilen devre tatil, dar anlamda devre tatil sözleşmesidir. Zira söz konusu suç TKHK'da düzenlenmekte olup bu Kanunda devre tatil sözleşmesinden, dar anlamda devre tatil sözleşmesinin anlaşılacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

ii. *Devre Tatil Satışı*

TKHK m. 50 hükmünde bahsedilen devre tatil satışının, 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³⁷ (TBK)'nin "*Özel Borç İlişkileri*" başlıklı ikinci kısmının "*Satış Sözleşmesi*" başlıklı birinci bölümü anlamında bir satış sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 50. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucu burada devre tatil satışından bahsederken esas olarak bir ücret karşısında devre tatil hizmeti verilmesinin ifade ettiği ancak bu hizmeti alanların devre tatil sözleşmelerini devretmelerinin de devre tatil satışı kavramına dâhil edildiği görülmektedir.

Devre tatilin birinci elden satışı, tatil hizmeti veren ile tatil alan arasında kurulan devre tatil sözleşmesidir. Devre tatilin ikinci el olarak satışı ise devre tatil sözleşmesinin devri şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Devre tatilin birinci elden satışında hizmet verenin, belirlenen ve tekrar eden dönemlerde tatil yapılacak yerde konaklama ve sözleşmenin içeriğine göre çeşitli hizmetlerden yararlanma imkânı sunma borcu altına girdiği; tatil alanın ise bu hizmetler karşılığında ücret ve sözleşmenin içeriğine göre aidat ödemekle yükümlü olduğu bir sözleşme kurulur.³⁸ Devre tatil hizmeti, hizmet alanın daha az bir ücret karşılığında daha uzun süre tatil imkânı bulmak için tercih ettiği bir hizmettir. Ancak hizmet alan kimsenin plan ve beklentileri veya olanakları zaman içerisinde değişebilir ve artık devre tatilin bir parçası olmak istemeyebilir. Devre tatil hizmeti uzun süreli tatil olanağı sağladığından genelde kişilerin ciddi meblağdaki birikimlerini yatırmaları söz konusudur. Artık tatil hizmeti almayı sonlandıracak kişinin en azından hizmet almayacağı dönemlere dair parasını elde

³⁷ 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011, S. 27836).

³⁸ Bu sözleşmede tarafların borçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 36–50.

etmek istemesi normaldir. Bunun için hizmet alan ve hizmet veren anlaşabilirler ve devre tatil hizmetinin kalan kısmı hizmet verene iade edilebilir. Hizmet veren, devre tatili daha yüksek bedellerle başka bir alıcıya satabileceği inancındaysa böyle bir talebi kabul etmeye daha istekli olacaktır. Ancak özellikle hizmet verenin buna yaklaşmaması hâlinde hizmet alan, devre tatili devredebileceği üçüncü bir kişi bulmak durumundadır. Hizmet alanın tatilini bir bedel karşılığında üçüncü kişiye devretmesi sözleşmenin devrinden başka bir işlem olmayıp genel kurallara tâbidir. Esasen bu muamele de TKHK'da yer alan devre tatilin satışı kavramının kapsamına dâhildir. Zira Kanun, tüketicinin devre tatilini satmasını veya bir tüketicinin bir başka kimsenin devre tatilini almasını satıcı veya sağlayıcının kolaylaştırdığı yeniden satış sözleşmesini düzenlerken bu devir işlemi de devre tatil satışı olarak nitelendirmiştir.

Birincil ve ikincil piyasada devre tatil satışı ancak tüketici hukuku bağlamında gerçekleştiriliyorsa aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının tüketiciye devre tatil satması suçu bakımından değer ifade eder. Aksi durumda bu satış, Kanun'un fiilde aradığı normatif niteliği karşılamaz ve suçun tipikliği gerçekleşmez.

Doktrinde tüketicilerin, ikincil piyasada diğer tüketicilerle yaptıkları işlemlerin tüketici hukuku tarafından korunmasına dair adımların gerekliliği genel olarak vurgulanmaktadır.³⁹ İnceleme konusu suç tipi ve devre tatil sözleşmelerinin ikincil piyasalarda satışı özelinde Kanun böyle bir koruma getirmemiştir. *De lege feranda* bağlamında, ikincil piyasada tüketiciler arasında yapılacak satışın aynî hak sahibi satıcı ve sağlayıcının katılımıyla bir yeniden satış sözleşmesi içerisinde yapılması zorunluluğunun getirilmesi ve satıcı ve sağlayıcının gerek tüketicilere gerekse ikincil piyasada daha sonra satmak üzere devre tatile yatırım yapan kimselere belirli standartta bir yeniden satış sözleşmesi sunma yükümlüğünün bulunması tutarlı bir adım olacaktır. Zira aynî hak sahibi olmayan kimselerin tüketiciye devre tatil satmasını ceza hukukuna başvuracak ölçüde önemli bir tehlike olarak gören kanun koyucunun; tüketicinin, devre tatil hizmeti sunan aynî hak sahibi satıcı veya sağlayıcının katılımı olmaksızın sözleşme yapmasının da önüne geçmesi beklenir.

³⁹ Metin İnkizler, "Tüketici ile İşlem Yapan (Sonraki) Tüketicinin Korunmasına İlişkin Görüş ve Öneriler," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 1338.

iii. *Tipik Fiil*

Aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye devre tatil satması suçunda tipik fiil, “devre tatil hizmetinin sunulmasına yönelik tüketici hukuku kapsamında olan bir sözleşme kurulması” veya “bu yöndeki bir sözleşmenin tüketici hukuku kapsamında bir hukukî işlem yoluyla üçüncü kişiye devri” şeklinde ifade edilebilir. Söz konusu fiiller alternatif olup bunlardan birinin gerçekleşmesi tipik fiilin gerçekleşmesi için gerekli ve yeterlidir. Kanaatimizce her iki fiil bakımından esas olan taahhüt işlemi olup ayrıca bir tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi aranmaz.

İnceleme konusu suç tipindeki tipik fiil, ontolojik olarak rüşvet suçunda TCK m. 252/3 hükmündeki ‘rüşvet anlaşması yapılması’ fiiline benzemektedir. Zira suç, karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla gerçekleşmektedir.⁴⁰ Öte yandan aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye devre tatil satması suçu, bir karşılaşma suçu⁴¹ değildir. Zira rüşvet suçunda rüşvet anlaşmasının hem rüşvet veren hem rüşvet alan tarafı failken burada yalnızca devre tatili satan kimse faildir ve bu nedenle suçun zorunlu olarak birden çok faille işlenmesi gerekmez.

Devre tatil sözleşmesi veya bu sözleşmenin devri dışında bir işlem gerçekleştirilmesi durumunda bu fiiller oluşmaz. Örneğin, devre tatil konusu yerin tek seferlik kiraya vermek suretiyle kullandırılması, suç teşkil etmez.

⁴⁰ “TCK'nın 252. maddesinin üçüncü fıkrası "Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere rüşvet suçunun, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlandığı ilke olarak kabul edilmekle birlikte, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile ... sahibi arasında görevinin ifasıyla ilgili bir işin yerine getirilmesi veya getirilmemesi amacına yönelik menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedileceği hüküm altına alınmıştır. Rüşvet anlaşmasının yapılmasıyla suç oluşup tamamlanacağından, anlaşmanın işin yapılmasından önce veya en geç yapılması anında olması gerekir.” Yar. CGK, E.2023/81, K.2023/149, 15.03.2023.

⁴¹ Faillerin iradelerinin aynı amaca farklı yönlerden ulaşmak istedikleri, örneğin birinin alıcı birinin satıcı olduğu çok failli suçlar “karşılaşma suçları” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Dülger, *Genel Hükümler*, 750.

b. Netice ve İlliyet Bağı

Suçun tipikliğinde bir netice öngörülmemiştir. Fail ile yasak hukukî muameleye giren kimsenin bir zarara uğraması suçun tipikliğinin tamamlanması açısından gerekmez. Kanun koyucu, aynî hak sahibi olmayan kimsenin devre tatil satışı yapmasını başlı başına tehlikeli saymış ve cezalandırmıştır. Böylece bir soyut tehlike suçu ihdas etmiştir.

Suç bir sırf hareket suçu olup ayrıca bir netice aranmaz. Dolayısıyla illiyet bağından da söz edilemez.

c. Fail

Suç fiilini gerçekleştiren kimse faildir.⁴² Faili ancak belirli nitelikteki kimseler olabilen suçlar özgü suç olarak adlandırılır.⁴³ İnceleme konusu suç bir özgü suç niteliğindedir. Zira TKHK kapsamında bir devre tatil sözleşmesi satımından söz edebilmek için fail, tüketici hukuku anlamında satıcı veya sağlayıcı olmalıdır. Bu itibarla fail, TKHK m. 3/1 hükmünün ı ve i bentlerinde sırasıyla “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” ve “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” ifadeleriyle tanımlanan sağlayıcı ve satıcı sıfatlarından birine sahip olmalıdır. Ayrıca failin devre tatile konu yer üzerine aynî hakkı bulunmaması gerekir.

Simsar, acente, temsilci, kanunî temsilci gibi devre tatil satışını aynî hak sahibi kimse nam ve hesabına yapan kimseler bu suçun failin olmazlar. Öte yandan komisyoncu gibi dolaylı temsil ilişkisiyle kendi namlarına satış yapan kimseler, aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye devre tatil satması suçunun failidir. Zira bu türden muamelelerde aynî hak sahibinin kendisinin katılımı bulunmamakta olup aynî hak sahibinin daha sonra muvafakat göstermesi de suçu ortadan kaldırmaz.

⁴² Dülger, *Genel Hükümler*, 418; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 114.

⁴³ Dülger, *Genel Hükümler*, 419.

d. Mağdur

Mağdur suçtan doğrudan etkilenen kimsedir.⁴⁴ Aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının devre tatil satışı yapmasının yasaklanması, tüketicinin tatil amaçlı yatırımının korunması ve sektörün istikrarının sağlanmasıdır. Esasen burada ekonomik düzenin korunması bakımından toplumdaki her bir bireyin menfaati söz konusudur. Ancak bu kimsenin toplumdaki diğer herkese göre, tehlikeli sayılan duruma daha yakın olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla bu suç bakımından mağdur, kendisine devre tatil satışı yapılan kimsedir. Devre tatil satışının TKHK kapsamında olabilmesi için mağdurun tüketici sıfatını haiz olması gerekmektedir. Bu bakımdan mağdur TKHK m. 3/1-k hükmü gereği devre tatil sözleşmesi alırken ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket etmelidir. Aksi hâlde TKHK anlamında bir devre tatil sözleşmesi satışı söz konusu olmayacağından bu Kanun uygulama alanı bulmaz ve suçun tipikliği gerçekleşmez.

e. Konu

Suç fiili, belirli bir taşınmaz veya konaklamaya müsait bir taşınırda yapılacak tatilleri konu alan bir sözleşmenin akdini veya devrini içermektedir. Suçun konusu üzerinde tatil yapılacağı konusunda sözleşmeye konu edilen taşınmaz veya taşınırdır. Failin bu tatile konu yer veya şey üzerinde aynî hak sahibi olmaması gerekmektedir. Failin bir şahsî hakka sahip olup olmamasının ise önemi bulunmamaktadır. Ancak failin bir şahsî hakkı dahi olmaması durumunda somut olaydaki fiil dikkatle irdelenmeli ve dolandırıcılık suçunun söz konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Sözleşmeye konu edilen yerin veya tesisin gerçekte var olmaması hâlinde inceleme konusu suç oluşmaz ancak dolandırıcılık suçunu bakımından değerlendirme yapılması gerekir.

2. Manevî Unsurlar

Bir suçun cezalandırılabilmesi için kural, kastın varlığıdır. Ancak kanunla getirilen bir istisna mevcutsa taksirli sorumluluk söz konusu olur.⁴⁵ İnceleme

⁴⁴ Dülger, *Genel Hükümler*, 429; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 116.

⁴⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 259.

konusu aynî hak sahibi olmayan kimsenin tüketiciye devre tatil satması suçtu ancak kasten işlenebilir. Suçun taksirli hâli düzenlenmemiştir. Örneğin, failin bir aynî hakkının var olduğu konusunda hataya düşmesi durumunda suç oluşmaz.

Hayatın olağan akışı gereği, devre tatil satışı bir bedel karşılığı gerçekleştirilmektedir. Ancak suç tipikliğinde özel olarak bir kâr elde etme amacı yer almadığına dikkat edilmelidir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun hukuka aykırılık unsuru, fiilin tüm hukuk düzeni bakımından bir ihlâl niteliğinde olmasını ifade eder.⁴⁶ Hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığı yönündeki görüşün temel çıkış noktası, hukuka aykırılığın tipik fiilin özünde var olduğudur.⁴⁷ Ancak hukuka uygunluk sebebinin varlığı hâlinde işlenen fiilin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Bu durumu 'suçun özünü kaybetmesi' olarak nitelendirmenin ötesinde suçun bir unsurunu kaybetmesi nedeniyle oluşmadığını kabul etmekte pratik fayda olduğuna kanaatindeyiz. Bu itibarla hukuka aykırılığı bir unsur olarak kabul eden görüşün isabetli olduğuna, tipikliğin gerçekleşmesinin hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği kanaatindeyiz.⁴⁸ Suç tipini düzenleyen TKHK m. 77/4-b-1'in son cümlesinde, suçun TKHK m. 50/2'ye aykırı olarak işlenmesinden bahsetmektedir. Bu ifadeden, TKHK m. 50/2'de bir hukuka uygunluk sebebi bulunabileceği konusunda uygulayıcının dikkatinin çekildiği anlaşılabilir. Ancak TKHK m. 50/2 hükmünün muhtevasına bakıldığında suç tipine özel bir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olmadığı görülür. Zira TKHK m. 50/2 hükmüne uygun bir satış durumunda zaten TKHK m. 77/4-b-1 hükmünün tipikliği karşılanmamış olacaktır.

İnceleme konusu suç tipi bakımından kimi hukuka uygunluk sebeplerinin bu bakımından uygulanması, işin doğası gereği, mümkün değildir. Örneğin, meşru savunmanın koşullarının bu suç bakımından oluşması ihtimâli yok denilebilir.

⁴⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 305.

⁴⁷ Örneğin bu görüşteki yazarlardan *Ersoy*, suçun unsurlarının bir yemek tarifindeki bileşenleri, hukuka aykırılığın ise ağız tadını ifade ettiği bir metaforla hukuka aykırılığın suçun unsuru değil özünü oluşturduğunu ileri sürmektedir. *Ersoy, Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 75.

⁴⁸ Özbek, Doğan, ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 290; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 87vd., 107; Dülger, *Genel Hükümler*, 275.

Zira kişinin böyle bir satış yaparak kendine veya başkasına ait bir hakka yönelik saldırıyı bertaraf etmesi olanaklı değildir. Bu suç tipi bakımından ilgilinin rızası da geçerli olmaz. Kanun koyucu tüketiciyi korumak maksadıyla mutlak bir yasak getirmiş olup aynî hak sahibi olmayanın tüketiciye devre tatil satışı yapması noktasında irade serbestisini sınırlamıştır. Dolayısıyla, tüketici; aynî hak sahibi olmama durumunu bilse ve buna rıza gösterse dahi fiil hukuka uygun hâle gelmez.

Cebrî icra veya terekenin tasfiyesi gibi bir sebeple devre tatil hakkının paraya çevrilmesiyle görevli kimse bakımından kanunun emri ve görevin ifası hukuka uygunluk sebepleri uygulama alanı bulur. Zira bu kimse, devre tatil satışını görevinin kendisine tanıdığı yetki kapsamında ve hatta kanunun emrini yerine getirmek üzere gerçekleştirmektedir.

B. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suçun tipleri ceza kanunlarında bir fiilin tek bir suçla karşılık geldiği ve bunun da belirli bir cezayı gerektirdiği biçimde; 'tek fiil, tek suç, tek ceza' sistematüğinde kaleme alınır.⁴⁹ Ancak suç fiilinin icrasına başlanmakla birlikte suç fiili veya kastedilen suçla dair diğer unsurlar tamamlanamamış olabilir. Birden fazla kişi suçun işlenmesine katılabilir. İşlenen bir fiil birden fazla suç tipinin karşılanmasına yol açabilir. Hatta bu ihtimâllerden birkaçı bir arada dahi olabilir. İşte bu hâller literatürde suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında sırasıyla teşebbüs, iştirak ve içtima bahislerinde incelenmektedir.

1. Teşebbüs

Aynî hak sahibi olmayan kimsenin tüketiciye devre tatil satması suçu teşebbüse elverişlidir. Her ne kadar bu suç neticeli bir suç olmasa da fiil parçalara bölünebilir. Örneğin, hukukî muamele kurulması için icapta bulunur fakat failin gönüllü vazgeçmesi dışında bir sebeple muamele kurulamazsa teşebbüs söz konusu olur. Ontolojik anlamda devre tatil satışına oldukça benzeyen rüşvet anlaşması fiili bakımından da rüşvet talebinin olumlu karşılanmaması veya failin

⁴⁹ Fatih Birtok, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 432.

yakalanmasını sağlamak maksadıyla anlaşma sağlanmış gibi davranılması hâlinde teşebbüsün söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁵⁰

2. İştirak

Suçta iştirak bakımından bu suç tipi bir özellik arz etmez. Fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyete⁵¹ sahip, tatil konusu üzerinde aynî hakkı bulunmayan birden çok satıcı veya sağlayıcı bulunmaktaysa yani bu kimseler aynî hak sahibi olmadıkları bir taşınır veya taşınmazı konu alan devre tatili birlikte satıyorlar ise müşterek faillik; failin suç işleme kararını kuvvetlendiren, sözleşmeye aracılık etmek veya başka surette suçu kolaylaştıranlar bakımından yardım etme ve faile suç işleme kararı aldırınlar açısından azmettirme söz konusu olur. Tatil konusu üzerinde aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satan kimseyi bu satışı

⁵⁰ “İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde trafik polisi olarak görev yapan sanığın, müştekinin aracına görüşü engelleyecek şekilde yük yüklemesi nedeniyle işlediği trafik suçundan dolayı ceza yazmamak ve aracı bağlamamak karşılığında 250 TL veya bu değer karşılığı aküyü rüşvet olarak istediği, ödemek niyetinde olmayan müştekinin olayı C.Savcılığı'na bildirdiği ve suçun tespitini temin için seri numaraları alınmış 250 lirayı polisin bilgisi dahilinde buldukları petrol istasyonu yakınında verilmesini müteakip para ile yakalandığının anlaşılması karşısında, rüşvet teklifinin kabul edilmemesi ve sanığın yakalanması için yapılan anlaşmanın da serbest irade ürünü olmaması ne-deniyse rüşvet anlaşmasının oluşmadığı nazara alındığında, rüşvet almaya teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suçun tamamlandığının kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yar. 5. CD, E.2009/4776, K.2009/6859, 08.06.2009; “Kamu görevlisi olan sanığın, hakkında rüşvet aldığı yolunda yaygın söylentilerin bulunduğu, yakınına da yapmaması gereken bir işte kolaylık sağlayacağını söyleyerek yarar sağlamak istediği, olayın başlangıcından itibaren rüşvet vermek niyetinde olmayan yakınının, sanık ile arasında geçen konuşmaları cep telefonunun hafızasına kaydettiği ve rüşvet teklifini, sanığı yakalatmak ve suçun maddi kanıtlarını ortaya çıkartmak amacıyla kabul etmiş gibi görüldüğü, bu haliyle taraflar arasında özgür iradeye dayalı bir rüşvet anlaşmasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda sanık, rüşvet alma suçunun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamış, ancak elinde olmayan engel neden yüzünden tamamlayamamıştır. O halde sanığın eyleminin, rüşvet almaya kalkışma aşamasında kaldığının kabulü zorunludur.” Yar. CGK, E.2009/150, K.2010/1, 26.01.2010.

⁵¹ Fiilin üzerinde hakimiyet kuran kimse suç fiilini gerçekleştiren faildir. Ancak suç müşterek Faillik ile yani birden çok fail tarafından birlikte de işlenebilir. Bu durumda müşterek faillerin her birinin suç fiilinin tamamını gerçekleştirmesi aranmasa da fiillerinin suçun tamamlanmasına, suç planının başarıya ulaşmasına katkısının gereklilik arz edecek düzeyde olması gerekir. Bkz. “Alman Ceza Hukukunda Faillik,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 19, no. 65 (2006): 79.

yapmaya azmettiren veya bu satışın gerçekleşmesine yardım eden kişi, aynî hak sahibi olabilir ve bu durumda fiilinin niteliğine göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur. Satıcı ve sağlayıcı olarak hareket etmediği hâlde böyle bir satışa fiilen katılan bir kimsenin bulunması hayatın olağan akışı ile örtüşmemekle birlikte bu kişiler de yardım eden olarak cezalandırılırlar zira yukarıda belirtildiği üzere inceleme konusu suç bir özgü suç olup failin satıcı veya sağlayıcı sıfatına sahip olması gerekir.

Aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapan bir kimseyle birlikte satış yapan aynî hak sahibi, kanaatimizce, devre tatil satışından kaynaklı tüm borçları kendisi de müteselsil olarak üstlenmek kaydıyla suç işlemiş olmaz. Hatta aynî hak sahibi olmayan kişi dahi bu durumda suç işlemiş kabul edilemez. Çünkü burada aynî hak sahipliği olmaksızın bir satış söz konusu olmamış, suçun tipikliği gerçekleşmemiştir. Ancak hukukî muamelenin muhtevasında, sahip olunandan daha fazlası varsa yani devre tatil hizmetine ilişkin borç, aynî hakkı aşıyorsa suç oluşur ve müşterek faillik söz konusudur.

3. İçtima

Kanun koyucu bir fiille birden fazla suçun işlenmesi veya aynı suçun tek bir suç işleme kararı altında tekrarlanması durumlarında tek cezaya hükmedilmesini öngördüğü düzenlemeler mevcuttur (TCK m. 43, 45). Bunlar zincirleme suç, aynı nev'iden fikrî içtima ve farklı nev'iden fikrî içtima hâlleridir. Aynı suçun tek suç işleme kararı altında aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi hâli olan zincirleme suçta hem suç çokluğu hem de fiil çokluğu bulunmaktadır.⁵² Fikrî içtima hâllerinde ise fiil tekliği⁵³ söz konusu olup bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işleniyorsa aynı nev'iden fikrî içtima (TCK m. 43/2), bir fiille birden fazla suç işleniyorsa farklı nev'iden fikrî içtima (TCK m. 44) oluşur.

Fail, bir kerede aynı kişiye birden çok devre tatil satmış ise bu durumda tek bir suç bulunmaktadır. Ancak bu satışlar aynı suç işleme kararı altında farklı zamanlarda yapılırsa zincirleme suç söz konusu olur ve artırılmış tek bir cezaya hükmolunur. Eğer fail, aynı sözleşmede farklı kişilere devre tatil satmış ise -tek bir

⁵² Özgeçenç, Genel Hükümler, 678vd.

⁵³ Fiil tekliği konusunda bkz. Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, 546-50.

hareketle birden fazla kimseye karşı aynı suç işlenmiş olacağından- aynı nev'iden fikri içtima söz konusudur. Bu hâlde de tek bir cezaya, artırım uygulanarak hükmolunur.

Fail, aynî hak sahibi olmadığı bir yer veya eşyanın konusu olduğu bir devre tatili, aynî hak sahibi olduğu yönünde hile yaparak satıyorsa hem dolandırıcılık hem de aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının tüketiciye devre tatil satması suçları oluşur. Bu durumda bir fiil ile iki farklı suç işlenmiş olup söz konusu suçlar arasında farklı nev'iden fikrî içtima hükümleri uygulanarak yalnızca bunlardan en ağır cezayı gerektiren suç olan dolandırıcılık suçundan hüküm kurulur.

Aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatili satan kimse, aynî hak sahipliği bakımından hile yapmasa da bu tatilin yapılacağı taşınır veya taşınmazın nitelikleri bakımından hile yaparsa tek bir fiili ile hem aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının tüketiciye devre tatil satması suçunu hem de dolandırıcılık suçunu işlemiş olur. Bu durumda da farklı nev'iden fikrî içtima hükümleri uygulanır. Belirtilmelidir ki tatil konusunun hiç olmaması durumunda aynî hak sahibi olmayan satıcı veya sağlayıcının tüketiciye devre tatil satması suçunun maddî unsuru tamamlanmayacağından yalnızca dolandırıcılık suçu oluşur.

C. Kusurluluk

Hukuka aykırı ve tipik bir haksızlık suçu oluşturur. Ancak failin cezalandırılması için ayrıca bu fiili dolayısıyla kınanabilir olması yani kusurlu olması gerekir.⁵⁴

İnceleme konusu suç, kusurluluk açısından 'haksızlık yanılması' bağlamında özellik arz etmektedir. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz (TCK m. 4). Ancak ceza kanunu bilmemenin ötesinde haksızlık bilincine sahip olmamaya Kanun farklı bir sonuç bağlamıştır.⁵⁵ İşlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kimse bu hatasından yararlanır (TCK m. 30/4). Haksızlık yanılması olarak adlandırılan bu mesele doktrinde kusurluluğu kaldıran

⁵⁴ Dülger, *Genel Hükümler*, 278; Özgenç, *Genel Hükümler*, 458.

⁵⁵ Doktrinde bu husustaki görüşler üzerine değerlendirmeler için *krş.* Sulhi Dönmezer vd., *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (İstanbul: DER Yayınları, 2016), 257vd.

bir sebep olarak nitelendirilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus haksızlık yanılığının fiilin yalnızca suç teşkil etmesi değil başlı başına haksızlık içeriği konusunda gerçekleşmesi gerektiğidir. İşlediği fiilin suç olmadığını zannetmekle beraber haksızlık bilincinden de yoksun olmayan kimse bu fıkra kapsamında hatasından yararlanamaz.⁵⁶ Düşülen bu hata kaçınılmaz ise kişi düştüğü hatasından yararlanır ve kusuru yok kabul edilir. Diğer taraftan hatanın kaçınılabilir olması durumunda failin kusuru ortadan kalkmaz ancak somut olayın niteliğine göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Aynî hak sahibi olmaksızın devre tatil satışı, 2022 yılı değişikliğine kadar suç olarak düzenlenmek şöyle dursun sözleşme özgürlüğü kapsamında hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış bir davranıştı. Dolayısıyla konuya dair mevzuatı takip etmeyen bir kimsenin kolayca hataya düşmesi muhtemeldir. Ancak tüketici hukuku kapsamında devre tatil satışı yapan satıcı veya sağlayıcının, faaliyet gösterdiği piyasaya dair hukuk kuralları hakkında bilgi sahibi olması da beklenebilir bir durumdur. Bu bağlamda somut olayın dikkatle değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

D. Yaptırım

Suç karşılığında kanunda düzenlenen yaptırım üç yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrıca suç bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmişse tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Esasen uygulamada tüketiciden haksız kazanç sağlamaya dönük kötü örnekler bulunmasa, aynî hak sahibi olmayanın devre tatil satışı yapmasının cezalandırılmasını gerektirecek hatta en azından haklı çıkartacak bir durum söz konusu dahi değildir. Zira söz konusu satışın kendisi ne toplumsal normları ne de hukuk düzenini ihlâl etmektedir. Ancak bu satışın kötüye kullanımının yaygınlaşması, bu türden bir satışın yasaklanmasını gerektirmiştir. Kanun'un öngördüğü hapis cezasının ağırlığı dikkate alındığında kanun koyucunun aynî hak sahibi olmayan kimsenin devre tatil satışını engellemek için caydırıcı bir düzenleme ortaya koymadaki kararlığı görülmektedir. Söz konusu suç hayatın

⁵⁶ Dülger, Genel Hükümler, 689vd.

olağan akışı gereği maddî gelir elde amacıyla işlenir. Suçtan elde edilen malvarlığı değeri, kazanç müsaderesine tâbidir. Ancak caydırıcılık açısından⁵⁷ kanaatimizce hapis cezasının yanında para cezasına da hükmedilmesini öngören bir kanun değişikliği yerinde olur. Hatta fiilin ahlâk kurallarıyla başlı başına bir çelişki içerisinde olmadığı dikkate alındığında yalnızca adlî para cezasını içeren bir düzenlemenin daha adil olacağı kanaatindeyiz.

E. Muhakeme Koşulu

Aynî hak sahibi olmayanın tüketiciye devre tatil satması suçu re'sen soruşturulan bir suç olup şikâyete tâbi değildir. Dolayısıyla uzlaştırma kapsamında da değildir. Suça bağlanan yaptırım bakımından da suçun önödeme kapsamında kalmadığı görülmektedir.

III. YATIRIM AMAÇLI DEVRE TATİL ALANLARIN DURUMU

Uygulamada devre tatil bir yatırım aracı olarak da pazarlanmakta hatta 'kira garantili' devre tatil satışlarıyla devre tatil sözleşmeleri bir tür pasif gelir aracı olarak sunulmaktadır.⁵⁸ Meslekî ve ticarî amaçlarla hareket eden, devre tatili bir yatırım aracı olarak gören kimselerin kısa süreli olarak tatillerini kiraya vermelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, bu kısa süreli sözleşmeler devre tatil satışı anlamına gelmez.⁵⁹ Ancak bu kimselerin mevcut tatillerini elden çıkartırken ve devre tatil satışı anlamına gelecek biçimde uzun ve tekrarlayan kiralara konu ederken (yani devre tatil sözleşmelerini kısmen veya tamamen devrederken) aynî hak sahibi olamamalarından kaynaklanan problemler ile karşılaşmaları mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, devre tatil sözleşmesinin devrinin, devre satışı kavramına dahil olduğudur. Bu itibarla, söz konusu devir tüketici hukuku içerisinde gerçekleştiriliyorsa tatilini devreden kimsenin de tatil konusu üzerinde aynî hak sahibi olması gerekir. Eğer sözleşmeyi devralan üçüncü kişi tüketici değilse

⁵⁷ Ekonomik yaptırımların ekonomik suçların işlenmesi eğilimini azaltacağı yönünde bkz. Klaus Tiedemann, *Ekonomi Ceza Hukuku*, çev. Ayşe Nuhoğlu (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), par. 434.

⁵⁸ Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 60.

⁵⁹ Baş Süzel, *Tatil Sözleşmeleri*, 61.

yalnızca Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesindeki şartların varlığına bakılmalıdır. Ancak devralan tüketici ise bu defa devreden satıcı veya sağlayıcı olup olmadığı irdelenmeli ve böylece satışın tüketici işlemi olup olmadığı belirlenmelidir. Eğer devre tatilini devreden kimse satıcı veya sağlayıcı değilse yine TBK m. 205'teki şartlar ile yetinilmelidir. Öte yandan tatilini devreden kimse, meslekî veya ticarî kaygılarla hareket ediyorsa bu defa bir tüketici işlemi söz konusu olur ve aynî hak sahibi olmayanın devre tatil satışı yapma yasağı gündeme gelir.

Belirtildiği üzere bu kimselerin tüketici olmayanlara satış yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan tüketiciye devre tatil satışı anlamına gelecek biçimde bir devir yapılması, aynî hak sahibi olmayanın devre tatil satışı yapması yasağına aykırı olur. Zira aracılık aynî hak sahibi hizmet veren tarafından yapılacak olsa bile satışı yapan devre tatil sözleşmesini devreden kimsedir ve genellikle bu kimse aynî hak sahibi değildir. Devre tatil sözleşmelerine yatırım yapan kimseler bakımından hukuka uygun biçimde izlenebilecek iki yol bulunmaktadır. Birinci yol, devre tatil satışı anlamına gelmeyecek biçimde kısa veya tekrar etmeyen dönemler için devre tatillerini kiraya vermek suretiyle devre tatilin süresi dolana kadar gelir elde etmektir. İkinci yol ise devre tatili, aynî hak sahibinin dolaylı temsiliyle devretmektir. Örneğin, aynî hak sahibi hizmet veren, tatili devredecek kimse ile simsarlık ve devre tatili devralacak olan tüketiciyle bir yeniden satış sözleşmesi yaparak tarafları bir araya getirip devir bedelinin belirlenmesini sağlayabilir. Ardından da belirlenen bedelle devre tatili önce tatili devredecek kimseden satın alıp (daha doğru bir terminolojiyle, mevcut devre tatil sözleşmesini ikâle⁶⁰ ile sonlandırıp) daha sonra mezkûr devre tatil için yeniden satış sözleşmesi yaptığı tüketici ile devre tatil sözleşmesi kurabilir.

IV. AYNÎ HAKKIN SONRAKİ SÜREÇTE ORTADAN KALKMASI

Devre tatil satışı tarihinde tatil konusu üzerinde aynî hak sahibi olan satıcı veya sağlayıcının devre tatili sözleşmesi akdettikten sonra tatil konusu üzerindeki aynî hakkını bir başkasına devretmesi yahut taşının terki veya taşınmaza dair

⁶⁰ Bir hukukî muameleyle ortaya çıkan hukukî durumun ortadan kaldırılmasına dair sözleşmeye ikâle adı verilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lüğatı* (Ankara: Başbakanlık Matbaası, 1991), 154.

hakkın terkini yoluyla hakkını sona erdirmesi mümkündür. Aynî hakkın mevcudiyeti sırasında yapılan bir devre tatil sözleşmesi, inceleme konusu suç bakımından tipikliği karşılamaz. Yargıtay eski tarihli bir kararında aynî hakkını üçüncü bir kişiye devreden kimsenin durumunu dolandırıcılık suçu bağlamında değerlendirmiştir.⁶¹ Kanaatimizce burada dolandırıcılık suçunun unsurları da gerçekleşmemiştir. Burada nitelikli bir hile söz konusu olmayıp yalnızca borca aykırılık durumu mevcuttur. Mesele özel hukuk uyuşmazlığından ibarettir.

V. SUÇ TİPİNE DAİR YARGI KARARLARI

Aynî hak sahibi olmayan kimsenin tüketiciye devre tatil satması suçuna dair kapsamlı bir içtihat taraması yapılmış olmakla beraber, konuya ilişkin yargı kararına rastlanmamıştır. Bunun sebeplerinin arasında suç tipinin henüz 2022 yılında mevzuata girmiş olmasının, bu fiilin suç teşkil ettiğinin tüketiciler tarafından bilinmemesi nedeniyle yargı birimlerinin haberdar edilmemesinin veya uyuşmazlıkların dolandırıcılık fiili kapsamında yargıya taşınmasının bulunduğunu düşünmekteyiz.

SONUÇ

Devre tatil satışının ancak aynî hak sahibi kimseler tarafından yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak bu yasak yalnızca tüketici hukuku kapsamındaki satışlar bakımından geçerlidir. Bu itibarla, iki tüketicinin kendi arasında dahi satış yapması mümkündür. Öte yandan tatil konusu üzerinde aynî hak sahibi olmayıp

⁶¹ "Sanık ...'nın ... Turizm ve Ticaret A.Ş. nin yönetim kurulu başkanı, sanık ...'ın ise yönetim kurulu üyesi oldukları, adı geçen şirketin Muğla ili, Bodrum ilçesi, Türkbükü köyünde devre tatil sitesi sahibi olduğu, katılanın 30 yıl süreyle kullanmak üzere adı geçen şirket ile 2004 yılında devre tatil sözleşmesi imzaladığı ve ücretini peşin olarak ödediği, devre tatili 2009 yılına kadar düzenli olarak tatil için kullandığı ancak, sanıkların 2009 yılında bahse konu tatil sitesini üçüncü kişilere satmaları nedeniyle sonraki yıllarda haklarını kullanamadığının iddia edildiği somut olayda, katılanın bahse konu sözleşmeyi 15/10/2004 tarihinde yapmış olması ve ücretini de 01/11/2004 tarihinde ödemesi karşısında suç tarihinin menfaatin temin edildiği tarih olan 01/11/2004 tarihi olduğu, sanıklara yüklenen dolandırıcılık suçunda suç tarihinden hüküm tarihine kadar zamanaşımı süresi yönünden sanıklar lehine olan 765 sayılı TCK'nın 504/1, 102/4 ve 104/2. maddeleri gereğince 7 yıl 6 aylık kesintili zamanaşımı süresinin gerçekleştiği, bu nedenle sanıklar hakkında zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması," Yar. 15. CD, E.2018/1947, K.2019/5285, 09.05.2019.

da tüketici olarak hareket etmeyen kimselerin tüketicilere devre tatil satışı yapmaları yasaktır ve bu yasağın ihlali aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Bu kimselerin dahi tüketici olmayanlara satış yapmaları durumunda bahsi geçen suç oluşmaz.

Söz konusu suç bir soyut tehlike suçudur. Suçun gerçekleşmesi için ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Hareket parçalara bölünebildiğinden teşebbüse elverişlidir. Suç fiilinin dolandırıcılık suçu ile farklı nev'iden fikri içtima oluşturabileceğine uygulamada dikkat edilmelidir.

Aynî hak sahibi olmayan kimsenin tüketiciye devre tatil satışı yapmasını hukuka uygun kılabilecek, bu suç tipi bakımından özel bir sebep bulunmamaktadır. Ayrıca ilgilinin rızasının bu suç tipi bakımından uygulama alanı bulması mümkün görünmemektedir.

Tatil konusu üzerinde aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satan kimseyi bu satışı yapmaya azmettiren veya bu satışın gerçekleşmesine yardım eden kişinin aynî hak sahibi olması mümkündür. Ancak aynî hak sahibi olmadığı hâlde devre tatil satışı yapan bir kimseyle birlikte aynî hak sahibi de satış yaparsa ve devre tatil satışından kaynaklı tüm borçları kendisi de müteselsil olarak üstlenirse bu durumda suçun tipikliği gerçekleşmeyeceğinden ortada bir suç olmaz.

İnceleme konusu suç, haksızlık yanılığısı bağlamında kusur bakımından önem taşımaktadır. Sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde kişinin bu suçu oluşturabilecek bir sözleşmeyi akdetmekte herhangi bir haksızlık bulunmadığını düşünmesi doğaldır. Uygulamacının, önüne gelen somut olayda haksızlık yanılığısının var olabileceğini göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Suçun yaptırımı, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Suçtan elde edilen gelir, kazanç müsaderesine tâbidir. Maddî kaygıyla işlenen bu suç bakımından kanun değişikliğiyle adlî para cezasının da getirilmesi yerinde olacaktır. Hatta fiilin temelde ahlâk kurallarının önemli bir ihlâlini içermemesi dikkate alındığında yalnızca para cezasının yaptırım olarak belirlenmesinin daha adil bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Antalya, Gökhan. *Marmara Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1*. Editör Gökhan Antalya. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Avcı, Mehmet Özgür. “Şahsi Hak Sağlayan Ön Ödemeli Devre Tatil Sözleşmesinde Tüketicinin Sözleşmeden (Serbestçe) Dönme Hakkı.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no. 1 (2021): 658–76.
- Avcı, Mustafa. “İslâm’ın Ceza Hukukuna Katkısı.” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 8 (2006): 113–48.
- Baş Süzel, Ece. *Tatil Sözleşmeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Çelebi, Funda. “Devre Tatil Sözleşmesi.” Marmara Üniversitesi Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2023.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Doğan, Koray. “Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.” *Ceza Hukuku Dergisi* 9, no. 26 (2014): 225–31.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Hasan Sınar, R. Murat Önok, ve R. Barış Erman. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*. İstanbul: DER Yayınları, 2016.
- Dülger, Murat. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ersoy, Yüksel. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002.
- Franzen, Martin. “BGB § 481 Teilzeit-Wohnrechtvertrag.” *İçinde Münchener Kommentar zum BGB Band 4*, 9. Auflage. C.H. Beck, 2019.
- García, Faustino García de la Torre. “Criminal Law and Constitution.” In. *Göttingen Handbook on Latin American Public Law and Criminal Justice*, editör Kai Ambos ve José Martínez, 1st edition, 281–302. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2023.
- Gärditz, Klaus Ferdinand. “Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz.” *JuristenZeitung* 71, no. 13 (2016): 641–50.

- Gerardo, Nori. "Regulating Vacation Timesharing: A More Effective Approach." *UCLA Law Review* 29, no. 4 (1982): 907–46.
- Gray, Paul G. "Pioneering the Concept of Time-Sharing Ownership." *St. John's Law Review* 48, no. 4 (1974): 1196–1202.
- Hafızoğulları, Zeki. *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1996.
- Hörnle, Tatjana. "Theories of Criminalization." İçinde *The Oxford Handbook of Criminal Law*, editör Markus D. Dubber ve Tatjana Hörnle, 1st edition, 679–701. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- İçel, Kayıhan, ve Süheyl Donay. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.
- İçel, Kayıhan, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, ve Yener Ünver. *İçel Suç Teorisi 2. Kitap*. İstanbul: TÜRDAV Basım Yayım Sanayi Ticaret A.Ş., 1999.
- İkizler, Metin. "Tüketici ile İşlem Yapan (Sonraki) Tüketicinin Korunmasına İlişkin Görüş ve Öneriler." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (Cevdet Yavuz'a Armağan) (2016): 1333–49.
- Jauernig, Othmar, ve Cristian Berger. "§481 Teilzeit-Wohnrechtvertrag." İçinde *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Auflage. München: C.H. Beck, 2023.
- Keçelioğlu, Elvan. "Alman Ceza Hukukunda Faillik." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 19, no. 65 (2006): 73–88.
- Kindhäuser, Urs. "Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 129, no. 2 (2017): 382–89.
- Koca, Mahmut, ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Küçüktaşdemir, Özgür. *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şişek, Ömer. *Suçun Nitelikli Halleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Soylu, Feyzanur. *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tiedemann, Klaus. *Ekonomi Ceza Hukuku*. Çeviren Ayşe Nuhoglu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügatı*. Ankara: Başbakanlık Matbaası, 1991.
- Yağcıoğlu, Burcu. "Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2014): 193–250.
- Yüce, Turan Tûfan. *Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1*. Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA İFTİRA SUÇUNDAN DOLAYI MAHKÛMIYETİNİN HÜKÜMLÜ ÜZERİNE ETKİLERİ*

*Effects of Conviction for Defamation on the Convicted
Individual in Turkish Criminal Law*

Erhan KOYUNCU**

Öz

İftira eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesi kapsamında suç olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte, masum bir kimse hakkında yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla hukuka aykırı bir fiil isnatta edilmesi yaptırım altına alınmıştır. Masum bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesi, adliye teşkilatının gereksiz yere meşgul edilmesi sonucunu ortaya çıkmaktayken, ayrıca hukuka aykırı isnat nedeniyle masum kimsenin onur ve şerefine de zarar görmesine sebep olmaktadır. Ancak çalışmamızda, iftira mağdurunun karşılaştığı zarardan ziyade, mağdura yöneltilen isnadın iftira olduğunun ispatıyla ortaya çıkan sonuçlar izah edilmeye çalışılmıştır.

* Bu makale, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında "İftira Suçu" adlı yayımlanmamış doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

** Dr. Hâkim, ORCID: 0009-0001-5481-7468, erhan.koyuncu@student.asbu.edu.tr

Makale Gönderim Tarihi/Received: 25.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.08.2024.

Atıf/Citation: Koyuncu, Erhan. "Türk Ceza Hukukunda İftira Suçundan Dolayı Mahkûmiyetinin Hükümlü Üzerine Etkileri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1814-1845.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Anahtar Kelimeler: İftira Suçu, Mahkûmiyet, Hükümün İlanı, Hükümlü, Tanıklığa Etkisi.

Abstract

The act of defamation is recognized as a crime under Article 267 of Turkish Penal Code. With this regulation, falsely accusing an innocent person of an unlawful act to competent authorities through reporting or complaint, or through media channels, with the intent of initiating investigation, prosecution, or imposing administrative penalties, has been criminalized. Accusing an innocent person of an unlawful act not only unnecessarily occupies the judicial system but also damages the honor and reputation of the innocent individual. However, our study aims to explain the consequences that arise from proving that the accusation against the victim was indeed false, rather than focusing solely on the harm suffered by the victim of defamation.

Keywords: Defamation, Conviction, Pronouncement of Judgment, Convicted, Effect of Testimony.

GİRİŞ

Arapça “f.r.y” kökünden hüması olan “iftera” fiilinin mastarı olup “yalan uydurmak,” “söz uydurmak” olan¹ iftira kelimesinin lügat manası, “bir kimseye kasıtlı ve asılsız suç yükleme, kara çalma, bühtan²” olarak tanımlanmaktadır. Günlük dilde kullanılan “iftira çalmak,” “iftira etmek,” “iftiraya uğramak,” “çamur atmak,” “leke sürmek,” “zan altında kalmak,” “çamur at izi kalsın,” “kara çalmak” gibi sözlerde iftira kelimesinin anlamı ile ilgilidir.³

Genel olarak ise “bir şahsın suçsuz olduğunu bildiği bir kimseye bir suç atması” olarak tanımlanan iftira, bireylerin onur ve şerefine zedeleyen, toplum düzeninde var olan huzurlu yaşamı bozan bir davranış şeklidir. 5237 sayılı Türk Ceza

¹ “İftira,” Etimoloji Türkiye, Nisan 21, 2024, <https://www.etimolojiturkce.com/arama/iftira>. Hüseyin Algül, “İslam Tarihinden Örneklerle İftira Olayına Tahlili Bir Bakış,” *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9, no. 9 (2000): 131.

² “İftira,” Sözlük, Nisan 21, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

³ Şevkiye Kazan Nas – Hatice Köşger, “Dil Yarası, Yüz Karası: Klasik Türk Şiirinde İftira,” *Littera Turca Journal of Turkish Language and Literature* 7, no. 4 (2021): 1377.

Kanunu'nun 267. maddesinde de suçun maddi ve manevi unsurlarına işaret ederek masum bir kimseye hukuka aykırı fiil isnadının iftira suçunu oluşturacağı düzenlemiştir.

İftira failinin masum bir kişiye yönelmiş olduğu gerçek dışı hukuka aykırı fiil isnadı ile birlikte mağdurun hukuk dünyasına birçok etkisi olmaktadır. Suç niteliğindeki gerçek dışı isnat ile birlikte mağdur soruşturma ve kovuşturma tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı gibi masum bireye yapılan hukuka aykırı isnat ile de idari yaptırım veya disiplin cezası ile karşı karşıya da kalabilmektedir. Hatta masum birey kendisine yöneltilen gerçek dışı hukuka aykırı fiil isnatları sebebiyle şahsında ve toplum nazarında manevi olarak büyük elem ve ızdırıp da çekmektedir.

Masum kişiye yapılan hukuka aykırı fiil isnatların gerçek dışı olması ile birlikte buna maruz kalan mağdur özel hukuk kapsamında haksız fiilden kaynaklı tazminat davası açma hakkını kullanabilecektir.⁴ Zira ihbar ve şikâyet hakkının kötüye kullanılması kamu hukuku bağlamında iftira suçu yaptırımı ile karşılanacağı gibi özel hukuk bağlamında ise manevi tazminat ile karşılanacaktır.⁵ Çünkü kişi iftiraya uğradığı zaman, bundan büyük bir elem duyar ve manen büyük bir sarsıntı geçirir. Bir bakıma kişinin kişiliği olumsuz yönde etkilenmektedir. İşte, bu kişinin iftira sebebiyle uğradığı zarar 'manevi' zarardır.⁶ İftiraya uğrayan taraf cezai anlamda dava açılmasını isteyebileceği gibi Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde de belirtildiği üzere kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yoluyla korunmasını da isteyebilecektir.⁷ Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesindeki; "*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir*

⁴ Sami Narter, *Uygulamada Manevi Tazminat* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 302-303.

⁵ Erhan Günay, *Kişilik Haklarına Saldırdan Kaynaklanan Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 194.

⁶ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013), 91.

⁷ Narter, *Uygulamada Manevi Tazminat*, 303-304.

ve bu kararın yayınlanmasına hükmedebilir.” düzenleme gözetilerek hâkim tarafından mağduriyetin giderilmesi yöntemi belirlenecektir.

İftira faili hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması ve bu mahkûmiyetin kesinleşmesi, iftira mağduru hakkında uygulanan disiplin yaptırımının üzerinde de tesiri olacaktır. Zira iftira fiili neticesinden hakkında idari ya da disiplin yaptırımı tesis edilen kişinin masum olduğu ispatlanmış olacaktır. Böylelikle masum bir kişi hakkında iftira sebebiyle uygulanan idari yaptırım ya da disiplin cezası mahkûmiyetin kesinleşmesi ile kaldırılacaktır. Danıştay’da iftiraya binaen uygulanan disiplin cezasının, kişiye yöneltilen isnadın iftira olduğunun ispatı ile iptali gerektiğini belirtmiştir.⁸

Masum bir kimse hakkında yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari yaptırım uygulanmasını sağlamak için hukuka aykırı fiil isnat ettiği ortaya konulması ile mahkûmiyet hükmü alan müfteri hakkında da birçok etkisi olacaktır. Bu sebeple mahkûmiyet ile karşılaşan müfterinin nasıl etkileneceğinin değerlendirilmesi gerekir.

I. HÜKMÜN İLANI

5237 sayılı TCK’da suç karşılığı öngörülen yaptırımlar “ceza” ve “güvenlik tedbirleri” olarak kabul edilmiştir⁹. TCK’nın 45. maddesindeki; *“Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adlî para cezalarıdır.”* hükmü ve 2/1 maddesindeki; *“Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”* düzenlemesi ile genel hükümler kısmında kural konulmuştur.¹⁰ Ancak kanun koyucu özel hükümler kısmında yer alan TCK’nın 267/9. maddesindeki; *“Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen*

⁸ Dan. 2. D. E. 2021/6076 K. 2024/170 10/01/2024.(Yüksek mahkeme kararlarına Uyap veri tabanı üzerinden erişim sağlanmıştır)

⁹ Erdal Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 41.

¹⁰ Mehmet Emin Artuk, *“Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi,” Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2007): 61.

mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilan olunur. İlan masrafı, hükümlüden tahsil edilir." düzenlemesi ile genel kuraldan ayrılmıştır.¹¹

Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı fail hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda talep ile bağlı kalınmaksızın, mahkemece re'sen mahkûmiyet hükmünün ilanına karar verecektir.¹² Kanuni düzenlemede ilan masraflarının hükümlüden tahsil edilmesine dair ifadesi de dikkate alındığında söz konusu ilan müessesenin infaza yönelik bir düzenleme olduğunun kabulü gerekir. Zira kanun koyucu CMK'nın 325/1. maddesindeki; "*Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.*" hükmü kapsamında yargılama giderlerinin sanıktan alınması olarak düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu hükmün ilanı müessesesi kapsamında masrafın sanıktan değil "*ilan masrafının hükümlüden*" tahsil edileceğini belirtmiştir.¹³ İnfaz masrafının muhakeme masrafı olmaması¹⁴ ve iftira mahkûmiyetine dair hükmün ilanın infaza yönelik bir düzenleme olması sebebiyle ilan giderleri yargılama giderleri kısmında kabul edilmeyecektir. Bu sebeple derece mahkemesi tarafından hükmün ilanı konusunda karar kurulmakla yetinilip ilanın nerede ve nasıl yapılacağı konusu ile ilan masrafının tahsilini infaz aşamasına bırakması gerekir.¹⁵ Zira iftira suçuna ilişkin mahkûmiyet kararı kesinleşmeden hükmün ilanı söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple hüküm

¹¹ "Benzer düzenleme Alman Ceza Kanunu 165. Maddesinde, suçtan zarar görenin talebi üzerine, iftiradan dolayı verilen mahkûmiyet kararının ilan edileceği, suçtan zarar görenin ölmesi halinde kanundaki atıf hükümleriyle ilanı talep edebilecekler açıkça düzenlenmiştir." Yener Ünver, Tck'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 161.

¹² İstanbul BAM 17. CD. E. 2021/209 K. 2022/110 21/01/2022; "Müşteki A.Ö. hakkında FETÖ silahlı terör örgütü üyeliği gibi sonuçları ağır olan bir suçla ilişkin olarak sadece soyut bir beyanla ihbarda bulunan sanık hakkında TCK'nın 267/1. maddesi gereğince verilen hükmün aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilân olunmasına karar verilmeyerek TCK'nın 267/9. maddesindeki basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararının, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilân olunacağı hususundaki düzenlemeye muhalefet edilmesi."

¹³ Karşı görüş; Ünver, Tck'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, 160.

¹⁴ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 780.

¹⁵ Karşı görüş; Gökhan Taneri, "İftira Suçu," *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 156 (2019): 1604.

kesinleşmeden önce aynı ya da eşdeğer basın ve yayın organının tespiti isabetli olmayacaktır. İnfaz aşamasında aynı ya da eşdeğer basın ve yayın organının tespiti hususunda tereddüt hasıl olması durumunda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 98/1-a maddesindeki; *"Mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün Türk Ceza Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden (.....) duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir."* hükmü uyarınca ve madde gerekçesinde de zikredildiği üzere dosyanın tamamı hakkında bilgi sahibi olan ve mahkumiyet hükmünün yorumu hususunda en yetkin mercii olan hükmün ilanına karar veren mahkemeden açıklama yargılaması da denilen bu kurum işletilecektir.¹⁶

Hükmün ilanı müessesinin mahiyeti hakkında farklı görüşleri bulunmaktadır. Bir görüşe göre, hükmün ilanını, mağdurun zararının telafisi ve saygınlığının yeniden tesisi için bir çeşit düzeltme ve cevap hakkı olarak değerlendirmektedir.¹⁷ Tekzip hakkı olarak da bilinen düzeltme ve cevap hakkı, yasal dayanağını Anayasa'nın 32. maddesindeki *"Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir. Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir."* düzenlemesi ile ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu'nun 18. maddesinden ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14. maddesinden almaktadır. Kural olarak basın özgürdür. Bu özgürlük, bilgi edinme, yayma, eleştirme, bilgileri yorumlama ve eser oluşturma haklarını da içermektedir. Ancak özgürlüğün kullanılmasının kanun ile sınırlanabilecek olması sebebiyle kanunlarda cevap ve düzeltme hakkı düzenlenmiştir.¹⁸ Cevap ve düzeltme hakkının düzenleme sebebi ise kişilerin

¹⁶ CGTİHK'nın 98. maddesi gerekçesi; Nimet Özkavalcı, *İnfaz Hâkimliği* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 622.

¹⁷ Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda İftira Suçu* (İstanbul: Der Yayınları, 2021), 122.

¹⁸ Erol Tatar, "Yasalarımızda Tekzip (Düzeltilme ve Cevap) Hakkı ve Uygulaması," *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2008): 99.

şeref ve haysiyetine yönelik yayınların her zaman suç içermemesi ya da iftira gibi suç içermesine rağmen mahkûmiyet kararının ceza yargılamasının önlenemez yavaşlığı sebebi ile etkili olmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁹

765 sayılı TCK'da iftira suçu açısından hükmün ilanına dair bir düzenleme bulunmamasına karşın 43. maddesindeki; "İdam ve müebbet ağır hapis cezalarını mutazammın olan hüküm ilamının hülasası hüküm sadır olduğu ve cürümün işlendiği mahkumunaleyhin en son ikamet ettiği mahalle veya kariyenin münasip mahallerine asılarak ilan olunur." hükmü ile mahkûmiyetin neticelerinden biri olarak düzenlemişti.²⁰ Benzer şekilde mülga TCK'nın 252. maddesindeki; "Her kim mülki ve askeri memuriyetlerden birini hilafı nizam ifa veya ifaya teşebbüs eylerse üç aydan iki seneye kadar hapis ile mücazat olunur. Aynı ceza memuriyetini terk ve tatil emri kendisine resmen bildirilmiş olduğu halde yine memuriyetinde devam eden memur hakkında üç aydan iki seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasıyla birlikte hükmolunur. Mahkeme bu baptaki ilam hülasasının masarifi mahkûmdan alınmak şartıyla cürmün vuku bulduğu veya mahkûmun ikamet eylediği vilayet ceridelerinden biriyle neşir ve ilanını emredebilir." hükmü ile memuriyeti terk veya tatil emri kendisine bildirilerek görevi sonlandırılmış olan bir kimsenin kamu görevini usulsüz olarak devam ettirmesi durumunda hükmün ilan edilmesi hususunda hâkime bir takdir yetkisi verilmesi hususu düzenlenmişti.²¹ Bu sebeple bir diğer görüşe göre, mülga TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen hususun bir çeşit teşhir olduğu²² ve hatta

¹⁹ Feyyaz Gölcüklü, "Radyo-Televizyonda Düzeltme ve Cevap Hakkı," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 20, no. 4 (1965): 126.

²⁰ Ünver, Tck'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, 161; "Bu hükme benzer bir düzenleme mülga TCK madde 26 ve 27'de 'adli tevbih' olarak düzenlenmişti."

²¹ Derya Hilal Kurt, "İftira Suçu" (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi 2020), 128.

²² Ahmet Kılınç, "Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi Açısından Yaptırım Türü Olarak Teşhir," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, no. 1 (2007): 1022; Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 18; "Şerefe yönelik cezaların bir türü mahkûmiyet hükmünün yayımlanmasıdır. 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinde bu cezaya yer verilmemiş olmakla birlikte, TCK'nın 267/9. maddesine göre iftira suçunda mahkûmiyet hükmünün yayımlanması yer almıştır."

ülkemizde şuan sadece basın ve yayın yoluyla iftira suçunu işleyen kişinin etkin pişmanlıktan yaralanabilmesi için bu durumun aynı yolla yayınlanması şeklinde hükmün ilanı müessesinin de teşhir olduğunu ileri sürmüştür.²³

Teşhirin bir taraftan ağır olan bir suçun işlendiğini bilen ve haber almış bulunan kimselere, failin cezalandırıldığını böylece adaletin tecelli ettiğini duyurmaya, diğer taraftan da ibret teşkil etmesi suretiyle cezanın genel önleme amacına hizmet ettiği, bu sayede toplum adalet duygusunun tatmin edildiği ve halkın devlete olan güveninin pekiştirildiği görüşü²⁴ ileri sürülmekte ise de bu görüşün TCK'nın benimsediği sisteme uygun olduğu söylenemez. Çünkü TCK'da cezalar ve güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemeler arasında hükmün ilanı şeklinde bir yaptırıma yer verilmemiştir. Bu sebeple özel hükümler kısmında yer alan hükmün ilanı düzenlemesi genel hükümlerde benimsenen yaptırım biçimleriyle uyumlu değildir. Kaldı ki, ceza hukuku yaptırımlarının kişinin sosyalleştirilmesine hizmet etmesi gerekir. İnsan onurunu zedeleyen bir yaptırımın ceza hukuku sisteminde yeri olmaması gerekir. Ayrıca hükmün ilanı ile sadece suçu işleyen değil onun yakınları da lekelenmekte ve yaptırımın bireyselliğini etkilemektedir.²⁵ Bunun yanı sıra gerek Basın Kanunu'nda²⁶ gerekse

²³ Kılınç, "Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi Açısından Yaptırım Türü Olarak Teşhir," 1027.

²⁴ M. Muhtar Çağlayan, *Türk Ceza Kanunu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1986), 3/369.

²⁵ Köksal Bayraktar vd., *Özel Ceza Hukuku (Adliye Karşı Suçlar)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 10/61.

²⁶ Basın Kanunu'nun 14. maddesi; "Sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük sürelî yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer sürelî yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. (Ek cümleler:13/10/2022-7418/7 md.) İnternet haber sitelerinde ise zarar gören kişinin düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç bir gün içinde, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, URL bağlantısı sağlanmak suretiyle, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. Yayın hakkında verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının uygulanması ya da internet haber sitesi tarafından içeriğin kendiliğinden çıkarılması durumunda, düzeltme ve

Radyo ve Televizyon Kanunu'nda,²⁷ kişinin talebi doğrultusunda şeref ve haysiyetine yönelik rencide edici ya da gerçeğe aykırı yayının düzeltilmesine

cevap metni ilgili yayının yapıldığı internet haber sitesinde ilk yirmi dört saati ana sayfada olmak üzere bir hafta süreyle yayımlanır.

Düzeltilme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltilme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltilme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltilme ve cevap otuz satırı geçemez.

Sürelili yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltilme ve cevap yazısı, düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır.

Düzeltilme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren onbeş gün içinde cevap ve düzeltilme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar.

Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.

Düzeltilme ve cevabın yayımlanmasına hâkim tarafından karar verilmesi halinde, birinci fıkradaki süreler, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse yetkili makamın kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

Düzeltilme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, birinci fıkradaki iki aylık düzeltilme ve cevap hakkı süresine bir ay ilave edilir."

²⁷ Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu'nun 18. maddesinde; "(1) Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltilme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltilme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltilmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilir biçimde düzeltilme ve cevabı yayımlar. Düzeltilme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltilme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullanılır. Düzeltilme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir. (2) Düzeltilme ve cevabın birinci fıkrada belirtilen süre içinde yayımlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması hâlinde düzeltilme ve cevabın yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltilmenin birinci fıkra hükümlerine uygun olarak yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin

yönelik hakkını kullanabilmektedir. Kanun koyucu tarafından gerekçesi tam olarak ortaya konulmadan sadece bir suç ile ilgili hükmün ilanı müessesini kabul edilmesi, insan onuruna aykırı uygulamanın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Dolayısıyla ceza hukukunun genel ilkelerine uyumlu olmayan ilan müessesinin kanun metninden çıkarılması yerinde olacaktır.

II. RÜCU

Geri dönme²⁸ anlamına gelen rücu kavramı, esas kaynağını Anayasa'nın 40'ıncı maddesindeki; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, Kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." düzenlemesinden almaktadır. Aynı şekilde iftira suçunun hukuki sonuçlarıyla ilgili Ceza Muhakeme Kanunu'nun 143/3. fıkrasında; "İftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder." düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenleme ile iftira

ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir.

(3) Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

(4) Hâkim tarafından düzeltme ve cevabın yayınlanmasına karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

(5) Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmadan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, ölümün altmış günlük düzeltme ve cevap hakkı süresi içinde gerçekleşmiş olması kaydıyla, kalan düzeltme ve cevap hakkı süresine otuz gün ilâve edilir.

(6) Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlâl eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımcısı müştereken ve müteselsilen sorumludur.

(7) İlgili kişi birinci fıkrada belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir."

²⁸ "Geri Dönme." Sözlük, Aralık 22, 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

neticesinde mağdur, gözaltına alınma veya tutuklama koruma tedbirine maruz kalırsa ortaya çıkan zararın tazmini halinde bu müfteriye rücu edilecektir.

İftira mağdurunun uğradığı zararların tazmini için devlete karşı dava açması zorunlu değildir. Mağdur, haksız isnatta bulunan kişiye Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde hakkında uygulanan koruma tedbirlerinden kaynaklı zararlarının tazmini için görevi ve yetkili hukuk mahkemelerinde de dava açabilir.²⁹ Ancak mağdur zararın tazmini konusunda devlete karşı adli yargıda dava açmayı tercih ettiğinde kanun koyucu koruma tedbirlerinden sadece gözaltına alınma ve tutuklamayı düzenlediği için buna ilişkin zararların tazmini rücu edilecektir. Bunun dışındaki arama, elkoyma vb. gibi koruma tedbirlerinin mağdur hakkında uygulanması ve bu tedbirlerin uygulanmasından sebep devletin tazminat ödenmesi halinde müfteriye bunlar rücu edilemeyecektir.³⁰ Doktrinde sadece gözaltına alınma ve tutuklanma koruma tedbirlerinin uygulanması halinde rücu edilmesinin öngörülmüş olması eleştirilmektedir.³¹ Zira kanun koyucu tarafından madde gerekçesinde tutuklanan veya gözaltına alınan mağdura ödenen tazminatın dayanağı hususunda bir açıklamada bulunmamıştır. Kanun lafzına göre rücunun nedeni, iftira atılmasaydı mağdur gözaltına alınmaz ya da tutuklanmaz düşüncesi ise iftira atılmasaydı kişinin malvarlığına elkonulmaz, ölçüsüz bir aramaya tabi tutulmaz ya da yakalanmazdı. Kanun koyucunun koruma tedbirlerinden gözaltına alınma ve tutuklamayı ele alıp diğer tedbirler açısından bir düzenleme yapmaması bu anlamda bir eksikliktir.³²

Koruma tedbirleri sebebiyle tazminatta, mağdurlar maddi ve manevi zararı isteyebilmeleri³³ mümkün ise de mağdur hakkında uygulanan gözaltına alınma

²⁹ Uğur Aşkın, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2018): 36; Nabi Özalp, "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 145 (2019): 91.

³⁰ Erdal Yerdelen, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri* (Ankara: Adil Yayınevi, 2006), 129.

³¹ Ünver, *Tck'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar*, 163; Hakan Hakeri, *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 527.

³² Ragıp Şahin, *Teori ve Uygulamalı Koruma Nedeniyle Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 586.

³³ Aşkın, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu," 29.

veya tutuklama tedbirinin uygulanması ile iftira fiili arasında illiyet bağının bulunması gerekir.³⁴ Ayrıca söz konusu tazminatın rücu edilebilmesi için failin iftiradan dolayı mahkûm olması ve mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi gerekir.³⁵ CMK'nın 141/1. maddesinde düzenlenen bir yıllık hak düşürücü sürede mahkûmiyet kararının kesinleşmesi ile başlayacaktır.³⁶ Tazminat, devlet hazinesinden verildiği için hazine temsilcisi, tazminat hakkında karar veren mahkemeye, müfteriyi davalı olarak gösterecek şekilde başvuracaktır.³⁷

III. YARGILAMA GİDERLERİ

Her ceza muhakemesi işlemi birtakım masraflarında yapılmasına yol açmaktadır. Tanıklara, bilirkişilere, posta giderleri için ödenen paralar, yol giderleri, zorunlu ya da vekili yapılan ödemeler gibi giderler muhakeme giderleri olarak kabul edilmektedir.³⁸ Bu muhakeme masraflarının haksız olan tarafa yüklenilmesi gerekir.³⁹ Buna göre iftira faili yargılandığı iftira suçu

³⁴ Veysel Candan Canoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma) (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 195; Uğur Yargun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 127.

³⁵ Rezan Epözdemir, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat," *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 135 (2017): 24; Hamide Zafer, "Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2010): 99.

³⁶ Özgün Özyüksel, "Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' Kurumunu Düzenleyen Hükümlerine İlişkin Bazı Tartışmalı Noktalar," *Başkent Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2020): 324.

³⁷ Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı), 600.

³⁸ Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı), 779.

³⁹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 838, Yar. 8. CD. E. 2020/7308 K. 2021/4296 22.03.2021; "Sanık B. D.'nin suç tarihinde Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan katılan E. hakkında yaptığı katılanın kendisine sinkaflı küfredip tokat atıp kovduğu şeklindeki şikayeti ile ilgili Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 27.12.2011 tarihli 2011/8570 sayılı yazısına göre soruşturma izni verilmesine yer olmadığına karar verildiği; ancak 2802 sayılı Kanun'un 76/3. maddesine göre, sadece disiplin cezasını gerektirecek mahiyette olan ihbar ve şikayetin kötü niyetle yapıldığı veya delillerin uydurulduğu anlaşılan hallerde, ilgililerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesi uyarınca yargılanabilmelerinin Bakanlığın iznine tabi tutulduğu, katılan hakkında öne sürülen hususların sübut bulması halinde ise ceza

muhakemesinde yapılan masraflardan CMK'nın 325. maddesi gereğince sorumlu tutulacaktır.

İftiraya maruz kalan kişinin kovuşturulması veya hakkında hüküm kurulması veya bu kararın kesinleşmesi durumunda aynı yargılama ya da yargılamanın yenilenmesi ile beraat kararı verilebilir. Yargılama sürecinde yapılan yargılama giderlerin iftirada bulunduğu ispat edilene yüklenmesi gerekecektir.⁴⁰ Bu hususta kanun koyucu iftira suçuna yönelik CMK'nın 329. maddesinde; *"Suç uydurup iftirada bulunduğu sabit olan kimse, bu nedenle yapılmış giderleri ödemeye mahkûm edilir."* düzenlemesi ile yargılama giderlerinden iftira failin sorumlu tutulacağına dair özel bir düzenleme yapmıştır. Madde gerekçesinde; *"Suç uydurma veya iftira suretiyle veya iyice araştırmadan, ağır bir savsama ve kusurla gerçeğe aykırı ihbarda bulunan kimse, adliye dışında olsa bile, soruşturmanın yapılmasına neden olmuşsa, bu soruşturmadan dolayı Devlet Hazinesi ile sanık tarafından yapılan zorunlu giderleri ödemeye mahkûm edilebilir. Bu karar, soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılmasına gerek görülmediğinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kamu davası açılmış ve durum kovuşturma evresinde anlaşılmış ise davaya bakan mahkemece verilir. İhbarda bulunan kimsenin her iki hâlde de dinlenilmesi zorunludur. Karara karşı şüpheli veya sanık, ihbar eden kimse, Cumhuriyet savcısı acele itiraz yoluna başvurabilirler."* ifadeleri ile düzenlemenin getiriliş amacı izah edilmiştir. Madde gerekçesinde her ne kadar Cumhuriyet savcısının acele itiraz başvurusunda bulunabileceği belirtilmişse de söz konusu ifade sehven kalmıştır.⁴¹ Zira mülga CMUK'da var olan Cumhuriyet savcısının acele itiraz usulü CMK kapsamına alınmamıştır.⁴² Kanun koyucu bu düzenleme ile bir kimse hakkında

kovuşturmasını gerektirecek mahiyette bulunduğundan izne tabi isnatlardan olmadığı, bu hususta genel hükümler uyarınca yapılan yargılamanın Yasaya uygun olduğu anlaşılma, tebliğnamedeki 1 nolu bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir."

⁴⁰ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt: 3 (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 2576-2577.

⁴¹ Saim Köroğlu, *Ceza Muhakemesinde Yargılama Giderleri (Vekâlet-Muhakeme Masrafları-Harçlar)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 62.

⁴² Gülsün Ayhan ve Aygörmez Uğurlubay, "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. özel sayı (2014): 4002.

iftirada bulunarak yargılama giderlerine sebebiyet veren müfteriye yargılama giderlerinin yükleneceğini belirtmiştir. Yargılama giderlerinden sorumlu tutulması için kanun koyucu iftira olunan davada yargılanan sanık hakkında mahkûmiyet kararı ya da mahkûmiyet dışında bir karar verilmesinden bağımsız olarak özel bir düzenleme yapmıştır.⁴³ CMK'nın 329. maddesinin uygulanabilmesi için iftira fiilinin hükümlerle sabit olması gerekir.⁴⁴ Yargıtay'da iftiraya konu davada yapılan yargılama giderlerinin iftira failinden tahsil edileceğine dair görüşünü ortaya koymuştur.⁴⁵

Soruşturma aşamasında yapılan giderleri de muhakeme masrafları içerisindedir.⁴⁶ Bu hususta 2802 sayılı HSK'nın 76/2. maddesinde; "*Soruşturma için özel olarak müfettiş veya yetkili gönderilmesini gerektirmiş olan bir şikâyetin haksız olduğunun anlaşılması halinde soruşturma için Devletçe yapılan masraflar hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 329 uncu maddesi uygulanır.*" hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hâkim ve savcılara yönelik isnatlar sebebiyle soruşturma için görevlendirilen özel müfettiş ve yetkilinin masrafları da yargılama gideri olarak iftira failine yüklenecektir.

IV. BELİRLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN KALMA

Güvenlik tedbiri, işlenen bir suç ile ilişkili olarak, bu suçu işleyen kişi hakkında gösterdiği tehlikelilik durumu ya da etkisi altında kaldığı tehlike hali göz önünde bulundurularak ya da suçun konusu ile ilgili veya suçun işlenişinde

⁴³ Saim Köroğlu, *Ceza Muhakemesinde Yargılama Giderleri*, 62.

⁴⁴ Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 889.

⁴⁵ Yar. 6. CD. E. 2021/16997 K. 2022/11508 15.09.2022; "329. maddesi uyarınca, suç uydurma ve iftira gibi hallerde iftirada bulunduğu sabit olan sanık bu nedenle yapılmış olan giderleri ödemeye mahkûm edilir. Diğer bir anlatımla yargılanmasına neden olduğu kişinin davasındaki yargılama giderlerini de ödemeye mahkûm edilir." Yar. 11. CD. E. 2010/7273 K. 2010/14724 21.12.2010; "5271 sayılı CMK'nın 329.maddesi uyarınca sadece suç uydurup iftirada bulunduğu sabit olan kimsenin yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceği gözetilmeden beraat eden sanığın yargılanması nedeniyle yapılan giderlerin hazine üzerinde bırakılması yerine yazılı şekilde şikâyetçi m.den alınmasına karar verilmesi,"

⁴⁶ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)*, 779; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006), 396.

kullanılan araçlarla bağlantılı olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır.⁴⁷ Bu bağlamda suç oluşturan fiili işleyen kişiden toplumun korunması amacıyla TCK'nın 53. maddesinde⁴⁸ belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına yönelik güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.⁴⁹ Esasen TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasındaki hak yoksunlukları kasten işlenmiş bir suçtan dolayı hapis cezası mahkûmiyetin sonucu olarak uygulanacaktır.⁵⁰ Kanuni düzenlemenin 53. maddesinin 1. ila 4. fıkraları arasında düzenlenmiş olan hak yoksunlukları hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak kendiliğinden sonuç doğuracaktır. Zira bu hak yoksunlukları kişinin kasten

⁴⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 960; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 651-652.

⁴⁸ TCK'nın 53. maddesine göre; "Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden (...),

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.

Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamaz.

Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz."

⁴⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 951.

⁵⁰ Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 655.

işlediği bir suç ile hapis cezasına mahkûm olmasının otomatik neticesidir.⁵¹ Bu sebeple söz konusu edilen hak yoksunlukları için mahkemenin ayrıca bir karar vermesi gerekli değildir.⁵² Kanuni netice olarak uygulanan hak yoksunlukları bakımından kanun koyucu, hapis cezasının infaz süresini aşan bir hak yoksunluğu usulünü kabul etmemiştir.⁵³ Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerini İnfazı Hakkında Yönetmelik'in 47. maddesinin 2/a bendi uyarınca TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasının a ile e bendinde sayılan hak yoksunlukları güvenlik tedbirleri, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hapis cezasının infazına başlama tarihi ile birlikte başlayacaktır. TCK'nın 53. maddesinin 2. fıkrası gereği hak yoksunluğu mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edecek olup infazın tamamlanması ile birlikte yoksun kalınan hak ilgili kişi tarafından tekrar kullanılmaya başlayacaktır. TCK'nın 53. maddesi uyarınca hapis cezası mahkûmiyeti ile karşılaşan müfteride bu kapsamda belirli hakları kullanmaktan yoksun kalacaktır.

İftira suçundan kaynaklı mahkûmiyetin bir diğer etkisi ise özel kanun hükümlerinde yüz kızartıcı suç olarak kabul edilmesi noktasındadır. Yüz kızartıcı suçlar kişiyi toplum önünde küçük düşüren, onun utanma duygusunu inciten suç olarak tanımlanır.⁵⁴ Yüz kızartıcı suçlar kanunlar tarafından tanımlanmadığı gibi TCK kapsamında da "yüz kızartıcı suçlar" şeklinde bir sınıflandırma bulunmamaktadır.⁵⁵ Kişiden kişiye, toplumdan topluma değişen, göreceli bir

⁵¹ Faruk Turhan, "Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme," *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2007): 174.

⁵² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 976; Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 460.

⁵³ Koca - Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 662.

⁵⁴ İsmail Malkoç, "Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı," *Türkiye Barolar Birliği Yayınları* 4 (1989): 588-599.

⁵⁵ Selami Turabi, "Hukukumuzda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı," *Ceza Hukuku Dergisi* 7, no. 19 (2012): 154.

değerlendirmeye⁵⁶ matuf yüz kızartıcı suçlar kavramı gerek Anayasa'da⁵⁷ gerekse bir kısım özel kanun hükümlerinde yer alır.⁵⁸ Bu husus özellikle mesleğe giriş, meslekte devam, bir kısım kamu imkânlarından faydalanılması gibi durumlarda ölçüt olarak kullanılmaktadır. İftira suçu bağlamında ise 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na göre kademe ve terfi alınması; 7179 sayılı Asker Alma Kanunu'nun 5/5-b-1 maddesine göre erbaş ve erlerin görev süresinin uzatılması; 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunu'nun 4. ve 8. maddesi gereği sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubay olabilmeleri ve sözleşme sürelerinin bitiminden önce sözleşmelerinin feshedilmemesi; 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 227. maddesine göre gümrük müşavir yardımcısı olunabilmesi; 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'nun 16. maddesi gereği uzman jandarma görevinden ilişiğin kesilmemesi; 5187 sayılı Basın Kanunu'nun ek-3 maddesine göre, basın kartı alınabilmesi için ilgili kişilerin iftira suçundan dolayı mahkûm olmamaları gerekmektedir. 5272 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 48/7. maddesine göre de, kişinin iftira eyleminin olması halinde izninin ertelenmesi veya ziyaretlerinin kapalı şekilde yaptırılmasına karar verilmesi durumu düzenlenmiştir. Aynı şekilde 5276 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 8. maddesinde de tanık koruma kapsamında koruma altında olan tanığın, koruma

⁵⁶ Malkoç, "Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı," 588.

⁵⁷ Anayasa 76/1. maddesi; "Onsekiz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir. En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, askerlikle ilişiği olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüyü kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla... milletvekili seçilemezler."

⁵⁸ Yüz kızartıcı suçların tespitinin uygulamaya bırakıldığı hakkında; Yar. CGK. E. 1996/3-144 K. 1996/171 02.07.1996; "toplumun yapısına göre zamanla değişen bu suçların kanunlarda tek tek sayılmasının mümkün değildir. Kanunlarda bir kısım suçlar sayıldıktan sonra "gibi" denilmek suretiyle yüz kızartıcı suçların neler olduğunun uygulamaya bırakıldığını, yüz kızartıcı suçun kişiyi toplum önünde küçük düşüren suçlar olduğunu; küçük düşmenin, utanmanın, kişiden kişiye değiştiği ve toplumun değer yargısının farklı olduğu bu sebeple bu özelliğin belirlenirken subjektif değil objektif ölçülerin dikkate alınarak suçun niteliğinin, saikinin, sonucunun, suçun işlenme koşullarının ve zamanın değerlendirilmesi gerektiği," tartışmalar için bakınız; Bilginur Maraş Çankaya ve Zehra Durkun, "Disiplin Hukuku Açısından Yüz Kızartıcı ve Utanç Verici Hareketler," Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 2 (2023): 591.

kararı verilmesine neden olan olay hakkında yalan tanıklık veya iftiradan mahkûm olması halinde kendisine uygulanan tanık koruma tedbiri kaldırılabilir. düzenlenmiştir.

Kimi özel kanunlarda yer alan düzenlemelerde yüz kıvartıcı suçlar arasında sayılan iftira suçu mahkûmiyetinin ne kadar süre etkili olacağına da değerlendirilmesi gerekir. Kural olarak TCK'nın 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca belirli haklardan yoksun kalma güvenlik tedbiri, infazın tamamlanmasına kadar sürmesi kabul edilmiştir. Bu sebeple başlangıçta TCK kapsamında "yasaklanmış hakların geri verilmesi" kurumuna yer verilmemişti.⁵⁹ Mülga TCK ve CMUK'da yer alan "yasaklanmış hakların (memnu haklar) geri verilmesi," ceza mahkûmiyetinden doğan müebbet yasaklılık ve ehliyetsizlikleri kaldıran yargısal bir kurumdu.⁶⁰ Mahkûm olan kişinin toplum içerisinde gösterdiği tehlike halinin sona ermesi ve iyi halli yaşam tarzı sergilemiş olması pekâlâ mümkün olabilmektedir.⁶¹ Süresiz olan bu hak yoksunluğunun ortadan kaldırılması amacıyla⁶² kanun koyucu 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile Adli Sicil Kanunu'na "Yasaklanmış Hakların geri verilmesi" başlığıyla 13/A maddesini eklemiştir.⁶³ Kanuni

⁵⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 983.

⁶⁰ Faruk Erem, "Memnu Hakların İadesi," *Adalet Dergisi* 6 (1948): 621; Mehmet Karahasan, "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 1 (2009): 129.

⁶¹ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 812.

⁶² Mustafa Ruhan Erdem ve Bahri Öztürk, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 588.

⁶³ Madde 13/A:

"1-5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,

Gerekir.

2-Mahkûm olunan cezanın infazına gene af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukuki nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi

düzenlemedeki şartların sağlanması halinde mahkûm olan kişi hangi haklardan yoksun kalmış ise o hakları kullanma hakkına tekrar kavuşmuş olacaktır. Fakat kaybedilen hakların geri verilmesi geleceğe yönelik bir işlem olup geçmişte kaybedilen hak üzerine etkisi olmayacaktır.⁶⁴

Hapis cezasına mahkûmiyet halinde TCK'nın 53. maddesinin 1/c. bendinde düzenlenen velayet hakkı ile vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunma yetkisinin kaybedilmesinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Kanuni temsilcilik olarak isimlendirilen velayet, vesayet ve kayyımlik halleri medeni hukuk kurumlarıdır.⁶⁵ Hapis cezasına mahkûm olan kişi kural olarak cezanın infazı süresince kanuni temsilcilik hakkından mahrum kalacaktır. Kanun koyucu kanuni temsilcilik hakkından yoksun bırakılması hususunda hâkime takdir hakkı tanımamıştır.⁶⁶ TCK'nın 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca mahkûm olunan hapis cezası ertelen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlü açısından kendi altsoyu üzerindeki kanuni temsilcilik hakkından yoksunluk tedbiri uygulanmayacaktır. Altsoyu dışındaki kişiler bakımından söz konusu olan vesayet ve kayyımlik yetkilerini kullanılmasına ilişkin hak yoksunluğu ise mahkûm olduğu hapis cezasının

için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

3-Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

4-Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

5-Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karar karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

6-Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.”

⁶⁴ Mehmet Özefe, Memnu Hakların İadesi Adli Sicilden Silinme ve Memur Olmaya Etkileri (Bursa: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1996), 12.

⁶⁵ Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 658.

⁶⁶ Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 658; Turhan, “Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme,” 178.

infazının tamamlanmasına kadar devam edecektir.⁶⁷ TCK 53. maddesi uyarınca hapis cezasına mahkûm olunması ile birlikte kanuni temsilcilik hakkının kullanılmasından yoksun kalındığı gibi Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca da hapis cezasına mahkûm olan kişinin kısıtlanması durumu da ortaya çıkabilecektir. Kısıtlanma, ergin olan ve velayet altında bulunmayan tam ehliyetli bir kişinin ehliyetinin mahkeme kararı ile sınırlandırılması ve kendisinin veya başkalarının hukuki anlamda korunması olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸ Buna göre TMK'nın 407. maddesinin 1. fıkrasındaki; "*Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır.*" hükmü ile vesayet makamının takdiri olmaksızın kısıtlama kararı veriliyordu. Ancak 02.03.2024 tarih 7499 sayılı Kanun ile TMK'nın 407. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin⁶⁹ kişinin kendi isteği üzerine kısıtlanacağı ya da kayyım atanacağı düzenlenmiştir. Buna karşın toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla infaz kurumunda bulunan ergin kişinin isteği olmasa bile kişinin veya malvarlığını korunması bakımından gerekli görülmesi halinde kısıtlanabilecektir. Kişinin kısıtlanabilmesi için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi ve infazına başlanılmış olması gerekir.⁷⁰ Hükümlünün kısıtlanması kararının sona ermesi ise TMK'nın 471. maddesine göre olacaktır. Buna göre, hapis hali hukuka uygun bir şekilde sona erer ise vesayet hali kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Ayrıca hapis cezası toplam beş yıldan az ise kişinin istemi ile ya da toplam beş ve daha fazla yıldan hapis cezasına bağlı kısıtlama kararı var ise kişinin talebi üzerine kişiliğinin veya malvarlığının korunma sebebin ortadan kalkması ile sona erecektir.

V. TANIKLIĞA ETKİSİ

İftira mahkûmiyetinin meri hukukta tanıklığa olan etkisinin incelenmeden önce mukayeseli hukuk babında İslam hukukunda ele alınışın değerlendirilmesi

⁶⁷ Koca - Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 659.

⁶⁸ Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, Cilt: 3 (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2023), 431.

⁶⁹ "Ergin olmayan hükümlüler velayet ya da vesayet altında olmaya devam ederler, ayrıca vasi atanmaları gerekli değildir." Oktay Erdoğan, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 965.

⁷⁰ Ayşe Acar Umut, *Vesayet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 81.

yerinde bir yöntem olacaktır. İslam muhakeme hukukunda ilk dönemlerden bu yana en yaygın kullanılan ispat vasıtası tanıklık olmuştur.⁷¹ Bir kişinin hakkın ispatı amacıyla görerek bildiği, müşahede ettiği şeyi hâkim ve tarafların huzurunda şehadet lafzıyla ifade etmesi olarak tanımlanan tanıklık⁷² müessesine İslam hukukunda hassasiyetle yaklaşmıştır. Özellikle tanıklıkla ilgili aranan şartların sayısı ve içeriği, bunların belirlenmesine ilişkin izlenmesi gereken süreç bu durumu ortaya koymaktadır.⁷³ Kişinin tanık olabilmesi için akıl-temyiz gücüne sahip olma, görme ve doğrudan müşahade etme gibi tahammül şartları olması gerekir.⁷⁴ Ayrıca tanıklık görevini yerine getirebilmesi için akıl-temyiz gücü olması, buluğa ermesi, adaletli olması, dava konusu hadiseyi eda vaktinde biliyor olması, konuşabilme ve görme kabiliyetinin olması, davada menfaati bulunmaması ve kazif⁷⁵ suçundan hüküm giymemiş olması gibi eda şartlarına da sahip olması gerekir.⁷⁶ Buna göre kişinin kazif suçundan mahkûm olması tanık olabilmesi hakkını ortadan kaldırmaktadır.⁷⁷ Güvenlik tedbiri niteliğindeki bu

⁷¹ H. Yunus Apaydın, "Şahit," Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt: 38 (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2010), 279.

⁷² İbrahim Halebi, *İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi*, çeviren: Mustafa Uysal (Konya: Kanaat Matbaası, 1970), 3/235.

⁷³ Hasan Doğan, "İslam Muhakeme Hukukunda Ta'dil ve Tezkiye," *İslam Araştırmaları Dergisi* 29 (2017): 19.

⁷⁴ Sahip Beroje, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku* (Ankara: Fecr Yayınları, 2007), 199-200.

⁷⁵ Yaşar Yiğit, "İnsanlık Onur ve Şerefine Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi," *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 1 (2003): 109; "Had suçların arasında sayılan kazif suçu; "Ceza ehliyeti olan bir kişinin muhsan (iffetli) bir kimseye, onun iffetini zedeleyecek veya onun nesebini reddedecek nitelikte sözlü olarak zina ya da zinaya delalet edecek kelimeleri isnat etmesi" şeklinde tanımlanmaktadır."

⁷⁶ Abdülaziz Bayındır, *İslâm Muhakâme Hukuku* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015), 173-177.

⁷⁷ Mustafa Avcı, "Mecelle'ye Göre Dostluk ve Düşmanlığın Tanıklığa Etkisi," *Akademik İslam Araştırmaları Dergisi* 6 (2019): 174.

yaptırım⁷⁸ ile kazif suçundan hüküm giymiş kişinin tanıklığının kabul edilmemesi işlediği suçun karşılığı olan had cezasının bir parçası olmasıdır.⁷⁹

İslam hukukunda ayrıca tanıkların adaletli olup olmadıkları hususuna da hassasiyetle yaklaşmış ve tanıklar bir nevi güvenilirlik soruşturmasına tabi tutularak, adaletli ve güvenilir kimse olup olmadıkları hâkim tarafından “tezkiye” adı verilen bir işlem ile araştırılmıştır.⁸⁰ Bilhassa kısas ve had suçlarının görüldüğü yargılamalarda, tanığın “adil olarak bilinmesi ve bunun aksinin sabit olmaması” manasındaki görünüşte adalet ile yetinilmemiştir.⁸¹ Tanıklık müessesini ciddi bir mesele olarak ele alan İslam hukukuna göre mağdurun ihbar veya şikâyette bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, hâkim tarafından tanığın güvenilir kimselerden olup olmadığını araştırma mecburiyeti getirilmiştir.⁸² Tezkiye işlemi ya hâkim tarafından bizzat ya da müzekki adı verilen görevliler vasıtasıyla yaptırılmıştır. Araştırma ile tanıklar hakkında tanıklık yapmasına engel bir durumun olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Araştırma neticesinde tanıkların doğru sözlü, güvenilir kimse olduğuna dair olumlu görüş bildirmesine ta’dil olumsuz görüş bildirmesine ise cerh denilmiştir.⁸³ Meşruiyet zeminini Bakara suresi 40. Maide suresi 106. ve Talâk suresi 2. ayetlerinden alan ve⁸⁴ muhakeme sürecinde tanıklara ihtiyaç duyulması ile Hz. Peygamber (SAV) döneminden sonra kurumsallaşan tezkiye müessesesi⁸⁵ Osmanlı döneminde de

⁷⁸ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Konya: Mimoza Yayınları, 2014), 297.

⁷⁹ Abdülğani el-Guneymî el-Meydânî, *Açıklamalı El-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâp*, çeviren: Okan Kadir Yılmaz (İstanbul: Yasin Yayınevi), 2/ 501-502.

⁸⁰ Tuncay Başoğlu, “Tezkiye,” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt: 41 (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2012), 77; Fahrettin Atar, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2013), 179.

⁸¹ Avcı, “Mecelle’ye Göre Dostluk ve Düşmanlığın Tanıklığa Etkisi,” 175.

⁸² Celal Erbay, *İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1999), 79-80.

⁸³ Doğan, “İslam Muhakeme Hukukunda Ta’dil ve Tezkiye,” 14.

⁸⁴ Doğan, “İslam Muhakeme Hukukunda Ta’dil ve Tezkiye,” 14.

⁸⁵ Nihat Dalgın, “Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuk,” *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16 (2004): 93.

uygulanmaya devam edilmiştir.⁸⁶ Ancak günümüz ceza muhakemesinde tanığın güvenilirliğinden ziyade tanığın beyanlarının gerçekliği ve güvenilirliği ön planda tutulmaktadır. Bu sebeple tanığın daha öncesinde yalan tanıklık ya da iftira suçundan mahkûm olup olmadığı araştırılmamaktadır. Kaldı ki yalan tanıklık⁸⁷ ya da iftira suçundan mahkûm olanların tanıklık yapamayacaklarına dair hukuki bir engel de bulunmamaktadır.⁸⁸ Ancak CMK'nın 58. maddesindeki; *“Gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara,*

⁸⁶ Tanzimat döneminde tezkiyeye ilişkin mevcut hükümler hakkında detaylı bilgi için bakınız; Melikşah Aydın, “Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler,” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2021): 208-213; İstanbul Mahkemesi 1/24 numaralı sicil, 142; “Davutpaşa kurbunda Bâyezid-i Cedîd Mahallesi'nde sâkin, zuâmadan (büyük tımar sahiplerinden) Mültezim Ahmed Ağa b. Abdullah, meclis-i şer-i şerife ihzar ettirdiği konşusu sipahi el-Hâc Mustafa b. Ahmed mahzarında, “mezbur Mustafa, bir gece mukaddem kubbey-i işâda menzili kapusu önünde bana bi'l-müvacehe kâfir ve kızılbaş ve zâni ve avret kapatırsın deyu şetm ve kazf idüp ve bana er lahik olmağla muceb-i şer'isin taleb iderim.” deyu ba'de'd-da'vâ ve'l-inkâr müddei-i mezb'ur, müddeasına, mahalle-i mezbûrede sakin el-Hâc Bekir b. Ahmed ve Ahmed b. Mehmed nâm kimesneleri ikâme, anlar dahî edâ-yı şehadet itmeleriyle mahallerinde tezkiye için kibel-i şer'-i şeriften Muhamed Emin Efendi irsâl ol dahi mahalle-i mezbûreye varıp tezkiye itdik de yigirmitokuz nefer mazbu-tü'l-esâmî müslimîn, şahidân-i mezbûrânın kizb ile ma'ruf olmayub udulden olduklarını ihbâr itmeleriyle şehadetleri şer'an makbule olduktan sonra mahalle-i mezbûre ahalisinden İmam Süleyman Efendi ve Kasabilyas vaizi Şeyh Hasan Efendi ve Nailpaşa Camii vaizi diğer eş-Şeyh Hasan ve Bâyezîd-i Cedîd Camii Hatibi es-Seyyid Abdurrahman Efendi ve el-Hâc Ahmed ve el-Hâc Süleyman ve el-Hâc İbrahim ve yemişçi es-Seyyid Musa ve sipahi el-Hâc Ömer bür Ahmed Ağa için muhsan ve zinadan afif olduğunu alâ tarîkî's-şehada haber vermeleriyle mucibiyle mezbûr Sipahi el-Hâc Mustaf'ya mezbûr Ahmed Ağa'nın talebiyle şer'an hadd-i kazf olan seksen değenek darbı lazım geldiği huzur-ı âlîlerine i'lâm olundu. Fi 24 Rebiülevvel 1180,” belgeye göre tespit edilen husus; “buldukları yerde tezkiye için mahkeme tarafından Muhammed Emin Efendi gönderilmiş, o da o mahalleye gidip tezkiye ettiğinde isimleri zabıt altına alınmış yirmidokuz Müslüman, o iki şahidin yalancılıklarının bilinmediğinden güvenilir olduklarını bildirmiştir.” Abdülaziz Bayındır, *Örneklerle Osmanlıda Ceza Yargılaması* (Ankara: Semih Ofset, 2002), 137.

⁸⁷ Muhammed Demirel, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Sühelerin Tanık Olamayacakları Sorunu,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2022): 8.

⁸⁸ Akif Yıldırım, *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 46.

özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir." hükmü gereğince tanığın güvenirliliğinin hâkim ya da mahkemece araştırılmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır. Adli sicil kaydında yapılan araştırma ile tanığın iftira suçundan mahkûmiyetinin tespit edilmesi halinde hâkim CMK'nın 217/1. maddesindeki; "...bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir." hükmü uyarınca maddi gerçeğe ulaşmak yönünden delil serbestliği ilkesine göre hareket etmelidir.⁸⁹ Bu noktada delil serbestliği ilkesinin anlamı; hâkimin delilleri değerlendirirken belirli bir kurala bağlı kalmaması, delilleri değerlendirmede özgür olması ve vicdani yaklaşımla şüphenin ortadan kalkıp kalkmayacağına karar vermesidir.⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesin'deki hakların etkili bir biçimde korunması için davaya bakan mahkemelerin tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi olduğu belirtilmiştir.⁹¹

Ceza muhakemesinde hâkimin vicdani kanaati bakımından çoğu zaman belirleyici unsur olan tanık beyanı,⁹² doğruluğu birçok etkene bağlı olduğundan dolayı tehlikeli bir delildir.⁹³ Bu sebeple maddi gerçeğe ulaşılırken hükme esas delil olarak alınan, iftira suçundan mahkûmiyet hükmü bulunan tanığın beyanına ihtiyatla yaklaşılmaması gerekir. Özellikle iftira suçunu meslek edinenler ya da itiyadi suçlu⁹⁴ olanların tanıklık beyanlarını Anayasa'nın 141/3. ve CMK'nın 34/1. maddesi uyarınca gerekçesi de açıklanmak suretiyle hükme esas alınmaması gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık adli sicil kaydında iftira suçundan mahkûmiyet hükmünün varlığı tespit edilemeyen tanıklar açısından ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Gerek tarafların itirazı gerekse de mahkemenin

⁸⁹ Doğan Gedik, "Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 21, no. özel sayı., (2019): 945.

⁹⁰ Erdal Yerdelen, *Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 212.

⁹¹ *Dulaurans v France* App no 34553/97 (ECHR, 21 March 2000) § 33, aktaran; Akif Yıldırım ve Ayhan Kılıç, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 9, no. 2 (2021): 375.

⁹² Can Canpolat, "Adli Psikoloji Nazarında Ceza Muhakemesinde Gerçeğe Aykırı Tanık Beyanı," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (2021): 274.

⁹³ Abdullah Pulat Gözübüyük, "Adli Psikoloji Yönünden Tanık," *Adalet Dergisi* 39, no. 5 (1948): 545.

⁹⁴ Suçu meslek edinen kişi ile itiyadi suçlu hakkında detaylı bilgi için bakınız; Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*, 315-316.

şüphe duyması halinde re'sen harekete geçerek bilhassa hükme esas delil olarak kabul edilecek olan tanık beyanı hakkında güvenilirlik soruşturması yapılması gerekir. Zira tanığın daha önce haksız isnatlarda bulunması konusunda mahkûmiyetle neticelenmeyen davranışları olabilir. Bu durumun mahkemece tespit edilmesi halinde, gerekçesi izah edilerek, vicdani kanaat ilkesi uyarınca tanık beyanı hükme esas alınırken ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Aksi takdirde tarafların haksızlığa uğramasının ve hatalı hüküm sebebiyle toplum vicdanında adalet duygusunun zedelenmesinin kaçınılmaz olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

İftira suçu kadim zamanlardan bu yana yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu anlamda meri mevzuatımız gereği TCK'nın 267. maddesinde iftira eylemi suç olarak kabul edilmiş ve yaptırım altına alınmıştır. Çalışmamız kapsamında masum bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesi ve bu isnadın iftira niteliğinde olduğunun ispatlanması ile ortaya çıkan durumlar kısaca izah edilmeye çalışılmıştır. Zira iftira suçundan kaynaklı alınan bir mahkûmiyet hükmünün mağdur ve müfteri açısından etkisinin olması kaçınılmazdır.

Kanun koyucu TCK'nın genel hükümler kısmında suç karşılığında uygulanan yaptırımların ceza ve güvenlik tedbirleri olduğu kabul etmiştir. Ancak genel hükümler kısmında yer almayan ayrık bir düzenleme ile basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçuna ilişkin hükmün ilanı müessesesi getirilmiştir. Kanaatimizce şerefe yönelik bir ceza olan hükmün ilanı müessesesi modern ceza hukuk sisteminde görülmek istenmeyen bir ceza biçimidir. Kaldı ki teşhir cezası niteliğinde olan hükmün ilanın müessesesinin yalnızca iftira suçu açısından ele alınması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Kanun koyucu tarafından CMK'nın 143/3. fıkrasındaki düzenleme gereği iftira neticesinde mağdur, gözaltına alınma veya tutuklama koruma tedbirine maruz kalırsa ortaya çıkan zararın tazmini halinde bu müfteriye rücu edileceği belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu tarafından gerekçede herhangi bir izahta bulunmadan koruma tedbirlerinden sadece gözaltına alınma ve tutuklamayı ele alıp diğer tedbirler açısından bir düzenleme yapmaması bu anlamda bir eksikliklerdir.

Türk Ceza Kanunu'nu basın ve yayın yoluyla iftira suçunun işlenmesi durumuna has olan hükmün ilanı müessesesi dışında müfteri hakkında iftira suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmasının etkisine yönelik doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak hem adliyenin hem de bireyin hakkının etkilendiği bir suç tipi olan iftira suçunun mahkûmiyetinin etkisinin olmaması mümkün değildir. Zira gerçek dışı hukuku aykırı fiil isnadı ile adliye hizmetleri gereksiz yere uğraştırılmakla birlikte ayrıca bireyin hayatı açısından son derece ağır sonuçlara maruz kalmasına da yol açmaktadır. Bu sebeple iftira suçundan mahkûmiyet hükmü alan bir kimsenin ister istemez hayatına etkisi bulunmalıdır. Bilhassa iftira mahkûmiyetinin tanıklık müessesesi için önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira ceza muhakemesi hukukunun temel delillerinde biri olan tanığın bilgilerinin güvenilir olmasına titizlikle yaklaşıırken beyanı ile muhakemeyi esaslı şekilde değiştirecek olan tanığın güvenilir olması yeteri kadar değerlendirilmemektedir. Hukuk tarihimize döndüğümüzde tanığın güvenilir olup olmadığı hususu çok değerli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tanığın güvenilir olup olmadığının araştırılması için "tezkiye" kurumu kurulmuş ve bunun için özel görevliler belirlenmiştir. Mahkeme hâkimi, önemli suç tipleri açısından bir tanığın beyanı hükme esas almadan önce muhakkak tanığı tezkiye ettirerek güvenilir kimselerden olup olmadığını araştırmıştır. Tezkiye müessesesi sadece maddi gerçeğe ulaşmasındaki önemi ile birlikte hâkimin adaletin doğru tecelli edilmesi arzusunu ortaya koyması açısından da değerli bir kurumdur. Bu sebeple hukukumuzda böyle bir kurum namevcut olsa da mahkeme hâkimi tanığın adli sicil kaydında yapacağı sorgulama ile ya da kolluk marifetiyle yapacağı araştırma ile bu durumu ortaya koyması halinde tanığın güvenilir olup olmadığını denetlemesi gerekir. Bilhassa iftira suçunu meslek edinmiş ya da itiyadi suçlu sıfatının bulunması halinde tanıklık beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Abdülğani el-Guneymî el-Meydânî. *Açıklamalı El-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâp*. Cilt 2, Çeviren: Okan Kadir Yılmaz, Yasin Yayınevi, İstanbul.
- Acar Umur, Ayşe. *Vesayet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013.
- Algül, Hüseyin. "İslam Tarihinden Örneklerle İftira Olayına Tahlili Bir Bakış." *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9, no. 9 (2000): 131-141.
- Apaydın, H. Yunus. "Şahit." *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt: 38, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2010.
- Artuk, Mehmet Emin. "Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi." *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2007): 61-77.
- Aşkın, Uğur. "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, no. 2 (2018): 23-48.
- Avcı, Mustafa. "Mecelle'ye Göre Dostluk ve Düşmanlığın Tanıklığa Etkisi." *Akademik İslam Araştırmaları Dergisi* 6 (2019): 169-190.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Konya: Mimoza Yayınları, 2014.
- Aydın, Melikşah. "Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2021): 206-217.
- Ayhan, Gülsün ve Aygörmez Uğurlubay. "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. özel sayı (2014): 3999-4044.
- Başoğlu, Tuncay. "Tezkiye." *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt: 41, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2012.
- Bayraktar, Köksal, Vesile Sonay Evik, Zeynep T. Kangal, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Hamide Zafer, Ali Hakan Evik, Eylem Aksoy Retornaz, Pınar Memiş Kartal, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Sinan Altunç, Fulya Eroğlu ve Asuman Aytekin İnceoğlu. *Özel Ceza Hukuku (Adliye Karşı Suçlar)*, Cilt: 10, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Bayındır, Abdülaziz. *İslâm Muhakâme Hukûku*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015.
- Beroje, Sahip, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku*. Ankara: Fecr Yayınları, 2007.
- Canpolat, Can. "Adli Psikoloji Nazarında Ceza Muhakemesinde Gerçeğe Aykırı Tanık Beyanı." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (2021): 267- 313.
- Canoğlu, Veysel Candan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları (Haksız Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Arama ve El Koyma)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Çağlayan, M. Muhtar. *Türk Ceza Kanunu*. Cilt 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 1986.
- Dalgın, Nihat. "Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku." *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16 (2004): 111-118.
- Demirel, Muhammed. "Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Sühjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2022): 1-35.
- Doğan, Hasan. "İslam Muhakeme Hukukunda Ta'dil ve Tezkiye." *İslam Araştırmaları Dergisi* 29 (2017): 9-20.
- Dural, Mustafa, Tufan Oğuz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, Cilt 3, 2023.
- Epözdemir, Rezan. "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat." *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 135 (2017): 14-28.
- Erbay, Celal. *İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1999.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Bahri Öztürk. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Erdoğan, Oktay. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Erem, Faruk. "Memnu Hakların İadesi." *Adalet Dergisi* 6 (1948): 621-649.
- Hakeri, Hakan. *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Halebi, İbrahim, *İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi*. Cilt 3, Çeviren: Mustafa Uysal, Konya: Kanaat Matbaası, 1970.

- Gedik, Doğan. "Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (Cmk m. 217)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan* 21, no. özel sayı, (2019): 913-963.
- Gölcüklü, Feyyaz. "Radyo-Televizyonda Düzeltme ve Cevap Hakkı." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 20, no. 4 (1965): 125-143.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. "Adli Psikoloji Yönünden Tanık." *Adalet Dergisi* 39, no. 5 (1948): 545-547.
- Günay, Erhan. *Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Maraş Çankaya, Bilginur ve Zehra Durkun. "Disiplin Hukuku Açısından Yüz Kızartıcı ve Utanç Verici Hareketler." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2023): 583-597.
- Narter, Sami. *Uygulamada Manevi Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Karahasan, Mehmet. "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 1 (2009).
- Kazan Nas, Şevkiye ve Hatice Köşger. "Dil Yarası, Yüz Karası: Klasik Türk Şiirinde İftira." *Littera Turca Juornal of Turkish Language and Literature* 7, no. 4 (2021): 1376-1402.
- Kılınc, Ahmet. "Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi Açısından Yaptırım Türü Olarak Teşhir." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2007): 1007-1032.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Köroğlu, Saim. *Ceza Muhakemesinde Yargılama Giderleri (Vekâlet - Muhakeme Masrafları-Harçlar)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kurt, Derya Hilal. "İftira Suçu." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Malkoç, İsmail. "Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı." *Türkiye Barolar Birliği Yayınları* 4 (1989): 583-597.
- Memiş Kartal, Pınar. *Türk Ceza Hukuku'nda İftira Suçu*. İstanbul: Der Yayınları, 2021.

- Özalp, Nabi. "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 145 (2019): 81-158.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özefe, Mehmet. *Memnu Hakların İadesi Adli Sicilden Silinme ve Memur Olmaya Etkileri*. Bursa: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1996.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, 2023.
- Özkavalcı, Nimet. *İnfaz Hâkimliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok. *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özyüksel, Özgün. "Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' Kurumunu Düzenleyen Hükümlerine İlişkin Bazı Tartışmalı Noktalar." *Başkent Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2020): 301-326.
- Taneri, Gökhan. "İftira Suçu." *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 156 (2019): 1578-1604.
- Tatar, Erol. "Yasalarımızda Tekzip (Düzeltilme ve Cevap) Hakkı ve Uygulaması." *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2008): 97-109.
- Turabi, Selami. "Hukukumuzda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı." *Ceza Hukuku Dergisi* 7, no. 19 (2012): 153-172.
- Turhan, Faruk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006.
- Turhan, Faruk. "Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme." *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2007): 171-196.
- Şahin, Ragıp. *Teori ve Uygulamalı Koruma Nedeniyle Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Ünver, Yener. *Tck'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, Cilt 3 2023.
- Yargun, Uğur. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhuğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yerdelen, Erdal. *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yerdelen, Erdal. *Cezanın Belirlenmesi (Tük-Alman Uygulaması)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Yerdelen, Erdal. *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*. Ankara: Adil Yayınevi, 2006.
- Yerdelen, Erdal. *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yıldırım, Akif. *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yıldırım, Akif ve Ayhan Kılıç. "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 9, no. 2 (2021): 341-411.
- Yiğit, Yaşar. "İnsanlık Onur ve Şerefının Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi." *Marife Dini Araştırmalar Dergisi*, 1 (2003): 107-117.
- Zafer, Hamide. "Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2010): 77-99.
- Etimoloji Türkiye. "İftira." Erişim tarihi Nisan 21 2024. <https://www.etimolojiturkce.com/arama/iftira>.
- Sözlük. "İftira." Erişim tarihi Nisan 21 2024. <https://sozluk.gov.tr/>.

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA KEYFİ VEYA AYRIMCI TEDBİRLERE KARŞI KORUMA

Protection Against Arbitrary or Discriminatory Measures in International Investment Law

Selcen Nur KIŞLA*

Öz

Keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma, uluslararası yatırım andlaşmalarında kendisine yer verilen yabancı yatırımların korunmasına yönelik bir kayıttır. Kayıt, yatırımın yapıldığı devlete, yabancı yatırımlara karşı keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme yükümlülüğü getirir. Uluslararası yatırım tahkiminde bazen diğer yatırımların korunması standartlarının gölgesinde kalsa da aslında yatırım andlaşmalarında sıkça düzenlenen, bağımsız bir standarttır. Bu makalede öncelikle keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydının uluslararası yatırım andlaşmalarında kaleme alınışı, unsurları ve tarihi gelişimi ele alınmıştır. Sonrasında ise iki unsuru olan “keyfilik” ile “ayrımcılık” kavramlarının anlam ve kapsamı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Yatırım Hukuku, Uluslararası Yatırım Andlaşmaları, Keyfilik, Ayrımcılık, Keyfi veya Ayrımcı Tedbirlere Karşı Koruma

* Dr. Öğretim Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, selcenkisla@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5659-0789.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 25.10.2024.

Atıf/Citation: Kışla, Selcen Nur. “Uluslararası Yatırım Hukukunda Keyfi Veya Ayrımcı Tedbirlere Karşı Koruma.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1846-1889.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

Abstract

Protection against arbitrary or discriminatory measures is a clause for the protection of foreign investments that is included in international investment agreements. The clause imposes an obligation on the state where the investment is made not to harm foreign investments by arbitrary or discriminatory measures. Although it is sometimes overshadowed by other investment protection standards in international investment arbitration, it is actually an independent standard that is frequently regulated in investment agreements. In this article, firstly, the drafting of the protection against arbitrary or discriminatory measures in international investment agreements, its elements and its historical development are discussed. After that, the meaning and scope of the concepts of "arbitrariness" and "discrimination", which are two elements, were examined.

Keywords: International Investment Law, International Investment Treaties, Arbitrariness, Discrimination, Protection Against Arbitrary or Discriminatory Measures

GİRİŞ

Keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydı, uluslararası yatırım anlaşmalarında sıkça yer almakla beraber diğer yabancı yatırımların korunmasına ilişkin standartlara kıyasla akademik çalışmalarda kendine yeterli yeri edinememiştir. Aynı zamanda, uluslararası yatırım tahkiminde, kaydın kapsamının belirlenmesine yönelik ayrıntılı değerlendirmeler içeren yargı kararları da sınırlı sayıdaadır.

En kısa haliyle ayrımcılık yasağı ilkesi veya zarar vermeme kaydı olarak da anılabilen standart; yatırım anlaşmalarında bağımsız bir hüküm olarak yer aldığı gibi adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, tam koruma ve güvenlik ilkesi, ulusal muamele ilkesi, en çok gözetilen ulus kaydı gibi diğer yatırımların korunmasına ilişkin standartlarla beraber aynı madde veya fıkra içerisinde de düzenlenebilmektedir. Kaydın diğer standartlarla beraber düzenlenmesi veya bazı açılardan ortak unsurlar taşıması nedeniyle bazen yatırım tahkiminde diğer standartların bir unsuru olarak ele alınmakta ve gölgede kalabilmektedir. Ancak, keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydı, yatırım anlaşmalarında sıkça düzenlenen; kapsamı ve uygulanma şartları itibariyle bağımsız bir standarttır.

Kayıt, genel bir ayrımcılık yasağı getirmesi itibariyle vatandaşlık temelli ayırım gözetmeme ilkelerinden olan ulusal muamele ilkesi ile en çok gözetilen ulus kaydından farklı olduğu gibi hukuki niteliği itibariyle uluslararası asgari muamele ilkesi, tam koruma ve güvenlik ilkesi ya da adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinden de farklıdır.

Kaydın uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenleniş tarzında birtakım farklılıklara rastlanmakla birlikte en sıkça karşılaşılan hali “yatırımlara keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar verilmemesi” şeklindedir. Çalışmada, keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydı; uluslararası yatırım andlaşmalarında düzenleniş, tarihi gelişimi, hukuki niteliği, unsurlarıyla kaydın iki kanadını teşkil eden “keyfilik” ile “ayrımcılık” kavramlarının anlamları ve kapsamı çerçevesinde incelenmiştir. Kaydın kapsamının aydınlatılması hususunda uluslararası yatırım tahkimi kararlarından istifade edilmiştir. Çünkü, kaydın uluslararası yatırım andlaşmalarında ekseriyetle tanımlanmadan kaleme alınmış olması ve belirsiz olması, kapsamının tayini noktasında uluslararası yatırım tahkimi kararlarını incelemeyi zaruri kılmaktadır.

I. KAYDIN ULUSLARARASI YATIRIM ANDLAŞMALARINDA DÜZENLENİŞİ VE KAYDA GENEL BAKIŞ

Keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydı, büyük çoğunluğunu iki taraflı yatırım andlaşmalarının oluşturduğu uluslararası yatırım andlaşmalarının hemen hemen hepsinde kendisine yer verilen; yatırımın yapıldığı ev sahibi devlete karşı yabancı yatırımcıları korumaya yönelik bir koruma standardıdır. Fakat, andlaşmalarda tekdüze bir şekilde kaleme alınmamaktır. Hatta kaydı oluşturan iki temel kavram olan “keyfi” ve “ayrımcı” kelimeleri dahi andlaşmadan andlaşmaya farklılaşabilmektedir. Yine de en sık ifade edilmiş tarzı “yatırımlara keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme” şeklindedir.¹ “Keyfi” ile “ayrımcı”

¹ Bkz. 1991 tarihli Arjantin-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Argentina-United States of America BIT (1991)), erişim tarihi, Temmuz 4, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. II/2(b).

kavramları birbirinden “veya” bağlacı ile ayrılmaktadır. Çok sınırlı sayıda yatırım andlaşmasında “ve” bağlacının tercih edildiği görülür.²

Kayıtta geçen “veya” bağlacı, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya karşı keyfi ya da ayrımcı tedbirlerden herhangi birinde bulunması halinde sorumluluğunun doğması için yeterli olup tedbirin hem keyfi hem de ayrımcı olması şartlarının beraber gerçekleşmesinin gerekmediğine işaret eder. Doktrinde ilgili konuda ekseriyetle aynı anlayış savunulmaktadır.³ Yatırımcının, uluslararası yatırım andlaşması ile tanınmış haklarının ihlaline karşı ev sahibi devlete karşı dava açması imkanını veren uluslararası yatırım tahkimi sistemine baktığımızda, tahkim kararlarının genelindeki yaklaşım da davacının herhangi birini ispatlamasını yeterli görür şeklindedir. Örneğin *Azurix* davasında mahkeme, tedbir kavramının keyfi veya ayrımcı kavramları ile nitelenmesinden, bir tedbirin sadece keyfi olmasını dava konusu yatırım andlaşmasının ihlali için yeterli görmüştür.⁴

² Örn. bkz. 1990 tarihli Tunus-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Tunisia-United States of America BIT (1990)), erişim tarihi, Temmuz 2, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. II/3; 1991 tarihli Çek Cumhuriyeti-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Czech Republic - United States of America BIT (1991)), erişim tarihi, Temmuz 2, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. II/2(b).

³ Örn. bkz. Andrew Newcombe ve Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment* (Kluwer Law International, 2009), 300; Veijo Heiskanen, “Arbitrary and Unreasonable Measures,” iç. *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford: Oxford University Press, 2008), 87.

⁴ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), erişim tarihi, Temmuz 6, 2024. <https://www.italaw.com/cases/118>, para. 391. Ayrıca bkz. *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award (1 January 2009), erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1022>, para. 459; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability (14 January 2010), erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/614>, para. 260; *Dan Cake S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/9, Decision on Jurisdiction and Liability (24 August 2015), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1937>, para. 156. Fakat, uyuşmazlık konusu BIT’te “veya” bağlacı kullanılmasına rağmen “ve” bağlacı kullanıldığından bahisle iki şartın varlığını birlikte arayan bir örnek için bkz. *Ronald S. Lauder v. Czech Republic (Lauder)*, UNCITRAL Final Award (3 September 2001), erişim tarihi, Haziran

Yatırım andlaşmalarında⁵ kaydın ekseriyetle düzenlendiği şekli ile yani; “keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme” şeklindeki genel tercihin dışında bazı andlaşmalar, “keyfi” kelimesi yerine benzer anlamları taşıyan kavramları kullanır. Mesela, 1992 tarihli Hollanda-Arjantin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşmasında⁶ (BIT)⁷ ve Enerji Şartı’nda⁸ olduğu gibi “*makul olmayan*” veya ¹⁹⁶⁵ tarihli BLEU-Fas BIT’teki⁹ gibi “*gerekçesiz*” kavramı kullanılabilir. Kısacası, kayıtlarda “ayrımcı” kısmı ekseriyetle aynı kalmakla birlikte “keyfi (*arbitrary*)” kavramı yerine zaman zaman “*gerekçesiz (unjustifiable)*” zaman zaman da “*makul olmayan (unreasonable)*” kavramları tercih edilebilmektedir. Bazı yazarlarca kayıt kısaca, ayrımcılık yasağı ilkesi¹⁰ olarak da anılabilmektedir.

Yatırım andlaşmalarında kavramın çeşitli tercihlere konu olmasının, kasti bir tercihi yansıtmadığı; kavramların birbirleri yerine geçecek şekilde kullanıldığı

21, 2024. <https://www.italaw.com/610>, para. 219. Lauder davasına konu olan ilgili yatırım andlaşması için bkz. 1991 tarihli Çek Cumhuriyeti-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması, m. II/b.

⁵ 2003 tarihli Almanya-Çin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2003), erişim tarihi, Temmuz 11, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m.2/3.

⁶ 1992 tarihli Hollanda-Arjantin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Argentina - Netherlands BIT (1992)), erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. 3/1.

⁷ Bundan sonra “*iki taraflı yatırım andlaşması*” ifadesi uluslararası yatırım hukukundaki yaygın kısaltma şekli olan “*BIT*” ifadesi ile anılacaktır.

⁸ Enerji Şartı Antlaşması, 1994 (*The Energy Charter Treaty*, 1994), m. 10/1. Şartın Türkçe metni için bkz. erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. [chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf](https://efaidnbnmnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf).

⁹ 1965 tarihli BLEU-Fas Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) Morocco BIT (1965)), erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. 1.

¹⁰ Örn. bkz. Rudolf Dolzer ve Margrete Stevens, *Bilateral Investments Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 62.

değerlendirmelerine konu olmaktadır.¹¹ Aynı anlayış tahkim kararlarına da yansımıştır. Mesela, *National Grid* kararında “makul olmayan” ve “keyfi” terimlerinin olağan anlamlarının, özünde bazı şeylerin mantıksız bir şekilde sebepsiz olarak yapılması bağlamında aynı olduğu vurgulanmıştır.¹² Aynı yaklaşıma *Plama ve AES* kararlarında rastlanmaktadır.¹³ *Teinver* kararında da “gerekçesiz” ve “keyfi” kavramlarının olağan anlamlarının çok benzer olduğuna değinilmiştir.¹⁴

Kaydın düzenlenişinde sıkça karşılaşılan diğer bir husus, 1981 tarihli İngiltere-Malezya BIT’te olduğu gibi yatırımlara ilişkin süreçleri detaylandırarak şekilde taraf devletlere; yatırımların yönetilmesine, sürdürülmesine, kullanımına, faydalanılmasına, veya tasfiyesinde vb. şeklinde, yatırımların çeşitli aşamalarına ilişkin yükümlülük yüklenmesidir.¹⁵ İlgili aşamalara dair tercihler andlaşmadan andlaşmaya değişiklik gösterebilmektedir.¹⁶ Bazı andlaşmalarda ise kayıt, çeşitli nitelemelere tabi tutulmaktadır. Mesela 1996 tarihli Ürdün-İtalya Arasındaki

¹¹ Örn. bkz. Christoph H. Schreuer, “Protection Against Arbitrary Or Discriminatory Measures,” iç. *The Future of Investment Arbitration*, ed. Catherine A. Rogers ve Roger P. Alford (Oxford: Oxford University Press, 2009), 183.

¹² *National Grid PLC v Argentine Republic*, UNCITRAL, Award (3 November 2008), erişim tarihi, Temmuz 4, 2024. <https://www.italaw.com/cases/732>, para. 197.

¹³ Bkz. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008), erişim tarihi, Mayıs 8, 2024. <https://www.italaw.com/cases/857>, para. 184; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23 September 2010), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/193>, para. 10.3.37.

¹⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award (21 July 2017), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1648>, para. 923.

¹⁵ 1981 tarihli İngiltere-Malezya Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (UK-Malaysia BIT (1981)), erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m.2/2.

¹⁶ Örneğin bkz. 1997 tarihli İtalya-Pakistan Arasındaki İki taraflı Yatırım Andlaşması (Italy-Pakistan BIT (1997)), erişim tarihi, Temmuz 8, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. 2/2; 2008 tarihli Avusturya Model İki taraflı Yatırım Andlaşması (Model Austrian Model BIT (2008)), m. 3/2.

BIT'te yatırımların "hiçbir surette" gerekçesiz veya ayrımcı tedbirlere konu edilmeyeceği düzenlenmiştir.¹⁷

Kaydın yararlanıcısı hem yatırım hem de yatırımcı olabilir.¹⁸ Kayıttan yararlanmak için yatırımcıdan, öncelikle yerel başvuru yollarını tüketmesi aranmamaktadır.¹⁹ Standart, keyfilik yasağı bağlamında "mutlak"; ayrımcılık yasağı bağlamında ise tam tersine, ulusal muamele ilkesi ve en çok gözetilen ulus kaydı gibi benzer durumdaki yerli veya yabancı yatırımcıya yapılan muamelenin seviyesine bağlı olması noktasında "göreceli" olarak nitelendirilmektedir.²⁰ Mutlak bir standartla göreceli bir standardın birleşmesi nedeniyle, karma standart olarak adlandırılabilir.²¹ Ayrımcılık yasağı yükümlülüğü, benzer yatırım ya da yatırımcıya karşı devlet tarafından yapılmış ilk muameleden farklı bir muamelenin yapılmasını kapsadığı için mahkemeler önünde ispatlanması daha zordur. Ayrımcılık yasağı, vatandaşlık temelli veya diğer unsurlar bağlamındaki ayrımcılıkların tümünü kapsar. Yani yatırımcı, benzer yerli ve yabancı yatırımcılara göre ev sahibi devletin kendisine ayrımcı tedbirde bulunduğunu iddia edebilecektir.²²

II. KAYDIN UNSURLARI

Mevcut uluslararası yatırım andlaşmalarının hükümlerinin uygulanması ve analiz edilmesi neticesinde, kaydın üç unsurunun bulunduğu tespit edilmiştir. Bunlar: İlk olarak bir tedbirin varlığı; ikincisi tedbirin korunan bir yatırımı

¹⁷ 1996 tarihli İtalya-Ürdün Arasındaki İki taraflı Yatırım Andlaşması (Italy - Jordan BIT (1996)), erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. 2/3.

¹⁸ Kenneth J. Vandeveld U.S. *International Investment Agreements* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 387.

¹⁹ Newcombe ve Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 301.

²⁰ Bkz. August Reinisch ve Christoph Schreuer, *International Protection of Investments: The Substantive Standards* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 817.

²¹ Alexandra Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment* (Wolters Kluwer, 2012), 449.

²² Vaughan Lowe, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. (Oxford: Oxford University Press, 2008), 186.

olumsuz bir şekilde etkilemesi veya zarar vermesi; sonuncusu ise tedbirin keyfi, ayrımcı veya makul olmamasıdır.²³ Burada, kaydın diğer koruma standartlarından farklarından biri “tedbir” kavramı noktasında cereyan eder. Doktrinde ve yatırım anlaşmalarında, diğerleri hakkında “muamele (*treatment*)” kavramı sıkça tercih edilirken kayıt hakkında sıkça “tedbir (*measure*)” kavramı kullanılır. Gerek muamele kavramı gerekse tedbir kavramı, uluslararası yatırım anlaşmalarında diğer yatırım hukukuna dair kavramlar gibi ekseriyetle tanımlanmamaktadır. Ancak istisnai örnekler de rastlanabilmektedir. Mesela 2012 tarihli Amerika Birleşik Devletleri model BIT’te tedbirin; kanunlar, düzenlemeler, prosedür, gereklilik ve uygulamaları içereceği ifade edilmiştir.²⁴

Uluslararası Adalet Divanı, *Fisheries Jurisdiction* kararında tedbir kavramı hakkında şu tanımlamada bulunmuştur: “*Kavram, olağan anlamıyla her türlü fiil, adım veya süreci kapsayacak kadar geniştir ve maddi içerik veya bu vasıta ile izlenen amaç üzerine belirli bir sınırlama getirmez.*” Bu manada, mahkemeye göre tedbirin düzenleyici bir nitelik taşıması şart değildir.²⁵ Tedbir kavramı esasen devlet organları tarafından icra edilen fiillere işaret eder. Buna devlet organlarının yapmaması gereken fiilleri de dahildir. Üçüncü şahıslar tarafından yapılan fiiller ancak bu tür kişilerden gelebilecek eylemlere karşı yatırımların devlet tarafından korunmaması halinde “tedbir” kavramının kapsamına dahil olur.²⁶

²³ Bkz. Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 273. Ayrıca bkz. Ursula Kriebaum, “Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures,” iç. *International Investment Law*, ed. Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch (Nomos/Hart Publishing, 2015), 791.

²⁴ Amerika Birleşik Devletleri Model İki tarafı Yatırım Anlaşması, 2012 (2012 US model BIT), erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. 1.

²⁵ Bkz. *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Judgment of 4 December 1998, erişim tarihi, Mayıs 8, 2024. <https://www.icj-cij.org/case/96#:~:text=In%20its%20Judgment%20of%204,and%20that%2C%20consequently%2C%20it%20was,para.66>.

²⁶ Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 273.

Kayıtta geçen “zarar vermeme” ifadesinden ve *Saluka* kararında kayıttan zarar vermeme yükümlülüğü olarak bahsedilmesinden²⁷ yola çıkarak bazı yazarlar, kayda “zarar vermeme standardı (*non-impairment standard*)” adını vermektedir.²⁸ *Saluka* kararında zarar, Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde geçen yorum kurallarındaki olağan anlamıyla, tedbirlerle neden olunan her türlü olumsuz etki anlamına gelir.²⁹ Yatırımın olumsuz bir şekilde etkilenmesi, çoğunlukla yatırımın finansal değerinde azalma suretinde vuku bulmaktadır.³⁰ Örneğin *Siag* kararında, makul olmayan veya ayrımcı tedbirler bağlamında yatırımın olumsuz etkilenmesi hususuna temas edilmiştir.³¹ Fakat yatırımcıya zarar vermekle birlikte meşru bir amaca hizmet eden tedbirler keyfilik oluşturmaz. Örneğin *Lauder* kararında iddia konusu tedbir, akla ya da olguya dayanmadığı ve yasaya aykırı olduğu ve ulusal tercihi yansıtması itibari ile keyfi bulunmuştur.³²

III. KAYDIN TARİHİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar verme yasağının geçmişi, yabancılara nasıl muamele edileceği ve korunacağı hakkında teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen uluslararası asgari muamele ilkesine kadar dayandırılmaktadır. Sonraki süreçte yavaş yavaş uluslararası andlaşmalarda kendine yer edinmeye başlamıştır. 1948 tarihli *Havana Şartının*, ekonomik kalkınmayı ve yeniden yapılanmayı teşvik etmenin araçları başlıklı 11. maddesinde, üye devletlerin kendi ülkelerinde diğer üye devletlerin vatandaşlarına karşı gerekçesiz ve makul

²⁷ *Saluka Investments BV v. Czech Republic PCA, UNCITRAL, Partial Award* (17 March 2006), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/961>, para. 457.

²⁸ Örn. bkz. Heiskanen, *Arbitrary and Unreasonable Measures*, 89. Ayrıca bkz. Diehl, *The Core Standard*, 449.

²⁹ *Saluka, Partial Award*, para. 458.

³⁰ Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 273.

³¹ *Waguih Elie George Siag, Award*, para. 458.

³² *Lauder, Award*, para. 232.

olmayan fiillerinin yasaklandığı görülür. Maddede kaydın diğer kanadı olan ayrımcılık yasağı ise düzenlenmemiştir.³³

1948 tarihli *Bogota Ekonomi Anlaşmasında* kayda bütünüyle yer verilmiştir. Buna göre madde 22'de hem gerekçesiz, makul olmayan hem de ayrımcı tedbirler yasaklanmıştır.³⁴ Sonrasında ise iki taraflı yatırım anlaşmalarının ortaya çıkmasından önceki süreçte, yatırıma ilişkin hükümler getiren iki taraflı dostluk, ticaret ve denizcilik anlaşmalarında rastlanmaya başlanmıştır. Örneğin 1962 tarihinde Amerika ve Lüksemburg arasında imzalanan bu nitelikteki anlaşmada, makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermemeye dair bir yükümlülük düzenlenmiştir.³⁵ Onun dışında, 1959 tarihli *Yurtdışı Yatırımlara İlişkin Abs-Shawcross Taslak Sözleşmesi*³⁶ ve Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (OECD) nezdinde hazırlanmış olan *OECD Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Taslak Sözleşmesi*³⁷ ile *OECD Çok Taraflı Yatırım Anlaşması Taslak Metninde*³⁸ makul

³³ Havana Şartı, 1948 (Havana Charter for an International Trade Organization, 1948), m. 11/1. Şartın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 26, 2024. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-1-b&chapter=10&clang=en.

³⁴ Bogota Ekonomi Anlaşması, 1948 (*Economic Agreement of Bogotá, 1948*), m. 22/3. Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 19, 2024. <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-43.html>.

³⁵ Amerika ve Lüksemburg arasında imzalanan Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Anlaşması, 1962 (*United States of America and Luxembourg Treaty of Friendship, Establishment and Navigation, 1962*), m. IV/2. Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 7, 2024. https://tcc.export.gov/trade_agreements/all_trade_agreements/exp_005857.asp.

³⁶ Abs-Shawcross Taslak Sözleşmesi, 1959 (Abs-Shawcross Draft Convention (Draft Convention on Investments Abroad, 1959)), m. 1. Taslak sözleşmenin İngilizce metni için bkz. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium, Volume V, United Nations 2000, UNCTAD/DITE/2(Vol.V)* erişim tarihi, Haziran 18, 2024. <https://unctad.org/publication/international-investment-instruments-compendium-volume-v>.

³⁷ OECD Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Taslak Sözleşmesi, 1967 (*OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 1967*), m.1. Anlaşma taslağının İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0084#mainText>.

³⁸ OECD Çok taraflı Yatırım Anlaşması Taslağı, 1998 (Multilateral Agreement on Investment Draft Consolidated Text), m. IV/1(2). Anlaşma taslağının İngilizce metni için bkz. erişim tarihi,

olmayan veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme şeklinde düzenlemeler öngörülmüştür. 1994 tarihli *Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasında (NAFTA)* kaydın düzenlenmediği görülmektedir.³⁹ *Enerji Şartında* ise makul olmayan ve ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme ifadesi ile düzenleme yer almıştır.⁴⁰

Keyfi veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme kaydının sadece geçmiş bağlamında değil hukuki nitelik itibarıyla de teamüli uluslararası asgari muamele ilkesinin kapsamına girdiğine dair doktrinde görüşler vardır. Fakat, modern yatırım anlaşmalarının çoğu halihazırda keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı ayrı bir garanti öngörür.⁴¹ Bilhassa, keyfilik kavramının kökleri, yatırım anlaşmalarından önceki zamanlara kadar uzanan uluslararası teamül hukukunda bulunsa bile; bu vakıa, anlaşma teriminin kapsamının mutlaka uluslararası teamül hukukundaki geleneksel anlamıyla sınırlı olduğu anlamına gelmez. Mevcut deliller, BIT'lerde ve diğer anlaşmalarda yer verilen kaydın, yatırım tahkimi uygulamasında dinamik bir evrim geçirdiğini göstermektedir.⁴²

Zarar vermeme kaydı hakkında bir diğer anlayış ise bazı tahkim mahkemeleri tarafından adil ve hakkaniyetli (eşit) muamele ilkesinin veya tam koruma ve güvenlik ilkesinin bir parçası olarak görülmesi yönündedir. Bu yorumun nedenlerinden birini bazen ilgili koruma standartlarının, zarar vermeme kaydı ile beraber aynı hükümde veya aynı hükmün aynı fıkrasında düzenlenmesinde aramak gerekir. Mesela 2008 tarihli Türkiye-Romanya Arasındaki BIT m. 2/2' de buna örnek olabilecek bir hüküm yer almaktadır: “...her bir akit tarafın yatırımcılarının yatırımları her zaman adil ve eşit muameleye tabi olacak ve diğer akit

Temmuz

14,

2024.

<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm/>.

³⁹ Amerika Serbest Ticaret Anlaşması, 1992 (*North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, 1992). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 13, 2024. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%2814%29.pdf>.

⁴⁰ Enerji Şartı Antlaşması, m. 10/1.

⁴¹ Kriebaum, “Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory,” 791.

⁴² Schreuer, *Protection Against Arbitrary*, 189; Reinisch ve Schreuer, *International Protection of Investments*, 844.

tarafın ülkesinde tam korumadan yararlanacaktır. Hiçbir akit taraf makul olmayan ya da ayrımcı tedbirlerle bu gibi yatırımların yönetimine, devamına, kullanımına, tasarrufuna, büyütülmesine veya elden çıkarılmasına hiçbir şekilde kısıtlama getiremez.”⁴³ Birden fazla koruma standardının aynı madde veya aynı fıkrada düzenlenmesi, bazı tahkim mahkemelerinin standartlar arasında ayırım yapmadan, bunları beraber ya da birbiri yerine geçecek şekilde değerlendirmesine neden olmaktadır. Örneğin, bu nitelikteki bir maddeyi barındıran yani; hem adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin hem de zarar vermeme kaydının aynı fıkrada düzenlendiği 1997 tarihli İtalya-Pakistan Arasındaki BIT’in ihlali iddiasına konu olan *Impregilo* kararında mahkeme, aralarında herhangi bir ayırım yapmadan iki kaydı beraber ele almıştır.⁴⁴

Zarar vermeme kaydının diğer standartların bir unsuru olarak görülmesinin nedenlerinden bir diğeri de *Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasında* (NAFTA) kaydın hiç düzenlenmemiş olmasıdır.⁴⁵ O nedenle NAFTA mahkemeleri keyfi veya ayrımcı tedbirleri sıklıkla adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi bağlamında değerlendirmiştir. Mesela *Mondev* tahkiminde mahkeme, öncelikle Uluslararası Adalet Divanı’nın *ELSI* kararında tanımladığı keyfi muamele kavramına atıf yapmış; nihayetindeyse ev sahibi devletin fiilinin keyfililiğini, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesine aykırılık kapsamında değerlendirmiştir.⁴⁶

⁴³ 2008 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Romanya Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, m. 2/2. Anlaşmanın Türkçe metnine ulaşmak için bkz. erişim tarihi, Haziran 13, 2024. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ticaret.gov.tr/data/5b8c002a13b87619c43c4314/Romanya.pdf](https://ticaret.gov.tr/data/5b8c002a13b87619c43c4314/Romanya.pdf).

⁴⁴ 1997 tarihli İtalya-Pakistan arasındaki İki Taraflı Yatırım Anlaşması’nı konu alan *Impregilo* kararı için bkz. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, (22 April 2005), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/556>, para. 264-270.

⁴⁵ Bkz. Reinisch ve Schreuer, *International Protection of Investments*, 846.

⁴⁶ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, (11 October 2002), erişim tarihi, Temmuz 3, 2024. <https://www.italaw.com/cases/715>, para. 127. Ayrıca bkz. *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award (30 April 2004), erişim tarihi, Temmuz 3, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1158>, para.

Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi, yatırım andlaşmalarının ekseriyetinde yer alır ve ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcılara adil ve hakkaniyetli muamele sağlanacağına dair bir teminat içerir. Fakat ilkenin açık manası hakkında uluslararası yatırım hukukunda tam bir uzlaşma yoktur. O nedenle uluslararası yatırım tahkiminde ilkenin içeriğine pek çok unsur dahil edilebilmektedir. Bunlar: Yatırımcının meşru beklentisi, şeffaflık ve istikrar, iyi niyet, keyfi ve/veya ayrımcı muamelede bulunmama, usule uygunluk, adaletten imtina vb. şeklindedir.⁴⁷

Benzer sorun yatırım andlaşmalarında yer verilen tam koruma ve güvenlik ilkesinin kapsamının belirlenmesi hususunda da yaşanmaktadır. İlkenin en temelinde kısaca, yabancı yatırımcıları ve yatırımlarını üçüncü kişilerden ve ev sahibi devletten gelebilecek fiziksel zararlara karşı koruma güvencesi yatar. Yani fiziki güvenliğin sağlanmasını amaçlar.⁴⁸ Tahkim kararları geleneksel olarak, tam koruma ve güvenlik ilkesini "koruma" ve "güvenlik" kelimelerinin olağan anlamına uygun olarak yatırıma yönelik fiziksel zararlara karşı uygulanacak şekilde yorumlamıştır.⁴⁹ Fakat ilerleyen süreçte bazı tahkim kararlarında, ilkenin öngördüğü korumanın kapsamına hukuki ve ticari koruma da dahil edilmeye başlanmıştır.⁵⁰

98; Eli Lilly and Company v. Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Award (16 March 2017), erişim tarihi, Temmuz 5, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1625>, para. 418.

⁴⁷ Adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi hakkında OECD tarafından hazırlanmış ayrıntılı bir çalışma için bkz. OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: OECD Working Papers on International Investment, 2004/03* (OECD Publishing, 2024).

⁴⁸ Örn. bkz. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (29 July 2008), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/942>, para. 668.

⁴⁹ Junngam, Nartnirun. "The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who Is Investment Fully [?] Protected and Secured From?," *American University Business Law Review* 7, No. 1, (2018): 61.

⁵⁰ Tam koruma ve güvenlik ilkesi hakkında Uluslararası Sürdürülebilir Kalkınma Enstitüsü nezdinde hazırlanmış ayrıntılı bir çalışma hakkında bkz. Mahnaz Malik, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*. The International Institute for Sustainable Development, 2011. erişim tarihi, Haziran 7, 2024. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.iisd.org/system/files/publications/full_protection.pdf.

Hukuki korumadan maksat, yatırımcıya istikrarlı hukuki bir çevre sağlanmasıdır. Diğer bir anlatımla, ev sahibi devletin yapacağı belirli büyüklükteki tek taraflı düzenleyici değişikliklerden yatırımcıların korkmasına gerek kalmayacak şekilde istikrarlı hukuki bir ortam temin etmektir.⁵¹ Fakat, hukuki istikrarın tam koruma ve güvenlik ilkesi kapsamında görülmesi, hukuki istikrarı sarsabilecek keyfi veya ayrımcı tedbirler noktasında standardın zarar vermeme kaydı ile ortak unsurlar taşımasına yol açabilir. Hatta, adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi kapsamında ele alınarak, tam koruma ve güvenlik ilkesinin de gölgede kalması kapısını aralayabilir.⁵² Nitekim buna dair örneklere rastlanmaktadır. Mesela *Noble Ventures* kararında mahkeme, hem keyfi ve ayrımcı tedbirlerin yasaklanmasını hem de tam koruma ve güvenlik sağlanmasını adil ve hakkaniyetli muamele ilkesinin özel uygulaması olarak nitelendirmiştir.⁵³

Uluslararası yatırım tahkiminde keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydının bazen diğer standartların gölgesinde kalacak şekilde yorumlanması veya hukuki niteliğinin başka ilkeler bağlamında değerlendirilmesine yönelik kimi eğilimlerin varlığına rağmen, bu tür yaklaşımlar doğru bir yöntem olarak görülemez. Çünkü, tahkim kararlarının büyük bir kısmında kayıt, ayrı bir standart

⁵¹ Ralph A. Lorz, "Protection and Security (Including the NAFTA Approach)," iç. *International Investment Law*, ed. Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch (Nomos/Hart Publishing, 2015), 783. Tam koruma ve güvenlik ilkesinin kapsamına hukuki korumayı da dahil eden bazı yatırım tahkimi kararları için bkz. *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/281>, para. 613; *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, Final Award (12 November 2010), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/517>, para. 273; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Award (29 December 2004), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/238>, para. 170.

⁵² Örn. *Occidental* kararına göre adil ve hakkaniyete uygun olmayan bir muamele, otomatik olarak yatırımın tam koruma ve güvenliğinin bulunmamasını da beraberinde getirir. Bkz. *Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration, Case No. UN 3467, Award (1 July 2004), erişim tarihi, Temmuz 16, 2024. <https://www.italaw.com/cases/767>, para. 187.

⁵³ *Noble Ventures, Inc. v Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005), erişim tarihi, Haziran 7, 2024. <https://www.italaw.com/cases/747>, para. 182.

olarak incelenmektedir.⁵⁴ Mesela *LG&E* kararında mahkeme iki standardı hem ayrı ayrı analize tabi tutmuş hem de ikisi arasındaki bağlantıyı dikkate almıştır. Mahkeme bir tedbirin ayrımcı olmamasının adil ve hakkaniyetli olarak varsayılacağı anlamına gelmediğini ifade etmiştir.⁵⁵ Aynı şekilde, yatırım andlaşmalarını kaleme alanların farklı ifadeler taşıyan ve fakat aynı anlama gelen birden fazla koruma standardını bir andlaşmada düzenlendiğini düşünmek yerinde olmayacaktır.⁵⁶

Diğer yandan, koruma standartlarının birbirinden ayrı ve bağımsız olarak yorumlanmaları, andlaşmaların yorumlanmasına dair ilkelerden biri olan “etkili yorum ilkesine” de uygun düşecektir. *Eureko* tahkiminin, başka bir hususun yorumlanması bağlamındaki beyanı, zarar vermeme standardının yorumlanması hakkında da iyi bir kılavuz olarak görülebilir. Çünkü mahkemenin ifadesiyle: “...*Bir andlaşmanın her bir maddesinin anlamsız değil, anlamlı olarak yorumlanması, andlaşmaların yorumlanmasının temel kuralıdır. Uluslararası hukuk içtihatlarında, özellikle de Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanının içtihatlarında, anlaşmaların ve dolayısıyla hükümlerinin, onları etkisiz kılmak yerine etkili kılacak şekilde yorumlanması gerektiği aynı derecede iyi bilinmektedir.*”⁵⁷

IV. KEYFİLİK KAVRAMI

Uluslararası hukukta egemen otoritenin keyfi uygulamalarda bulunmaması, iyi niyet ilkesinin bir yansıması olarak görülmektedir. Uluslararası hukukun genel

⁵⁴ Örn. bkz. Alex Genin, *Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (25 June 2001), erişim tarihi, Haziran 7, 2024. <https://www.italaw.com/cases/484>, para. 368-371; Noble Ventures, Award, para. 175-180; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006), erişim tarihi, Haziran 7, 2024. <https://www.italaw.com/cases/621>, para. 162; Lemire, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 259; *Occidental*, Award, para. 159-166.

⁵⁵ *LG&E*, Decision on Liability, para. 162, 163.

⁵⁶ Benzer görüş için bkz. Schreuer, *Protection Against Arbitrary*, 192; Kriebaum, “Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory,” 797.

⁵⁷ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award (19 August 2005), erişim tarihi, Temmuz 12, 2024. <https://www.italaw.com/cases/412>, para. 248.

bir ilkesi olan iyi niyet ilkesi, keyfi olarak veya açıkça uygunsuz bir amaç için kullanılan egemenlik yetkisinin devletin sorumluluğunu doğurduğu önermesine temel oluşturmaktadır. İlke, Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesinin 31. maddesinde belirtilen yorumlama sürecinin bir parçası olması bağlamında yatırım andlaşmalarının yorumlanmasında her zaman esas alınması gereken bir unsurdur. Fakat bunun da ötesinde, maddi uluslararası yatırım hukuku yükümlülüklerinin oluşturulması ve değerlendirilmesi için de temel oluşturur.⁵⁸

“Keyfi” kavramının Türk Dil Kurumu’na göre sözlük anlamı: İsteğe bağlı olan; gerçeğe, akla, yol ve yönetime uymayan demektir.⁵⁹ Diğer bir tanıma göre ise: Sıklıkla adaletsiz bir şekilde herhangi bir gerekçe, plana dayanmadan karar vermek veya düzenlemek demektir.⁶⁰ Yatırım andlaşmaları bağlamında keyfilik kavramının ekseriyetle tanımlanmadığı açıkça görülür. Bu husus, yatırım tahkimi kararlarında çeşitli şekillerde geçmektedir.⁶¹ Örneğin *Noble Ventures* kararında, “keyfi” ve “ayrımcı” kavramlarının 1992 tarihli Romanya-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki BIT’te tanımlanmadığından bahisle Uluslararası Adalet Divanı’nın *ELSI* kararında geçen keyfilik tanımına atıf yapılmıştır.⁶² *ELSI* kararında keyfiliğin, bir hukuk kuralına aykırılıktan ibaret olmadığı ve *rule of law* karşıtı şey olarak tanımlandığı görülür. Ayrıca kararda bunun, hukuka uygun sürecin/uygun hukuki usulün (*due process of law*) kasıtlı olarak göz ardı edilmesi; hukuka uygunluk duygusunu şoka uğratan veya en azından şaşırtan bir eylem olduğu da ifade edilmiştir.⁶³ Bu tanıma, tahkim kararlarının bir kısmında atıf

⁵⁸ Todd Weiler, *Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 306, 307. Örn. bkz. *Azurix, Award*, para. 392; *Occidental, Award*, para. 163.

⁵⁹ *Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük*, erişim tarihi, Haziran 13, 2024. <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶⁰ Michael Mayor, *Dictionary of Contemporary English* (Longman, 2010), 73.

⁶¹ Örn. bkz. *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award* (24 December 2007), erişim tarihi, Temmuz 12, 2024. <https://www.italaw.com/cases/143>, para. 340, 341.

⁶² *Noble Ventures, Award*, para. 176.

⁶³ *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 15, erişim tarihi, Mayıs 23, 2024. <https://www.icj-cij.org/case/76>, para. 128.

yapılmaktadır.⁶⁴ Uluslararası Adalet Divanı'nın yaklaşımı hakkında *Siemens* tahkimi, *ELSI*'deki tanım hakkındaki kanaatini, uluslararası hukukun en yetkili yorumu olduğu ve terimin, hukukun kasıtlı olarak göz ardı edilmesini vurgulayan olağan anlamına yakın olduğu şeklinde açıklamıştır. Kararda, *Genin* tahkimi tarafından eklenen kötü niyet unsurunun ne sıradan keyfilik kavramında ne de Uluslararası Adalet Divanı'nın *ELSI*'deki tanımında destek bulmuyor gibi görüldüğü fikri de eklenmiştir.⁶⁵

Kaydın tanımı ve kapsamının belirlenmesi için tahkim kararlarının incelenmesine devam edersek; yatırım tahkiminde hem keyfilik hem de ayrımcılık kavramlarının tanımlanmasında çeşitli yöntemler izlendiği görülür. Yöntemlerden biri, bahsedildiği üzere, *ELSI* kararına atfken; sıklıkla başvuru olan diğer bir yöntem, kavramın lafzından yola çıkılarak sözlük anlamlarına bakılması suretiyle tanımlanmasıdır.⁶⁶ Yatırım tahkiminde keyfilik kavramının tanımlanmasında sıklıkla başvuru olan ve atıf yapılan *Black's Law* sözlüğüne göre kavram; akıl dışı, değişken, bireysel takdire dayalı, bir olgu veya gerekçeden ziyade tercih veya peşin hükümle temellendirilmiş olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷

Tahkim mahkemeleri, keyfilik kavramının lafzi anlamının araştırılması dışında birtakım unsurların varlığını gözetebilmektedir. Bazı kararlarda iç hukuka uygunluk, keyfilik kavramının değerlendirilmesinde kıstas alınmıştır. Örneğin *Duke Energy* kararında ilgili anlayışın bir tezahürü olarak, işlemin iç hukuka uygunluğu nedeniyle keyfi olmadığı⁶⁸; *MCI* kararında, hukuka aykırılığın keyfi muamele

⁶⁴ Örn. bkz. *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18 August 2008), erişim tarihi, Temmuz 14, 2024. <https://www.italaw.com/cases/356>, para. 369; *Azurix*, Award, para. 392; *BG Group*, Final Award, para. 341.

⁶⁵ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1026>, para. 318.

⁶⁶ *Black's Law* sözlüğüne atıf yapan karar örnekleri için bkz. *Lauder*, Award para. 221; *Occidental*, Award, para. 162. Hem sözlüğe hem de *ELSI* kararındaki tanıma atıf yapan örnek bir karar için bkz. *Azurix*, Award, para. 392.

⁶⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (West Group, 2009), 119.

⁶⁸ *Duke Energy*, Award, para. 382.

olduğu⁶⁹; yine *Duke Energy* kararında tedbirin hukuka uygunluk duygusunu sarsıp sarsmadığı⁷⁰ esas alınmıştır. Fakat bazen iç hukuka uygun bir tedbir dahi keyfi veya ayrımcı olabilir. Örneğin, *CME* davasına konu olayda; düzenleyici otorite, yabancı yatırımcının yerel ortağının, yatırımın dayandığı sözleşmeyi feshetmesine imkan veren hukuki bir tedbir almıştır. Kararda, yabancı yatırımcıyı lisansın münhasır kullanımından mahrum bırakmaya dair açık niyet keyfi bulunmuş; yabancı yatırımcıya yönelik eylemin ayrıca ayrımcılık koktuğu da ifade edilmiştir.⁷¹ Dolayısıyla; tedbirin hukuka dayanması bahanesiyle yatırımcıyı yatırımından mahrum etme niyeti, davada bu kaydın uygulanmasında belirleyici kriter olmuştur.⁷² Aynı zamanda *CME* kararı, bazı durumlarda keyfi davranış ile ayrımcı davranışın örtüşebildiğini de göstermesi açısından da iyi bir örnektir.

Bazı kararlarda ise iç hukuka uygunluk ile yakın alakalı olan hukuka uygun sürece (*due process of law*) vurgu yapıldığı görülür. Örneğin, *Ol European* kararında keyfiliğin ne olduğunu tanımlamanın kolay olmadığı; keyfiliğin temel düşüncesinin, devlet yönetiminde yasallığın, yasal sürecin, yargısal başvuru hakkının, nesnelliğin ve şeffaflığın yerini imtiyaz, tercih, önyargı, engelleme ve gizlemenin alması olduğu beyan edilmiştir.⁷³ Kararda ayrıca, Schreuer'in *EDF* davasında bilirkişi olarak verdiği ve *EDF* tahkimince kabul edilen görüşüne atıf yapılmıştır. Aslında keyfiliği tanımlayan ilgili görüş, mahkemelerin bazılarınca keyfiliğin belirlenmesinde kullanılan kıstaslardan bir diğeri'dir.⁷⁴ Buna göre, bir tedbir şu hallerde keyfidir:

⁶⁹ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award (31 July 2007), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/662>, para. 369.

⁷⁰ *Duke Energy*, Award, para. 381.

⁷¹ *CME*, Partial Award, para. 612.

⁷² Schreuer, *Protection Against Arbitrary*, 186.

⁷³ *Ol European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award (10 March 2015), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/2979>, para. 494. Ayrıca bkz. *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/927>, para. 582.

⁷⁴ Örn. bkz. *Lemire*, *Decision on Jurisdiction and Liability*, para. 262; *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, *Decision on Jurisdiction and Liability* (6 June

- a. Görünürde herhangi bir meşru amaca hizmet etmeden, yatırımcıya zarar veren bir tedbir;
- b. Yasal standartlara değil, takdir yetkisine, önyargıya veya kişisel tercihe dayanan bir tedbir;
- c. Karar vericinin ileri sürdüğü nedenlerden farklı nedenlerle alınan tedbir;
- d. Hukuki süreç ve uygun prosedür kasıtlı olarak göz ardı edilerek alınan tedbir⁷⁵

Mahkemeler tarafından tedbirin keyfi olup olmadığının tespiti hakkında aranılan bir diğer ölçüt de devlet tarafından alınan tedbirlerin kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığıdır. Mesela, *Noble Ventures* kararında kamu yararının varlığı sorgulanmıştır.⁷⁶ Bu ölçütün başka pek çok mahkeme tarafından da benimsendiği görülmektedir.⁷⁷ Kararların bir kısmı ise kaydın ihlali iddialarını değerlendirirken, tedbirin makul bir karar alma sürecinin neticesi olup olmadığına bakar.

Makul/rasyonel politika, gerçek bir kamu yararının varlığı ile devlet tarafından takip edilen amaç ve alınan tedbirin faydası arasında makul bir bağın değerlendirilmesini içerir. Aynı zamanda, alınan tedbir ile bu tedbirin yatırımcıya verdiği zarar arasındaki ölçülülüğün değerlendirilmesini de içerir.⁷⁸ Bu bağlamda *LG&E* kararı, rasyonel bir karar alma sürecine bağlı olmadan alınan tedbirleri, taraf devletlerin açıkça yasaklamak istediğinin görüldüğünü beyan etmesi itibariyle önemli bir örnektir. Karar ayrıca, böyle bir sürecin, bir tedbirin yabancı

2012), erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1456>, para. 488; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (7 June 2012), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1108>, para. 157.

⁷⁵ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009), erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/375>, para. 303.

⁷⁶ *Noble Ventures*, Award, para. 177, 178.

⁷⁷ Örn. bkz. *AES*, Award, para. 10.3.26; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/157>, para. 709; *LG&E*, Decision on Liability, para. 162; *National Grid*, Award, para. 198.

⁷⁸ *Reinisch ve Schreuer*, International Protection of Investments, 828.

yatırımlar üzerindeki etkisinin değerlendirilmesini ve devletin çıkarları ile bu tür yatırımlara getirilen herhangi bir yükün dengesini içereceğini bildirmiştir.⁷⁹

Benzer şekilde *AES* kararında, makullüğü değerlendirirken rasyonel bir politikanın varlığını yeterli bulmamış; devletin kamu politikası hedefi ile bu hedefe ulaşmak için alınan tedbir arasında uygun bir ölçülülük/orantı da aramıştır.⁸⁰ Diğer bir kısım kararda ise yatırımcının veya taraf devletlerin beklentileri de değerlendirmeye dahil edilmiştir. Mesela *Antaris* kararında, kaydın ihlali iddiaları bağlamında ev sahibi devletin politik tercihlerinin makullüğü incelenmiş; yatırımcının, devletin açıkça tutarsız veya mantıksız bir şekilde hareket etmemesini umma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.⁸¹ *BG Group* kararında ise, 1990 tarihli İngiltere-Arjantin Arasındaki BIT'te⁸² yer alan, makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerde bulunma yasağındaki "makullüğün/makul olmanın" devletin hedeflerine ulaşmak için seçtiği araçların bir fonksiyonu olarak değil, BIT'e taraf olanların beklentilerine göre ölçüleceği belirtilmiştir.⁸³ *Greentech Energy* kararındaysa bir tedbirin makul olup olmadığının belirlenmesinde yatırımcıların çıkarlarının dikkate alınması gerektiği beyan edilmiştir.⁸⁴

Bir kısım tahkim kararları ise *ELSI* kararındaki keyfiliğin tanımlanmasında geçen; hukuka uygun sürecin/uygun hukuki usulün kasıtlı olarak göz ardı edilmesi, hukuka uygunluk duygusunu şoka uğratan veya en azından şaşırtan bir eylem⁸⁵ ifadeleri bağlamındaki subjektif unsurlar olan şaşırtmak ve şoka uğrattmak kavramlarını, keyfiliğin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanmaktadır. Mesela

⁷⁹ LG&E, Decision on Liability , para. 158.

⁸⁰ Örn. bkz. *AES*, Award, para. 10.3.9.

⁸¹ *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Award (2 May 2018), erişim tarihi, Haziran 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/2080>, para. 360.

⁸² 1990 tarihli İngiltere-Arjantin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Argentina - United Kingdom BIT (1990)), erişim tarihi, Temmuz 7, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, m. 2/2.

⁸³ *BG Group*, Final Award, para. 342.

⁸⁴ *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Final Award (23 December 2018), erişim tarihi, Haziran 14, 2024. <https://www.italaw.com/cases/7138>, para. 462.

⁸⁵ *Elettronica Sicula*, Judgment, para. 128.

Noble Ventures kararında tedbir değerlendirilirken; Uluslararası Adalet Divanı'nın *ELSI*'de anladığı anlamda ne şok edici ne de şaşırtıcı olduğu, tam tersine makul olduğu sonucuna varmıştır.⁸⁶ Yine *Duke Energy* kararında devletin ödeme garantisıyla ilgili olarak mahkeme, Ekvator'un davranışının, geç de olsa ödeme yapması nedeniyle "hukuki uygunluk duygusunu şok ettiği" kanaatinde olmadığını bildirmiştir.⁸⁷

Son olarak, keyfiliğin tespit edilebilmesi için tahkim kararlarında başvuru olan diğer bir ölçüt, ev sahibi devletin tedbir alırken kötü niyet taşıyıp taşımadığının araştırılmasıdır. Bu bağlamda verilebilecek en iyi örneklerden biri, yabancı yatırımcıyı yatırımından mahrum bırakmaya dair açık niyeti keyfi bulan *CME* kararıdır.⁸⁸ Diğer bir örnek ise *Genin* kararıdır. *Genin* tahkiminin, herhangi bir usule aykırılığın dava konusu olan BIT'i ihlal etmiş sayılması için aradığı kıstaslardan biri, kötü niyet taşıması olmuştur.⁸⁹ Fakat, yatırım andlaşmalarının ihlal edilmesi için kötü niyetin varlığını şart koşan kararlara az rastlanmaktadır. Kararların çoğunda, tedbirin keyfi olup olmasının tespitinde kötü niyetin varlığı aranmaz veya reddedilir.

Mesela *Azurix* tahkimi, *Genin* kararını açıkça eleştirmiş ve keyfiliğin kapsamının belirlenmesinde olağan anlam yöntemini tercih etmiştir.⁹⁰ *Occidental* kararında da açıkça, mevcut uyuşmazlık bağlamında, kararların akıl veya olgudan ziyade önyargı veya tercihe dayandığının görülmediğini belirterek; amaçlanmamış olsa bile, bir tür keyfiliğe yol açan şeyin düzenlemelerde karışıklık ve açıklık olmayışından vuku bulduğu ifade edilmiştir.⁹¹ Kısacası kötü niyet olmadığı halde, keyfilik neticesinin ortaya çıktığına hükmetmiştir.

Özetle belirtmek gerekirse, keyfilik yasağı her ne kadar iyi niyet ilkesinin yansıması olarak görülse de devletin takdir yetkisini kullanırken iyi niyetle

⁸⁶ *Noble Ventures*, Award, para. 176, 177.

⁸⁷ *Duke Energy*, Award, para. 381.

⁸⁸ *CME*, Partial Award, para. 612.

⁸⁹ *Genin*, Award, para. 371.

⁹⁰ *Azurix*, Award, para. 392.

⁹¹ *Occidental*, Award, para. 163.

hareket etmediğini ispatlamak için kötü niyetin varlığını kanıtlamak zorunluluğu aranmamaktadır.⁹²

V. AYRIMCILIK KAVRAMI

Ayrımcılık yasağı, hem anayasa hukuku gibi ulusal hukukun hem de insan hakları hukuku, ekonomi hukuku gibi uluslararası hukukun çeşitli alanlarında kendine sıkça yer bulan bir ilkedir. Uluslararası ekonomi hukuku bağlamında, uluslararası ticaret, fikri mülkiyet ve yatırım hukuku alanlarında önemli bir yere sahiptir. Ayrımcılık kısaca: Bir birey veya gruba herhangi bir gerekçeye dayanmadan dezavantajlı davranmak olarak tanımlanabilir. Ayrımcılık yapmama, eşit muamelenin bir gereğidir.⁹³ Ayrımcı fiiller, eşit veya eşit durumdaki iki özneye eşit olmayan muameleyi gerektirir.⁹⁴

Ulusal ve uluslararası hukukta, eşitlik ve ayrımcılık yasağı hükümlerinde eşitliğe ilişkin iki geniş kavramsal yaklaşım bulunmaktadır. Bunların ilki biçimsel yani hukuki eşitlik, diğeri ise maddi eşitliktir. Biçimsel veya hukuki eşitlik, benzer durumlardaki bireylere aynı şekilde davranılmasını anlatır. Maddi eşitlikse, farklı durumlardaki bireylere farklı davranılması gerektiği fikrini ifade eder.⁹⁵ Ayrımcılık yasağının kapsamına ırk, dil, din, cinsiyet, yaş, vatandaşlık, engellilik, kültür vb. pek çok unsur girebilmektedir. Ayrımcılık doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayrılır. Doğrudan ayrımcılık, benzer durumda olan birey ya da bir grup bireye farklı davranmaktır. Dolaylı ayrımcılık ise hukukun veya devlet organlarının fiillerinin bir grup birey üzerinde gerekçesiz ve orantılı

⁹² Weiler, *Interpretation of International Investment Law*, 309.

⁹³ Krista N. Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials* (Edward Elgar Publishing, 2016), 334.

⁹⁴ Nicolas F. Diebold, *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 15.

⁹⁵ Kevin Kitching, *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners* (Interrights, 2005), 19. erişim tarihi, Haziran 22, 2024. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documentation.lastradainternational.org/lsidocs/Handbook%20on%20nondiscrimination.pdf.

olmayan etki doğurması halinde söz konusu olur.⁹⁶ Diğer bir ifade ile dolaylı ayrımcılık: Etkisi doğrudan ayrımcılığa benzer olan, görünüşte tarafsız kriterlerin, prosedürlerin veya uygulamaların kullanılmasından kaynaklanan ayrımcılıktır.⁹⁷

Ayrımcılık yasağı ilkesi, uluslararası andlaşmalarda yer almakla birlikte; bazen uluslararası hukukun genel ilkesi⁹⁸ ya da hukukun genel ilkesi⁹⁹ bağlamında; bazen de uluslararası teamül hukuku bağlamında değerlendirilebilmektedir. Fakat hem ayrımcılık kavramı çok geniş kapsamlıdır. Hem de yabancıların, vatandaşlarla eşit haklardan yararlanması hakkında bir teamüli uluslararası asgari muamele standardının varlığı sorgulandığında konuya şüpheli yaklaşmak gerekir. Çünkü devletler kendi vatandaşlarına, kendi ülkesinde yaşayan yabancılara nazaran daha lehe muamelede bulunmakta özgürdürler. Devletlerin bu ayrıcalıkları ancak, ayrımcılık yasağı, ulusal muamele ilkesi gibi andlaşma hükümleri konulmak suretiyle sınırlandırılabilir.¹⁰⁰ Aynı şekilde uluslararası teamül hukukunda bir devletin diğer devletlere uyguladığı muamelede ayırım yapmaması konusunda açıkça belirlenmiş genel bir yükümlülük yoktur.¹⁰¹ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1978 yılında en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin kabul ettiği taslak maddelerin 7. maddesinin şerhinde açıkça; hiçbir devletin, başka bir devlet bu tür bir muameleyi kabul etme

⁹⁶ Curtis F. J. Doebbler, *The Principle of Non-Discrimination in International Law* (CD Publishing, 2007), 5, 6.

⁹⁷ Olivier De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 625.

⁹⁸ Örn. bkz. Schefer, *International Investment Law*, 207, 208.

⁹⁹ Örn. bkz. Elif Uzun, "Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 24 no 1-2, (2004): 742.

¹⁰⁰ Stephan Hobe, "The Law Relating to Aliens, the International Minimum Standard and State Responsibility," iç. *International Investment Law*, ed. Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch (Nomos/Hart Publishing, 2015), 15.

¹⁰¹ Michail Risvas, "Non-Discrimination in International Law and Sovereign Equality of States: An Historical Perspective," *Houston Journal of International Law* 39, no 1 (January 15, 2017): 108.

yönünde uluslararası bir yükümlülük üstlenmediği sürece, en çok gözetilen ulus muamelesine tabi tutulma hakkına sahip olmadığı beyan edilmiştir.¹⁰²

Benzer bir anlayışla *Methanex* tahkimi: Bir uluslararası teamül hukuku kuralının, bir anlaşma yükümlülüğünün bulunmadığı durumlarda; bir devletin vatandaşlarına ve yabancılara yönelik muamelesinde ayırım yapmasının yasaklanıp yasaklanmadığı sorusu hakkında, uluslararası hukukun açık olduğunu beyan etmiştir. Buna göre, ister sözleşme isterse teamül kökenli olsun, taraf devletler için bağlayıcı olan aksi bir uluslararası hukuk kuralının bulunmaması durumunda bir devlet, vatandaşlarına ve yabancılara yönelik muamelesinde farklı davranabilir.¹⁰³ *Genin* tahkimine göre ise genel olarak uluslararası hukuk, bir devletin yabancılara ve yabancı mallarına karşı ayrımcı muameleden kaçınmasını gerektirir. Ancak uluslararası teamül hukuku, bir devletin tüm yabancılara eşit davranmasını veya yabancılara kendi vatandaşları kadar lehte davranmasını gerektirmez. Aslında, haksız farklı davranış dahi dava konusu olmayabilir. Ancak *Genin* davasına konu olan BIT'te ayrımcılık yasağının düzenlenmesi nedeniyle andlaşmanın öngördüğü çerçevede ayrımcılık yasağının zaten mevcut olduğuna da değinilmiştir.¹⁰⁴

Yatırım hukuku bağlamında en çok karşılaşılan ayrımcılık formu “vatandaşlık” temellidir. O nedenle vatandaşlık temelli ayrımcılığa karşı yatırım andlaşmalarında, iki spesifik standart olan “ulusal muamele ilkesine” ve “en çok gözetilen ulus kaydına” ayrıca yer verilmektedir.¹⁰⁵ Ulusal muamele ilkesi ev

¹⁰² International Law Commission, “Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries 1978,” in *Yearbook of the International Law Commission 1978*, vol. II, Part Two, (1978), 24, m.7.

¹⁰³ *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award (3 August 2005), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/683>, Part IV- Chapter C, para. 25.

¹⁰⁴ *Genin*, Award, para. 368.

¹⁰⁵ Rudolf Dolzer ve Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 176; Federico Ortino, “Non-Discriminatory Treatment in Investment Disputes,” iç. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, ed. Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann, Francesco Francioni (Oxford: Oxford University Press, 2009), 344.

sahibi devlete, yabancı yatırımcıya kendi vatandaşı olan yatırımcıya davrandığından daha az lehe muamelede bulunmaması yükümlülüğünü iktiza eder. En çok gözetilen ulus kaydıysa ev sahibi devlete, bir yabancı yatırımcıya diğer yabancı uyruklu yatırımcıya davrandığından daha az lehe muamelede bulunmaması yükümlülüğü yükler.¹⁰⁶

Ancak, ayrımcılık sadece vatandaşlıkla sınırlı bir kavram değildir. O nedenle, yatırım andlaşmalarına keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydının eklenmesi yatırımcı ve yatırımlarına karşı önemli bir teminat sağlar. Çünkü, zarar vermeme kaydı ayrımcılığın vatandaşlık gibi sadece belli bir unsur ya da formuna odaklanmaz. Bütün ayrımcılık türlerini kapsamına alır.¹⁰⁷ Örneğin; ev sahibi devletin, davacıların derilerinin rengine göre çiftlik kamulaştırmaları hakkında farklı tedbirler aldığı iddiasının konu olduğu *Pezold* davasında mahkeme; delillerin, davacıların deri rengi nedeniyle hedef alındıkları ve dolayısıyla bu alımın andlaşmayı ihlal edecek şekilde ayrımcı olduğu sonucunu desteklediğini beyan etmiştir.¹⁰⁸ Yine, *Ulyseas* davasında davalı, *OECD Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Taslak Sözleşmesi*'ne ve belirli sayıda davaya dayanarak; ayrımcı muameleye ilişkin tek bir standardın olduğunu, onun da vatandaşlığa dayalı ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰⁹ Fakat bu iddiası, mahkeme tarafından bir tedbirin ayrımcı olması için nesnel olarak iki benzer durumun farklı şekilde ele alınmasının yeterli olduğu gerekçesi ile kabul edilmemiştir.¹¹⁰

Ulusal muamele ilkesi ve en çok gözetilen ulus kaydı, ayrımcılığın özel bir unsurunu ele alan vatandaşlık temelli ayrımcılığa ilişkin oldukları için zarar vermeme kaydı ile bu açıdan ortak özellik taşırlar. Fakat, zarar vermeme kaydı hem diğer iki kaydı kapsayan hem de ikisinin de ötesine geçen daha kapsamlı bir standarttır. Standartlar arasındaki ortak unsurlar nedeniyle *BG Group* kararında

¹⁰⁶ Schefer, *International Investment Law*, 334.

¹⁰⁷ Kriebaum, "Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory," 798.

¹⁰⁸ Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award (28 July 2015), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1472>, para. 501.

¹⁰⁹ Ulyseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, Award (12 June 2012), erişim tarihi, Temmuz 22, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1132>, para. 290.

¹¹⁰ Ulyseas, award, para. 293.

mahkeme, ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydını ihlal eden bir tedbirin, aynı zamanda makul olmayan ve ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme kaydı anlamında da kaçınılmaz olarak "ayrımcı" olacağını kabul etmiştir.¹¹¹ *National Grid* tahkimi, dava konusu andlaşmanın 2. maddesinde düzenlenen makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle zarar vermeme kaydının, ayrımcılığı uyuğu dayalı ayrımcılıkla sınırlamadığını ve başka temellere dayalı tedbirleri kapsayabileceğini belirtmiştir. Öte yandan, madde 3'te yer alan ulusal muamele ilkesi ve en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin, her iki akit tarafın yatırımcılarının uyuukları nedeniyle diğer yabancı yatırımcılara göre daha az avantajlı muamele görmemesini sağlamak için ayrı bir özel dil sunduğunu da vurgulamıştır.¹¹²

Bu doğrultuda; ulusal muamele ilkesi ve en çok gözetilen ulus kaydının düzenlendiği yatırım andlaşmalarında, vatandaşlık temelli ayrımcılık ihlalleri ilgili standartlar kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun dışındaki ayrımcılığa ilişkin ihlaller ise zarar vermeme kaydı bağlamında ele alınmalıdır. Fakat andlaşmada vatandaşlık temelli ayrımcılığı yasaklayan standartlar düzenlenmemişse o takdirde vatandaşlık temelli ayrımcılıklar da zarar vermeme kaydının tüm ayrımcılık hallerini kuşatıcı olması itibariyle ilgili kapsamda değerlendirilmelidir.¹¹³

Yatırım andlaşmalarına baktığımızda ayrımcılık kavramının ekseriyetle tanımlanmadığı görülür. O nedenle, keyfilik kavramında olduğu gibi; tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi noktasında tahkim kararlarında kavramın nasıl anlaşıldığına bakmak gerekir. Bu konuda tahkim mahkemeleri farklı tanımlar yapmakta veya farklı yöntemler izleyebilmektedir. Mesela *Goetz* tahkimine göre ayrımcılık, benzer durumlardaki kişilere uygulanan farklı muameleyi içerir.¹¹⁴ *Plama* kararına göre ayrımcılık, eşit muamele ilkesinin olumsuz formülasyonuna tekabül etmektedir. Bu, makul veya haklı gerekçeler

¹¹¹ BG Group, Final Award, para. 355.

¹¹² National Grid, Award, para. 198.

¹¹³ Benzer görüş için bkz. Newcombe ve Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 306.

¹¹⁴ Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, Award, ICSID Case No.ARB/95/3 (February 1999), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/508>, para. 121.

olmaksızın, benzer koşullardaki benzer kişilere farklı muamele edilmesini gerektirir.¹¹⁵ *Saluka* kararında ise bir devletin işleminin ayrımcı olması için üç koşulun varlığı aranmıştır. Bunlar: Makul bir gerekçe olmaksızın (1), benzer durumlarda (2), farklı davranmaktır (3).¹¹⁶ Bazı içtihatlarla atıf yapan *Lemire* kararına göre ise ayrımcılık, farklı muameleden daha fazlasını gerektirir. Bir durumun/olayın ayrımcılık sayılabilmesi için gerekçesiz olarak, benzerlerinden farklı şekilde ele alınması gerekir. Tedbirin "ayrımcı olması ve davacıyı bölgesel veya ırksal önyargıya maruz bırakması" gerekir veya bir tedbirin, davacının yatırımlarını özellikle hedef alması gerekir".¹¹⁷

Bir tedbirin ayrımcı sayılması için ulusal hukukun ihlal edilmesi aranan bir şart değildir. Tedbirin varlığının tespiti, bundan bağımsız olarak yapılır. Çünkü, ulusal hukukun kendisi bizatihi, bir uluslararası standart olan kaydın ihlali sonucunu doğurabilir.¹¹⁸ Zira, *Lauder* kararında belirtildiği üzere ulusal hukukta yabancı yatırımlara yönelik ayrımcı düzenlemelerin yer alması ya da yabancı yatırımlara yönelik ayrımcılığı yasaklayan bir düzenlemenin bulunmaması mümkündür.¹¹⁹

Yabancı yatırım veya yatırımcıya yönelik ayrımcı tedbirler, özetle şunları içerebilir:

- 1) Uluslararası insan hakları hukukuna aykırı ayrımcılık (ırk, renk, cinsiyet temelli vb.);
- 2) Benzer şeyler arasında yapılan keyfi ya da gerekçesiz düzenleyici ayrımlar ile benzer olmayan şeylere aynı şekilde davranılması;

¹¹⁵ Plama, Award, para. 184.

¹¹⁶ *Saluka*, Partial Award, para. 313. Bu karara atıfla *Lemire*, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 261.

¹¹⁷ *Lemire*, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 261. *Lemire* kararının atıf yaptığı kararlar için bkz. *Saluka*, Partial Award, para. 313; *Waste Management*, Award, para. 98; *LG&E*, Decision on Liability, para. 147.

¹¹⁸ Reinisch ve Schreuer, *International Protection of Investments*, 836.

¹¹⁹ *Lauder*, Award, para. 220.

3) Zarar vermek niyeti veya kötü niyet taşıyan ve belli kişi ve şeyleri hedefleyen eylemler;

4) Ulusal hukukun uygulanmasında ayrımcılık;

5) Vatandaşlık temelli ayrımcılık. İlk dört ayrımcılık türü, keyfi tedbirle de örtüşebilir. Beşinci tür ayrımcılığın ise ulusal muamele ilkesi ve en çok gözetilen ulus kaydı ile örtüşmesi mümkün olabilir.¹²⁰

A. Ayrımcılığın Tespiti İçin Kıyaslanacak Unsurların Belirlenmesi

Uluslararası yatırım tahkiminde, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasına konu olan tedbirin ayrımcılık içerip içermediğinin tespiti için önemli hususlardan biri hangi yatırıma, yatırımcıya, işletmeye vb. uygulanmış olan tedbir ile kıyaslanacağıdır. Başka bir tabirle, kıyaslanacak unsurun ne olacağı konusudur. Öncelikle, yatırım tahkiminde ayrımcı davranışın tespit edilmesi için kıyaslanacak unsurların “benzer” özellikte olması aranmaktadır.¹²¹ *Metalpar* tahkiminde konu şu şekilde ele alınmıştır: “*Farklı kategorilerdeki özneler farklı şekilde davranmak, eşit olmayan bir muamele değildir. Eşitlik ilkesi yalnızca eşit özneler arasında geçerlidir, eşit olmayan özneler arasında geçerli değildir.*” Ayrıca *Metalpar* tahkimi, CMS davasındaki CMS Gaz İletim Şirketi'nin Arjantin Cumhuriyeti'ne karşı açtığı davada; Mahkeme'nin, davalının yalnızca benzer konumdaki gruplarda veya insan kategorilerinde mevcut olan ayrımcılığa ilişkin iddiasını “doğru” olarak nitelendirmiştir.¹²² *Electrabel* tahkiminin görüşüne göre, yalnızca farklı muamelenin gösterilmesi, hukuk dışı ayrımcılığın tespit edilmesi için yeterli

¹²⁰ Newcombe ve Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 304.

¹²¹ Örn. bkz. Goetz, Award, para. 121.

¹²² *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits, (12 June 2008), erişim tarihi, Haziran 17, 2024. <https://www.italaw.com/cases/680>, para. 162. CMS kararı için bkz. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Award (12 May 2005), erişim tarihi, Haziran 17, 2024. <https://www.italaw.com/cases/288>, para. 293.

değildir. Ayrımcı muamele için mukayese edilenlerin maddi olarak benzer olması ve bu durumda farklı muamele için makul bir gerekçe olmaması gerekir.¹²³

Ancak, benzerliğin nasıl tespit edileceği yani “benzer” kavramının iinin nasıl doldurulacağı meselesi önemli olduğu kadar da zordur. Hatta, takip edilen yonteme göre de varılacak neticenin değişmesi mümkündür. Yatırım tahkimi mahkemelerinin yontem hususunda istikrarlı ve yeknesak bir tavır sergilediğini söylemekse mümkün değildir. Bu konuda mahkemelerin temel olarak iki yontem izlediği görülür. Bunların ilki, dar bir anlayışla aynı faaliyet alanında yani aynı sektörde faaliyet gösterenlerin mukayesesini benimseyen; ikincisi ise geniş bir yaklaşımı temel alarak, farklı sektörlerin mukayesesini benimseyen yaklaşımdır.¹²⁴

İlk yontem bağlamında, *Nykomb* kararı örnek gösterilebilir. *Nykomb* tahkiminde yatırımcı ve kıyas edilen şirketler, elektrik üretim şirketleri olmuştur. Mahkeme, yatırım andlaşması anlamında ayrımcılık olup olmadığının değerlendirilmesinde yalnızca “benzerin benzerle karşılaştırılması” gerektiğini kabul ederek; elindeki tüm bilgilerin,  şirketin karşılaştırılabilir olduğunu ve aynı yasa ve düzenlemelere tabi olduğunu gösterdiğini beyan etmiştir.¹²⁵ *Saluka* davasında da yatırımcı, benzer  banka ile kıyaslanmış; diğer  bankaya geniş devlet yardımı verilirken yatırımcının bundan mahrum bırakıldığı tespit edilmiştir. Kararda; bir devletin tedbirinin ayrımcı olması için benzer durumların söz konusu olması, yatırım veya yatırımcıya diğerlerinden farklı davranılması ve farklı davranışın makul bir gerekçeye sahip olmaması olmak üzere  şart aranmıř¹²⁶ ve somut olayda bu unsurlara bakılmıştır.¹²⁷ Nihayetinde *Saluka*

¹²³ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award (25 November 2015), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/380>, para. 175.

¹²⁴ Kriebaum, “Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory,” 803, 804.

¹²⁵ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, SCC, Arbitral Award* (16 December 2003), erişim tarihi, Temmuz 6, 2024. <https://www.italaw.com/cases/759>, para. 4.3.2 (a).

¹²⁶ *Saluka, Partial Award*, para. 313.

¹²⁷ *Saluka, Partial Award*, para. 313-347.

tahkimi, ayrımcı bir tedbirin mevcut olduğu kanaatine varmıştır.¹²⁸ Öngörülen üç şart daha sonra başka mahkemeler tarafından da benimsenmiştir.¹²⁹

Mukayesede geniş yöntem izleyen en iyi tahkim kararı örneklerinden biri *Occidental* kararıdır. Davada yağ üretimi yapan yatırımcı firma, başka sektörlerdeki firmaları örnek göstererek kendisine ayrımcı muamelede bulunduğunu iddia etmiştir. Mahkeme davacıyı haklı ve iddialarını ikna edici bulmuştur. Mahkeme konu hakkında, “benzer durumlarda” ifadesinin Ekvator tarafından geliştirilen dar yoruma tabi tutulamayacağını ve kaydın, yerel yatırımcıya kıyasen yabancı yatırımcının korunmasını amaçladığını belirtmiştir. Mahkeme, mukayesenin yalnızca söz konusu faaliyetin yer aldığı sektörü ele alarak yapılamayacağını beyan ederek; farklı sektörleri karşılaştırmak suretiyle benzer durumları yorumlamış ve andlaşmanın ihlaline karar vermiştir.¹³⁰ *Enron* kararında da mahkeme farklı sektör ve işletmeleri kıyaslayarak ayrımcı bir tedbirin varlığını incelemiş ve sonuçta, Arjantin’in tedbirlerinin bu bağlamda hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.¹³¹

Tahkim kararlarına hakim olan dar ve geniş kıyas yaklaşımları karşısında, doktrindeki bir görüşe göre ayrımcı tedbirin belirlenmesi için mukayese edilecek unsurun tespitinde öncelikle dar yaklaşıma başvurulmalıdır. Dar yaklaşım uygulandığı, yani aynı sektör içinde bir araştırma yapıldığı halde bir kıyas unsuru bulunmadığı zaman ise araştırma burada nihayete erdirilmek zorunda değildir. O takdirde çember, mukayese için uygulanabilir bir temel bulunana kadar, çeşitli ekonomik aktörler içeren daha geniş bir faaliyet sektörüne kadar genişletilebilir.¹³²

¹²⁸ Saluka, Partial Award, 466.

¹²⁹ Örn. bkz. Lemire, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 261.

¹³⁰ Occidental, Award, para. 173.

¹³¹ Enron and Ponderosa v Argentina, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/401>, para. 282. Benzer yaklaşıma *Sempra* ve *BG Group* tahkim kararlarında da rastlanmaktadır. İlgili kararlar için bkz. *Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28 September 2007), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1002>, para. 319; *BG Group*, Final Award, para. 354-360.

¹³² Reinisch ve Schreuer, International Protection of Investments, 839.

Son olarak belirtmek gerekirse, yasaklanan bazı ayrımcılık hallerinde dahi devletin fiili, hukuki bir gerekçeye dayanıyorsa hukuka uygun sayılabilir.¹³³ Yani diğer benzer durumdaki yatırımcılarla karşılaştırıldığında, yabancı yatırımcının ayrımcı tedbire maruz kaldığı tespit edildiği zaman; ev sahibi devlet, tedbirin makul bir gerekçeye dayandığını ispat ettiği takdirde, ilgili yatırım andlaşmasını ihlal etmiş sayılmayacaktır. *Nykomb* tahkiminin ifadesi ile böyle bir durumda ve yerleşik uluslararası hukuka uygun olarak, hiçbir ayrımcılığın yapılmadığını kanıtlama yükümlülüğü davalıya yani ev sahibi devlete ait olacaktır.¹³⁴

B. Ayrımcı/Kötü Niyetle Hareket Edilmesi

Ayrımcılık yasağı hakkındaki önemli bir husus; ilkenin ihlal edilmiş sayılması için devletin tedbir alırken ayrımcı bir niyetle yani kötü niyetle hareket etmesinin gerekip gerekmediğidir. Bu konuda tahkim kararlarındaki genel yaklaşım, objektif bir temele dayanarak, niyetten ziyade tedbirin netice ve etkisini esas almaktadır. Kararların ekseriyetinde, devlet organlarının ayrımcılık niyeti ile hareket etmeleri aranmamakta; niyet araştırması ve ispatı ancak tali bir araç olarak kullanılmaktadır. Örneğin *Siemens* kararında mahkeme açıkça, ayrımcılığın tespiti için niyetin belirleyici veya gerekli olmadığı ve tedbirin yatırım üzerindeki etkisinin, bunun ayrımcı olmayan bir muameleyle sonuçlanıp sonuçlanmadığını tespit etmede belirleyici faktör olacağı konusunda hemfikir bulunduğunu beyan etmiştir.¹³⁵ *Un glaube* tahkimine göre de ayrımcı niyete dair kanıtlar konuyla ilgili olabilir ve bu tür bir bulguyu güçlendirebilir. Ancak önemli olan eşitsiz muamele gerçeğidir ki bu anahtardır.¹³⁶ *Occidental* kararında ise mahkeme özetle, şirkete karşı ayrımcı niyet güdümediği noktasında ikna olmuş fakat; tedbirin sonucunun daha az lehe muameleye yol açtığı sonucuna varmıştır.¹³⁷ Diğer bir örnek olarak *Eastern Sugar* kararında, tedbirin bir cezalandırma niyeti taşımamasına rağmen

¹³³ Doebbler, *The Principle of Non-Discrimination*, 8.

¹³⁴ *Nykomb*, *Arbitral Award*, para. 4.3.2 (a).

¹³⁵ *Siemens*, *Award*, para. 321.

¹³⁶ *Marion Un glaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, *Award* (16 May 2012), erişim tarihi, Temmuz 22, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1134>, para. 263.

¹³⁷ *Occidental*, *Award*, para. 177.

sonuç olarak, ilgili BIT'i ihlal ettiğine; makul olmayan veya ayrımcı tedbirin varlığına hükmedilmiştir.¹³⁸

Sadece bazı tahkim kararlarında ayrımcı niyetin varlığı tespit edilmiş ya da ayrımcı/kötü niyete dayalı tedbirin varlığı, ayrımcılık ilkesinin ihlali için aranmıştır. Örneğin, *Urbaser* kararına göre yabancı yatırımcıyı etkileyen tedbirler, aynı veya benzer koşullar altındaki diğer yatırımcılara tanınanlardan açıkça daha az avantajlı ise, yabancı yatırımcıya zarar verme, fiili zarara yol açma niyetindeyse ve yeterli gerekçelerle haklı gösterilmiyorsa, ayrımcı sayılır.¹³⁹ *Lemire* kararında ise ihale sürecinde, bir rakibin politik motivasyonla tercih edilmesi, aynı ihale süreçlerinde başvuruda bulunan davacıya karşı ayrımcılığı temsil ettiği şeklinde değerlendirilmiştir.¹⁴⁰ *LG&E* kararındaysa doktrine atıfla, yatırım andlaşmaları ve bu kapsamdaki yabancı yatırımcılara karşı ayrımcılık yapmama yükümlülüğü bağlamında; tedbirin amacı ayrımcılık yapmaksa veya tedbir ayrımcı bir etkiye sahipse, tedbirin ayrımcı olarak kabul edileceğini belirtilmiştir.¹⁴¹ Kararda, tedbirlerin yabancı yatırımlara zarar verme amacıyla alındığı kanıtlanamasa da ayrımcılık yapıldığına karar verilmiştir. Yani bu kararda dahi tedbirin etkisi ayrımcılık için yeterli bulunmuştur.¹⁴² Dolayısıyla yatırım tahkiminde yatırımcıya, ayrımcı tedbire maruz kaldığına dair bir kanıt yükümlülüğü getirilmemektedir. Devlet organlarının fiillerinin veya devletin hukuki düzenlemelerinin ayrımcı etkiler taşıması kaydın ihlali için yeterli görülmektedir.¹⁴³

¹³⁸ Örn. bkz. *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award (27 March 2007), erişim tarihi, Temmuz 15, 2024. <https://www.italaw.com/cases/368>, para 338.

¹³⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 december 2016), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1144>, para. 1088.

¹⁴⁰ *Lemire*, Decision on Jurisdiction and Liability, para. 356.

¹⁴¹ *LG&E*, Decision on Liability, para. 146. Ulusal muamele ilkesi bağlamında da kötü niyetin aranmadığı hakkında bir tahkim kararı örneği için bkz. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as *Marvin Feldman v. Mexico*), Award (16 december 2002), erişim tarihi, Mayıs 17, 2024. <https://www.italaw.com/cases/435>, para. 184.

¹⁴² *LG&E*, Decision on Liability, para. 148.

¹⁴³ Kriebaum, "Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory," 803.

SONUÇ

Keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydı, yabancı yatırımcıları bir yanıyla keyfi tedbirlere bir yanıyla da ayrımcı tedbirlere karşı güvence altına alan, iki cepheli bir standarttır. Fakat kaydın ihlali için, yatırımın bulunduğu ev sahibi devlet tarafından alınmış olan tedbirin hem keyfi hem de ayrımcı nitelikte olması gerekmez. Ev sahibi devletin tedbirinin sadece keyfi ya da sadece ayrımcı nitelikte olması dahi kaydın ihlal edilmiş sayılması ve sorumluluğun doğması için yeterlidir. Standart, keyfilik yasağı bağlamında mutlak; ayrımcılık yasağı bağlamında ise diğer yatırımcılara yapılan muamelenin seviyesine bağlı olması noktasında görecelidir. Diğer bir anlatımla, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasına konu olan tedbirin ayrımcı olup olmadığına karar vermek için benzer nitelikteki başka bir yatırım veya yatırımcıya uygulanmış olan tedbir ile kıyaslanması gerekir. Kaydın bir diğer hususiyeti, münhasıran bir ayrımcılık türüne değil tüm ayrımcılık türlerine karşı koruma öngörmesidir. O nedenle de vatandaşlık temelli ayırım gözetmeme ilkelerinden olan ulusal muamele ilkesi ile en çok gözetilen ulus kaydına nazaran yatırımcıya çok daha geniş bir koruma sağlar.

Keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydı, özellikle de diğer yatırımların korunmasına ilişkin standartlarla beraber aynı maddede düzenlenmesi veya bazı açılardan benzerlik taşıması nedeniyle; yatırım tahkiminde, zaman zaman diğer standartlarla beraber ele alınmakta ya da onların bir parçası olarak görülebilmektedir. Fakat, keyfi veya ayrımcı tedbirlere karşı koruma kaydının kökleri hem geçmişe dayanmakta hem de yatırım anlaşmalarının hemen hemen hepsinde müstakil bir standart olarak yer almaktadır. Kaydın bağımsız bir standart olarak kabul edilmesi gerekliliği, özellikle de iki açıdan desteklenebilir. İlk olarak, yatırım anlaşmalarını kaleme alan tarafların, aynı anlama gelen birden fazla koruma standardını aynı maddede veya aynı maddenin aynı fıkrasında düzenlediklerini düşünmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. İkinci olarak da kaydın diğer koruma standartları ile aynı anlama gelecek şekilde yorumlanması, etkili yorum ilkesine uygun düşmeyecektir. *Eureka* tahkiminin etkili yorum ilkesi hakkındaki bir beyanında belirttiği üzere; anlaşmanın her bir maddesinin anlamlı olarak yorumlanması, anlaşmaların yorumlanmasının temel kuralıdır. Uluslararası hukuk

içtihatlarında, andlaşma hükümlerinin, onları etkisiz kılmak yerine etkili kılacak şekilde yorumlanması gerektiği aynı derecede iyi bilinmektedir.¹⁴⁴

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

¹⁴⁴ Eureko tahkiminin ilgili görüşü için bkz. Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award (19 August 2005), erişim tarihi, Temmuz 12, 2024. <https://www.italaw.com/cases/412>, para. 248.

KAYNAKLAR

- De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Diebold, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Diehl, Alexandra. *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*. Wolters Kluwer, 2012.
- Doebbler, Curtis F. J. *The Principle of Non-Discrimination in International Law*. CD Publishing, 2007.
- Dolzer, Rudolf ve Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Dolzer, Rudolf ve Margrete Stevens. *Bilateral Investments Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. West Group, 2009.
- Heiskanen, Veijo. "Arbitrary and Unreasonable Measures." iç. *Standards of Investment Protection*, editör August Reinisch, 87-110. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Hobe, Stephan. "The Law Relating to Aliens, the International Minimum Standard and State Responsibility." iç. *International Investment Law*, editör Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe , August Reinisch. 6-22. Nomos/Hart Publishing, 2015.
- International Law Commission. "Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries 1978." in *Yearbook of the International Law Commission 1978*, vol. II, Part Two, 1978.
- Junngam, Nartnirun. "The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who Is Investment Fully [?] Protected and Secured From?" *American University Business Law Review*, 7, No. 1, (2018): 1-100.
- Kitching, Kevin. *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners*, Interrights, 2005. erişim tarihi, Haziran 22, 2024. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documentation.lastradainternational.org/lisidocs/Handbook%20on%20nondiscrimination.pdf

- Kriebaum, Ursula. "Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures." iç. *International Investment Law*, editör Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch. 790-805. Nomos/Hart Publishing, 2015.
- Lorz, Ralph A. "Protection and Security (Including the NAFTA Approach)." iç. *International Investment Law*, editör Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch. 764-789. Nomos/Hart Publishing, 2015.
- Lowe, Vaughan. *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Malik, Mahnaz. *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?* The International Institute for Sustainable Development, 2011. erişim tarihi, Haziran 7, 2024. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.iisd.org/system/files/publications/full_protection.pdf.
- Mayor, Michael. *Dictionary of Contemporary English*. Longman, 2010.
- Newcombe, Andrew ve Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009.
- OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: OECD Working Papers on International Investment, 2004/03*, OECD Publishing, 2024.
- Ortino, Federico. "Non-Discriminatory Treatment in Investment Disputes." iç. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, editör Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann, Francesco Francioni, 344-366. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Reinisch, August ve Christoph Schreuer. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Risvas, Michail. "Non-Discrimination in International Law and Sovereign Equality of States: An Historical Perspective." *Houston Journal of International Law* 39, no 1 (January 15, 2017): 79-111.
- Salacuse, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Schefer, Krista N. *International Investment Law: Text, Cases and Materials*. Second Edition, Edward Elgar Publishing, 2016.

Schreuer, Christoph H. "Protection Against Arbitrary Or Discriminatory Measures." iç. *The Future Of Investment Arbitration*, editör Catherine A Rogers ve Roger P Alford. 183-198. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. erişim tarihi, Haziran 13, 2024. <https://sozluk.gov.tr/>.

Uzun, Elif. "Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 24, no. 1-2, (2004): 741-766.

Weiler, Todd. *Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Vandavelde, Kenneth J. *U.S. International Investment Agreements*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23 September 2010). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/193>.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (25 June 2001). erişim tarihi, Haziran 7, 2024. <https://www.italaw.com/cases/484>.

Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, Award (2 May 2018). erişim tarihi, Haziran 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/2080>.

Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, Award, ICSID Case No. ARB/95/3 (February 1999) . erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/508>.

Azurix Corp. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006). erişim tarihi, Temmuz 6, 2024. <https://www.italaw.com/cases/118>.

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award (28 July 2015). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1472>.

- BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award (24 December 2007). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/143>.
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/157>.
- Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Award (29 December 2004). erişim tarihi, Temmuz 12, 2024. <https://www.italaw.com/cases/238>.
- CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/281>.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8) Award (12 May 2005). erişim tarihi, Haziran 17, 2024. <https://www.italaw.com/cases/288>.
- Dan Cake S.A. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/12/9, Decision on Jurisdiction and Liability (24 August 2015). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1937>.
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18 August 2008). erişim tarihi, Temmuz 14, 2024. <https://www.italaw.com/cases/356>.
- Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award (27 March 2007). erişim tarihi, Temmuz 15, 2024. <https://www.italaw.com/cases/368>.
- EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009). erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/375>.
- Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Award (25 November 2015). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/380>.
- Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, erişim tarihi, Mayıs 23, 2024. <https://www.icj-cij.org/case/76>.
- Eli Lilly and Company v. Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Award (16 March 2017). erişim tarihi, Temmuz 5, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1625>.

- Enron and Ponderosa v Argentina, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/401>.
- Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award (19 August 2005). erişim tarihi, Temmuz 12, 2024. <https://www.italaw.com/cases/412>.
- Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Judgment of 4 December 1998. erişim tarihi, Mayıs 8, 2024. <https://www.icj-cij.org/case/96#:~:text=In%20its%20Judgment%20of%204,and%20that%2C%20consequently%2C%20it%20was>.
- Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, Final Award (12 November 2010). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/517>.
- Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic, SCC Case No. V 2015/095, Final Award (23 December 2018). erişim tarihi, Haziran 14, 2024. <https://www.italaw.com/cases/7138>.
- Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (22 April 2005). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/556>.
- Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability (14 January 2010). erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://www.italaw.com/cases/614>.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006). erişim tarihi, Haziran 7, 2024. <https://www.italaw.com/cases/621>.
- Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/08/1, Award (16 May 2012). erişim tarihi, Temmuz 22, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1134>.
- Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award (16 December 2002). erişim tarihi, Mayıs 17, 2024. <https://www.italaw.com/cases/435>.

- M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award (31 July 2007). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/662>.
- Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits (12 June 2008). erişim tarihi, Haziran 17, 2024. <https://www.italaw.com/cases/680>.
- Methanex Corporation v United States of America, UNCITRAL (NAFTA), Final Award (3 August 2005). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/683>.
- Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, (11 October 2002), erişim tarihi, Temmuz 3, 2024. <https://www.italaw.com/cases/715>.
- National Grid PLC v Argentine Republic, UNCITRAL, Award (3 November 2008). erişim tarihi, Temmuz 4, 2024. <https://www.italaw.com/cases/732>.
- Noble Ventures, Inc. v Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005). erişim tarihi, Haziran 7, 2024. <https://www.italaw.com/cases/747>.
- Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, SCC, Arbitral Award (16 December 2003). erişim tarihi, Temmuz 6, 2024. <https://www.italaw.com/cases/759>.
- Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration, Case No. UN 3467, Award (1 July 2004). erişim tarihi, Temmuz 16, 2024. <https://www.italaw.com/cases/767>.
- OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award (10 March 2015). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/2979>.
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008). erişim tarihi, Mayıs 8, 2024. <https://www.italaw.com/cases/857>.
- Ronald S. Lauder v. Czech Republic (Lauder), UNCITRAL, Final Award (3 September 2001). erişim tarihi, Haziran 21, 2024. <https://www.italaw.com/cases/610>.

- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (29 July 2008). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/942>.
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/961>.
- SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability (6 June 2012). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1456>.
- Sempra Energy International v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28 September 2007), erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1002>.
- Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1026>.
- Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/927>.
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Award (21 July 2017). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1648>.
- Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (7 June 2012). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1108>.
- Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, Award (12 June 2012). erişim tarihi, Temmuz 22, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1132>.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016). erişim tarihi, Temmuz 1, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1144>.
- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award (1 January 2009). erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1022>.

Waste Management Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No.ARB (AF)/00/3, Award (30 April 2004), erişim tarihi, Temmuz 3, 2024. <https://www.italaw.com/cases/1158>.

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

1965 tarihli BLEU-Fas Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Morocco BIT (1965)). erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1981 tarihli İngiltere-Malezya Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (UK-Malaysia BIT (1981)). erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1990 tarihli İngiltere-Arjantin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Argentina - United Kingdom BIT (1990)). erişim tarihi, Temmuz 7, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1990 tarihli Tunus-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Tunisia - United States of America BIT (1990)). erişim tarihi, Temmuz 2, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1991 tarihli Arjantin-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki taraflı Yatırım Andlaşması (Argentina - United States of America BIT (1991)). erişim tarihi, Temmuz 4, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1991 tarihli Çek Cumhuriyeti-Amerika Birleşik Devletleri Arasındaki İki taraflı Yatırım andlaşması (Czech Republic - United States of America BIT (1991)). erişim tarihi, Temmuz 2, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1992 tarihli Hollanda-Arjantin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Argentina- Netherlands BIT (1992)). erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1996 tarihli İtalya-Ürdün Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Italy -Jordan BIT (1996)). erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

- 1997 tarihli İtalya-Pakistan Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması (Italy-Pakistan BIT (1997)). erişim tarihi, Temmuz 8, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- 2003 tarihli Almanya-Çin Arasındaki İki Taraflı Yatırım Andlaşması. (*Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*) erişim tarihi, Temmuz 11, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- 2008 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Romanya Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. Anlaşmanın Türkçe metnine ulaşmak için bkz. erişim tarihi, Haziran 13, 2024. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://ticaret.gov.tr/data/5b8c002a13b87619c43c4314/Romanya.pdf>.
- Abs-Shawcross Taslak Sözleşmesi, 1959 (Abs-Shawcross Draft Convention (Draft Convention on Investments Abroad)). Taslak sözleşmenin İngilizce metni için bkz. UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium, Volume V*, United Nations 2000, UNCTAD/DITE/2(Vol.V) erişim tarihi, Haziran 18, 2024. <https://unctad.org/publication/international-investment-instruments-compendium-volume-v>.
- Amerika Birleşik Devletleri Model İki taraflı Yatırım Andlaşması, 2012 (2012 US model BIT) erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- Amerika Serbest Ticaret Anlaşması, 1992 (*North American Free Trade Agreement (NAFTA)*). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 13, 2024. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%2814%29.pdf>.
- Amerika ve Lüksemburg Arasında İmzalanan Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşması, 1962 (*United States of America and Luxembourg Treaty of Friendship, Establishment and Navigation*). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 7, 2024. https://tcc.export.gov/trade_agreements/all_trade_agreements/exp_005857.asp.

- Avusturya Model İki Taraflı Yatırım Andlaşması, 2008 (Model Austrian Model BIT (2008)) erişim tarihi, Temmuz 13, 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- Bogota Ekonomi Anlaşması, 1948 (*Economic Agreement of Bogotá, 1948*). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 19, 2024. <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-43.html>.
- Enerji Şartı Antlaşması, 1994 (*The Energy Charter Treaty*). Şartın Türkçe metni için bkz. erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.
- Havana Şartı, 1948 (*Havana Charter for an International Trade Organization, 1948*). Şartın İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Haziran 26, 2024. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-1-b&chapter=10&clang=_en.
- OECD Çok taraflı Yatırım Andlaşması Taslağı, 1998 (*Multilateral Agreement on Investment Draft Consolidated Text*). Andlaşma taslağının İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Temmuz 14, 2024. <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm/>.
- OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 1967. Andlaşma taslağının İngilizce metni için bkz. erişim tarihi, Temmuz 9, 2024. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0084#mainText>.

5346 SAYILI KANUNA DAYALI BAKANLIK ÇALIŞMALARI SONUCU YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAK ALANLARI TESPİTİ VE KULLANIM HAKKI YARIŞMASI

*Identification of Renewable Energy Resource Areas as a Result of
Ministry Studies and Tenders for Renewable Energy Resource
Areas Based on Law No. 5346*

Güven SÜSLÜ*

Öz

Yenilenemeyen yani fosil kaynaklar olarak adlandırabileceğimiz enerji kaynaklarının günümüzde başta iklim değişikliği olmak üzere çevresel birçok soruna yol açtığı tartışmasız bir gerçek olarak kabul edilmektedir. Öte yandan elektrik arzının güvenliği de önem taşıyan bir diğer konudur. Gerek arz güvenliği gerekse çevreyle uyum noktasında yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretimi ön plana çıkmaktadır. Ayrıca bu kaynakların fosil kaynaklara nazaran çevreye olan etkilerinin kabul edilebilir seviyelerde olduğu da ifade edilebilir. Türk mevzuatında 5346 sayılı Kanun Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na

* Doktor Öğretim Üyesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, guven.suslu@yasar.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3628-9032

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.08.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.11.2024.

Atıf/Citation: Süslü, Güven. "5346 Sayılı Kanuna Dayalı Bakanlık Çalışmaları Sonucu Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Tespiti Ve Kullanım Hakkı Yarışması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1890-1973.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



yenilenebilir enerji kaynak alanları oluşturma görevini vermiştir. Bu doğrultuda yenilenebilir enerji kaynak alanları tespiti iki şekilde gerçekleştirilmektedir.

- Yenilenebilir enerji kaynak alanlarının Bakanlık çalışmaları sonucu tespiti,
- Yenilenebilir enerji kaynak alanlarının bağlantı kapasitesi tahsis edilerek tespiti

Çalışmamız Bakanlık çalışmaları sonucu yenilenebilir enerji kaynak alanları tespiti ile sınırlı olarak bu süreçteki ihale usulünü irdelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdare, Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanı, İhale, Kullanım Hakkı Sözleşmesi, İklim Değişikliği.

Abstract

It is an undisputed fact that non-renewable energy sources, which we can call fossil resources, cause many environmental problems, especially climate change. On the other hand, the security of electricity supply is another important issue. Electricity generation based on renewable energy resources comes to the forefront in terms of both supply security and environmental compatibility. It can also be stated that the environmental impacts of these resources are at acceptable levels compared to fossil resources. In the Turkish legislation, Law No. 5346 assigned the Ministry of Energy and Natural Resources the task of creating renewable energy resource areas. Accordingly, renewable energy resource area creation is realized in two ways:

- Renewable energy resource area detection as a result of Ministry studies,
- Detection of renewable energy resource areas by allocating connection capacity.

Our study aims to examine the tender procedure in this process, limited to the determination of renewable energy resource areas as a result of the Ministry's studies.

Keywords: Administration, Renewable Energy Resource Areas, Tender, Right of Use Contract, Climate Change.

GİRİŞ

Enerji üretiminde kullanılan kaynaklar bakımından yenilenebilir enerji kaynakları ve yenilenemeyen enerji kaynakları ayrımı yapılmaktadır. Yenilenemeyen yani fosil kaynaklar olarak adlandırabileceğimiz enerji kaynaklarının günümüzde başta iklim değişikliği¹ olmak üzere çevresel birçok soruna yol açtığı tartışmasız bir gerçek olarak kabul edilmektedir. Uluslararası alanda başta Kyoto Protokolü, daha sonra da Paris Anlaşması² ile iklim değişikliğinin temel sebebi olan karbon salınımının³ azaltılması amaçlanmıştır.

Ülkemizde enerji alanında 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu⁴ temel düzenleme olarak kabul edilebilir. Anılan kanunun 1. maddesinde tüketicilerin kullanımına yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu elektriğin sunulması amacından bahsedilmektedir. Maddenin yeterli ve sürekli elektrik temini ile elektrik arz güvenliğini, çevreyle uyumlu elektrik temini ile de olumsuz çevresel etkileri dikkate aldığı görülmektedir. Gerek arz güvenliği gerekse çevreyle uyum noktasında yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretimi

-
- ¹ İklim değişikliği sera gazlarının yayılımı ile küresel ısınmanın ortaya çıkması ve küresel ısınmanın iklimde ürkütücü değişikliklere yol açması olarak ifade edilebilen bir çevre sorunu olarak tanımlanmaktadır. Nühket Turgut, *Çevre Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 1998), 4; Selahattin Erdoğan, "Enerji, Çevre ve Sera Gazları," *Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF Dergisi* 10, no.1 (2020): 277, 290.
 - ² Kyoto Protokolü'nün ikinci döneminin 2020 yılında sona erecek olmasından dolayı 2015 yılında 21. Taraflar Konferansı Fransa'nın Paris kentinde gerçekleştirilmiş ve Konferans sonunda 2020 yılından sonra geçerlilik kazanacağı öngörülen Paris Anlaşması kabul edilmiştir. Anlaşma'nın yürürlüğe girme koşulu olarak, 5 Ekim 2016 tarihi esas alınarak küresel sera gazı salınımının %55'ine yol açan asgari 55 taraf ülkenin anlaşmayı onaylaması belirlenmiş ve bu koşulun sağlanması ile 4 Kasım 2016'da yürürlüğe girmiştir. Anlaşma Türkiye tarafından 22 Nisan 2016 tarihinde imzalanmış, 06 Ekim 2021 tarih ve 7335 sayılı Kanunla Anlaşmanın onaylanması uygun bulmuş, adı geçen Kanun, 7 Ekim 2021 tarihli Resmî Gazetede² yayımlanmıştır. RG. 07.10.2021, S. 31621. Anlaşmanın yürürlük tarihi 4738 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 10.11.2021 olarak belirlenmiş ve Türkiye açısından Anlaşma bu tarih itibari ile yürürlüğe girmiştir.
 - ³ Fosil Yakıtların karbon salınımındaki payı 2022 yılı itibari ile 36 milyar ton olarak gerçekleşmiştir. Küresel Karbon Bütçesi Raporu (iklimhaber.org), erişim tarihi Ekim 14, 2024, <https://www.iklimhaber.org/fosil-yakit-kaynakli-emisyonlar-2022de-rekor-seviye-cikacak/>.
 - ⁴ Elektrik Piyasası Kanunu (6446), RG. 30.03.2013, S. 28603.

ön plana çıkmaktadır. Fosil kaynaklara dayalı üretimde bu kaynakların yenilenemez oluşu ve yeterli fosil kaynağa sahip olmama olguları birlikte değerlendirildiğinde elektrik arz güvenliğinin sağlanmasında yenilenebilir enerji kaynaklarının önemi görülmektedir. 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun⁵ (YEKA Kanunu) hedefleri arasında yer alan yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun amaçları ile bağdaştığı anlaşılmaktadır. Gerçekten 6446 sayılı Kanunda da yenilenebilir enerji kaynaklarının ekonomiye kazandırılması, kaynak çeşitliliğinin artırılması ve çevrenin korunması amaçlarından bahsedilmektedir.

YEKA Kanunu md. 4/1 ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) oluşturma görevi verilmiştir. Bu doğrultuda YEKA oluşturma iki yolla gerçekleşmektedir. Temel çerçevesi YEKA Kanunu tarafından çizilen YEKA tespitinin detayları Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği'nde⁶ (YEKA Yönetmeliği) düzenlenmiş olup Yönetmelik md. 5. YEKA tespitinin iki farklı şekilde gerçekleşmesini öngörmüştür:

-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Enerji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak çalışmalar sonucu YEKA tespiti

-YEKA amaçlı Bağlantı Kapasite Tahsisi Yarışması ve sonrasında yapılacak çalışmalar sonucu YEKA tespiti

Her iki usulün detayları YEKA Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Çalışmanın amacı Bakanlık çalışmaları sonucu YEKA tespit işlemi ve bu tespit yapıldıktan sonra Kullanım Hakkı Yarışma aşamasını irdeleyerek nihai olarak Kullanım Hakkı Sözleşmenin imzalanması ve bu sözleşmenin hukuki niteliğini ortaya koymak ve bu süreçte doğabilecek olası hukuki sorunları yargı kararları ile açıklamaktır. Bu doğrultuda öncelikle yenilenebilir enerji ve YEKA kavramlarına değinildikten sonra YEKA tespit işlemi yapım süreci ele alınacak Kullanım Hakkı Yarışması aşaması ve Kullanım Hakkı Sözleşmesi birbiri ile bağlantılı olarak incelenecektir. Çalışmamız üç ana bölümden oluşmakta ve nihai Kullanım Hakkı

⁵ Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun (5346), RG. 18.05.2005, S. 25819.

⁶ Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği, RG. 09.10.2016, S. 29852.

Sözleşmesi imzalanana kadar olan aşamalar sırası ile incelenmektedir. Özellikle belirtmek gerekir ki "YEKA Amaçlı Bağlantı Kapasite Tahsisi ile YEKA Tespiti" usulü, çalışmamızın kapsamı dışındadır. Kısaca değinmek gerekirse bu usulde Bakanlık tarafından belirli bir alan için bağlantı kapasitesi belirlenmekte ve bu kapasitenin yarışma usulü ile tahsisinden sonra YEKA tespiti işlemleri esas itibari ile *yarışmayı kazanan* tarafından gerçekleştirilmektedir. İki usul arasında YEKA'nın tespiti aşaması da farklı olup ilk usulde *önce* Bakanlık tarafından YEKA tespiti yapılmakta, ikinci usulde ise YEKA tespiti *en son aşamada* yarışmayı kazanan tarafından gerçekleştirilmektedir.

I. YENİLENEBİLİR ENERJİ VE YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAĞI

A. Yenilenebilir Enerji

Türk Dil Kurumu sözlüğünde yenilenebilirlik kavramı, "yenilenme ihtimali veya imkânı olan" şeklinde tanımlanmıştır. "Yenilenmek" ise "bir şeyin yerine yenisi konulmak" biçiminde ifade edilmiş iken⁷ yenilenebilir enerji için ise "Güneş, rüzgâr vb. kaynaklardan elde edilen enerji" tanımı yapılmıştır.⁸ Mevzuatımızda "yenilenebilir enerji" kavramının tanımı yapılmadığından Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanım, yenilenebilirliğe vurgu yapmaksızın sadece örnekleme yolu ile açıklama yaptığından uygun bir tanım değildir. Yenilenebilirlik kavramının sözlük tanımı, enerjinin yenilenebilirliği ile yerine yenisinin konulmasının kastedildiği sonucuna varmamıza yol açmaktadır. Yerine yenisinin konulması ise doğal yollardan olabileceği gibi biyokütle de olduğu gibi insan eliyle de gerçekleşebilir. Bu bağlamda yenilenebilir enerji kavramının tükenmemeden ziyade kaynakların yerine yenisinin konulabilirliğini esas aldığı söylenmelidir.

⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, erişim tarihi Ekim 14, 2024, sozluk.gov.tr.

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, erişim tarihi Mart 27, 2024, sozluk.gov.tr.

B. Yenilenebilir Enerji Kaynakları

Doğal bir çevrim sürecinde aynen kalabilen, kullanılmasına rağmen azalmayan, tükenmeyen enerji kaynakları yenilenebilir enerji kaynakları olarak tanımlanmaktadır.⁹ YEKA Kanunu md. 3/-8’de yenilenebilir enerji kaynaklarının tanımına örnekleme yolu ile yer verilmiş ve hidrolik, rüzgâr, güneş, jeotermal, biyokütle, dalga, akıntı ve gel-git gibi fosil olmayan enerji kaynakları olarak tanımlanmıştır. Görüleceği üzere tanım fosil olmayan enerji kaynaklarından hareket etmekte olup, fosil enerji ya da fosil yakıt, milyonlarca yıl yerin derinliklerinde kaya ve toprak altında kalmış, ısı ve basınç altında fosilleşmiş bitki ve hayvanlardan oluşan enerji kaynaklarını ifade etmekte ve fosil yakıtlar belirli bölgelerde ve sınırlı miktarda bulunmaktadır.¹⁰ O halde yenilenebilir enerji, temiz olmaktan ziyade sona ermeme, bitmeme ölçütünü esas almıştır.¹¹

Yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretiminde kullanılmasına ilişkin temel mevzuat 5346 sayılı YEKA Kanunu’dur. YEKA Kanunu md. 4. yenilenebilir enerji kaynak alanlarının belirlenmesinin temel çerçevesini çizmekle birlikte YEKA kavramını tanımlamamıştır. Kavramın tanımı YEKA Yönetmeliği md. 4/1-1 “*kamu ve hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda geliştirilebilir yenilenebilir enerji kaynaklarından en az birinin yüksek yoğunlukta bulunduğu alan/alanları*” şeklinde yapılmış ve konunun detayları da düzenlenmiştir. Öğretide ise YEKA için büyük çapta üretimin maliyet düşürücü etkilerini kullanılarak büyük ölçekte yenilenebilir enerji üretilen alan tanımı yapılmıştır.¹²

⁹ Erdem Koç ve Kadir Kaya, “Enerji Kaynakları-Yenilenebilir Enerji Durumu,” *Mühendis ve Makine* 56, no. 668 (2015):37, 47

¹⁰ Fosil yakıt kullanımının etkileri için bkz. Orhan Çoban ve Nazan Şahbaz Kılınc, “Enerji Kullanımının Çevresel Etkilerinin İncelenmesi,” *Marmara Coğrafya Dergisi*, no. 33 (2016): 589, 597.

¹¹ Yenilenebilir enerji üretirken de çevreye zarar verilmemesi gerektiği, yenilenebilirlik ile çevre dostu olmanın farklı anlamlara geldiği yolundaki düşünce için bkz. N. Münci Çakmak, *İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 140.

¹² Eli Pack, Bianca Christison, Dane Winch ve Lars Narushevich, “Renewable Energy Zones in Australia,” *IEEE Power & Energ Magazine* 19, no.5 (2021): 56, 58

II. YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAK ALANLARI VE TESPİTİ

A. Yenilenebilir Enerji Üretim Alanları

Yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretiminde payının artırılması pek çok avantajı bünyesinde barındırmakla birlikte bu avantajların sağlanması, üretimin sürat ve belirli hacimde yapılmasına bağlıdır. Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretimin yüksek maliyetli yapısı¹³ yatırımların hem hızını düşürmekte hem de birim başına maliyetin düşürülmesi noktasında üretim hacminin artırılmasını gerekli kılmaktadır. Buradaki sorun, yenilenebilir enerji kaynaklarının her yerde aynı nitelikte bulunmamasıdır. Nitelikli yenilenebilir enerji kaynağının bulunduğu sahaların yatırımcının mülkiyetinde olmaması, üretimin önünde bir set oluşturabilecektir zira yatırımcıya saha malikinin mülkiyet ya da intifa hakkı sağlaması ihtiyacı gündeme gelecektir. Bu bağlamda Danıştay ülkemizde enerji açığının acele kamulaştırma yapılmasına yönelik bir gerekçe oluşturacağına hükmetmiştir.¹⁴

Konunun bir diğer boyutu üretim hacminin istenen verimliliğe ulaşmayı sağlamasıdır. Ülkemizde halihazırda yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı lisanssız üretimde üreticinin kendi ihtiyacını karşılaması esastır. Nitekim YEKA Kanunu md. 6A "*kendi tüketim ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik enerjisi üreten lisanssız elektrik üretim faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler; ihtiyaçlarının üzerinde ürettikleri elektrik enerjisini iletim veya dağıtım sistemine vermeleri*" nden bahsederek bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Büyük hacimli üretimin ise enerji arz güvenliğinin önemi açısından lisansa dayalı olarak yapılması esastır. Nitekim 6446 sayılı Kanun md. 14/1-b gereği kurulu gücü bir megavatı aşan yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri lisans alma yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Bu hacimdeki üretimler için nitelikli yenilenebilir enerji kaynağı bulunan daha büyük coğrafi alanların gerekli olduğu söylenebilir.

¹³ Halil Alpay Öznazik, "Türkiye'de Yenilenebilir Enerji Kaynaklarına Dayalı Elektrik Üretimine Verilen Fiyat Desteklerinin İncelenmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz," *Fiscaoeconomia* 6, no.1 (2022): 161, 163.

¹⁴ Danıştay 6. Dairesi, 224/6285, 26.10.2015, aktaran Cenk Şahin, *Acele Kamulaştırma* (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 125.

Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretiminde yukarıda bahsedilen hususlar, yenilenebilir enerji üretiminin yapılabileceği alanların belirlenmesinde idarenin müdahalesini gerekli kılabilmektedir. Zira 1982 Anayasası md. 166 ile Devlete sanayinin yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlama görevi verilmiştir. Anayasal bu görevin bir görünümü olarak idare YEKA Kanunu md. 4/1 ile kamu ve Hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda yenilenebilir enerji kaynak alanları oluşturma görevi ile yükümlendirilmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretimde idare tarafından kaynak alanı tespiti zorunlu bir unsur değildir. Nitekim yenilenebilir enerji kaynaklarından olan rüzgar ve güneş enerjisine dayalı üretime yönelik yapılan önlisans¹⁵ başvurularında, 6446 sayılı Kanun'un md. 7/4-a ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin md. 16/4-b uyarınca üretim tesisinin kurulacağı sahanın maliki tarafından başvuru yapılması durumunda aynı saha için yapılan diğer başvurular reddedilecektir. Üreticinin mülkiyeti ya da kullanımında olan bir alan söz konusu olduğunda alan tespiti gereği doğmaksızın yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim mümkün olabilecektir. Ancak bu durumda yapılacak önlisans başvurusunda ilgili alana ilişkin ölçümlerin yapılması ve gerekli verilerin alınması gerekmektedir. Oysa Elektrik Piyasası Kanunu'nun md. 7/4-b'e göre 5346 sayılı Kanun md. 4 kapsamında YEKA olarak belirlenen alanlarda ölçüm verisi koşulu aranmamaktadır. O halde idarenin serbest piyasada yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretmek isteyen yatırımcıya bir saha sağlaması bu faaliyet için zorunlu bir ön koşul olmasa da yapılacak üretimde verimlilik elde etmeye yönelik tedbirler öngörüldüğü belirtilmelidir.

YEKDEM kapsamında değerlendirilme açısından üretim alanının YEKA tespiti kararı ile mi belirlendiği yoksa YEKA tespiti kararı olmaksızın yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretimi mi yapıldığı farklılık arz etmektedir. YEKA Kanunu md. 4/2 ile YEKA Yönetmeliği md. 14/1 YEKA olarak tespit edilen üretim alanında üretilen elektrik enerjisinin, şartnamede belirtilen süre boyunca

¹⁵ Önlisans, üretim faaliyetinde bulunmak isteyen tüzel kişilere, üretim tesisi yatırımlarına başlamaları için gerekli onay, izin, ruhsat ve benzerlerinin alınabilmesi için belirli süreli verilen izni ifade etmektedir. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği madde 4/1-vd, RG. 02.11.2013, S. 28809.

ve YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinde yer alan fiyat üzerinden, YEKDEM kapsamında değerlendirileceğini düzenleyerek farklı bir hukuki rejim öngörmüştür. İdarenin YEKA tespiti kararı ile belirlenen alanda yapılacak elektrik enerjisi üretimi, talep ve rıza aranmaksızın Yenilenebilir Enerji Kaynaklarını Destekleme Mekanizması (YEKDEM) kapsamında değerlendirilecektir. Oysa YEKA olarak belirlenmemiş bir alanda lisansa dayalı yenilenebilir enerji kaynağına dayalı elektrik enerjisi üretiminin YEKDEM kapsamına girmesi ise talep şartına bağlı olup YEKDEM kapsamında yer almak bunlar için bir zorunluluk değildir. Nitekim YEKA Kanunu md. 6/4 YEKDEM'e tabi olmanın Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na (EPDK) başvuru koşuluna tabi olduğunu, md. 6/10 ise YEKA Kanunu kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik enerjisi üreten ve YEKDEM'e tabi olmak istemeyen tüzel kişilerin, lisansları kapsamında serbest piyasada satış yapabileceklerini öngörmektedir.

B. Bakanlık Tarafından YEKA Oluşturulmasının Kamu Hizmeti Niteliği Açısından İrdelenmesi ve YEKA Tespiti Sürecindeki İşlemlerin Hukuki Niteliği

2019 ila 2023 yıllarını kapsayan "On Birinci Kalkınma Planı" yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminin artırılmasını ve bu kapsamda YEKA benzeri modeller ile yenilenebilir kaynakların elektrik enerjisi üretiminde daha yoğun kullanılmasını öngörmektedir.¹⁶

1. Bakanlık Tarafından YEKA Oluşturma Faaliyetinin Kamu Hizmeti Niteliği Açısından İrdelenmesi

YEKA Kanunu md. 4/1'de "*Bakanlık, yenilenebilir enerji kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, bu alanların ve bağlantı kapasitelerinin yatırımcılara tahsisiyle yatırımların hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi amacıyla kamu ve Hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda ilgili kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yer seçimi yapmak suretiyle yenilenebilir enerji kaynak alanları oluşturur.*" hükmüne yer verilmek suretiyle Bakanlık YEKA oluşturma ile görevli kılınmıştır. Bakanlığa verilen bu

¹⁶ ' On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)' Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, erişim tarihi Ekim 15, 2023, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf.

görevin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekmektedir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabulüne yönelik temel iki anlayış bulunmaktadır. Objektif kamu hizmeti anlayışı, belirli faaliyetlerin haiz oldukları bir takım özellik veya niteliklere bağlı olarak kamu hizmeti olarak kabulü temeline dayanmaktadır.¹⁷ Bu anlayış kamu hizmetini karşılıklı toplumsal bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz ve niteliği gereği tam olarak gerçekleştirilebilmesi ancak yönetici gücün devreye girmesiyle mümkün olması nedeniyle yönetenlerce sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetler olarak tanımlamaktadır.¹⁸ Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu iddiası kapsamında Anayasa kurallarına uygun olmak koşuluyla, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organının herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabileceğini kabul etmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağının bulunmadığını, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerektiğini, Anayasa yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti, olup olmadığının yasaya değil niteliğine bakılarak saptanabileceğini belirterek objektivist anlayışı kabul eden bir yaklaşım benimsemektedir.¹⁹ Belirtmek gerekir ki kamu hizmeti alanında kabul edilen virtüel kamu hizmeti anlayışı, objektivist anlayışa dayanmakta ve özel faaliyet olarak yürütülen, kamu yararını taşıyan faaliyetleri virtüel kamu hizmeti olarak kabul etmekte ve bu niteliğin idari yargı kararlarıyla açığa çıkacağını kabul etmektedir.²⁰ Danıştay özel okullar tarafından sunulan bir hizmete ilişkin vermiş olduğu kararda eğitim hizmetini “kamu görevi

¹⁷ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. I* (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 28.

¹⁸ Leon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, (Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923) 72, aktaran Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 32.

¹⁹ AYM, E. 1994/70, K. 1994/65, 22.12.1994 erişim tarihi Mart 29, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/101?EsasNo=2011%2F27>.

²⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 152.

karakterinde bir hizmet" olarak nitelemiş ve bu hizmetin özel teşebbüsler tarafından yürütülmesinin bu vasfını değiştirmeyeceğine hükmetmiştir.²¹

Yürütülen faaliyetin niteliğini esas alarak maddi ölçüt temelinde hareket eden objektivist anlayış, faaliyetlerin niteliklerine göre değil belirli bir dönemde ve yerde topluma egemen olan sosyal, siyasi ve ekonomik sisteme göre kamusal ya da özel faaliyet olarak ayrılabilmesi ve niteliği ne olursa olsun her türlü faaliyetin kamu hizmeti olmaya elverişli olduğu gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiştir.²² Bu doğrultuda subjektivist kamu hizmeti anlayışı kamu hizmetlerinin tanımlanmasında ya da belirlenmesinde yasa koyucunun iradesinin rol oynadığını ve tek belirleyici olan yöneticilerin iradesi olduğunu kabul etmektedir.²³ Yasa koyucu kamu yararı bulunduğuna karar vererek bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirebilir.²⁴ Öte yandan kamu hizmetinin tespitinden geçerli tek ölçütün hizmeti kuranların iradesi olduğu ileri sürülerek bu konuda örnek olarak Anayasa md. 47'de yer alan "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir." hükmü verilmiş ve özel teşebbüs tarafından yürütülen bir faaliyetin belirli bir zamanda "yasama organı kararıyla" kamu hizmeti niteliği kazanabildiği belirtilmiştir.²⁵ Temel olarak objektivist yaklaşımı benimseyen Anayasa Mahkemesi ise Anayasal kurallara uymak şartıyla, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, yasama organının herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti kurabileceğini ifade ederek subjektivist anlayışı

²¹ Dan. 12. D, E. 1967/ 518, K. 1967/ 1679, 23.10.1967, *Danıştay Kararları Dergisi* (Ankara: Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1968), 396

²² Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 304; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 331.

²³ Günday, *İdare Hukuku*, 332, Gaston Jeze, *Les principes generaux du droit administratif*, (Paris: Marcel Giard, 1930) 16, aktaran Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 39; Duran, *İdare Hukuku*, 304, Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı," *Anayasa Yargısı Dergisi* 8, (1991): 233, 235; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2012), 1047.

²⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. 2* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 265.

²⁵ Tan, *Kamu Hizmeti Yaklaşımı*, 233, 235

vurgulayan bir karar vermiştir.²⁶ Öte yandan Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir kararın²⁷ karşı oy yazısında da “Bir hizmetin 'niteliği gereği' kamu hizmeti olduğu anlayışı çağdaş demokratik hukuk ilkeleriyle bağdaştırılamaz. Bu itibarla somut Anayasa hükümleri dayanak gösterilerek bir Anayasal kamu hizmeti kategorisi yaratılarak ve bunların dışındaki kamu hizmetlerinin belirlenmesi veya kamu hizmeti olmaktan çıkartılması siyasi iradenin takdirine bırakılmalıdır.” denilmek sureti ile sübjektivist anlayışın açıkça dile getirildiği görülmektedir.

YEKA Kanunu md. 4/1’de yer alan “*Bakanlık, yenilenebilir enerji kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, bu alanların ve bağlantı kapasitelerinin yatırımcılara tahsisıyla yatırımların hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi amacıyla kamu ve Hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda ilgili kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yer seçimi yapmak suretiyle yenilenebilir enerji kaynak alanları oluşturur.*” hükmü dikkate alındığında yasama organının sübjektif kamu hizmeti anlayışı doğrultusunda YEKA tespitinde kamu yararı görererek bir kamu hizmeti niteliği verdiği anlaşılmaktadır. YEKA tespitinin kamu hizmeti olarak belirlenmesinde siyasi iradeyi kamu yararının bulunduğuna sevk eden temel etmenler, yenilenebilir enerji kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması ile tespit edilen alanların ve bağlantı kapasitesinin yatırımcılara tahsisi suretiyle yatırımların hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Belirlenen etmenler doğrultusunda Bakanlık YEKA oluşturma faaliyetini bir kamu hizmeti olarak üstlenmiştir.

YEKA Kanunu YEKA’ların Bakanlık tarafından oluşturulması ilkesini temel almıştır. Nitekim Kanun md. 4/1 kamu ve Hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda ilgili kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yer seçimi yapmak suretiyle yenilenebilir enerji kaynak alanlarının oluşturulmasının Bakanlık tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca gerek kamu ve Hazine taşınmazları gerekse özel mülkiyete konu taşınmazlarda oluşturulabilecek YEKA tespiti kararı tapu kütüğüne şerh verilecek ve oluşturulan YEKA özel

²⁶ AYM, E. 1985/ 7, K. 1985/22, 28.11.1985, erişim tarihi Ekim 15, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1985/22?EsasNo=1985%2F7>.

²⁷ Anayasa Mahkemesi Üyesi Hicabi Dursun Karşıoy Yazısı, AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, 05.07.2012, erişim tarihi Mart 29, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/101?EsasNo=2011%2F27>, 12-15.

mülkiyete konu ise şerhden itibaren üç yıl²⁸ içinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında kamulaştırma bedelinin tespitiyle Hazine adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemedен alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinecektir.²⁹ Öte yandan YEKA olarak tespit edilen alanda, yenilenebilir kaynak alanlarının kullanımını ve verimliliğini etkileyici imar planları düzenlenemez. Bu doğrultuda belirlenen YEKA'lar, imar planlarına işlenmek üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından re'sen ilgili mercilere bildirilir. Bu bağlamda Türk hukukunda YEKA tespitine ilişkin arazi planlanmasında yenilenebilir enerji kaynak alanlarına öncelik tanındığı belirtilmiştir.³⁰ Keza Kanun md. 4/3'e göre özel mülkiyete konu taşınmazların YEKA olarak belirlenmesi hâlinde, bu alanlar üzerinde 2942 sayılı Kanun uyarınca acele kamulaştırma yapılabilecektir.

Bakanlık tarafından YEKA tespitinde iki düzlemin birbirinden ayrılması gereklidir. Bunlar;

-YEKA Tespiti Düzlemi

-YEKA Olarak Belirlenen Alanın Kullanımı Düzlemidir.

Dikkat edilmesi gereken husus Bakanlık tarafından kamu hizmeti olarak üstlenilen hususun YEKA oluşturma faaliyeti olduğudur. Bakanlık tarafından oluşturulan YEKA üzerinde, bağlantı bölgesi ve bağlantı kapasitesinin tahsisi, daha açık bir deyişle kullanım hakkının ihale yolu belirlenen özel hukuk kişilerine "Kullanım Hakkı Sözleşmesi" ile kullandırılmasının hukuki niteliği ise ayrıca ele alınmalıdır. Bu faaliyetin hukuki niteliği aşağıda irdelenecektir.

Temel çerçevesi YEKA Kanunu tarafından çizilen YEKA tespitinin detayları YEKA Yönetmeliği'nde düzenlenmiş olup Yönetmelik md. 5'de YEKA tespitinin iki farklı şekilde gerçekleşmesini öngörmüştür:

²⁸ Anılan düzenleme şerh tarihinden itibaren altı ay süre öngören Kamulaştırma Kanunu madde 7/3 hükmüne bir istisna getirmektedir.

²⁹ Anılan düzenleme şerh tarihinden itibaren altı ay süre öngören Kamulaştırma Kanunu madde 7/3 hükmüne bir istisna getirmektedir.

³⁰ Onur Kaplan, "Türk Hukukunda İdarenin Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Enerjisi Üretimi Yönünden İşlevlerinin İrdelenmesi," *Yaşar Hukuk Dergisi* 5, no.2 (2022): 297, 313.

-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Enerji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak çalışmalar sonucu YEKA tespiti

-YEKA amaçlı Bağlantı Kapasite Tahsisi Yarışması ve sonrasında yapılacak çalışmalar sonucu YEKA tespiti

Aşağıda Bakanlık çalışmaları sonucu YEKA tespit sürecinin detaylarına geçmeden önce hemen belirtmek gerekir ki farklı usuller çerçevesinde gerçekleşen her iki tespit şeklinde de YEKA belirleme yetkisini haiz merci Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığıdır.

2. Bakanlık Çalışmaları Sonucu YEKA Tespiti Süreci ve Süreçte Yapılan İşlemlerin Hukuki Niteliği

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın çalışmaları sonucu YEKA tespiti gerek kamu ve hazine taşınmazları gerekse özel mülkiyete konu taşınmazların teknik çalışmalar ve hukuki işlemler sonucunda bir alanın YEKA olarak belirlenmesi esasına dayanmaktadır. Bu yöntemde bir alanın YEKA olarak tespiti öncelikle Aday YEKA olarak belirlenmesini gerektirmekte olup süreç özetle şu şekilde ilerlemektedir:

- Aday YEKA Tespiti
- YEKA Tespiti
- Kullanım Hakkı Yarışması
- Kullanım Hakkı Sözleşmesi

"Kullanım Hakkı Sözleşmesi" yapılana kadar olan sürecin zincirleme işlem özelliği arz ettiği ve her bir aşamadaki işlemin bir sonraki aşamadaki işlem ile zorunlu bir bağ³¹ içerisinde olduğu söylenebilse de bu zorunlu bağ şartı her bir halka işlemin zincir işleminden bağımsız varlıkları olmayacağı ve tek başlarına dava

³¹ Zincirleme işlem "belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem" olarak tanımlanarak nihai işlemle halka işlem arasında zorunlu bir bağın varlığının şart olduğu ifade edilmiştir. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Ankara: Danıştay Matbaası, 1990), 122-123.

konusu edilemeyecekleri³² anlamına gelmemektedir. Zira halka işlemlerin de başlı başına icrai nitelik taşımaları mümkündür.³³ Bu kabulü sağlayan ayrılabilir işlem teorisinin temeli de idarenin tek yanlı ve icrai nitelikteki tüm işlemlerinin iptal davasına konu edilebilmesidir.³⁴ Nitekim nihai işlem ortaya çıkmadan önce de halka işlemlerin iptal davasına konu olabileceği Danıştay tarafından alınan içtihadı birleştirme kararında belirtilmiştir.³⁵

Bakanlık çalışmaları sonucu YEKA tespiti sürecinin ilk aşaması Aday YEKA tespiti ile başlamaktadır.

a. Aday YEKA Tespiti

YEKA Yönetmeliği'nde öngörülen Aday YEKA tespiti işlemi, bir sahanın yenilenebilir enerji kaynağı potansiyeli açısından değerlendirilmesi sonucunda idari işlemle gerçekleşmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Aday YEKA tespiti kararı, YEKA tespiti kararı verilebilmesi için zorunlu bir hazırlık işlemi niteliğindedir. Bu işlemin bir önceleyen işlem olduğu söylenemez zira önceleyen işlemin başka bir idari birimin işlemi olması gerekmektedir.³⁶ Oysa gerek Aday YEKA tespiti işlemi gerekse YEKA tespiti işlemi aynı idari makamın - Enerji ve

³² Jacques Chevallier, *La Fonction Contentieuse de la Theorie des Operations Administratives Complexes*, AJDA, 1981, 332, 347, aktaran Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 129.

³³ Maurice Hauriou, *Principes de Droit Public* (Paris : L Larose et Tenin, 1910), 155, aktaran Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 122.

³⁴ Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 35.

³⁵ Yüksek Mahkeme Maliye Bakanlığı'nın nihai vergi terkinin işlemi ile ilgili olarak vermiş olduğu kararda yerel idare kurullarınca yapılan soruşturma üzerine zarar derecesi ve ilgili bulunduğu gelir kaynağını saptama işlemleri, Maliye Bakanlığı'nca diğer saptamalara ilişkin yapılan işlemler ile zararlar orantılı olmak üzere verginin kısmen veya tamamen terkinin işlemlerinin zincir işlemler olduğunu belirtmiştir. Yükümlüler; yerel idare kurulu kararını hukuka aykırı görürlerse onu dava konusu yapabilirler. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 1979/1, K. 1979/10, 28.06.1979, RG 12.06.1980, S. 17015.

³⁶ Önceleyen işlem, bir idari işlemin yapılabilmesi için bu işlemi yapmaya yetkili idarenin iradesini öncelemesi gereken ve sebep unsurunu oluşturan, farklı bir idarenin / idarelerin birbirini izleyen işlemleri olarak tanımlanmaktadır. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 316.

Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nun- işlemidir. Aday YEKA tespit işlemi Bakanlığın mevcut bilimsel ve teknik verileri esas alarak, alan üzerinde potansiyel kapasitenin belirlenmesi ve tahsisine yönelik Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi'nin (TEİAŞ)³⁷ bağlantı görüşü ve tahsisi kapsamında gerçekleştirdiği bir idari işlemidir. Bu doğrultuda yapılan işlemin öğretide danışmalı işlem³⁸olarak belirtilen işleme örnek olabileceği söylenebilir zira YEKA Yönetmeliği'nin 5/2-b ve c maddesi uyarınca işlemi yapma yetkisini haiz olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Enerji İşleri Genel Müdürlüğü'nün "Aday YEKA Olur" kararı, TEİAŞ'ın görüşü olmaksızın verilemez.

Bakanlıkça YEKA Tespiti işleminin hazırlık işlemi niteliği taşıyan Aday YEKA tespiti işleminin kesin ve icrai nitelikte olup olmadığının ortaya konulması ve bu sayede bu hazırlık işlemi aşamasında ortaya çıkan hukuka aykırılıkların nihai işlemden bağımsız olarak dava konusu edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aday YEKA tespiti işleminin bir hazırlık işlemi olduğu ve nihai YEKA tespiti işlemi ortaya çıktığında Aday YEKA tespiti işlemindeki hukuka aykırılıkların ileri sürülebileceği söylenebilirse de herşeyden önce hazırlık işlemi niteliğini haiz Aday YEKA tespiti işlemi her zaman nihai işlem olan YEKA tespit işlemini sonuçlandırmayabilir. Ayrıca aşağıda değinileceği üzere Aday YEKA kararı için belirlenen etki süresinin (azami 1 yıl) uzunluğu da dikkate alındığında

³⁷ Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kararname No:233, RG 18.06.1984, S. 18435. 233 sayılı KHK 4. maddede kamu iktisadi teşebbüslerinin tüzel kişiliği haiz olduğu belirtilmektedir. İktisadi Devlet Teşekkülü olan TEİAŞ'ın ana statüsünde tüzel kişiliği bulunduğu belirtilmesinin yanı sıra 3/6. maddesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğu da ifade edildiğinden kamu tüzel kişiliğinin bulunduğu anlaşılmaktadır. 'TEİAŞ Ana Statüsü', erişim tarihi Ekim 15, 2023, <https://www.teias.gov.tr/teias-ana-statusu>. Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun, Kanun No: 3046, RG. 09.10.1984, S. 18540. Nitekim 3046 sayılı kanununun 11. maddesinde de ilgili kuruluşların özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenleneceği belirtilmekte idi.

³⁸ Danışmalı işlem idarenin iradesi ortaya çıkmadan önce görüş alma zorunluluğu olan işlemleri ifade etmektedir. Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 52.

hazırlık işleminde var olan hukuka aykırılıkların nihai işlemi beklemeden ileri sürülebilmesi önem taşımaktadır.³⁹

“Aday YEKA Olur” kararı Enerji İşleri Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde ilan edilmektedir. Bu karar YEKA tespiti işlemi için zorunlu bir hazırlık işlemi olsa da icrai ve kesin bir idari işlem olduğunu düşünmekteyiz. İcrailik idarenin tek taraflı irade açıklaması ile hukuk dünyasında değişiklik yaratması ve başka kişilerin hukuki durumunu etkileyebilmesi⁴⁰, karşı tarafın rızası ya da mahkeme kararı gerekmeksizin tek yanlı irade açıklaması ile hukuki sonucun doğmasıdır.⁴¹ Aday YEKA tespit işlemi icraidir. Zira YEKA Yönetmeliği'nin 5/2-ç maddesi, ilan edilen Aday YEKA bilgilerinin ilgili saha üzerinde enerji mevzuatı kapsamında bir faaliyet yürütülmemesi ve kaynak verimliliğini etkileyecek imar düzenlemelerinin yapılmaması amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlara bildirileceğini düzenlemektedir. Aday YEKA tespiti işlemi ile hukuken Aday YEKA statüsü verilen alan üzerinde gerek enerji mevzuatı kapsamında bir faaliyetin yapılması gerekse kaynak verimliliğini etkileyecek imar düzenlemesi yapılmasının önlenmesi suretiyle tespit edici bu idari işlemle ilgili alanın daha önceden mevcut hukuki statüsünde sınırlandırıcı değişiklikler yapılmaktadır.⁴² Bu bağlamda Aday YEKA olarak tespit edilen bir saha sınırları içerisinde yer alan bir taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bulunan kişi, bu taşınmazı üzerinde enerji

³⁹ Nitekim öğretide hazırlık işleminin her zaman nihai işlemi sonuçlandırmayabileceği, her iki işlem arasında uzun süre bulunabileceği ve hazırlık işleminin nihai işlemten bağımsız olarak varlığını sürdürdüğü durumlar olabileceği ifade edilerek hazırlık işleminin hukuki etkisinden kurtulmak için iptal davası açılması gerekebileceği ifade edilmiştir. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 308.

⁴⁰ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 286.

⁴¹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 277.

⁴² Bu bağlamda nihai işlemlerin hazırlayıcısı niteliğinde veya bildirici ya da görüş belirtme biçiminde tespit edici işlemler yapılabilmekle beraber tespit edici işlemlerin doğrudan doğruya icrai olmayan işlemler kategorisine sokarak icrai olmayan işlem olarak düşünülmelerinin isabetli olmadığı vurgulanmıştır. Onur Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından Tespit Edici İşlemlerin Tanımlanması ve İdari İşlemler İçerisindeki Konumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 126. Yine idari işlemin icrai olması ile tespit edici olmasının farklı kavramlar olduğu, tespit edici işleme çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmış olabileceği belirtilmiştir. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 289.

mevzuatı kapsamında bir faaliyet yapmak üzere başvuruda bulunsa YEKA Yönetmeliği madde 5/2-ç hükmü gereği bu başvurusu reddedilecektir. Kaldı ki icrailik idari işlemin kişisel menfaati ihlal etmesinden farklı olup⁴³ idari işlemin araya başka bir idari işlem girmeksizin hukuk düzeninde etki yaratmaya elverişliliğini ifade etmektedir.⁴⁴

Aday YEKA tespit işlemi aynı zamanda kesin bir idari işlemdir. İdari işlemin kesinliği, yetkili idari makamın idari işleme yönelik iradesini ortaya koymasını ve yapılacak başka bir işlem kalmamasını ifade etmektedir.⁴⁵ Aday YEKA tespit işlemi kesindir zira Aday YEKA tespiti işlemi açısından irade açıklanmış, bu işlem yönünden yapılacak başka bir şey kalmamıştır. Bir sahanın Aday YEKA olarak tespiti ile Aday YEKA tespit edilen saha hakkında değerlendirme yapılması birbirinden farklı konulardır.

Aday YEKA tespit kararı verilmesinde oluşabilecek hukuki sorunlardan ilki, TEİAŞ'tan bağlantı görüşü alınmaması ve kapasite tahsisi yaptırılmamasıdır. Bahsedildiği üzere Aday YEKA tespiti işlemi danışmalı idari işlem niteliği taşımakla TEİAŞ görüşü bu tespit işlemi açısından "alınması zorunlu bir danışma işlemi"⁴⁶ niteliğini haizdir. Danışma usulü, idarenin bir işlem tesis etmeden önce başka bir idari makam ya da kuruldand görüş alması anlamına gelmekte olup⁴⁷ zorunlu danışma usulünde ise başvurma ve görüş alma zorunlu olsa da danışma organınca verilen görüş bağlayıcı değildir. Ancak bu başvurunun yapılarak görüş alınması zorunluluğuna uyulmaması ilgili idari işlem açısından usul sakatlığına yol açar. Alınması zorunlu danışma işleminin nihai işlemin hazırlığını oluşturduğu, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği taşımadığı gerekçesi ile tek başına dava konusu edilemeyeceği Danıştay tarafından kabul edilmektedir.⁴⁸ YEKA Yönetmeliği md. 5/2-b' de TEİAŞ'dan bağlantı görüşü alınması zorunlu

⁴³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 376.

⁴⁴ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 124.

⁴⁵ Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 46

⁴⁶ Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1-2 (2004): 253, 263.

⁴⁷ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku C. 1* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 341.

⁴⁸ Dan. 12. D. E. 1978/ 969, K. 1978/ 211, 08.02.1978, aktaran Kaya, "İcrai Olmayan İdari İşlemler," 264.

tutulup görüşün bağlayıcı olduğuna dair bir hüküm bulunmadığından Bakanlık açısından bağlayıcı olmadığı düşünülebilirse de YEKA Yönetmeliği md. 5/2-c' de "Alınan bağlantı görüşü çerçevesinde, Aday YEKA için detay çalışmalarının başlatılması için Genel Müdürlük Oluru alınır ve bu alan Genel Müdürlük internet adresinde Aday YEKA olarak ilan edilir" hükmü karşısında TEİAŞ'dan alınan görüşün bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hukuki sorunlardan diğeri, Aday YEKA tespit kararı verilmeden önce yapılacak ön değerlendirmenin mevcut haritalar, enerji potansiyel atlasları ve ölçüm verileri ile bilimsel çalışmalar kullanılarak, özetle bilimsel veriler çerçevesinde yapılmamasıdır. İdareyi bir alana ilişkin Aday YEKA tespiti yapmaya yönelten sebep unsuru açısından YEKA Yönetmeliği'nde açık bir düzenleme yoktur. Ancak idare hukukunda sebepsiz işlem olamaz ve her işlemin bir sebebinin bulunması zorunludur.⁴⁹ Bu bağlamda sebep unsuru yönünden takdir yetkisine girdiği söylenebilse de dayanılan sebebin kamunun ve hizmetin yararına olması gerekliliği⁵⁰ karşısında hangi alanların Aday YEKA olarak belirleneceği hususu idarenin -kamu ve hizmet yararına olduğu bilimsel verilerle desteklenen- takdir yetkisi dâhilindedir. Bilimsel verilere dayanmaksızın alınan ya da bilimsel verilerin aksine alınan bir Aday YEKA tespiti kararı sebep unsuru yönünden işlemin sakatlığı sonucunu doğurabilecektir. Yukarıda bahsedildiği üzere Aday YEKA olarak tespit edilen bir saha sınırları içerisinde mülkiyet hakkına konu bir taşınmazı olan kişi, bu taşınmazı üzerinde enerji mevzuatı kapsamında bir faaliyet yapmak üzere başvuruda bulunduğu anda, yapılan Aday YEKA tespit işleminin sebebinin, bilimsel veriler doğrultusunda ve bunlarla uyumlu olarak verildiğinin yargı organlarınca değerlendirilmesi gerekecektir. Öte yandan özel mülkiyete tabi olsa da böyle bir başvurunun olmadığı taşınmazların ya da kamu ve Hazine taşınmazlarının yer aldığı sahalarda birbirine yakın bilimsel verilerin bulunması halinde hangi sahanın Aday YEKA olarak belirleneceği hususu artık idarenin yerindelik yönünden değerlendirme yetkisi kapsamına girmektedir ve verilecek Aday YEKA tespiti kararının bu noktada yargı

⁴⁹ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 455; Günday, *İdare Hukuku*, 152; Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 103.

⁵⁰ Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 863.

denetiminin yapılması yerindelik denetimi yasağının ihlali anlamına gelecek, Aday YEKA tespiti kararının yargı kararı ile belirlenmesi sonucunu doğuracaktır.⁵¹

Aday YEKA tespiti kararının ilgili saha üzerindeki olası çevresel etkileri⁵² sebebi ile bir iptal davasının açılıp açılmayacağı da belirlenmesi gerekmektedir. Gerek özel mülkiyete konu saha gerekse kamu ve Hazine taşınmazlarının yer aldığı saha hakkında Aday YEKA tespiti kararının olası çevresel etkiler nazara alınarak mülkiyet hakkı sahibi ya da herhangi bir kişi tarafından iptal davası açılabilir. Zira işlem icrai ve kesin niteliktedir. Ancak iptal davası için elzem olan menfaat kavramı açısından da duruma bakılmalıdır. Mülkiyet hakkı sahibi kişi açısından olası çevresel etkiler saiki ile oluşan bir menfaatin söz konusu olduğu açıktır zira hak sahibi ile uyuşmazlık konusu arasında kişisel⁵³ bir menfaatin varlığı tartışmasız olduğu gibi yeterli bir ilginin⁵⁴ bulunduğu da ortadadır. Mülkiyet hakkı sahibi açısından menfaatin varlığı bizatihi mülkiyet hakkı ile sabittir. Aynı durum kamu ve Hazine taşınmazları için

⁵¹ İdari işlem niteliğini haiz kadroya atama işleminde atanacak kişinin yargı kararı ile gerçekleşmesinin mümkün bulunmadığı; aksi durumun yerindelik denetimi yasağının ihlali anlamına geleceği hakkında Dan. 2. D, E. 2021/15081, K. 2021/1336, 19.04.2021, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=2d-2021-15081.htm&kw='2021/1336'&cr=danistay#fm>.

⁵² Bir enerjinin yenilenebilir kaynağa dayanması ile çevresel açıdan temiz olması aynı anlama gelmemektedir. Yenilenebilir kaynağa dayanma üretilen enerjinin temizliğine bir karine olmadığı gibi temiz enerji temini için mutlaka yenilenebilir bir kaynağın zorunlu olduğu da söylenemez. Yenilenebilir enerji kaynaklarının olası çevresel etkileri için bkz. Güven Süslü, *Çevrenin Korunmasında Beyaz Enerjinin Rolü ve Yargısal Denetimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 175.

⁵³ Menfaatin kişiselliği, davaya konu olan işlemin davacıyı doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemesini ifade etmektedir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1872; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 245.

⁵⁴ İptal davasında ilgi bağı kavramı, subjektif ehliyeti kastetmekte olup, dava konusu edilecek idari işlemlerle menfaati ihlal edilmiş olan kişilerin dava açmaya ehil olduğunu ifade etmektedir. Onur Karahanoğulları, "Birel İşleme Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu," *AÜSBF Dergisi* 62, no.3 (2007): 201, 209.

değerlendirildiğinde ise Anayasa Mahkemesi⁵⁵ ve Danıştay⁵⁶, menfaat kavramını belirlemede mahkemeye erişim hakkı ile idarenin istikrarı ilkesi arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır. Yüksek Mahkemeler menfaatin varlığı için “proje alanında taşınmaz sahibi olmak” gibi somut ve katı kategoriler belirlemeyi Anayasanın 13. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirmektedir. Yine çevre gibi kamu yararı ile yakın bağlantısı olan konularda, iptal davalarının idarenin hukuka bağlılığını sağlamadaki önemi dikkate alınarak menfaat koşulunun belirlenmesi, Danıştay kararlarında yerleşmiş bir içtihat niteliği kazanmıştır.⁵⁷ Aday YEKA tespiti kararı, çevresel etkiler bağlamında bir menfaat ihlaline sebep olabilir zira bu karar YEKA tespiti kararı açısından zorunlu bir hazırlık işlemi olup ilgili saha hakkında YEKA olarak belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin bilimsel verilere dayalı bir değerlendirme içermektedir. Bu açıdan YEKA tespiti kararı verilmeden önce, henüz Aday YEKA kararı aşamasında bu karara karşı, çevresel etkiler yönünden bilimsel verilere aykırı bir değerlendirme yapılmış olması ihtimali dikkate alınarak iptal davası açılması mümkündür. Bu karara karşı iptal davasının açılması, verilecek YEKA tespiti kararının doğuracağı telafisi daha zor sonuçlar açısından önleyici bir işlevi de yerine getirecektir.

b. Aday YEKA Hakkında Değerlendirme Yapılması

Aday YEKA tespiti işlemi sonucunda Aday YEKA hakkında detay çalışmaları yapılabilmesi mümkün hale gelecektir. Detay çalışmaları ise bir değerlendirme sürecini ifade etmektedir. YEKA Yönetmeliği md. 5/2-d gereği Aday YEKA içerisinde, belirlenen enerji kaynağına dayalı elektrik enerjisi üretim tesisi kurulamayacak sahaların olup olmadığı hakkında ilgili kurum ve kuruluşlar

⁵⁵ AYM, Başvuru No:2016/13846, 05.03.2020, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/13846?BasvuruTarihiBaslangic=&BasvuruTarihiBitis=&KararTarihiBaslangic=05%2F03%2F2020&KararTarihiBitis=05%2F03%2F2020>.

⁵⁶ Dan. 6. D, E.2020/9865, K. 2020/11262, 19.11.2020, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-6-dsi-e-2020-9865-k-2020-11262-t-19-11-2020-cevresel-etki-degerlendirmesi-olumlu-kararinin-iptali-/4010162#>.

⁵⁷ Süheyla Suzan Gökalp Alıca, “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 139, (2018):165, 179.

nezdinde yapılan sorgulamalar⁵⁸ sonucunda Aday YEKA revize edilebilecektir. Bu revize edilme Aday YEKA tespiti işlemi oluşturan irade açıklamasında bir değişikliği⁵⁹ ifade etmektedir. Bu bağlamda eski Aday YEKA kararının yerini geleceğe yönelik olarak yenisi alacaktır.

Aday YEKA hakkında yapılan ilk değerlendirme teknik ve ekonomik analizi içermektedir. Bu kapsamda Aday YEKA alanında bağlantı kapasitesi ve kullanılabilir alanın belirlenmesi Enerji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmektedir. İkinci değerlendirme ise yatırıma elverişlilik noktasında yukarıda bahsedilen teknik ve ekonomik analiz sonucu elde edilen veriler ışığında yine Genel Müdürlük tarafından yapılmaktadır.

Aday YEKA hakkında değerlendirme süreci iki şekilde sonuçlanmaktadır. Bunlardan ilki Aday YEKA tespitine ilişkin kararın hükümsüz hale gelmesidir. Yapılan değerlendirme sonucunda Aday YEKA'nın Enerji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından uygun nitelikte olmadığı değerlendirilebilecek ve uygunsuzluk değerlendirmesine ilişkin verilen karar Aday YEKA statüsünü sona erdirecektir. Ayrıca YEKA Yönetmeliği'nin, ilgili sahanın Aday YEKA olarak Enerji İşleri Genel Müdürlüğü internet adresinden ilanından itibaren bir yıl içerisinde YEKA olarak ilan edilmemesinden bahseden md. 5/2-I bu süre sonunda sahanın Aday YEKA statüsünü kaybedeceğini ortaya koymaktadır. Nitekim hükümden, Aday YEKA tespit kararının 1 yıl süreli bir idari işlem olduğu sonucu çıkmaktadır. O halde süre sonunda YEKA kararı alınmamışsa Aday YEKA kararı kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır.⁶⁰Gerek uygunsuzluk değerlendirmesi gerekse bir yıllık sürenin sona ermesi hallerinde YEKA Yönetmeliği md. 5/2-ç doğrultusunda ilgili saha üzerinde

⁵⁸ Bu bağlamda özellikle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü tarafından Doğal Sit Alanları, Kesin Korunacak Hassas Alanlar, Nitelikli Doğal Koruma Alanları ile Sürdürülebilir Koruma ve Kontrollü Kullanım Alanlarında hidroelektrik santralleri kurulmasına ilişkin ilke kararı (RG. 12.08.2014, S. 29086), rüzgâr ve güneş enerji santrali kurulmasına dair ilke kararları (RG. 25.01.2017, S. 29959) Aday YEKA sahası alanında ilgili enerji kaynağına göre üretim tesisi kurulup kurulamayacağını ya da nerelerde kurulabileceğinin belirlenmesinde önem taşımaktadır.

⁵⁹ İdari işlemin değiştirilmesi, geleceğe yönelik kaldırılma ve yerine yenisinin yapılmasını ifade etmektedir. Duran, *İdare Hukuku*, 421.

⁶⁰ Sürenin dolması süreli idari işlemler açısından kendiliğinden sona erme sebebidir. Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 1209.

enerji mevzuatı kapsamında bir faaliyet yürütülmeyeceğine ve kaynak verimliliğini etkileyecek imar düzenlemelerinin yapılamayacağına dair Aday YEKA tespiti kararının ilgili alanın mevcut statüsünde yarattığı sınırlandırıcı değişikliklerin hükümsüz hale geleceği de YEKA Yönetmeliği md. 5/2-I'de zikredilmiştir.

Aday YEKA hakkında verilebilecek ikinci karar Enerji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından YEKA olarak tespit edilmesidir. Alınan bu karar Yönetmelik md. 5/2-h gereği Resmî Gazete'de ilan edilir ve Bakanlık tarafından, Çevre Düzeni Planları ve İmar Planlarına re'sen işlenmek üzere ilgili mercilere bildirilir. Bu kararlar da ilgili alanın Aday YEKA tespiti işlemi ile doğan Aday YEKA statüsü sona ermekte ve alan hakkında YEKA statüsü doğmaktadır.

c. YEKA Tespit Kararı Verilmesi ve Yapılacak İşlemler

Aday YEKA ilan edilen saha hakkında yatırım yapılabileceğinin değerlendirilmesi halinde Aday YEKA hakkında YEKA kararı alınarak Resmî Gazete'de ilan edilir. YEKA belirleme kararı Bakanlık tarafından YEKA belirleme yönteminde nihai idari işlem niteliğini haizdir. Nitekim YEKA Kanunu md. 4/1 gereği YEKA tespiti kararı tapu kütüğüne şerh verilecektir.

YEKA tespit kararı, hakkında verildiği sahanın hukuki statüsünde belirtildiği üzere değişiklik yaratmaktadır. Bu bağlamda belli duruma ilişkin olarak verilmesi itibari ile bireysel işlem; ilgili alanı önceden düzenlenmiş nesnel bir hukuki duruma sokması⁶¹ itibari ile de şart işlem özelliği arz etmektedir. Nitekim alınan bir YEKA kararının düzenleyici bir işlem olduğundan bahisle Danıştay'da iptali istemi ile açılan davada Danıştay, bir idari işlemin genel olması ile düzenleyici - kural koyucu- olmasının aynı şeyler olmadığını, işlemin kural koyucu olup olmadığını, salt bunları yapan idari makamların niteliklerine göre belirlenemeyeceğini, yapılan işlemlerin içerikleri ve doğurdukları hukukî sonuçların da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirterek sınırları ile köşe koordinatları gösterilen belirli alanların YEKA olarak ilan edilmesine ilişkin dava konusu işlemin, soyut, nesnel, sürekli ve genel kurallar koyan veya genel ilkeler

⁶¹ Günday, *İdare Hukuku*, 127.

belirleyen, yurt çapında uygulanan bir düzenleyici işlem niteliğinin bulunmadığını belirterek davanın işlemi tesis eden idarî merciin bulunduğu yer idare mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶² Danıştay'ın varmış olduğu sonuç doğru olmakla birlikte karar gerekçesinde “genel işlem” tabirinin kullanılması isabetli olmamıştır zira YEKA tespit kararı birel-koşul işlemin bütün özelliklerini taşımaktadır. Kararda da bahsedildiği üzere sınır ve köşe koordinatları ile somutlaştırılmış alanlar açısından, düzenleyici işlem niteliğini haiz YEKA Yönetmeliği'nde belirlenen YEKA statüsünün şartlarının gerçekleşmesi ile yeni bir hukuki statü doğmaktadır. Bakanlık tarafından YEKA tespiti yukarıda değinildiği üzere bir kamu hizmeti olup YEKA tespit kararına konu alanlar açısından ise kamu hizmetine tahsis söz konusu olacaktır. YEKA Kanunu madde 4/1'de kamu ve Hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda⁶³ yenilenebilir enerji kaynak alanları oluşturulmasından bahsedilmektedir. “Kamu ve Hazine taşınmazları” ibaresinin anlamını ortaya koymak için Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik⁶⁴ hükümlerinden yararlanmak elzemdir. Anılan Yönetmelik “Hazine taşınmazı” kavramını madde 3/1-ğ'de “Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler” olarak tanımlamıştır. YEKA Kanunu buna ilaveten 5346 sayılı Kanun md. 4'de “kamu taşınmazı” kavramını da kullanmakla aslında mülkiyet hakkının statüsüne ya da kamu tüzel kişilerinin mal üzerindeki yetkisinin niteliğine⁶⁵ bakmaksızın bütün kamu mallarının⁶⁶ YEKA

⁶² Dan. 13. D, E. 2022/1366, K. 2022/1190, 23.03.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2022-1366-k-2022-1190-t-23-3-2022>.

⁶³ Öğretide ormanlarında, kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilen park ya da piknik alanı gibi kısımları hariç, kamunun doğrudan kullanımına ya da bir kamu hizmetine tahsis edilmediğinden özel mal niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür. Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 938.

⁶⁴ RG. 19.06.2007, S. 26557.

⁶⁵ Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim* (İstanbul: Alfa, 1999), 13.

⁶⁶ Öğretide kamu hukuku ve özel hukuk rejimlerinden hangisine tâbi olursa olsun Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin uhdesinde bulunan tüm mallar geniş anlamda kamu malları veya doğrudan doğruya kamu malı olarak tanımlanmıştır. Celal Işıklar, “İdare İle Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki Bağlamında Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altında Olma,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no.2 (2023): 703, 707.

olarak belirlenmesine olanak tanımaktadır. Bu malların YEKA olarak tespitine karar verildiğinde idare bu malları YEKA tespiti kamu hizmeti için kullanılmak üzere hizmet malı olarak tahsis işlemi yapmak durumundadır. Bu tahsis işlemi konusunda yetki ise 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin⁶⁷ md. 101/1-ç⁶⁸ gereği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nun hizmet birimleri arasında yer alan Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nün yetkisindedir. Belirtmek gerekir ki bir amme emlakının bir kategoriden diğerine ya da bir hizmetten diğerine nakli de tahsis olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ YEKA olarak belirlenen taşınmaz, YEKA tespiti kamu hizmetinin ayrılmaz bir unsuru olduğundan⁷⁰ hizmet malı niteliği kazanacaktır.

YEKA Yönetmeliği'nin md. 5/1'de YEKA olarak ilan edilen alanda çalışmaların Bakanlık tarafından yapılabilmesi ve/veya yaptırılabilmesi için araziye ilişkin yetki sahibi olan kurum/kuruluşlar tarafından Bakanlığa ön yer tahsisi yapılacağı düzenlenmekte olup anılan madde hükmünde açıkça belirtilmese de gerek "yetki sahibi olan kurum/kuruluşlar" ifadesinin kullanılması gerek "ön yer tahsisinden" bahsedilmesi karşısında ilgili alanın kamu veya Hazine taşınmazı niteliğinde olduğunun kastedildiği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda alan üzerinde yetki sahibi olan kurum ya da kuruluş tarafından Bakanlık için ön yer tahsisi yapılacaktır. Maddede "ön yer tahsisi" tabirinin kullanılması Yönetmeliğin md. 5/1-k ile birlikte değerlendirildiğinde anlam ifade etmektedir. Nitekim YEKA Yönetmeliği md. 5/1-k YEKA'nın yatırıma hazır hale getirilebilmesi için Genel Müdürlük tarafından gerekli görülmesi halinde kaynak alanına ilişkin çevresel etki değerlendirme, jeolojik ve jeoteknik etütler, hâlihazır haritaların hazırlanması, parselasyon, imar çalışmaları ve elektrik iletim alt yapı çalışmalarının yapılmasından bahsetmektedir. Yatırıma yönelik bahsi geçen

⁶⁷ Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 10.07.2018, S. 30474.

⁶⁸ Madde 101/1-ç: "Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden kamu hizmeti için kullanılması gerekli olanları; kamu idarelerine tahsis etmek ve tahsis amacının ortadan kalkması veya amaç dışı kullanılması halinde tahsisi kaldırmak; tahsisi kaldırılan taşınmazlar üzerinde Hazine dışındaki kamu idarelerine ait yapı ve tesisleri tasfiye etmek, tasfiyeye ilişkin esas ve usulleri belirlemek."

⁶⁹ Onar, İdare Hukuku C. III, 1341.

⁷⁰ Gülan, *Kamu Malları*, 39.

çalışmaların yapılması olasılığına binaen öncelikle ilgili alan üzerinde bir ön yer tahsisi gerçekleştirilecektir.

YEKA tespit kararına konu olan alan özel mülkiyete konu bir alan ise YEKA Kanunu md. 4/1 gereği YEKA tespit kararının tapu siciline şerh verilmesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md. 10 gereği ilgili sahanın bu şerhten itibaren 3 yıl içerisinde kamulaştırma bedelinin tespitiyle Hazine adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemedен alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerhin tapu idaresince resen sicilden silinmesi söz konusu olacaktır. YEKA Kanunu md. 4/1 hükmünden kamulaştırmanın Bakanlık tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır. Bakanlık tarafından re'sen YEKA tespitinin yapıldığı bu yöntemde ilgili sahanın kamulaştırılmasının 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md. 1/2 kapsamında özel kişi yararına bir kamulaştırma olduğu söylenemez. Herşeyden önce YEKA sahasının kullanıcısı özel kişi henüz belirlenmemiştir. Öte yandan özel kişi yararına kamulaştırma ancak kanunun açıkça öngördüğü durumlarda yapılabilir.⁷¹ Oysa YEKA Kanunu bu yönde bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla burada özel kişinin talebi üzerine ve onun adına gerçekleşen bir kamulaştırma olmayıp Bakanlık tarafından doğrudan gerçekleştirilen bir kamulaştırma söz konusudur.

YEKA Kanunu md. 4/3 ile özel mülkiyete konu taşınmazların yenilenebilir enerji kaynak alanı olarak belirlenmesi hâlinde, söz konusu alanlar üzerinde 2942 sayılı Kanunun md. 27 uyarınca acele kamulaştırma⁷² yapılabileceğini düzenleme altına alınmıştır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda acele kamulaştırma yapılabileceğini düzenleme altına almıştır. Bu bağlamda YEKA Kanunu özel kanun niteliğini haizdir.⁷³ Ancak acele kamulaştırma

⁷¹ Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 71.

⁷² Acele kamulaştırma bir kamulaştırma türü olmayıp kamulaştırma süreci tamamlanmadan idareye verilen özel mülkiyete tabi taşınmaza müdahalede bulunma, kullanma veya el koyma yetkisidir. Gürsel, *Kamulaştırma*, 528

⁷³ Öğretide, özel yasa ile acele kamulaştırma yetkisi verilen hallerde, bu yetkinin sebebi ve koşullarının özel yasada düzenleneceği, böyle bir özel hüküm varken Cumhurbaşkanınca işin ivediliğine karar verilmesinin hukuka uygun olmadığı ifade edilmiştir. Gürsel, *Kamulaştırma*, 511.

öngörülen özel kanunda acele kamulaştırmanın somut koşullarının açıkça yer alması elzemdir.⁷⁴ YEKA Kanunu md. 4/3 ise ne bu konuda ne de acele kamulaştırmayı gerektiren olağanüstü durumların neler olduğu konusunda hiçbir düzenleme içermemektedir. YEKA Kanunu md. 4/3, 2942 sayılı Kanuna atıf yaptığından aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar verilen hallerde acele kamulaştırma yapmaya da izin vermektedir. Elbette gerek özel kanunda öngörülen olağanüstü durumlar gerekse Cumhurbaşkanınca aceleliğine karar verilen hallerde acele kamulaştırma yapılmasını gerektirecek olağanüstü durumun varlığının ve acelelik halinin somut olarak⁷⁵ ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda “özel kanunla öngörülen olağanüstü bir durum” koşulunu YEKA Kanunu’nun amacını düzenleyen md 1’de yer alan “yenilenebilir enerji kaynaklarının güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması, kaynak çeşitliliğinin artırılması, sera gazı emisyonlarının azaltılması, atıkların değerlendirilmesi, çevrenin korunması önemi ve yatırımların hızla gerçekleşmesi” düzenlemesinin oluşturduğu söylenebilir. Danıştay acele kamulaştırmaya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararının iptali istemi ile açılan bir davada acele kamulaştırma usulünün idareye kamulaştırma işlemlerinin neticelenmesini beklemeden kamulaştırılan taşınmaza el koyma imkânı tanıyan, istisnai bir kamulaştırma usulü olduğunu; taşınmazların bir an önce kullanılmasına ihtiyaç duyulan ve kamu düzenine ilişkin olarak acelelik halinin bulunduğu durumlarda, acele kamulaştırılması zorunlu bulunan taşınmazlara yönelik olarak gerekli tespitler yapıp, sebepleri de belirtilmek suretiyle başvuruda bulunulması ve bunun sonucunda da başvuruda bulunulan taşınmazlara yönelik inceleme yapılarak koşulların gerçekleşmesi halinde

⁷⁴ Gürsel, *Kamulaştırma*, 510, Bir örnek vermek gerekirse 6306 sayılı “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun madde 6 (2)’de “üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir.” hükmüne yer verilerek hem acele kamulaştırmanın koşulu hem de yetkili idari merciler belirtilmiştir.

⁷⁵ Onur Kaplan, “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda ‘Aceleliğine Karar Verilen Haller’ Bakımından Bir Değerlendirme,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no.1 (2018): 176, 184.

Cumhurbaşkanınca, taşınmazların acele kamulaştırılmasına karar verilebileceğini; hangi kamu hizmetleri için acele kamulaştırma yönteminin kullanılacağı, projenin ve hizmetin niteliği, mahalli veya ulusal ihtiyacın ivedilikle karşılanması gerektiği vb. hususlarının, kanunda öngörülen acele kamulaştırma koşullarını sağlayıp sağlamadığının her somut olayda yargı yerince denetlenmesi gerektiğini; ayrıca olağan kamulaştırma prosedürünün uzun yıllar sürmesinin, "*acelelik hali*" açısından yeterli bir dayanak teşkil edemeyeceğini belirterek kararın iptali yolunda verilen hükmü onamıştır.⁷⁶

III. YEKA KULLANIM HAKKI YARIŞMASI

A. Genel Olarak

Bakanlık tarafından YEKA olarak tespit edilen sahanın kullanılması "YEKA Kullanım Hakkı Yarışması" olarak adlandırılan özel bir ihale usulü sonucu gerçekleşmektedir. YEKA Kanunu ve YEKA Yönetmeliği'nde bu kavramın tanımı yapılmamış olup YEKA Yönetmeliği 4/1-k maddesinde YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi için yapılan "Bakanlık ile yarışmayı kazanan arasında imzalanan anlaşma" tanımından adı geçen yarışmanın sözleşmenin imzalanması için belirlenen idari usulü ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu idari usulün özel bir ihale usulü olma özelliği aşağıda irdelenecektir.

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafının seçilmesi sürecine ilişkin ihale işlemlerinde idarenin "iyi yönetim hakkı" nı temel alarak hareket etmesi gerektiği söylenmelidir. Bu noktada 1995 yılında faaliyete başlayan Avrupa Ombudsmanı, iyi yönetim kavramıyla ilgili "kötü yönetim" örnekleri ortaya koyarak kavramın mefhum-u muhalif yolu ile tanımlanmasına katkı yapmıştır. Avrupa Ombudsmanına göre, idari ihmal, yetkinin kötüye kullanılması, kayıtsızlık, hukuka aykırı işlemler, adaletsizlik, hizmet kusuru veya yetersizlik, ayrımcılık, kaçınılabılır gecikme, eksik bilgi verme veya bilgi vermeyi

⁷⁶ Dan. İDDK, E. 2022/663, K. 2022/865, 17.03.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/iddk-e-2022-663-k-2022-865-t-17-3-2022>.

reddetme, kötü yönetim kapsamı içinde yer almaktadır.⁷⁷ Bu bağlamda idare ihale sürecinde kötü yönetim örneği olabilecek bir işlemde bulunursa iyi yönetim hakkı ihlali karşımıza çıkacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “iyi yönetim” ilkesine atıf yaptığı bir kararında bu ilkenin, kamu yararı kapsamında bir konu hakkında kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmeleri gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁸ Anayasa Mahkemesi kamulaştırmamız el atma sonucu mahkeme kararı ile idare aleyhine hükmedilen bedelin ödenmemesi sebebi ile yapılan bireysel başvuru üzerine verdiği kararında aynı ilkeye atıf yapmıştır.⁷⁹

B. YEKA'ların Özel Kişilere İhale Yolu İle Kullanılması Faaliyetinin Hukuki Niteliği

Bakanlık tarafından YEKA tespiti faaliyeti kamu hizmeti niteliğini haizdir. Oluşturulan YEKA'lar üzerinde, bağlantı bölgesi ve bağlantı kapasitesinin tahsisi, daha açık bir deyişle kullanım hakkının ihale yolu belirlenen özel kişilere Kullanım Hakkı Sözleşmesi ile kullanılması faaliyetinin hukuki niteliği ise ayrıca ele alınmalıdır.

İdari makamların kendilerine verilen görevleri ifa etmeleri sonucu karşımıza çıkan idari faaliyetler ilk başlarda tamamen kamu hizmeti niteliğinde görülmüştür.⁸⁰ İdari faaliyet sahasının genişlemesi sonrası idari faaliyetlere ilişkin “kamu hizmeti” ve “kolluk” şeklindeki temel ayrıma ilaveten “özendirme-

⁷⁷ İyi yönetim hakkı pozitif hukukta açıkça ilk kez AB Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesinde düzenlenmiştir. Selman Karakul, “Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri,” *Ombudsman Akademik Dergisi* 3, (2015): 61, 91.

⁷⁸ AİHM, Krstic /Sırbistan, B.N.45394/06, erişim tarihi Ekim 14, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2245394%2F06%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-138888%22%5D%7D>.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, 2013/711, 03.04.2014, erişim tarihi Ekim 14, 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/711>.

⁸⁰ Onar, İdare Hukuku C. I, 13.

destekleme”, “planlama” ve “özyönetim”⁸¹ faaliyetleri ayrımlarının yapıldığı görülmektedir.⁸²

1982 Anayasası md. 49/2 Devlete, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma ödevini yüklemiştir. Öte yandan Anayasa md. 166 ile planlama yapma görevini haiz olan devlet yapılacak olan planda yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörmekle ve kaynakların verimli şekilde kullanılmasını hedef almakla zorunlu tutulmuştur. Yatırımları toplum yararı gereği öncelikli alanlara yöneltmek 1961 Anayasası’nda devletin ödevleri arasında belirtilmiş olup 1961 Anayasası md. 41/2’de “*iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, milli tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak devletin ödevidir.*” hükmüne yer verilmiş olup maddede bahsi geçen yatırımların hem özel kesim hem kamu kesimi yatırımlarını içerdiği ifade edilmiştir.⁸³ Bu durum 1982 Anayasası için de geçerli olup md. 166’da yer alan yatırım geliştirici tedbirler hem özel hem kamu kesimi yatırımlarını içermektedir. Maddede bahsi geçen planlama görevinde yatırım geliştirici tedbirlerin öngörülmesi ve kaynakların verimli şekilde kullanılması gerekliliği, devletin özel kesim yatırımlarını geliştirme ve bu anlamda destekleme görevi ile birlikte bu destekler için kamu kaynağı kullanımına dayanak oluşturmaktadır. Planlama ile destekleme arasında, destekleme uygulamaları ile özel kesimin plan amaçlarına uygun hareket etmesini sağlama şeklinde bir bağ bulunmaktadır.⁸⁴ Bahsedildiği

⁸¹ Günday, *İdare Hukuku*, 23.

⁸² Duran, *İdare Hukuku*; Günday, *İdare Hukuku*,21-23; Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, 68-72; Ulusoy idarenin faaliyetleri kamu hizmeti, kolluk ve özendirme, destekleme ve sübvansiyon faaliyetleri olarak sınıflandırmaktadır. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 499. Gözler ise idarenin faaliyetlerinin konu olarak çok çeşitli olduğu vurgulamakla beraber genellikle kolluk ve kamu hizmeti olarak iki grupta toplandığını ifade etmektedir. Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 251. İdarenin faaliyet türlerini kamu hizmeti ve kolluk olarak iki başlıkta inceleyen Gözübüyük ve Tan ise kamuya yararlı faaliyetlerin özendirme ve destekleme olarak üçüncü bir faaliyet türü olarak incelendiğini de kabul etmektedir. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C.1 Genel Esaslar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 567-568.

⁸³ Kazım Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası C. II* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966), 1985.

⁸⁴ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 342.

üzere “On Birinci Kalkınma Planı” kapsamında yer verilen YEKA benzeri modeller ile yenilenebilir kaynakların elektrik enerjisi üretiminde daha yoğun kullanılması amacı ile özel kesimin desteklenmesi söz konusudur.

Bakanlık tarafından YEKA tespiti kamu hizmeti, belirlenen bu sahada elektrik enerjisi üretimi amaçlı üretim tesisi kurma yatırımına temel oluşturmaktadır. Nitekim YEKA Yönetmeliği md. 5/2-k *yatırıma açılacak* YEKA'ların Bakanlık tarafından belirleneceğini düzenlemekle bu hususa işaret etmektedir. Bakanlık tarafından YEKA tespitinden sonra ihale süreci ile yürütülen ve sözleşme akdedilmesi ile sonlandırılan faaliyetler, özel kişilerin faaliyetlerinin, kamuya yararlı çıktılarını bulunan bir alana yönlendirilmesi niteliği taşımaktadır. İdare, bizzat belirlediği ve kullanımında YEKA Kanunu md. 1 doğrultusunda “yenilenebilir enerji kaynaklarının güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması”, “kaynak çeşitliliğinin artırılması”, “sera gazı emisyonlarının azaltılması”, “çevrenin korunması” ve “bu amaçların gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan imalat sektörünün geliştirilmesi” çıktılarını ile somutlaşan kamu yararı gördüğü alanlarda faaliyet göstermek üzere özel kişileri yönlendirmektedir. Belirtilen çıktılarının kamu yararı ile ilişkisi Anayasa Mahkemesince de kabul edilmiş ve Yüksek Mahkeme sera gazı salınımını düşürmeye yönelik yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımına öncelik verilmesinin doğanın korunmasında büyük önem taşıdığına vurgu yapmıştır.⁸⁵

Öğretide idarenin özendirme ve destekleme faaliyetleri arasında ayırım yapılmıştır. Özendirme idarenin kamu yararına olduğunu düşündüğü alanlara, doğrudan bir edim sunumu yapmaksızın, elde edebileceği bazı yararlı alanlardan vazgeçerek, belirli araçlar kullanılmak suretiyle özel kişilerin faaliyetlerini yönlendirmesi; destekleme ise kamuya yararlı görülen alanlara, kamu kaynağı aktarımı ile doğrudan edim sunulması karşılığında özel kişilerin faaliyetlerinin yönlendirilmesidir.⁸⁶ YEKA'ların özel kişilere kullandırılması, YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi'ne dayanmakta olup, bu kullandırmanın hukuki niteliği, “özendirme”, “destekleme” ve sözleşme kapsamında bir irdelemeyi zorunlu

⁸⁵ AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, 05.07.2021, erişim tarihi Şubat 9, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/101?EsasNo=2011%2F27>.

⁸⁶ Necip Taha Gür, İdari Faaliyetlerin Farklılaşması Boyutuyla Özendirme ve Destekleme Faaliyeti (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 65.

kılmaktadır. Bakanlık tarafından YEKA tespiti usulünde YEKA Kullanım Hakkı YEKA Yönetmeliği md. 4/1-j'de "Genel Müdürlük tarafından geliştirilen YEKA ve bu alan için tahsis edilen bağlantı kapasitesinin [...] Şartname ve YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi kapsamında kullanılması" olarak tanımlamıştır. Sözleşme, Yönetmelik hükümleri ve "özendirme" "destekleme" faaliyetlerinin tanımları birlikte ele alındığında özel kişi ile idare arasında oluşan hukuki ilişkinin çıktıları şu şekilde belirtilebilir:

-YEKA Kanunu md. 8'e göre orman vasıflı olan veya Hazinesinin özel mülkiyetinde ya da Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlardan bu Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik enerjisi üretimi yapılmak amacıyla tesis, ulaşım yolları ve şebekeye bağlantı noktasına kadarki enerji nakil hattı için kullanılacak olanlar hakkında Çevre ve Orman Bakanlığı veya Maliye Bakanlığı tarafından bedeli karşılığında izin verilir, kiralama yapılır, irtifak hakkı tesis edilir veya kullanma izni verilir. Ayrıca bu amaçlarda kullanılacak olan taşınmazların 4342 sayılı Mera Kanunu kapsamında bulunan mera, yaylak, kışlak ile kamuya ait otlak ve çayır olması halinde, 4342 sayılı Mera Kanunu hükümleri uyarınca bu taşınmazlar, tahsis amacı değiştirilerek Hazine adına tescil edilerek Maliye Bakanlığı tarafından bedeli karşılığında kiralama yapılır veya irtifak hakkı tesis edilir.

Gerek madde hükmünde geçen "tahsis" kavramı gerekse YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmelerinde⁸⁷ "YEKA'nın Şartname'de belirtilen usullere göre tahsis edilmesi" ifadesinin kullanılması "kamu malının tahsisi" şeklinde bir anlam çıkarılmasına müsaittir. Tahsis kavramı "bir devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya bir amme hizmetine bağlayan, diğer tabirle, hususi emlaki orta mal veya hizmet malı kategorisine koyan veya amme hizmetinin vasıtası haline getiren bir idari tasarruf" şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁸ Bu bağlamda tahsis, bir malın kamu malı statüsüne girmesinin temel ölçütüdür.⁸⁹ Oysa YEKA kullanımında Mera Kanunu kapsamına giren yerlerde tahsis amacı

⁸⁷ Örnek Sözleşme taslağı, "YEKA GES-5 Sözleşme Taslağı", erişim tarihi Kasım 14, 2023, <https://enerji.gov.tr> < <https://enerji.gov.tr/medya-duyurular-liste>.

⁸⁸ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. II* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1340.

⁸⁹ Gülan, *Kamu Malları*, 102.

değiştirilerek Hazine adına tescil yapılması Mera Kanunu md. 4/1 gereği devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bu yerlerin Hazinesinin özel statüsüne girmesine yol açar. Zira Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik md. 4/1-g'de Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz kavramı, tapuda Hazine adına tescilli taşınmazlar olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda YEKA kullanımında geçen "tahsis" kavramının yararlanma hakkının verilmesi anlamında kullanıldığı kanaatindeyiz. Nitekim öğretilerde tahsis kavramının kamu mallarından yararlanma hakkı verilmesi anlamında da kullanıldığı ifade edilmiştir.⁹⁰ Tesis alanı orman vasıflı ise 6831 sayılı Orman Kanunu md. 17/3 gereği bedeli mukabili Tarım ve Orman Bakanlığı⁹¹ tarafından yapım izni verilebilir. Hazinesinin özel mülkiyetinde olan alanlar ile devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler "Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik" kapsamına girerse⁹² ve kiraya verme, irtifak hakkı kuma ve kullanım izni verilmesinde ihale usulü geçerli olsa da⁹³ Yönetmelik md. 76/5'de kanunlardaki ve diğer ilgili mevzuattaki özel hükümlerin saklı olduğu belirtildiğinden YEKA Kanunu md. 8 bu bağlamda özel hüküm niteliğini haizdir. Dolayısıyla hazinenin özel mülkiyetinde ya da devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler ihale olmaksızın YEKA Kanunu kapsamında izne, kiralamaya irtifak hakkı tesisine veya kullanma iznine tabi olabilecektir.

Belirtilen alanlarda YEKA sözleşmesinin karşı tarafı olan özel hukuk tüzel kişisine sağlanan yararlanma hakkı, "özel kural yararlanma" niteliğini haizdir.⁹⁴

⁹⁰ Gülan, *Kamu Malları*, 102. Bu duruma örnek düzenleme olarak "Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un" 11/3. maddesindeki "Pazaryerlerindeki satış yerleri tahsis yoluyla işletilir. Tahsis, satış yeri bulunmayanlara öncelik verilmek suretiyle belediye encümeni tarafından yapılır ve belediye meclisince her yıl belirlenecek tarifeye göre ücret tahsil edilir." hükmü örnek verilebilir.

⁹¹ 6831 sayılı Kanunda "Çevre ve Orman Bakanlığı" ifadesi yer almaktadır.

⁹² Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik madde 2: "Bu Yönetmelik; tarihî ve bediî değeri olan taşınmazlar hariç olmak üzere, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri kapsar."

⁹³ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, Üçüncü Kısım madde 58 vd.

⁹⁴ Burada özel yararlanma usulü olduğu yönünde görüş için Pınar Yağcı, *Rüzgâr Enerjisinin İdare Hukuku Açısından İncelenmesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 62. Öğretilerde bu tür yararlanmalara, özel kullanım türleri tasnifinde normal kullanımlar, Gustave Peiser, *Droit*

YEKA olarak belirlenen alan işletmek amacıyla yararlanmaya konu olmaktadır.⁹⁵ YEKA tespit edilen alan YEKA tespit kamu hizmetine özgülenmiş bir hizmet malı niteliğini haiz olmakla tahsisin gerçekleşmesi için YEKA sözleşmesinin karşı tarafına tahsis amacına uygun bir yararlanma imkânı tanınması gereklidir.⁹⁶ Yararlanma hakkının tanınması YEKA Sözleşmesi'nde öngörülen bir yükümlülüktür. Nitekim YEKA Sözleşme taslaklarında idarenin, YEKA Yönetmeliği, şartname ve sözleşmede belirtilen ve sorumluluğu altında olan iş ve işlemleri YEKA Proje Belgeleri hükümlerine uygun olarak yapmakla yükümlü olduğu belirtilmekte ve "İşin Konusu" tanımlanırken "ilgili YEKA'nın şartnamede belirtilen usullere göre tahsis edilmesi"nden bahsedilmektedir. Ancak bu yararlanma hakkının tanınması konusundaki yükümlülük ile ilgili olarak Rüzgar Enerji Santrali (RES) ve Güneş Enerji Santrali (GES) şartname taslaklarında gerekli tüm onay, izin, ruhsat ve benzerlerinin alınmasının yarışmayı kazananın sorumluluğunda olduğu, Bakanlığın YEKA'nın RES ya da GES'in yatırıma hazır hale getirilmesi, kurulması ve işletmeye alınması için kamu kurum ve kuruluşlarından ilgili mevzuatı uyarınca alınması gereken tüm izin ve onay yazılarının süresinde alınabilmesi için yarışmayı kazanan ile iyi niyet çerçevesinde iş birliği yapacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda YEKA Sözleşmesi'nin konularından birisi olan yararlanma hakkının tanınmasına ilişkin yetki YEKA

administratif des biens, Paris, Dalloz, 2000, 41, aktaran Gözler, *İdare Hukuku C. 2*, 1029; ya da malın tahsis cihetiyle uyuşan kullanımlar da denilmektedir. Rene Chapus, *Droit administratif general*, Paris, Montchrestien, c. 2, 2001, 492, aktaran Gözler, *İdare Hukuku C. 2*, 1029.

⁹⁵ Öğretide belirtildiği üzere "işletme hakkı" kavramı, geniş anlamda sadece bir işletmeyi işletme hakkını değil, ortada bir işletme bulunmasa dahi bir şeyin ekonomik değerlerinden yararlanma hakkını da kapsamına almaktadır. Taner Ayanoğlu, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri," *İÜHFM* 65, no.1 (2007): 3, 4. Bu bağlamda YEKA Yönetmeliği madde 5/2 uyarınca hali hazır haritalar, enerji potansiyel atlasları ve ölçüm verileri ile bilimsel çalışmalar kullanılarak ön değerlendirmelerin yapılması, Aday YEKA üzerinde, gerekmesi halinde kaynak türüne göre yeterli sayıda enerji amaçlı ölçüm istasyonları kurulması, yeterli sürelerde alınan enerji amaçlı ölçüm verileri kullanılarak gerekli teknik ve ekonomik analizlerin yapılması ve bunların sonucunda belirlenen kaynak potansiyeli ve tahmini birim elektrik enerjisi üretim maliyeti dikkate alınarak Aday YEKA üzerinde yatırım yapılıp yapılamayacağı hususunda değerlendirme yapılarak YEKA tespitine gidilmesi, bu alanların bir ekonomik değer olarak kabulünü ve bu değerden yararlanmayı da sonuçlamaktadır.

⁹⁶ Gülan, *Kamu Malları*, 206.

Kanunu md. 8 gereği orman vasıflı alanlarda Tarım ve Orman Bakanlığı'na, Hazinesin özel mülkiyetinde ya da devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerde ise Milli Emlak Müdürlüğü'ne aittir. Zira kural olarak kamu malının idaresi ve yararlanma hakkı tanınması yetkisi kamu malı hangi kamu tüzel kişisinin patrimuanında yer almaktaysa ona aittir.⁹⁷ Yararlanma hakkının tanınma şekli açısından ise ortada bir şartnamenin ve imza edilmiş sözleşmenin bulunması yararlanma hakkının sözleşme ile verildiği anlamına gelmediği belirtilmiştir.⁹⁸ Kanaatimizce yararlanma hakkı YEKA Sözleşmesi ile doğmakta ve yararlanma hakkının gereği olan yükümlülükler YEKA Kanunu md. 8 gereği Sözleşme tarafı olmayan idari makamların tek taraflı işlemleri ile ifa edilmektedir. Nitekim bu idari makamlar imzalanmış bir YEKA Sözleşmesinin doğurduğu yükümlülükleri tek taraflı işlemler ile ifa ederek yararlanma hakkının kullanılmasına imkân tanımaktadırlar.

YEKA Kanunu md. 8/1 izin verme, kiralama, irtifak hakkı tesisi veya kullanma izni verilmesinin bedeli karşılığı yapılacağını söyleyerek destekleme faaliyeti olmadığı izlenimi yaratsa da Kanun md. 8/3 *"Bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla işletmede olanlar dâhil, 31/12/2025 tarihine kadar işletmeye girecek bu Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesislerinden, ulaşım yollarından ve lisanslarında belirtilen sisteme bağlantı noktasına kadarki TEİAŞ ve dağıtım şirketlerine devredilecek olanlar da dâhil enerji nakil hatlarından lisans tarihinden itibaren on yıl boyunca izin, kira, irtifak hakkı ve kullanma izni bedellerine yüzde seksenbeş indirim uygulanır."* hükmü ile süreli indirim şeklinde bir destek öngörmektedir.⁹⁹ Bu bağlamda YEKA olarak belirlenen alanların tahsis amacına uygun özel yararlandırılmasının "arazi teşviki" uygulaması olarak kabulü mümkündür.¹⁰⁰

⁹⁷ Gülan, *Kamu Malları*, 223.

⁹⁸ Gülan, *Kamu Malları*, 216.

⁹⁹ Söz konusu indirim, 5346 Sayılı Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasını teşvik amacı taşımakta olup, anılan tesislerin bir an önce işletmeye geçirilmesini özendirilmektedir. Dan. 13. D, E. 2017/2444, K. 2022/4316, 22.11.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2017-2444-k-2022-4316-t-22-11-2022>.

¹⁰⁰ İ. Yılmaz Aslan, *Enerji Hukuku C. II, Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon* (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2008), 314.

-YEKA'larda oluşturulan üretim tesislerinde yurt içinde üretim ya da yerli malı kullanımı, bağlantı bölgesi bazında bağlantı kapasitesinin kullanımının ön koşuludur. Zira YEKA Yönetmeliği md. 2 yönetmeliğin kapsamını düzenlerken “*tahsis edilen bağlantı kapasitesinin yurt içinde üretim ve/veya yerli malı kullanım şartı ile kullandırılması*” ndan bahsetmektedir. Yerli aksam kullanma zorunluluğu ile idare yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretim tesislerinde yerli aksam kullanımının sağlayacağı kamu yararını dikkate alarak, ithal aksam kullanımının sağlayacağı -muhtemel mali gelirler gibi- yararlardan vazgeçmekte ve kamu yararı gördüğü alana yönlendirme yapmaktadır. YEKA'nın tahsisi yerli aksam koşuluna bağlanarak “özendirme” faaliyeti gerçekleşmekte,¹⁰¹ bu özendirme çerçevesinde gerçekleştirilen üretim ise YEKDEM kapsamında desteklenmektedir. Öğretide yatırımlarda yerli ürün kullanımının YEKA Kanunu ile getirilen bir teşvik niteliği taşıdığı ifade edilmektedir.¹⁰² Bu konuda bir ayırım yapılması elzemdir. Bakanlık tarafından oluşturulan bir YEKA'da YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi kapsamında kurulacak elektrik enerjisi üretim tesisleri ile YEKA kapsamında yer almayan ancak YEK belgesini haiz, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretim tesislerinin hukuki rejimi farklıdır. Bakanlık tarafından oluşturulan bir YEKA'da YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi kapsamında kurulacak elektrik enerjisi üretim tesisleri 5346 sayılı Kanunun md. 6/B'de düzenlenen yerli ürün desteğinden yararlanamazlar. Nitekim YEKA Yönetmeliği md. 14/4 YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi kapsamında kurulacak elektrik enerjisi üretim tesisleri için ayrıca 5346 sayılı Kanun kapsamında yerli ürün desteği uygulanmayacağını düzenleme altına almıştır. Bu bağlamda yerli ürün kullanımı YEKA'lar açısından bir teşvik uygulaması sayılamaz. Kaldı ki

¹⁰¹ Yerli malı kullanımının “özendirme” olduğu yönünde görüş için bkz. Kaplan, “*Yenilenebilir Enerji*,” 320

¹⁰² Derya Şencan, “Yenilenebilir Enerjide Türkiye'nin Dünyadaki Yeri ve Uygulanan Teşviklerin Değerlendirilmesi,” *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 15, no. 3 (2022): 693, 701; Çağkan Aydoğdu, “Yenilenebilir Enerji Sektöründe ve Enerji Verimliliğinde Kamusal Destekler ve Türkiye'de Yansımaları,” *Akademik İzdüşüm Dergisi* 6, no. 1 (2021): 52, 66; Zeynep Nihal Aydınoglu, *Türk ve Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 217. Turgay Berksoy ve Dilek Akbaş Akdoğan, “Yenilenebilir Enerjide Kamu Politikaları ve Türkiye,” *Journal of Life Economics* 5, no. 3 (2018): 19, 27.

teşviğin esas istemin varlığıdır.¹⁰³ Nitekim Danıştay da yerli katkı ilavesinden yararlanmanın isteme bağıllığına işaret etmektedir.¹⁰⁴ Yerli ürün desteğinin detaylarının düzenlendiği Yerli Aksam Yönetmeliği¹⁰⁵ de md. 7 Bakanlığa başvuru zorunluluğunu öngörmektedir. Bu minvalde YEKA'larda yerli ürün kullanımı bir zorunluluk arz ettiği için teşvik olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

-YEKA Kanunu md. 4/2 uyarınca YEKA'larda kurulacak üretim tesisleri için Bakanlık tarafından Türk lirası olarak belirlenecek tavan fiyat üzerinden teklif edilecek en düşük fiyat, söz konusu yenilenebilir enerji kaynak alanı için yarışma şartlarında belirlenecek süre boyunca Yenilenebilir Enerji Destek Mekanizması (YEKDEM) kapsamında uygulanır. Her ne kadar öğretilerde "alım garantisi" olarak adlandırılrsa da¹⁰⁶ YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinin tarafı olan idare, Sözleşme ve Şartname taslaklarında da görüldüğü üzere üretilecek elektrik enerjisinin, alım süresince ve tesisin kısmen işletmeye girdiği tarih itibarıyla YEKDEM kapsamında değerlendirilmesini ve bedelinin Şartname ve Sözleşme hükümlerine göre 3'er

¹⁰³ Tayfun Akgüner, *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri* (İstanbul: Formül Matbaası, 1970), 234.

Dan. 13. D, E. 2013/851, K. 2017/1061, 18.04.2017, <https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2013-851-k-2017-1061-t-18-04-2017/3044289/>. Dan. 13. D, E. 2015/112, K. 2021/3100, 30.09.2021, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2015-112-k-2021-3100-t-30-9-2021>.

¹⁰⁵ RG. 28.05.2021, S. 31494. Konuyla ilgili Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Enerjisi Üreten Tesislerde Kullanılan Yerli Aksamın Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik, Yerli Aksam Yönetmeliğinin 10. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰⁶ Şencan, "Yenilenebilir Enerji," 700; Öğretilerde YEKA Yönetmeliğinin 14. maddesi gereği Bakanlığın YEKA'larda üretilecek elektrik enerjisini Şartnamede belirtilen süre boyunca ve Sözleşmedeki fiyat üzerinden YEKDEM çerçevesinde satın almayı taahhüt ettiği belirtilerek bu durum Bakanlığın Sözleşme gereği bir yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir. Yağcı, *Rüzgâr Enerjisi*, 61. Oysa YEKA Yönetmeliği 14. maddede Bakanlığın satın alma taahhüdü bulunmamaktadır. Madde YEKA'larda üretilen elektrik enerjisinin Şartnamede belirtilen süre boyunca ve YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinde yer alan fiyat üzerinden, YEKDEM kapsamında değerlendirileceğini düzenlemektedir. Uygulamada yapılan sözleşmelerde ise İdare, üretilecek elektrik enerjisi için yarışma sonucunda oluşan ve sözleşmede yer alan birim elektrik enerjisi alım fiyatının Şartname'de belirtildiği şekilde güncellenmesiyle oluşan birim elektrik enerjisi alım fiyatının yine Şartname'de belirtilen Alım Süresi boyunca YEKDEM kapsamında ödenmesini taahhüt edererek elektrik enerjisinin bu doğrultuda değerlendirilmesini taahhüt etmektedir.

(üçer) aylık dönemler halinde belirlenecek birim elektrik enerjisi alım fiyatı üzerinden *ödenmesini taahhüt etmektedir*.¹⁰⁷ Öte yandan idare, YEKDEM’de herhangi bir değişiklik olması durumunda güncel birim elektrik enerjisi alım fiyatının ödenmesini taahhüt etmektedir.¹⁰⁸ Bu bağlamda idare açısından üretilen elektriğin “*satın alınması*” olarak tezahür eden bir alım garantisi bulunmadığı gibi üretilen elektrik enerjisi YEKDEM Yönetmeliği md. 15 uyarınca YEKDEM katılımcıları tarafından serbest piyasaya arz edilmekte ve md. 23 uyarınca da YEKDEM katılımcıları lisansı kapsamındaki tesiste gerçekleşen tüm üretimini serbest piyasaya satmaktadır. Bu anlamda idarenin destekleme faaliyetinin sabit fiyat garantisi altında, belirli bir süre YEKDEM kapsamında değerlendirilme taahhüdü ile, serbest piyasa koşullarındaki öngörülemezliği ortadan kaldırmak şeklinde ortaya çıkan ve YEKDEM’in işlerliğinin taahhüt edildiği bir nitelik arz ettiği ifade edilmelidir.¹⁰⁹ İdarenin YEKA Kanunu md. 4 ile YEKDEM

¹⁰⁷ YEKA GES-5 Şartnamesi madde 11.2.5; “Bu mekanizmaya tâbi olanlar tarafından üretilen elektrik enerjisinin tamamının iletim veya dağıtım sistemine verilmeleri suretiyle mekanizma kapsamında belirlenmiş tarife üzerinden satın alındığı, üreticilere fiyat ve süre garantisi verildiği”, Dan. İDDK, E. 2021/267, K. 2022/218, 31.01.2022. (Karşı Oy Gerekçesinden) erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/iddk-e-2021-267-k-2022-218-t-31-1-2022>.

¹⁰⁸ YEKA GES-5 Sözleşme Taslağı, madde 19.1. “İdare, GES’te üretilen elektrik enerjisi için, Yönetmelik ve Şartname’nin süre uzatımı ile ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Yarışma sonucunda oluşan ve işbu Sözleşme’de Madde 2’de yer alan birim elektrik enerjisi alım fiyatının Şartname’de belirtildiği şekilde güncellenmesiyle oluşan birim elektrik enerjisi alım fiyatının Şartname’de belirtilen Alım Süresi boyunca YEKDEM kapsamında ödenmesini taahhüt eder. Yarışmayı Kazanan bu ödeme sistemi dışında başka hiçbir ödeme sisteminden faydalanamaz ve her ne ad altında olursa olsun ödeme talep edemez. İdare, YEKDEM’de herhangi bir değişiklik olması durumunda güncel birim elektrik enerjisi alım fiyatının ödenmesini taahhüt eder.

¹⁰⁹ İdare, YEKDEM mekanizmasını oluşturmuş ise de doğrudan bir kaynak transferi ile edim sunumu yapmamaktadır. İdare piyasa işletmecisi olarak EPİAŞ’ın denetiminde serbest piyasa koşulları içerisinde gerçekleşen faaliyette YEKA’ya dayalı elektrik enerjisi üretiminin sözleşme ile belirlenen sürede YEKDEM kapsamında değerlendirileceğini taahhüt ederek YEKDEM mekanizmasının işlerliğini sağlamayı taahhüt etmektedir. Nitekim YEKDEM Yönetmeliği 15. madde uyarınca özel kişi (YEKDEM katılımcısı) üretimini serbest piyasaya satmakta (arz etmekte) ve karşılığında ödenecek YEKDEM geliri EPİAŞ tarafından belirlenmektedir. Yine Yönetmelik 22/2. maddeye göre Piyasa İşletmecisi olan EPİAŞ YEKDEM katılımcılarının bu Yönetmelik kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini ayrı hesaplarda tutar ve izler. İdare keza

mekanizması oluşturma görevini üstlenmesi, yönlendirmeye yönelik pozitif bir yükümlülük taşıdığını göstermektedir.¹¹⁰

YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi ile YEKA'larda elektrik enerjisi üretimi yapılması ve üretilen elektriğin YEKDEM kapsamında değerlendirilmesi gerçekleştirilse de idarenin güttüğü amaç özel sektörün elektrik enerjisi üretimini teşvik etmek değildir. İdarenin desteklemede bulunması, elektrik üretiminin kamu hizmeti niteliği taşıdığı değerlendirilmesine bir delil olamaz. Zira teşvik elektrik üretimine yönelik olmayıp, yukarıda belirtildiği üzere, özel kişilerin faaliyetlerinin kamu yararına yönlendirilmesine matuftur. İdarenin desteği, özel kişileri elektrik üretimine yönlendirmeyi amaçlamamaktadır. Desteğin amacı idarenin bizzat belirlediği ve kullanımında -YEKA Kanunu md. 1 doğrultusunda "yenilenebilir enerji kaynaklarının güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması", "kaynak çeşitliliğinin artırılması", "sera gazı emisyonlarının azaltılması", "çevrenin korunması" ve "bu amaçların gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan imalat sektörünün geliştirilmesi" çıktıları ile somutlaşan- kamu yararı gördüğü sahalarda faaliyet göstermek üzere özel kişileri yönlendirmektedir. Özetle YEKA olarak belirlenen alanda özel kişiler tarafından elektrik enerjisi üretim amaçlı tesis kurulması ve işlemesi sürecinde idarenin ifa ettiği faaliyetler, idarenin kamu yararı gördüğü ancak uğraş konusu yapmadığı çıktıları elde etmek üzere özel kişilere yardım, destek ve kolaylık sağlamak suretiyle özendirme ve desteklemeyi¹¹¹ tercih ettiği faaliyetlerdir.

YEKDEM'de herhangi bir değişiklik olması durumunda güncel birim elektrik enerjisi alım fiyatının ödenmesini taahhüt etmektedir. Bu bağlamda idarenin faaliyeti kamu kaynağının aktarımını içeren doğrudan bir edim sunma olmayıp, serbest piyasa koşulları içerisinde gerçekleşen YEKDEM mekanizmasının işlerliğini ve YEKDEM'de olası bir değişiklik olması halinde elektrik enerjisi alım fiyatının ödenmesini taahhüt etmektedir.

¹¹⁰ Kaplan, "Yenilenebilir Enerji," 316-317; 5346 Sayılı Kanun'un, ülkenin yenilenebilir enerji kaynakları, kullanılarak elektrik enerjisi üretiminin teşviki amacıyla yürürlüğe koyulduğu, yenilenebilir enerji kaynakları, destek ve teşvik mekanizmaları olmaksızın mevcut piyasa koşulları altında geleneksel enerji kaynakları ile rekabet edebilme imkânından yoksun olduğundan YEK Destekleme Mekanizmasının oluşturulduğu", Dan. 13. D, E. 2017/2444, K. 2022/4316, 22.11.2022.

¹¹¹ Duran, *İdare Hukuku*, 245

Elektrik faaliyetleri, üretim, iletim ve dağıtım olarak üç ana şekilde tezahür etmektedir. Öğretide bu faaliyetlerin bir piyasa faaliyeti haline dönüştürülmesinin 4628 sayılı Kanunla¹¹² gerçekleştiği ve piyasa koşullarında düzenlenen bir yapıya kavuşturularak kamu hizmeti niteliğini yitirdiği, çalışma ve sözleşme hürriyetine, mülkiyet hakkına konu olabilen özel teşebbüse açık faaliyetlere dönüştürüldüğü belirtilmiştir.¹¹³ Bu faaliyetler arasında bir ayrıma gitmeyen yargı kararlarında ise bu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, ‘kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir’ demek sureti ile bu faaliyetleri kamu hizmeti olarak kabul etmektedir.¹¹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti olduğunun kuşkusuz bulunduğu ifade edilmiştir.¹¹⁵ Danıştay da elektrik hizmetlerini ayırım yapmaksızın kamu hizmeti olarak kabul eden kararlar vermiştir.¹¹⁶ Öğretide elektrik faaliyetleri arasında bir ayırım yapılmaksızın elektrik faaliyetlerini

¹¹² Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (4628), RG. 03.03.2001, S. 24335. (Mükerrer)

¹¹³ Taner Ayanoglu, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 13, no. 1-3 (2003): 66, 72.

¹¹⁴ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42, 09.12.1994 erişim tarihi Ekim 14, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1994/42?EsasNo=1994%2F43>. Benzer yönde AYM, E. 1994/49, K. 1994/45, 07.07.1994, erişim tarihi Ekim 14, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1994/45?EsasNo=1994%2F49>.

¹¹⁵ UM, Hukuk Bölümü, E. 2003/78, K. 2003/74, 29.09.2003, erişim tarihi Mart 31, 2024, <https://legalbank.net/belge/um-hukukb-e-2003-78-k-2003-74-t-29-09-2003-nakdi-tazminat-verilmesi-isteklerinin-reddine-iliskin-isl/4878372/>.

¹¹⁶ Dan. 10. D, E. 1991/1, K. 1993/1752, 29.04.1993, erişim tarihi Mart 30, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1991-1-k-1993-1752-t-29-04-1993-danistay-10-daire-karari/529331/>. Dan. İDDK, E. 1996/79, K. 1996/83, 03.10.1996, erişim tarihi Mart 31, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-idrddk-e-1996-79-k-1996-83-t-03-10-1996-danistay-idari-dava-daireleri-kurulu-karari/624351/>.

bütüncül olarak kamu hizmeti olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır.¹¹⁷ Çalışmamızın kapsamı elektrik üretimine hasredildiğinden elektrik üretim faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığı irdelenecektir.

Elektrik üretimini kamu hizmeti olarak kabul eden bir görüş, elektrik üretimini niteliği gereği kamu hizmeti olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi kararını eleştirmekte ve Yüksek Mahkemenin daha net bir anayasal kamu hizmeti içtihadı geliştirmesi gerektiğini vurgulamakta¹¹⁸ ve elektrik üretiminin dayanağı olan lisansın elektrik kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulü olan ruhsat niteliği taşıdığını ifade etmektedir.¹¹⁹ 4628 sayılı Kanunla düzenlenen ve piyasa olarak adlandırılan alanın bir tarafında yer alan EPDK'ya verilen yetkileri esas alan bir diğer görüş ise kamu gücü ayrıcalığı niteliğindeki bu yetkilerin piyasa denetimini değil elektrik hizmeti üretiminin özel kişilere gördürülmesini konu edindiğini ve gördürülme usulünün de ruhsat olduğunu savunarak verilen lisansta yer alan hükümlerin faaliyetin hukuki rejimini belirleyeceğini, elektrik üretim lisansında yer alan yükümlülüklerin elektrik üretim kamu hizmeti alanının piyasa işleyiş kurallarından farklılaşan yönleri olduğunu belirtmekte ve elektrik üretimi faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmektedir.¹²⁰ Elektrik alanındaki kamu hizmetlerini iktisadi kamu hizmeti olarak kabul eden bir diğer görüş ise iktisadi kamu hizmetlerin işleyişinde sınırlı olsa da kamusal yürütüm unsurlarının yer aldığını ve bu kamusal yürütümde kamu hukukunun konusu içinde kalan kısmın, hizmetlerin kamu hizmeti sayılmasını sağlayan baskın karakter olduğunu belirtmektedir.¹²¹ Yine öğretide 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra

¹¹⁷ Onar, *İdare Hukuku C. I*, 40; Duran, elektrik hizmetini sınai ve ticari nitelikte bir iktisadi kamu hizmeti olarak kabul etmektedir. Duran, *İdare Hukuku*, 318.

¹¹⁸ Ali D. Ulusoy, "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, no.1-4 (1999): 165, 175-176.

¹¹⁹ Ali D. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ankara: Ülke Kitapları, 2004) 38. Aynı yönde Günday, *İdare Hukuku*, 363

¹²⁰ Yeliz Şanlı, "Elektrik Piyasası Ya Da Elektrik Kamu Hizmeti," *Mülkiye Dergisi* 31, no. 254 (2014): 51, 59-60.

¹²¹ Ilgın Özkaya Özlüer, "Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti," *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 2 (2022): 279, 285.

da elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğinin devam ettiği ileri sürülmüştür.¹²² Son olarak elektriğin kamu hizmeti olduğunu savunan bir görüş ise devletin bireylere elektrik sağlama zorunda olduğunu, bu nu yaparken izleyeceği yolun bir diğer deyişle kamu hizmetinin görülme şeklinin siyasi tercihin konusu olduğunu ifade etmektedir.¹²³

Elektrik üretiminin kamu hizmeti olmadığına ilişkin görüşlere bakılacak olursa öğretide bir görüşe göre kamu hizmeti olarak bir faaliyeti nitelemenin çalışma ve sözleşme özgürlüğü, özel teşebbüs serbestisi ve mülkiyet hakkı sınırlaması olduğu ve bunu tersi yapılarak kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin piyasa faaliyetine dönüştürülmesi halinde ise bu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini kaybedecekleri belirtilerek 4628 sayılı Kanunla elektrik enerjisi ile ilgili tüm faaliyetlerin piyasa faaliyetine dönüştürülmesi sonucu kamu hizmeti niteliklerini kayb ettikleri ifade edilmiştir.¹²⁴ Yine bir diğer görüşe göre 4628 sayılı Kanunda üretim faaliyetleri düzenlenirken daha çok, lisans sahibi kişilerin haklarına ve negatif yükümlülüklerine yer verildiği, bu durumu hizmetin aksamamasına yönelik bir kolluk tedbiri olarak değerlendirmenin mümkün olduğu, ayrıca bazı üretim faaliyetlerinin lisans zorunluluğu dışında bırakılmış olması sebebi ile de elektrik piyasasında özel hukuk kişilerin üretim faaliyetinin yürütülmesinin tek başına kamu hizmeti olarak nitelendirilmemesi gerektiği, bu faaliyetlerin yürütülmesi esnasında idarece yapılan denetimin de bir yönüyle kolluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ancak üretim faaliyeti, kamuya ait bir hakkın devrini gerektiriyorsa bu faaliyet için verilen lisansların doğrudan kamu hizmetine yönelik olmayan ve de kolluk niteliğinin dışında özellikler taşıyan ayrı bir kategori içinde değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁵

Elektrik üretim faaliyetini kamu hizmeti olarak görmeyen bir diğer görüşte ise çok çeşitli dayanaklar ileri sürülmüştür. Üretim lisansının içten bir denetim

¹²² İ. Yılmaz Aslan, *Enerji Hukuku C. I, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon* (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2007), 286.

¹²³ Çakmak, *Yenilenebilir Enerji*, 138.

¹²⁴ Ayanoglu, "Elektrik Kamu Hizmeti," 72.

¹²⁵ Yakup Gönen, "Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (2010): 359, 373-374.

imkanı vermemesi, tarifenin EPDK düzenlemesine tabi olmaması, hizmetin aksamamasına yönelik bir tedbir alma şeklinde yaptırımın bulunmaması, dağıtım lisansına nazaran sınırlı kamu ayrıcalıklarının varlığı, kamu hizmeti ilkelerinden olan eşitlik ve nesnellik ilkelerinin üretim faaliyeti için geçerli olmaması, elektrik üretim faaliyetinde doğrudan doğruya kamuya sunma koşulunun sağlanamaması ve elektriğin bir emtia olması gibi gerekçelerle elektrik üretiminin kamu hizmeti olmadığı iddia edilmiştir.¹²⁶

Kanaatimizce elektrik üretim faaliyetleri kamu hizmeti niteliği taşımamaktadır. Devletin sorumluluğundaki faaliyet sahalarının özel sektöre aktarılması, devletin işletmeci rolünden denetçi ve düzenleyici rolüne geçişi yansıtmaktadır.¹²⁷ Bu doğrultuda piyasa ekonomisine geçiş ve kamusal tekellerin kaldırılarak bazı faaliyet sahalarının serbestleşmesi sonucu¹²⁸ idarenin piyasaları düzenleme işlevi belirginleşmiş¹²⁹ ve “düzenleyici kurul” denilen yeni bir idari yapılanma ortaya çıkmıştır.¹³⁰ Bu kurulların oluşması ile birlikte ekonomik kamu düzenini¹³¹ sağlamak amacı ile yürütülen faaliyetler ekonomik kolluk faaliyeti¹³² olarak kabul edilmektedir.¹³³ Elektrik faaliyet sahasının serbestleşmesi ve piyasa faaliyetine dönüştürülmesi sürecinde oluşturulan Enerji Piyasası Düzenleme

¹²⁶ Çağdaş Evrim Ergün, *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (İstanbul: Çakmak Yayınevi, 2010), 84ff.

¹²⁷ Kim Talus, “Enerjide Kamu-Özel Sektör Ortaklığı- Avrupa’da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve İdari İşlemlerin Sonlandırılması-“ çev. Gözde Cantürk, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 84 (2009): 347, 348.

¹²⁸ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 220.

¹²⁹ Ayanoğlu, “Elektrik Kamu Hizmeti,” 67-68.

¹³⁰ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 220-221.

¹³¹ Bireyin sadece mal ve can güvenliğinin değil, ekonomik gelişiminin de artık kamu düzeninin bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Turan Yıldırım, *Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat* (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1991), 30; Ekonomik kamu düzeni temelde anayasal düzenlemeler ve anayasaya dayanarak çıkarılan yasal düzenlemelerle belirlenen ekonomik düzeni ifade etmektedir. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 295.

¹³² Düzenleme yapmanın özel bir kolluk görevi olduğu görüşü de dile getirilmiştir. Metin Günday, ‘Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi’ iç. *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu* (Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 1999), 60, 61.

¹³³ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 292; İdarenin kurullar vasıtası ile piyasayı kolluk etkinliği ile düzenlediği ifade edilmiştir. Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 1073.

Kurumunun üstlendiği “düzenleyicilik” görevi kamu hizmeti alanında bir daralmayı beraberinde getirirken kolluk faaliyeti alanında ise yeni denetim görevlerinin ortaya çıkmasını sonuçlandırmıştır.¹³⁴

Yukarıda bahsettiğimiz subjektivist yaklaşım gereği yasama organının elektrik üretimi faaliyetini bir kamu hizmeti olarak kabul ettiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim gerek 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹³⁵ ile düzenlenen Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görevleri arasında gerekse 4628 sayılı Kanunda sayılan EPDK'nın görevleri arasında elektrik üretimi şeklinde bir belirleme yapılmamıştır. Bakanlığın ilgili kuruluşu statüsünde olan EÜAŞ'ın Ana Statüsünde¹³⁶ ise EÜAŞ'ın “amaç ve faaliyet konuları” başlıklı md. 5'de “İlgili mevzuat hükümleri çerçevesinde üretim tesislerinde elektrik enerjisi üretmek” sayılmıştır. Anılan bu hükmü kamu hizmeti olarak verilen bir “görev” hükmü ve “üstlenme iradesinden” ziyade piyasa faaliyetinde bulunmaya matuf bir düzenleme olarak kabul etmek gerekmektedir.¹³⁷ Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabulü, toplumun genel ve ortak yararlarını karşılama niteliğinin yanı sıra idareye kanunla bir görev olarak verilmesini de gerekli kılmaktadır.¹³⁸

Öte yandan EÜAŞ Ana Statüsü md. 5/1-d EÜAŞ'ın da tıpkı özel hukuk tüzel kişileri gibi elektrik piyasasında üretim faaliyetinde bulunması için lisans alma koşulunu öngörmektedir. Bu lisansın niteliğinin kolluk lisansı niteliği taşıdığı kanaatindeyiz. Değınildiğı üzere EPDK tarafından verile lisansın kamu hizmeti

¹³⁴ Ayanoğlu, “Elektrik Kamu Hizmeti,” 69.

¹³⁵ Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (1), RG. 10.04.2018, S. 30474.

¹³⁶ Elektrik Üretim Anonim Şirketi Ana Statüsü, RG. 29.06.2001, S. 24447.

¹³⁷ Nitekim Fransa'da sinai ve ticari kamu hizmetleri kategorisi oluşturulmadan önce devletin özel kişilik olarak piyasada özel girişimcilerle eşit faaliyette bulunmasının kamu hizmeti değil ticari faaliyet olarak kabul edildiğı ifade edilmiştir. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 306, Ayrıca yine Fransa'da piyasa faaliyetinin bir gereğı olarak rekabet dışı uygulamalarla mücadele için tüm kamu iktisadi teşebbüslerinin de rekabet kurallarına uymaları zorunluluğı getirildiğı ifade edilmiştir. Cem Çağatay Orak, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliğı Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, no. 68 (2007): 161, 187.

¹³⁸ Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti,” iç. *İdare Hukuku*, Turan Yıldırım (ed), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 446.

görmeye dair bir izin olduğu kabul edilecek olursa bu husus EPDK'nın kamu hizmeti sunumu ile görevli olduğu anlamına gelecektir. Oysa EPDK tarafından verilen lisans piyasa faaliyetinde bulunma ilişkin yeterliliği gösteren¹³⁹ bir kolluk lisansıdır. Lisans kapsamında lisans alanın tabi olduğu yükümlülükler gereği EPDK'nın bu alanda yaptığı denetimlerin faaliyetin her alanını kapsayan, içten bir denetim olduğu ve bu bağlamda lisansın kamu hizmeti gördürme lisansı olduğu ileri sürülebilirse de¹⁴⁰ sırf denetimin yoğunluğundan hareketle bir faaliyetin kamu hizmeti olarak addedilmesi mümkün olmayıp, elektrik üretim faaliyetinin niteliği gereği daha kapsamlı kurallar getirmek sureti ile daha detaylı bir kolluk faaliyeti icra edilmektedir.¹⁴¹ Öte yandan elektrik piyasasında lisanssız üretim imkanı da bulunmaktadır. 6446 sayılı Kanununun 14. Maddesinde düzenlenen lisans alma yükümlülüğünün bulunmadığı haller temelde iletim ve dağıtım sistemine bağlanmayan ya da düşük hacimli üretimler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum EPDK'nın iletim ve dağıtım sistemine bağlanan ya da belirli bir hacme ulaşan elektrik üretim faaliyetlerini denetlemekle görevli kılındığını, bu nitelikleri haiz olmayan elektrik üretimlerinin ise elektrik piyasası açısından denetimi gerektirir özellikler taşımadığını ortaya koymaktadır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise 6446 sayılı Kanun'u md. 14/3' de lisans alma yükümlülüğünden muaf olan yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik enerjisi üreten kişilerin ihtiyacının üzerinde ürettiği elektrik enerjisinin sisteme verilmesi hâlinde elektrik enerjisi son kaynak tedarik şirketince, YEKA Kanunu kapsamında belirlenen fiyatlardan alınacağı düzenlenmesidir. Bu hüküm verilen lisansın kolluk lisansı niteliğine bir diğer delildir. Zira elektrik üretimi kamu hizmeti olsa idi eş zamanlı olarak hem lisansa bağlı hem de lisanssız üretim gibi bir sonuç ortaya çıkacaktı. Özetle elektrik üretim faaliyetinin bir kamu hizmeti olmadığı, bir piyasa faaliyeti olduğu, bu amaçla verilen lisansın ise Anayasa md.

¹³⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 1074.

¹⁴⁰ Özay, *Günüşğinde Yönetim*, 226; Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 15.

¹⁴¹ İçerik denetimi olgusunun bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi için dayanaksız olduğu görüşü için bkz. Sedat Çal, "*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*," iç. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Ömer Teoman (ed), (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2009), 1829-1870. Öte yandan öğretilerde EÜAŞ'ın lisansının 31.01.2012 tarihinde sona erecek geçiş dönemine kadar kamu hizmeti ruhsatı, bu tarihten sonra ise kolluk ruhsatı niteliği taşıdığı görüşü de ileri sürülmüştür. Ergün, *Elektrik Piyasası*, 67.

167/1 gereği devletin piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma görevi çerçevesinde bir kolluk lisansı olduğu belirtilmelidir.

İdarenin YEKA'ları kullandırma faaliyeti, nihai çıktısı "YEKDEM kapsamında değerlendirerek destekleme" olan, özendirme ve desteklemenin içiçe geçtiği bir destekleme faaliyeti niteliğindedir. Faaliyet sürecinde, arazi kullanımı için indirim olarak uygulanan destekleme, varlığı zorunlu koşul olarak belirlenmiş yerli aksam kullanımını özendirme ve nihai olarak YEKDEM kapsamında değerlendirme aşamaları yer almaktadır.

Destekleme faaliyeti niteliği taşıyan, Bakanlık tarafından oluşturulan YEKA'ların özel kişilere kullandırılması, destekleme faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı iddiası noktasında da ele alınması gerekmektedir. Öğretide destekleme faaliyetleri kamu hizmeti niteliği ağır basan faaliyetler olarak kabul edildiği gibi¹⁴² kamuya yararlı olma ödevini devletin özel kişilerle paylaşması sonucu özel kişilerin de kamu hizmeti görme hak ve ödevini sağladığı¹⁴³ ve buna binaen de destekleme faaliyetlerinin dolaylı kamu hizmeti niteliği taşıdığı, idarenin özel kişileri belirli faaliyet alanlarına yönlendirerek kamu yararının sağlanmasını amaçlamadığı belirtilmiştir.¹⁴⁴ Benzer şekilde kamu yararına olduğu idare tarafından kabul edilen bazı faaliyet alanlarına özel kişilerin yönlendirmelerini sağlayarak kamu yararına ulaşmayı deneyen idarenin bu faaliyetinin dolaylı kamu hizmeti olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁵ İdareye bizatihi bir görev olarak verilen özendirme ve destekleme faaliyetinin bir kamu hizmeti türü olduğu da ifade edilmektedir.¹⁴⁶ Son olarak destekleme faaliyetlerini kolluk ve kamu hizmeti arasına konumlandıran görüşe de rastlanmaktadır.¹⁴⁷ Danıştay "Tarım ve Orman Bakanlığınca, çiftçilerin ürettikleri tarım ürünleri karşılığında yapılan destekleme

¹⁴² Turgut Tan, *Planlamanın Hukuki Düzeni* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1976), 206-207.

¹⁴³ Akgüner, *Özel Girişim Özgürlüğü*, 228.

¹⁴⁴ Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 584.

¹⁴⁵ Özay, *Günüşğında Yönetim*, 260.

¹⁴⁶ Yasin, *Kamu Hizmeti*, 460.

¹⁴⁷ Duran, *İdare Hukuku*, 346.

prim ödemeleri, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan ve üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir "kamu hizmeti" niteliğinde [..]" olduğuna hükmederek¹⁴⁸ ile destekleme faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesince de Türkiye Kalkınma Bankası hakkında verilen bir kararda¹⁴⁹ "Görevinin özel hukuk alanındaki tüzel kişilerin desteklemesine ilişkin olması, yaptığı hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmez." denilmek suretiyle benzer görüşe vurgu yapılmıştır. Bakanlık tarafından YEKA belirlenmesindeki destekleme faaliyetlerinde idarenin destekleme faaliyetinin konusu ile desteklenen faaliyetin konusunun birbirinden ayrı ele alınması gerekmektedir. Destekleme faaliyeti ile toplumsal bir ihtiyacın tatmini amaçlanmakta ve buna yönelik olarak doğrudan topluma yönelik bir hizmet sunumu yapılmamakta, desteklenen faaliyetin sonucunda idarenin beklediği kamu yararı dolaylı olarak sağlanmaktadır.¹⁵⁰ Denilebilir ki destekleme faaliyetinde topluma yönelik ve dolaylı bir kamu yararına ulaşmak için muhataba yönelik doğrudan bir edim sunularak desteklenen faaliyet söz konusudur.

Bakanlık tarafından YEKA tespiti kamu hizmeti YEKA Kanunu md. 1 kapsamında yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının yaygınlaştırılması, bu kaynakların güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması, kaynak çeşitliliğinin artırılması, sera gazı emisyonlarının azaltılması, atıkların değerlendirilmesi, çevrenin korunması ve bu amaçların gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan imalat sektörünün geliştirilmesi olarak somutlaşan kamu yararı çıktıları amaçlarsa ve kamu yararının sağlanmasında ayrılmaz bir bütünlük arz etse de anılan kamu yararı çıktılarının alınmasında YEKA tespiti kamu hizmetinin özendirme ve destekleme faaliyeti ile tamamlanarak özel kişilerin YEKA kullanımına yönlendirilmesi gerekmektedir. Öğretide kamu hizmeti olarak yürütülen faaliyetin içinde, onun tamamlayıcısı, bir anlamda kamu hizmeti yükünü özel kişilerin desteklenerek katılımını sağlayarak azaltma amacı güden bir ikameci anlayışı ifade eden "kamu hizmetini tamamlayıcı özendirme ve destekleme faaliyetleri" kategorisinden bahsedilmiştir.¹⁵¹ YEKA'ların özel kişilere

¹⁴⁸ Dan. 10. D, E. 2020/4185, K. 2020/1911, 15.06.2020.

¹⁴⁹ UM, Hukuk Bölümü, E. 1992/33, K. 1992/36, 26.10.1992.

¹⁵⁰ Gür, İdari Faaliyet, 31.

¹⁵¹ Gür, İdari Faaliyet, 91-92.

kullandırılmasında ise YEKA belirleme kamu hizmetinin hedeflenen kamu yararını sağlaması için hizmete eklenen bir özendirme ve destekleme faaliyeti söz konusudur. Buradaki tamamlayıcılık ikameye değil, ilaveye dayalıdır. İdare YEKA belirleme kamu hizmeti ile hedeflediği kamu yararına bu kamu hizmetine özendirme ve destekleme faaliyetini ilave ederek – tamamlayarak - ulaşabilecektir. Dolayısıyla YEKA tespiti kamu hizmeti, özendirme ve destekleme faaliyeti ile sıkı rabita içinde olan bir kamu hizmetidir.

C. YEKA Kullanım Hakkı Yarışması

1. Hukuki Niteliği

YEKA Yönetmeliği md. 6. gereği YEKA Kullanım Hakkı yarışma ilanı, Resmî Gazete’de ve Genel Müdürlük internet adresinde yayımlanır.¹⁵² Gerek YEKA Kanunu gerekse YEKA Yönetmeliği “Kullanım Hakkı Yarışması”nın hukuki niteliğine dair bir hüküm içermemektedir. Danıştay yapılan yarışma için “yarışma ihalesi” ifadesini kullanarak yapılan yarışmayı bir ihale olarak gördüğünü ortaya koymuştur.¹⁵³ Mevzuatta idarenin sözleşme yapma usulüne ilişkin temel kanun niteliğinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁵⁴ ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹⁵⁵ olsa da bu kanunlar idare tarafından yapılacak bütün sözleşmeler için genel kanun

¹⁵² Madde gereği ilanda yer alması gereken asgari hususlar şunlardır:

- a) YEKA’lara ilişkin olarak Genel Müdürlük tarafından ilan edilmesi gerekli görülen teknik ve idari özellikler ile YEKA’nın bağlantı kapasitesi.
- b) Başvuru yapacaklarda aranacak şartlar.
- c) Teminat mektubu, tutarı ve süresi.
- ç) Başvuru yeri, tarihi ve zamanı.
- d) Şartnamenin temin edileceği yer ve tutarı.
- e) Elektrik enerjisi alım tavan fiyatı ve alım süresi.
- f) Bakanlık tarafından gerekli görülen diğer bilgiler.

¹⁵³ Dan. 13. D, E. 2022/2248, K. 2022/2040, 16.05.2022.

¹⁵⁴ Devlet İhale Kanunu (2886), RG. 10.09.1983, S. 18161.

¹⁵⁵ Kamu İhale Kanunu (4734), RG. 22.01.2002, S. 24648.

niteliği taşımamaktadır.¹⁵⁶ YEKA Kanunu ya da YEKA Yönetmeliği'nde söz konusu yarışmanın tabi olduğu mevzuatla ilgili bu iki kanuna işaret eden bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca YEKA Yönetmeliği'nde bahsi geçen ihaleye ne 2886 sayılı Kanun'un ne de 4734 sayılı Kanun'un uygulanması mümkündür. Zira idare bu ihale ile ne bir mal veya hizmet alımı yapmakta ne de yapım işini gördürmektedir. İhale mevzuatından daha geniş ve genel bir tanıma sahip olan ihale kavramı idari hizmet sözleşmeleri dışında idarenin tüm sözleşmeleri için geçerliliği haizdir.¹⁵⁷ Danıştay da ihale kavramını 'idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemler' olarak tanımlamaktadır.¹⁵⁸ YEKA Kanunu md. 4/2'e dayalı olarak YEKA Yönetmeliği'nde "Kullanım Hakkı Sözleşmesi" yapılmasına yönelik özel bir ihale usulü düzenlenmiştir.¹⁵⁹ Fakat 2886 ve 4734

¹⁵⁶ Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 108. 4734 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce dile getirilen 2886 sayılı Kanun açısından aksi görüş için Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 147. Sadece 2886 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşmenin oluşum aşamasını düzenleyen kuralların genel nitelikte kabul edilmesi gerektiği ve farklılaşan usullerin ayrıca ilgili yasada açıkça düzenlenmesi gerektiği görüşü için Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermeye İşletmesi Yayınları, 1997), 45. Kamusal harcama gerektiren kamu ihalelerini 4734 sayılı Kanunla sınırlandırmanın doğru olmadığı da ifade edilmiştir. Toprak Eren, *Kamu İhale Hukuku 'Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi'* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 28.

¹⁵⁷ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 213-214.

¹⁵⁸ Dan. 13. D, E. 2007/1724, K. 2010/1168, 10.02.2010, erişim tarihi Ocak 14, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2007-1724-k-2010-1168-t-10-02-2010-danistay-13-daire-karari/725039/>.

¹⁵⁹ Aynı yönde Yağcı, *Rüzgar Enerjisi*, 61; Aydınöğlü, *Yenilenebilir Enerji*, 175. Danıştay 2886 sayılı Kanunda sayılan ihale usullerine tabi olmayan işlerin de Kanunun 83. ve 84. maddesinin kapsamına girebileceğini nitekim ilgili maddelerde ihale usullerine tabi işler yönünden bir sınırlandırma yapılmayarak ihale işlerinde yasak fiil ve davranışlar için ihalelere katılmaktan geçici yasaklama yaptırımının yer aldığını belirterek 2886 sayılı Kanunda yer almayan ihale usullerinde de "ihalelere katılmaktan yasaklama" yaptırımının uygulanması gerektiğini kabul

sayılı Kanunlarla kabul edilen ihale hukukuna ilişkin genel ilkelerin idare tarafından bu kanunlara tabi olsun ya da olmasın yapacağı ihalelerde uyulması zorunlu ilkeler olduğu da belirtilmiştir.¹⁶⁰

2. İhalenin Yapılması

YEKA Yönetmeliği'nde ihale sürecine ilişkin usul ve esaslar 6 ila 10. maddelerde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki sözleşme öncesi dönemde yapılan işlemler idari karar ve eylem mahiyetinde olup¹⁶¹ idari yargı denetimine tabidirler. Sözleşmenin yapılmasına kadar olan ve zincirleme işlemi oluşturan her bir idari işlem,¹⁶² zincirin bir halkası olarak hukuka aykırı olduğunda icrai olması

etmektedir. Dan. 13. D, E.2007/ 1234, K. 2007/6834, 06.11.2007, erişim tarihi Ocak 14, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2007-1234-k-2007-6834-t-06-11-2007-danistay-13-daire-karari/618040/>.

¹⁶⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 536; Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 668. 2886 sayılı Kanun açısından da Kanunun 2. maddesinde düzenlenen ilkelerin Kanunun uygulanması ile sınırlı olmadığı ve genel olarak kamu ihaleleri için geçerli kabul edilmeleri gerektiği zira bu ilkelerin Anayasada yer alan anayasal kurallar olduğu ifade edilmiştir. Kutlu, *İhale Süreci*, 172.

¹⁶¹ Onar, *İdare Hukuku C.III*, 1622-1623. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, 261; Günday, *İdare Hukuku*, 218.

¹⁶² Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun (TMSF) kayyım olarak atandığı bir ticari işletme için, varlıklarının satışı ve anılan yerin kiraya verilmesine yönelik hazırladığı ihale şartnamenin iptali için açılan bir davada Danıştay, idari makamlarca tesis edilen tüm işlemlerin idari işlem ve denetleme merciinin idari yargı olmadığını, ticari teamüllere dayanılarak tesis edilen işlemlerde üstün kamu yararının değil ticari faaliyet gereklerinin esas alınması ve somut olayda kayyım işlemlerinin idare hukuku ilkelerini değil ticaret hukuku ilkelerini temel alması karşısında uyuşmazlığın adli yargı yerinin görevine girdiğine hükmetmiştir. Anılan karara konu olayda Fonun kayyım olarak atandığı şirket hukuki varlığını muhafaza etmekte olup, şirkete ait olan malların satışı işlemleri için şirket yönetim kuruluna Fon tarafından uygunluk görüşü verilmiş, Şartnamede ise ihalenin onaylanmasına ya da onaylanmamasına ilişkin kararın şirket yönetim kurulu tarafından verileceği belirtilmiştir. O halde özel hukuka tabi bir şirketin *Hazine tarafından devralınmayan* mallarının satışı ile ilgili olarak gerçekleştirilen bu ihalenin kamu ihale rejimi kapsamında görülmediği ve Şartnamenin de idari işlem niteliği taşımadığının değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/2602, K. 2022/565, 22.02.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2017-2602-k-2022-565-t-22-2-2022>. Oysa Yüksek Mahkeme, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir anonim şirketin 2499 sayılı Kanun kapsamına alınmasına dair işlemi hakkında açılan davada ilk derece mahkemesinin,

şartı ile ayrılabilir işlem teorisine göre idari yargı yerlerinde dava konusu yapılabilecektir.¹⁶³ Nitekim Danıştay da 4734 veya 2886 sayılı Kanuna ya da diğer ihale mevzuatına¹⁶⁴ dayalı olarak yapılan kamu ihalelerinde, ihale safhası tamamlanıp sözleşme imzalanmadan önce idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği işlemlerin yargısal denetiminin idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı yerlerinin görevinde olduğuna karar vermiştir.¹⁶⁵ Dolayısıyla yapılan ihalenin dayanağı olan düzenlemeden bağımsız olarak sözleşmenin tarafını belirlemeye yönelik ihale işlemleri idari yargı denetimine tabidir.¹⁶⁶

İhalenin aşamaları şu şekilde sıralanabilir:

-İhale ilanı

-Başvuruların alınması

anılan işlemin özel hukuk çerçevesinde yapılan bir işlem olduğu gerekçesi ile verdiği görevsizlik kararını, kamu tüzel kişiliğini haiz Kurulun kanunun kendisine tanıdığı denetim yetkisini kullanarak anonim şirket adına yaptığı işlemin kamu gücüne dayalı ve tek taraflı bir idari işlem niteliği taşıdığından bahisle bozmuştur. Danıştay 10. D, E. 1986/1763, K. 1987/1746, 02.11.1987, erişim tarihi Ocak 24, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1986-1763-k-1987-1746-t-02-11-1987-danistay-10-daire-karari/619436/>.

¹⁶³ Özyay, *Günışığında Yönetim*, 541. Aynı doğrultuda Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 146. Benzer bir fikre göre sözleşme öncesi döneme ilişkin ihale kararı dahil bütün işlemler ayrılabilir işlem kurumu doğrultusunda sözleşmeden ayrı işlemlerdir. Kutlu, *İhale Süreci*, 101-102.

¹⁶⁴ Danıştayın "diğer ihale mevzuatı" ndan bahsetmesi 2886 ve 4734 sayılı kanunların idarenin bütün sözleşmeleri için genel ihale kanunları olmadığını açık bir göstergesidir.

¹⁶⁵ Dan. 13. D, E. 2020/2943, K. 2022/1179, 23.03.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2020-2943-k-2022-1179-t-23-3-2022>.

¹⁶⁶ Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 12. maddesinde bu Kanun kapsamına giren işlerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü olsa da 4046 sayılı Kanunda sözleşmenin yapılmasından önce idarenin uyması gereken usule ilişkin kurallarının düzenlenmiş olması karşısında, özelleştirme uygulamalarında sözleşmenin yapılmasına kadar olan süreçte kamu gücüne dayalı re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen işlemlerin, idari yargı denetimine tabi olacağına karar vermiştir. UM, Hukuk Bölümü, 2005/71, 2005/116, 26.12.2005, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=umh-2005-71.htm&kw='2005/71'&cr=uyusmazlik#fm>.

-Komisyon tarafından başvuruların incelenmesi

-İhalenin yapılması

-İhalenin sonuçlandırılması

İhale aşamalarına geçmeden önce öncelikle ihale sürecinde önem taşıyan “şartname” den bahsetmek gerekmektedir. YEKA Yönetmeliği'nin 6/1-d maddesinde ilanda yer alacak hususlar arasında şartnamenin temin yeri ve tutarından bahsedilmiştir. Şartnamenin tanımı ise 4/1-ğ maddesinde, “yapılacak iş ve işlemleri, yarışmaya dair kapsam, usul ve esasları, teknik ve idari şartları, başvuru sahibi tüzel kişilerde aranan nitelikleri, diğer bilgileri kapsayan ve YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinin eki olan doküman” olarak yapılmıştır. Yapılan tanımdan şartnamenin 4734 sayılı Kanunun öngördüğü idari ve teknik şartnamelerin her ikisini de kapsadığı anlaşılmaktadır. Şartnameler, ilgili idarenin tek yanlı iradesi ile hazırlanmakta olup¹⁶⁷ bu işlemlerin kural koyucu işlem niteliği taşıdıkları ifade edilmiştir.¹⁶⁸ Belirtmek gerekir ki şartnameler hem sözleşme öncesi ihale sürecine hem de sözleşme sonrası ifa aşamasına ilişkin kurallar içermektedir. YEKA Yönetmeliği'nin şartnameyi YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi'nin eki olarak nitelendirmesi karşısında şartnamenin sözleşmenin ifasına ilişkin kurallarının sözleşme kuralı haline geleceği ve en azından bu kurallar yönünden şartnameyi düzenleyici işlem olarak nitelendirmenin doğru olmadığı ifade edilmiştir.¹⁶⁹ Ancak ihale sürecine ilişkin kurallar açısından düzenleyici işlem nitelmesi yapılabilir. Şartnamenin bu kurallar yönünden icrai olduğu söylenmelidir.¹⁷⁰ Kanaatimizce burada sözleşmenin imzalanıp imzalanmaması yönünde bir ayırım yapılmalıdır. Sözleşme imzalanmadan önce şartname bir bütün olarak düzenleyici işlem niteliği taşımaktadır. Bu aşamada

¹⁶⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 209.

¹⁶⁸ Onar, *İdare Hukuku C. III*, 1616.

¹⁶⁹ Kutlu, *İhale Süreci*, 219-220.

¹⁷⁰ İhale sürecinin bir aşamasını oluşturan şartnamelerin, idarenin iç işleyişini aşan bir etkiyi haiz olup ilgililerin hak ve yükümlülükleri üzerinde doğrudan etki yarattığı, ihale sürecinin işleme şeklini göstererek ilgililere yön verdiği ya da işin ne şekilde gerçekleşmesi gerektiğini tespit ettiği ve bu bağlamda icrai nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Dilşat Yılmaz, *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2014), 90.

hukuki denetimi düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tabi olmalıdır. Sözleşme imzalandıktan sonra ise şartnamenin ihale sürecine ilişkin düzenleyici işlem niteliğini haiz kuralları, “*imzalanan sözleşmenin ihale sürecine ilişkin kurallar*” haline geldiğinden artık şartname bütün kuralları ile sözleşme eki haline gelerek sözleşme kuralı niteliği kazanmıştır ve sözleşmenin hukuki rejimine tabi olmalıdır.

Yukarıda bahsedilen idari ve teknik şartnameler arasında çelişki bulunması hali, isteklilerin teklifte bulunmasını engelleyici nitelikte olmakla ihalenin iptali sebebi olarak kabul edilmektedir.¹⁷¹ Zira şartnameler arasındaki çelişki YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi için yapılacak olan yarışmaya katılımı olumsuz etkileyerek YEKA'ların gereği gibi tahsisine engel olabilecektir. Nitekim Danıştay ihale ilanı ile idari şartname arasında ihaleye katılan istekliler lehine de olsa bir farklılığın bulunmasını, ilanı esas alarak ihaleye katılmaktan vazgeçenlerin bulunma olasılığının ihaleye katılımı azaltarak rekabeti engelleyebileceği gerekçesi ile ihalenin iptalini gerektiren bir hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir.¹⁷²

YEKA Yönetmeliği md. 6/1 YEKA Kullanım Hakkı yarışması ilanının Resmî Gazete'de ve Genel Müdürlük internet adresinde yayımlanacağını düzenlemektedir. İhalede sağlanması gereken rekabet katılımcı sayısı ile bağlantılı olduğu için Yönetmeliği md. 6/2'de ilan tarihi ile mali teklifi içeren başvuru dosyasının teslim tarihi arasındaki sürenin otuz takvim gününden az olamayacağı öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki ihaleye başvurma iradesini etkileyici yönde ilan değişikliklerinin yapılmaması gerekmektedir.¹⁷³ Bakanlıkça tespit edilen YEKA'ların kullanımını sağlayacak olan YEKA kullanım hakkının sahibi yarışma yolu ile belirleneceğinden bu ilana uygun hareket edilmesi elzemdir. Zira yapılan bir değişiklik, ilanun eski hali kapsamında ihaleye başvurmama iradesi oluşturan bir tüzel kişinin bu iradesinin değişmesine yol açabilecektir. Eski ilana binaen ihaleye başvurmayan tüzel kişinin yapılan ihaleye karşı bir iptal davası açıp açamayacağı, menfaat koşulu bağlamında irdelenmelidir. Danıştay bu konuda

¹⁷¹ Ankara 11. İM, 1058/951, 23.06.2015 akt. Sadettin Doğanıyığıt ve İrfan Güvendi, *İhale ve Sözleşme Hukuku* (Ankara: Kamep Derneği Yayınları, 2016), 101-102.

¹⁷² Dan. 13. D, E. 2009/5420 K. 2013/2781, 06.11.2013, aktaran Doğanıyığıt ve Güvendi, *İhale ve Sözleşme Hukuku* 154.

¹⁷³ Eren, *Kamu İhale Hukuku*, 217.

bizim de katıldığımız bir kararında, ilk ilan tarihinden bir hafta sonra düzeltme ilanı yapılarak ihale tarihi değiştirilmeden sadece ihale usulünün (belli istekliler arasında kapalı teklif usulü yerine kapalı teklif usulü) değiştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme kamu ihalelerinde ihale sürecine ilişkin icrai nitelikteki işlemlerin ihaleye katılan veya katılmak isteyenlerin yanı sıra üçüncü kişilerin de hukuki durumunu etkileyebileceğini ve bu kişilere dava açma imkanı tanınmamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 13. maddelerinin ihlaline yol açacağını ifade ederek ihale konusu iş sahasında faaliyet gösterdiği ve istekliler arasında olabileceği açıkça anlaşılan davacının dava konusu ihaleye katılmamış olsa da ihale ve ilan süreçlerine ilişkin hukuka aykırılık iddiaları karşısında, dava konusu ihale ile menfaat ilgisinin varlığının kabulü gerektiğine hükmetmiştir.¹⁷⁴

YEKA Yönetmeliğ md. 10/8 yarışmanın (ihale) Bakan onayı ile sonuçlandırılacağını ve onay dahilinde en düşük birinci teklif sahibinin YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi'nin imzalanmasına davet edileceğini düzenlemektedir. Bu halde ihalenin onay işleminden bağımsız bizatihi kesin ve icrai bir işlem olarak dava konusu edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. İhale sürecini yürütme yetkisini haiz olan Komisyon Yeka Yönetmeliği md. 8/1 uyarınca Bakan oluruyla teşekkül etmekte olup yaptığı bütün iş ve işlemler tutanakla tespit edilmek ve bütün üyelerce imzalanmak zorundadır. Yeka Yönetmeliği md. 10/8 ihale sonunda hazırlanan komisyon tutanağının Bakan onayına sunulacağını ve ihalenin (yarışmanın) Bakan onayı ile sonuçlanacağını hükme bağlamıştır. Bu bağlamda YEKA Yönetmeliği md. 10/5 uyarınca ihale sonunda düzenlenen komisyon tutanağının iptal davasına konu olma açısından kesinliği bulunmamaktadır. Bir idari işlemin kesinliği idari işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir idari işlem niteliği taşıdığını,¹⁷⁵ yetkili idari makamın idari işleme yönelik iradesini ortaya koymasını ve yapılacak başka bir işlem kalmamasını ifade

¹⁷⁴ Dan. 13. D, E. 2021/72, K. 2021/555, 18.02.2021; erişim tarihi Ocak 24, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2021-72-k-2021-555-t-18-02-2021-/4298589/>.

¹⁷⁵ Turgut Tan, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 sayılı Kanunun Uygulanması," *Amme İdaresi Dergisi* 2, no.4 (1969): 99, 109.

etmektedir.¹⁷⁶ Görüleceği üzere komisyonun ihale süreci sonunda hazırlayarak imzaladığı tutanakla bir irade ortaya konulmuş ise de yapılacak başka bir işlem kalmadığı iddia edilemez zira yapılacak bir işlem daha vardır ve o da Bakan onayıdır. Bakan onay verirse ihale sonuçlanacak ve işlem kesinlik kazanacaktır. Bu bağlamda YEKA ihalesinde komisyon kararı tek başına dava konusu edilemeyecektir.¹⁷⁷

3. İhale Sürecinin Yargısal Denetimi

Bakan onayı ile kesinleşen ve kesin ve icrai hale gelen YEKA ihale kararına karşı kimler tarafından iptal davası açılacağı sorununa değinmek gerekmektedir. Konuya öncelikle çevresel menfaatler temelinde açılacak davalar özelinde bakılacaktır.

a. Çevresel Menfaate Dayalı İptal Davası

Bakanlık tarafından YEKA tespiti yönteminde bahsedildiği üzere Aday YEKA tespiti ile başlayan ve YEKA Kullanım Hakkı Yarışması düzenlenerek yapılan bir ihale süreci söz konusudur. Bu bağlamda zincirleme işlemler sürecinin halkası durumundaki Aday YEKA tespit kararına karşı ayrılabilir işlem kuramına binaen iptal davası açılacağı gibi zincirleme işlem kuramına dayalı olarak zincirin

¹⁷⁶ Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 46.

¹⁷⁷ Oysa Danıştay TÜPRAŞ'ın blok satış yolu ile özelleştirilmesine ilişkin kararında sözleşme aşamasına kadar işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işleminden ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işleminden ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararının tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir bir işlem olduğunu kabul ederek, Özelleştirme Yüksek Kurulunun onayı ile tamamlanacağı ve hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebileceği dolayısıyla tek başına davaya konu edilemeyeceği itirazını yerinde görmemiştir. Dan. 10. D, E. 2004/8257, K. 2004/7618, 22.06.2004; erişim tarihi Ocak 24, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2004-8257-k-2004-7618-t-22-06-2004-danistay-10-daire-karari/619276/>. İdare mahkemesince verilen ve Danıştay tarafından da onaylanan mezkûr kararda idari yargı mercilerinin tutumu kanunla Özelleştirme Yüksek Kuruluna verilen onaylama ya da onaylamama yetkisini kendilerinin kullanmasından başka bir şey değildir. İdari yargı mercilerinin yetkisi Kurulun yetkisi dahilinde vereceği karar ile tekemmül edecek idari işlemi denetlemekle sınırlıdır.

“Kullanım Hakkı Sözleşmesi” nden önceki halkası¹⁷⁸olan kesinleşmiş ihale kararına karşı da iptal davası açılabilir. Nitekim ayrılabilir işlem kuramı doğrudan doğruya halka işlemi ya da idari sürecin sona ermesini bekleyerek nihai işlemi dava etmek konusunda ilgililere seçimlik bir hak doğurmaktadır.¹⁷⁹ Dolayısıyla Bakanlık tarafından YEKA tespiti yönteminde çevresel menfaate dayalı iptal davaları gerek ayrılabilir işlem teorisine dayanarak Aday YEKA belirleme ve YEKA tespiti işlemine karşı, gerekse zincirleme işlem teorisine dayanarak Bakanlık Oluru ile kesinleşen ihale kararına karşı açılabilir. İhale sürecine, ihale dökümanı satın alma, ihaleye iştirak etme ya da teklif verme yolu ile katılmaksızın “menfaat” ihlalinin söz konusu olup olamayacağı konusunda ise Danıştay vermiş olduğu bir kararda, alınan ihale kararı gereği yol yapımının yol güzergahındaki semtlerde ikamet edenlerin yaşamlarını sürdürdükleri çevrede olumsuz etkiler doğurabileceğinin aşırı olduğuna ve ihale işlemine karşı açılan iptal davasında dava ehliyetlerinin bulunduğu karar vermiştir.¹⁸⁰ Çevre gibi kamu yararını yakından ilgilendiren, herkesin ortak varlığı olarak kabul edilen konularda kişisel menfaat ihlalinin, bu durum dikkate alınarak yorumlanması gerektiğine ilişkin yerleşik hale gelmiş¹⁸¹ Danıştay kararlarının ihale kararlarını da kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir.¹⁸²

b. Dava Konusu Olabilecek Diğer Durumlar

YEKA Yönetmeliği md. 9/6 komisyona yarışmayı askıya alma veya iptal etme kararı alma yetkisi tanımıştır. Başvuruların incelenmesi aşamasında komisyon

¹⁷⁸ Çevresel menfaatler açısından Sözleşme aşamasının zincirleme işlemde nihai işlem olduğu söylenmelidir zira bu menfaatler Sözleşmenin imzalanması ile birlikte Sözleşme kapsamı dışında kalan menfaatler haline gelmektedir.

¹⁷⁹ Erkut, *İptal Davası*, 130.

¹⁸⁰ Dan. İDDK, 1917/2826, 27.09.2017, aktaran Serkan Seyhan, “Kamu İhale Hukukuna İlişkin Danıştay Kararları,” *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, no. 117 (2019): 28.

¹⁸¹ Alica, “Çevrenin Korunması,” 179-180 .

¹⁸² Dan. İDDGK, E. 1995/396, K. 1996/598, 06.12.1996, erişim tarihi Ekim 15, 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-1995-396.htm&kw=%C5%9Fisel+menfaat`+`ihale`+%C3%A7evre`&cr=danistay#fm>. Dan. 13. D, E. 2016/570, K. 2016/2402, 13.06.2016, erişim tarihi Ekim 15, 2024, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2016-570.htm&kw=%C5%9Fisel+menfaat`+`ihale`+%C3%A7evre`&cr=danistay#fm>.

kararı ile ihale iptal edilirse, Yönetmelik md. 9/2 gereği başvuru evrakının incelenmesi aşamasında sunulması zorunlu olan şartname alındı makbuzu veya banka şubesinden alınmış onaylı dekont ile teminat mektubu için bankaya ödenen komisyon gibi başvuru tarafından yapılan masrafların iadesi gündeme gelecektir. Bu durumda başvuru tüzel kişinin henüz yapılmamış bir ihaleye ilişkin komisyonca alınan iptal kararı sonucu bahsedilen masraflar sonucu oluşan zararının karşılanması hukuki bir sorun teşkil etmektedir. YEKA Yönetmeliği bu hususa ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Komisyon tarafından alınan bu karar başvuru tüzel kişinin kişisel bir hakkını ihlal ederek hukuki durumunu etkileyen ve ihale sürecini sona erdiren kesin ve icrai bir işlem olmakla başvuru tüzel kişi bu karara karşı 2577 sayılı İYUK md. 2/1-b gereği tam yargı davası açabilecektir.

Çevresel menfaat ihlali dışında YEKA ihale kararına karşı açılacak iptal davalarında kişisel menfaat kavramının farklı ele alınması ve ihale sürecine ilişkin menfaat ihlallerinin irdelenmesi gerekmektedir. Öncelikle ihaleyi kazanan tüzel kişinin iptal davası açması ihtimal dahilindedir. İlk olarak ihale süreci belirtildiği üzere Bakanlık onayı ile sonuçlanmakta ve kesin ve icrai bir işlem ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak YEKA Yönetmeliği md. 10/9 Bakanlığa herhangi bir aşamada yarışmayı iptal etme yetkisi tanımıştır. İlk durumda Bakanlık tarafından ihale komisyonu kararının onaylanmaması halinde komisyon tarafından sözleşme adayı olarak belirlenen tüzel kişi açısından tesis edilmiş olan negatif ve icrai bu işlemin, onaya ilişkin Bakanın takdir yetkisinin yargısal denetime tabi tutulması zorunludur.¹⁸³ Öte yandan YEKA Yönetmeliği Bakan onayına ilişkin bir süre öngörmemiştir. Bakan tarafından yapılacak onay işleminin süreye bağlanmamış olması, sözleşme adayı tüzel kişi açısından hukuki belirsizlik yaratmasından öte iptal davası açma süresinin ne zaman başlayacağını da müphem olmasına yol açacaktır. Dolayısıyla onay işleminin bir süreye bağlanması yönünde mevzuat değişikliği yerinde olacaktır.¹⁸⁴ Ancak mevcut YEKA Yönetmeliği çerçevesinde sözleşme adayı tüzel kişinin Bakan onayı işlemi yapılması için başvuruda bulunması ve İYUK md. 10/1 kapsamında otuz gün içinde bir cevap verilmezse

¹⁸³ Kutlu, *İhale Süreci*, 241.

¹⁸⁴ Nitekim 4734 sayılı Kanun madde 40 (6) hükmü İhale yetkilisinin ihale komisyonu karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylamasını ya da gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal etmesini düzenleme altına almıştır.

istek reddedilmiş sayılarak dava açma süresi içerisinde iptal davası açılması önerilebilir. Bakanlığın sahip olduğu ihaleyi herhangi bir aşamada iptal etme yetkisinin de bir takdir yetkisi içerdiği açık ise de bunun keyfi bir yetki kullanımı olamayacağı muhakkaktır. Ancak yargı yerinin yerindelik denetimi de yapamayacağı İYUK md. 2/2 ile ortaya konulmuştur. Bu çerçevede gerek Bakan tarafından onaylamama gerekse ihalenin herhangi bir aşamada iptaline yönelik işlemlerde yetkinin keyfi kullanılmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Danıştay ita amirinin ihaleyi hem hukuka uygunluk hem de yerindelik açısından denetleme yetkisini haiz olduğunu, ita amirine ihaleyi onaylama zorunluluğu öngörülmediğini, ihalenin onaylanmaması halinde yetkinin kamu yararına kullanıldığının ispatı bakımından, itâ âmirince hukuken kesin delil niteliği taşıyan belgelere dayanılmasının zorunlu olmadığını ve gerek idarenin yargı yerine sunduğu belgeler ve gerekse yargı yerince re'sen araştırma sonucunda elde edilen bulgular, yetkinin kamu yararına aykırı kullanılmadığını ortaya koymakta ise, idarenin somut belge sunmadığından bahisle ihaleyi onaylamama işleminin yargı yerince iptal edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸⁵ Karar gerekçesinde de isabetle vurgulandığı üzere *“ihaleyi onaylama ya da onaylamayarak iptal etme konusunda tanınan yetki, ihale işlemlerinin sadece mevzuata uygunluğunu denetlemeye yönelik olmayıp, aynı zamanda ihale konusu işin özelliklerini, benzer işlere ilişkin diğer ihalelerin sonuçlarını ve ihalede oluşan fiyatın piyasa şartlarına uygun olup olmadığını en iyi bilebilecek durumda bulunması nedeniyle itâ âmirinin yerindelik denetimi yaparak Hazine menfaatini koruması amacıyla düzenlenmiştir. Nitekim, ihaleye katılanlar arasında yapılan anlaşmalar veya bazı katılımcıların ihaleden çekilmeye zorlanmaları veya belli paylar karşılığında piyasa şartlarına uygun olmayan teklifler vermeye ikna edilmeleri yoluyla kamu kaynaklarının haksız biçimde özel kişi veya kuruluşlara aktarılması şeklinde gelişen olaylara ülkemizde rastlandığı bilinen bir husustur. Bütün bu gerçekleri göz önünde tutan kanun koyucu, son kez genel bir değerlendirme yaparak adeta bir sigorta işlevi görmek ve Hazine menfaatini kollamak üzere itâ âmirine sözü edilen yetkiyi tanımıştır.”* Anılan karar her ne kadar ihalenin onaylanmamasına ilişkin olsa da ihalenin herhangi bir aşamada iptali yetkisi açısından da aynı hususların geçerli olduğu söylenebilir.

¹⁸⁵ Dan. 13. D, E. 2022/1958, K. 2022/2929, 29.06.2022.

İptal davası açılması için varlığı şart olan menfaat kavramı ile ilgili olarak Danıştay kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının ihale sürecine ilişkin işlemlerde dava açmalarına imkân tanımıştır. Yüksek mahkeme meslek mensuplarının ortak yararlarını ilgilendiren bir ihaleye katılım koşullarına ilişkin aşırı sınırlandırıcı hükümler içeren bir ilan iptali davasında Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası'nın meslek mensuplarının ortak ihtiyaçlarını karşılamak ve meslek faaliyetlerini kolaylaştırmak görevine binaen dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin varlığının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁸⁶

YEKA ihalesi açık eksiltme usulüne göre yapılmaktadır. Komisyonun verilen tekliflerden "ekonomik açıdan en avantajlı ilk üç teklif" i belirleme yetkisini haiz olduğu YEKA Yönetmeliği md. 10/7 hükmünden anlaşılmaktadır. Dikkat edilecek olursa Komisyon en düşük ilk üç teklifi değil, ekonomik açıdan avantajlı ilk üç teklifi tespit edecektir. Ekonomik açıdan avantajlı teklifin belirlenmesi hakkında YEKA Yönetmeliği hüküm içermemektedir. 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarla kabul edilen ihale hukukuna ilişkin genel ilkelerin idare tarafından bu Kanunlara tabi olsun ya da olmasın uyulması zorunlu ilkeler olduğu fikri¹⁸⁷ karşısında 4734 sayılı Kanunda yer bulan "kaynakların verimli kullanılması" ilkesinin YEKA Yönetmeliği kapsamında yapılan ihalelerde de uygulanması gereklidir. İlgili ilke ihale sürecinde işin ekonomik açıdan en avantajlı teklif verene bırakılmasını elzem kılmaktadır.¹⁸⁸ 4734 sayılı Kanun md. 40/2 gereği "Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir." Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2004/18/EC sayılı Direktifi'nin md. 53.'de ihale bedelinin belirlenmesinde en düşük fiyat ya da ekonomik açıdan en avantajlı teklif

¹⁸⁶ Dan. 13. D, E. 2015/183, K. 2015/102, 22.01.2015.

¹⁸⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 536; Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 668.

¹⁸⁸ Mehmet Aksoy ve Mehmet Şimşek, *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci* (Ankara: Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2010), 36.

seçeneklerinden birisinin tercih edilebileceği, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespitinde fiyat, kalite, teklif, işlevsel ve çevresel özellikler, işletme maliyeti, işletme verimliliği gibi unsurların dikkate alınabileceği, bu unsurların ihale dökümanında oransal ağırlıklarının belirlenmesinin şart olduğu düzenlenmiştir.¹⁸⁹ 4734 sayılı Kanun'un Direktife koşut ölçütleri esas alma amacı, Kanun yürürlüğe girmeden önce merkezinde sadece fiyat unsuru yer alan, kalite, maliyet etkinliği, verimlilik, teknolojik üstünlük gibi fiyat dışındaki unsurların dikkate alınmayan uygulamanın sebep olduğu sıkıntıları ortadan kaldırmaktır.¹⁹⁰ O halde YEKA ihalesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif sadece fiyat esasına göre belirlenmeyecekse fiyat dışı unsurların parasal değer ya da oransal ağırlıkları ihale dökümanında belirlenmelidir.¹⁹¹ Uygulamada yayımlanan YEKA ihale şartnameleri incelendiğinde şartnamelerde bu hususlara yer verilmediği görülmektedir.¹⁹² Dolayısıyla YEKA ihalelerinde, şartnamelerde gereken bu hususlara yer verilmediği sürece ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlenebileceği, bu durumun ise kaynakların verimli kullanılması ilkesi açısından yerinde olmadığı söylenmelidir. YEKA ihaleleri "Kullanım Hakkı Sözleşmesi" yapılması için söz konusu olan bir idari süreçtir. Ancak ihalelerde yegâne amaç YEKDEM kapsamında gerçekleştirilecek destek bedelinin belirlenmesi değildir. Kullanım Hakkı Sözleşmeleri, Yerli Malı Kullanım Karşılığı Tahsis ve/veya Yurt İçinde Üretim Karşılığı Tahsis modellerine göre kullanım hakkını içermektedir. Bu tahsis modelleri yerli malı kullanımını ya da yurt içi üretimi koşullarını öngörmektedir. YEKA Yönetmeliği md. 2. yönetmeliğin kapsamını düzenlerken *tahsis edilen bağlantı kapasitesinin yurt içinde üretim ve/veya yerli malı kullanım şartı ile kullandırılması ve bu amaçla yapılacak yarışma* demek

¹⁸⁹ 'Directive 2004/18/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004 on The Coordination of Procedures for The Award Of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and Public Service Contracts', erişim tarihi Ekim 14, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20120101:EN:PDF>. 56.

¹⁹⁰ Sami Kaplan, "İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması," *Maliye Dergisi*, no. 162 (2012): 18, 31-32.

¹⁹¹ Dan. 13. D, E. 2022/3144, K. 2022/3072, 08.09.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2022-3144-k-2022-3072-t-8-9-2022>.

¹⁹² Örnek Şartname taslağı, 'YEKA GES-5 Şartname Taslağı', erişim tarihi Nisan 1, 2024, <https://enerji.gov.tr/medya-duyurular-liste>.

suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu minvalde yayımlanan YEKA ihale şartnamelerinde yerlilik ya da yurt içi üretim ile ilgili teknik şartlara yer verilmektedir. Bu bağlamda ihaleye sunulan tekliflerin ekonomik açıdan en avantajlı olduklarının belirlenmesinde ihalede hedeflenen bu amaçları sağlamaya elverişliliklerinin de dikkate alınması elzemdir.

YEKA Yönetmeliği md. 10/5 doğrultusunda komisyon tarafından ekonomik açıdan en avantajlı üç teklifin belirlenmesinde teklif sahiplerinin tüm tekliflerinin ve son tekliflerinin komisyon tarafından düzenlenen açık eksiltme tutanağına kaydedilerek teklif sahiplerine imzalatılması usulü geçerlidir. Ayrıca md. 10/6 tüzel kişilerin vermiş olduğu fiyat tekliflerinin imza şartı olmaksızın bağlayıcı ve geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla imzalanmamış bir fiyat teklifi, ekonomik açıdan en avantajlı üç teklifin belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Komisyon tarafından Bakan onayına sunulan tutanakta yer alan üç tekliften en düşük teklif sahibi Kullanım Hakkı Sözleşmesi'ni imzalamaya davet edilecektir. Belirtmek gerekir ki komisyon tarafından yapılması gereken ekonomik açıdan en avantajlı ilk üç teklifi tespit ederek bu teklifleri içeren tutanağı Bakan onayına sunmaktır. Bakanın onayı ile ekonomik açıdan en avantajlı oldukları tespiti yapılmış bu üç teklif içerisinde en düşük teklif sahibi sözleşme imzalamaya davet edilecektir.

Yukarıda bahsedildiği gibi YEKA Yönetmeliği Bakana herhangi bir aşamada yarışmayı iptal etme yetkisi vermiştir. Yarışmanın sonuçlandırılması Bakan onayı ile gerçekleştikten sonra onay dahilinde en düşük birinci teklif sahibinin YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi'nin imzalanmasına davet edileceği YEKA Yönetmeliği'nde düzenlendiğinden Bakan onayı ile sonuçlanmış bir yarışmayı Bakan'ın iptal yetkisi olup olmadığı ve "iptal" ile kastedilenin¹⁹³ ne olduğu belirlenmelidir. YEKA Yönetmeliği Bakan'ın iptal yetkisini, yarışmanın sonuçlandırılması ve sözleşmeye daveti düzenleyen fıkradan sonra düzenlemiştir. Ayrıca düzenleme "herhangi bir aşama" demek sureti ile onay aşamasını da kapsar şekilde yarışmanın iptali yetkisini tanımıştır. İptal ile kastedilen ise işlemin kaldırılması değil geri alınmasıdır zira ihale sürecinin birbirine zorunlu bağ ile

¹⁹³ Geri alma işlemlerinin yerine genellikle "iptal" sözcüğünün uygulamada kullanıldığı ifade edilmiştir. Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 133.

bağlı halka işlemlerden oluşması, süreç içerisindeki bütün işlemlerin geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınmasını zorunlu kılmaktadır. Özetle Bakan onaylamış olduğu bir yarışmayı -ve onay çerçevesinde en düşük teklif sahibine yapılan sözleşme imzalamaya daveti- iptal etme (geri alma) yetkisini haizdir.¹⁹⁴ Ancak tanınan bu takdir yetkisinin ihalenin onayı kararının dilediğince geri alınabileceği anlamına gelmemektedir. Alınan iptal kararının kamu yararı ve hizmet gereklerine dayanması gerekmektedir.¹⁹⁵ Nitekim Danıştay, ihale komisyonu kararlarının onaylanıp onaylanmaması konusunda ihale yetkilisinin takdir yetkisinin bulunduğunu, bu yetki kullanılırken hukuken geçerli seçenekler arasından tercihte bulunulması ve işlemin yapılıp yapılmaması noktasında makûl ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini, ihale işlemleri bakımından takdir yetkisinin yargısal denetiminde, temel ihale ilkelerinin gözetileceğini, yeterli rekabetin sağlanamaması hâlinde ise ihalenin ana amacının gerçekleşmeyerek ihaleden beklenen faydanın sağlanamayacağını, teklif miktarları arasında oransızlık ya da temel ihale ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti hâllerinde ihaleyi iptal etme hususunda idareye tanına takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığına hükmetmiştir.¹⁹⁶

Onaylanmış bir yarışma üzerine idarenin sözleşmeyi imzalama zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir. İhale süreci sonunda ortaya çıkan sözleşmenin kurucu unsuru olan öneri ve kabulün nitelendirilmesinde idare tarafından ihale açılmasının icaba davet, isteklilerce teklif sunulmasının icap, idarenin ihaleyi en uygun teklif sunana vermesinin ise

¹⁹⁴ Şayet onay işlemi ihaleyi kazananın hilesi ile elde edilmişse hak yaratamayacağından her zaman geri alınabilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kutlu, *İhale Süreci*, 242. Bireysel bir idari işlem olan ihale onayı işlemi, hukuka uygunsa, hak yaratıcı nitelikte olmakla kanunun öngördüğü durumlarda geri alınabilmesi mümkündür. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. 1* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1237.

¹⁹⁵ Nida Malbeği ve Ayşe Merve Özmeriç, "İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu," *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.1 (2020): 133, 144.

¹⁹⁶ Dan. 13. D, E. 2022/2400, K. 2022/3085, 14.09.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2022-2400-k-2022-3085-t-14-9-2022>.

kabul anlamına geldiği belirtilmektedir.¹⁹⁷ İhalenin onayı ile sözleşmenin kurulması birbirinden farklıdır.¹⁹⁸ Öğretide ihalenin onaylanması ile idarenin sözleşmeyi yapma borcu altına girdiği ifade edilmiştir.¹⁹⁹ Ayrıca sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması açısından Borçlar Hukukundan farklı kuralların söz konusu olduğu fikri de dile getirilmiştir. Anılan görüşe göre idarenin sözleşmelerinde bir süreç olan ihalenin onaylanması sonucu idare ile ihaleyi kazanan arasında sözleşme ilişkisi doğmuştur ancak bu ilişkinin hukuki sonuç doğurması için icap ve kabul beyanlarının açıklanması yeterli olmayıp mevzuatta öngörülen özel şekil kuralları çerçevesinde icap ve kabul beyanlarının sözleşmeye bağlanması ve sözleşmenin yürürlüğe konulması gereklidir.²⁰⁰ Bahsi geçen görüş ihalenin onaylanmasını sözleşmenin kurulmasını sağlayan "kabul" olarak öngörmektedir. Bu bağlamda ihalenin onaylanması ile sözleşme kurulmuş olmaktadır. Ancak bu görüş idarenin ihalenin onayına ilişkin idari işlemi geri almasını izah etmede yetersiz kalmaktadır. İhalenin onayı (kabul beyanı) ile kurulduğu kabul edilen sözleşme ilişkisinde idareye onay işlemi (kabul beyanını) geri alma imkânı tanınmış ise bu durum idareye sözleşmeyi tek taraflı bir idari işlemle feshetme şeklinde mevzuatta olmayan bir fesih sebebi kullanma yetkisinin verilmesi anlamına gelir. Ayrıca sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesinin doğuracağı uyuşmazlıkların çözümünde sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim esas alınacaktır. Zira uyuşmazlık sözleşmenin uygulanması (fesih) aşamasında ortaya çıkmaktadır.²⁰¹ Bu bağlamda kanaatimizce kabul beyanı, yetkili

¹⁹⁷ Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 11. Öte yandan isteklilerin ihaleye katılarak bir teklifte bulunmalarının ön icap niteliği taşıdığı, isteklinin bu ön icap ile ihale üzerinde bırakılırsa icapta bulunma yükümlülüğü altına girdiği, isteklinin sözleşmeyi imzalayarak idareye sunmasının icap niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür. Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007), 216-216.

¹⁹⁸ Fransa'da ihale kararının onayının sözleşmenin başlangıcı sayıldığı ifade edilmektedir. Onar, *İdare Hukuku C.III*, 1622.

¹⁹⁹ Onar, *İdare Hukuku C.III* 1623.

²⁰⁰ Kutlu, *İhale Süreci*, 101-102.

²⁰¹ Sözleşmenin uygulanmasına yönelik işlemlerin ayrılabilir işlem teorisi kapsamına girmediği ve iptal davasına konu olmadığı belirtilirken bu durumun örnekleri arasında sözleşmenin feshi işlemi de sayılmıştır. Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 154.

idari makamın idari süreç içerisinde belirlenen kurallara uygun bir şekilde sözleşmeyi imzalamasıdır.²⁰² Bu sayede idare ihale onayından sonra fakat sözleşme imzalamadan önce kamu yararı ve hizmet gerekleri gereği ayrılabilir işlem teorisine göre bir halka işlem olan ihale onayı işlemini geri alabilecektir.²⁰³

Bakan, onayladığı bir ihalede sözleşmenin imzalanmasının reddi şeklinde bir karar da alabilir ki bu, onay işleminin geri alınmasından başka birşey değildir. Yukarıda bahsettiğimiz görüşümüz uyarınca sözleşme imzalanana kadar kabul beyanı ortaya çıkmamakta ve sözleşme tekemmül etmemektedir. YEKA Yönetmeliği md. 10/8 Bakan tarafından ihalenin sonuçlandırılarak en düşük teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamaya davet edilmesinden bahsetmekte akabinde md. 10/9 Bakana ihalenin herhangi bir aşamasında, dolayısıyla onay aşamasını da kapsar şekilde, iptal yetkisi tanımaktadır. Bu bakımdan Bakanın onayladığı bir ihalede en düşük teklif sahibi sözleşmeye davet edilmeyerek zımnen ya da sözleşmenin imzalanmasının reddi işlemi yolu ile sarahaten ihalenin onay işlemi geri alınabilir. Nitekim Danıştay bir özel hukuk sözleşmesinin yapılmasının reddine ilişkin idare tarafından yapılan işlemi idari yargının görev alanında kabul etmiştir.²⁰⁴

²⁰² Aynı yönde idare tarafından sözleşmenin imzalanmasının kabul anlamına geldiği ifade edilmiştir. Buz, *Kamu İhale Sözleşmeleri*, 216.

²⁰³ Aynı yönde Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 149. Fransız Danıştayı, sözleşmelere karşı iptal davası açılmaması sebebi ile “sözleşme imzalama” işlemi zımni bir işlem kabul ederek, sözleşmeden ayrılabilir bir işlem olarak iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir. Zira iptal davasının gidebileceği son nokta sözleşmenin imzalanması işlemidir. Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, 150-152. İhale onaylandıktan sonra idarenin sözleşmeyi imzalama konusunda takdir yetkisinin kural olarak bulunmadığı, zira sözleşmeye konu kamu hizmetinin bir ihtiyaç olarak doğduğu, idarenin var olan bir ihtiyacı karşılamaktan haklı bir gerekçesi olmadan kendi iradesi ile vazgeçemeyeceği ileri sürülmüştür. Malbeği ve Özmeriç, *“İdarenin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu,”* 151 .

²⁰⁴ Dan. 12. D, E. 1972/1951 K. 1974/859, 27.03.1974 iç. *Danıştay Dergisi* 16-17, (1975): 446. Öte yandan Danıştay 2886 sayılı Kanun kapsamındaki bir olayda idarenin yapılan bir ihaleden sonra imtiyaz sözleşmesini yapmaktan vazgeçmesi üzerine sözleşme öncesi yapılan işlemleri, devir sözleşmesi öncesinde yapılan akit öncesi iş kapsamında değerlendirmiştir. Danıştaya göre bu süreçte taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin akit benzeri bir güven ilişkisi olması sebebiyle dürüstlük kuralı gereği davalı idarenin imtiyaz devri için yapılan işlemler hakkında ihaleyi kazanan davacıyı bilgilendirmesi gerekir. Bu bağlamda ihaleyi kazanan şirket nezdinde uyandırılan güvene aykırı

4. Özel Hukuk Kişisi Yönünden Sözleşmenin İmzalanmasının İrdelenmesi

Bakan tarafından ihale kararı onaylanarak en düşük teklif sahibine davet yazısı gönderilmesi halinde bu yazının tebliğinden itibaren teklif sahibinin azami 30 takvim günü içerisinde YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesini imzalaması gerekmektedir. Teklif sahibine sözleşmeyi imzalaması için öngörülen azami 30 günlük süre kesin süre niteliğindedir zira bu süreye uyulmaması teklif sahibi açısından bir yaptırıma bağlanmıştır. Nitekim bu süre içerisinde teklif sahibinin YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi davetine icap etmemesi halinde YEKA Yönetmeliğ md. 11/1 gereği teminatı irat kaydedilecektir. Bu aşamada henüz sözleşme imzalanmadığı için ihale sürecinin sona erdiğinden söz edilemez. Sözleşmenin teklif sahibi tarafından imzalanmaması halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların idari yargı kapsamında denetime tabi tutulması gerektiği söylenmelidir. Nitekim YEKA Yönetmeliğ md. 11/1 hükmünde yer alan bu husus yayımlanan şartnamelerde de yer almaktadır. Şartnamelerin bir idari işlem olması²⁰⁵ karşısında da şartname hükmünün ihlali olarak doğabilecek uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiği açıktır.

YEKA Yönetmeliğ md. 11/1 30 takvim günü içerisinde en düşük birinci teklif sahibinin YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi davetine icap etmemesi halinde sırasıyla en düşük ikinci ve üçüncü teklif sahibine YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesine davet mektubunun Bakan onayı çerçevesinde gönderilebileceğini öngörmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus en düşük teklif sahibinin sözleşme davetine rağmen sözleşmeyi imzalamaması halinde önce en düşük ikinci teklif sahibine Bakan onayı ile davet mektubu gönderilebileceğidir. İkinci teklif sahibi atlanarak üçüncü teklif sahibine davet mektubu gönderilemez. Üçüncü teklif sahibine davet mektubu gönderilmesi ancak ikinci teklif sahibinin de davete icabet etmemesi halinde mümkündür zira md. 11/1 "YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesine davet edilen teklif sahibinin süresi içerisinde YEKA Kullanım

işlemlerden doğan zarar idarece tazmin edilmelidir. Öğretide sözleşme öncesi dönemde idarenin vazgeçme hakkı olan hallerde dahi kusuru varsa kusura dayalı, kusuru yoksa "hakkaniyet ve nesafet ilkesi" kapsamında ihaleyi kazanan tarafın uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Malbeğli ve Özmeriç, "İdarenin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu," 152.

²⁰⁵ Yılmaz, *Şartnameler*, 90.

Hakkı Sözleşmesini imzalamaması halinde aynı şekilde işlem tesis edilir.” hükmü ile gerek ikinci gerekse üçüncü teklif sahibi için 30 takvim günü süresi içerisinde sözleşmeyi imzalama yükümlülüğü getirmiş, aksi halde teminatın irat kaydedilmesi yaptırımının uygulanacağını ifade etmiştir. İkinci önemli husus ikinci ve üçüncü teklif sahiplerine Bakan onayı ile sözleşmeye davet mektubu gönderilmesinin zorunluluk değil takdir yetkisi kapsamında düzenlenmiş olduğudur. Bakan tarafından ihale komisyon kararının onaylanması konusunda bahsedildiği gibi bu durumda da Bakanın ikinci ya da üçüncü teklif sahiplerine sözleşme davet mektubu gönderilmesine esas olan onay işlemindeki takdir yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. Özellikle fiyat dışı unsurların dikkate alınmayarak sadece fiyata göre değerlendirmenin yapıldığı ihalede iki teklif arasında farkın düşük olması, ikinci teklif sahibine davet mektubu gönderilmemesi sebeplerini ortaya koyan somut verilerin bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan ikinci ya da üçüncü teklif sahiplerine davet mektubu gönderilmemesine, ihale dökümanlarında yer almayan unsurlar dayanak yapılamaz. Nitekim uygulamada yayımlanan şartnamelerde “Yarışmacı’da mali yeterlilik ve iş deneyimi şartı aranmaz.” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda idare ikinci ya da üçüncü teklif sahibine iş deneyimi yokluğu ya da mali yetersizlik sebeplerini kullanamayacaktır. İkinci ya da üçüncü teklif sahipleri, kendilerine davet mektubu gönderilmemesi halinde idarenin takdir yetkisi doğrultusunda yaptığı bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurabilecektir. Ancak burada davanın açılmasını sağlayan işlemin ve dava açma süresinin irdelenmesi gerekmektedir. Gerek YEKA Yönetmeliği’nde gerekse şartnamelerde davet mektubu gönderilmemesi işleminin ikinci ve üçüncü teklif sahiplerine bildirileceğine dair bir kural yer almamaktadır. Kanaatimizce bu halde ikinci ve üçüncü teklif sahiplerine menfaatten öte kişisel haklarını etkileyen bu işlemin bildirilmesi elzemdir zira 1982 Anayasası md. 40/2 Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Bu bildirim hem ilgilinin işlemi öğrenmesini hem de dava açma süresinin işlemeye başlamasını sağlayacaktır. YEKA Yönetmeliği md. 11/1 hükmünde yer alan ikinci ve üçüncü teklif sahiplerinin teminat mektuplarının 3 işgünü içerisinde iade edileceği kuralına dayanarak iade tarihinin öğrenme ve dava açma süresinin başlama tarihi olduğu da ileri sürülebilir. Ancak ilgili düzenlemede bir hata söz konusudur. Düzenlemeye göre “En düşük birinci teklif sahibiyle YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi imzalanması halinde veya ikinci ve üçüncü teklif sahibinin

YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesine davet edilmemesi halinde en düşük ikinci ve üçüncü teklif sahibinin teminat mektubu, imza tarihinden itibaren 3 (üç) iş günü içerisinde iade edilir.” Teminat mektubunun iade edileceği 3 işgününün imza tarihinden başlatılması, sözleşmenin en düşük teklif sahibi ile imzalanması halinde mantıklıdır. Ancak en düşük teklif sahibi ile sözleşme imzalanmayıp ikinci ve üçüncü teklif sahiplerinin sözleşmeye davet edilmemesi halinde teminat mektuplarının iade tarihinin sözleşmenin imza tarihinden başlamasına imkan yoktur çünkü ortada imzalanan bir sözleşme yoktur. Bakanlığın ikinci ve üçüncü teklif sahiplerine davet mektubu gönderilmemesine ilişkin bir zımni red işlemi yaptığı da söylenemez zira İYUK md. 10/1 hükmü ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurmalarını gerekli kılmaktadır. Şayet ikinci ve üçüncü teklif sahipleri Bakanlığa sözleşmeye davet edilmeleri için bir başvuruda bulunurlarsa ancak bu durumda İYUK md. 10 düzenlemesindeki zımni red kurumu ve dava açma sürelerine ilişkin kural uygulama alanı bulabilir. Belirtmek gerekir ki ikinci ve üçüncü teklif sahiplerine davet mektubu gönderilmemesi ihale süreci içerisinde YEKA Yönetmeliği md. 10/9 anlamında Bakanlığın ihaleyi iptal (geri alma) yetkisini kullanmasıdır. Bu bağlamda en düşük teklif sahibi ile sözleşme imzalanmayıp ikinci ve üçüncü teklif sahiplerinin de sözleşmeye davet edilmemesi halinde ihalenin iptal edildiğine (geri alındığına) dair Bakanlıkça karar alınarak bu kararın ikinci ve üçüncü teklif sahiplerine bildiri ve bildirimden itibaren yine 3 işgünü içerisinde teminat mektuplarının iadesinin sağlanması yönünde YEKA Yönetmeliği'nde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

5. YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

YEKA ihale süreci sonunda Bakanlık ile Yarışmayı kazanan özel hukuk tüzel kişisi²⁰⁶ arasında akdedilen ve YEKA kullanım hakkını konu edinen sözleşmenin hukuki niteliğinin de irdelenmesi gerekmektedir. Bu irdeleme ise YEKA Kanunu, YEKA Yönetmeliği, Şartname ve Sözleşmenin bir arada ele alınması ile mümkündür. Zira YEKA Yönetmeliği md. 4/1-j YEKA kullanım hakkını ‘Genel

²⁰⁶ YEKA GES-5 Şartname Taslağı madde 3.2.1: “Yarışmaya sadece Türk Ticaret Kanunu’na göre anonim ya da limited şirket olarak kurulmuş tüzel kişi başvurabilir.”

Müdürlük tarafından geliştirilen YEKA ve bu alan için tahsis edilen bağlantı kapasitesinin [.....] Şartname ve YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi kapsamında kullanılması' olarak tanımlamıştır.

YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak 5346 sayılı Kanunda herhangi bir niteleme yapılmamıştır. Uygulamada yapılan sözleşme örneklerinde ise bu sözleşmelerin 'Türk Hukuku'na tabi bir özel hukuk sözleşmesi' olarak nitelendirildikleri görülmektedir.²⁰⁷ Kanuni bir nitelemenin yapılmadığı durumlarda sözleşmenin niteliğini belirleme konusunda idarenin bir serbestisi bulunmayıp²⁰⁸, nitelik olası bir uyuşmazlık halinde yargı organlarınca belirlenecektir.²⁰⁹ Hatta bir yargı organı tarafından yapılan niteleme, kararın niteliğinden kaynaklanan istisnai durumlar hariç, bir diğer yargı organı için de bağlayıcı değildir. Nitekim irtifak hakkı sözleşmesi Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 'özel hukuk sözleşmesi' olarak kabul edilmişken²¹⁰ Danıştay tarafından

²⁰⁷ YEKA GES-5 Sözleşmesi Taslağı madde 32.1: "İşbu Sözleşme Türk Hukuku'na tabi bir özel hukuk sözleşmesidir."

²⁰⁸ Kutlu, İhale Süreci, 13; Özay, Günışığında Yönetim, 523. Aksi yönde Onar, İdare Hukuku C.III, 1606; Pertev Bilgen, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmeleri Kriterleri (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970), 89.

²⁰⁹ Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 36-37; Öte yandan Danıştay eski tarihli bir kararında idarenin kamu yararı ile ilgili bir ihtiyacı temine dair yapacağı sözleşmelerde özel hukuk hükümlerine dayanabileceği gibi idari sözleşme ismi ile kamu hukuku hükümlerine dayanarak da akit yapma serbestisine sahip olduğunu kabul etmiştir. Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, 24.09.1940, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası (1940) (14): 56.

²¹⁰ "Resmi senet, resmi bir memur tarafından hazırlanarak taraflar huzurunda imzalanan ve resmi memurca mühür ve imza ile onaylanan bir sözleşmedir. Tapu Sicil Müdürlüklerinde düzenlenen resmi senet ise, gayrimenkul mülkiyetinin ve mülkiyetten başka aynı hakların kurulması ve devri için tapu sicil müdürlüğündeki bir memur tarafından düzenlenip, taraflar ve gerekiyorsa tanıklar tarafından imzalanan, müdürce imza ve mühür ile tasdik edilen resmi bir akittir. Buna göre satış, bağış, trampa, kat mülkiyeti, irtifak hakkı tesisi, ipotek vb. gibi kaynağını Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Kat Mülkiyeti Kanunu gibi mevzuattan alan işlemler resmi senet düzenlenerek gerçekleştirilmektedir. İşlem yapan taraflardan birinin idare olması sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğini değiştirmemektedir. [.....] idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak ve fahiş miktarda belirlendiği ileri sürülerek, sözleşme hükümleri uyarınca irtifak bedelinin tespiti ile fazla tahsil edilen bedelin iadesine ilişkin davanın özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekeceği açıktır." UM Hukuk

idari sözleşme olarak değerlendirilmiştir.²¹¹ Aksi yönde bir görüş olarak idari hizmet ve imtiyaz sözleşmeleri hariç idarenin yapacağı sözleşmenin niteliğini belirleme yetkisinin bulunduğu da ileri sürülmüştür.²¹²

Öğretide YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmelerinin kamu malından özel yararlanma usulü niteliği taşıdığı, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkileri haiz

Bölümü, E. 2017/195, K. 2017/248, 10.04.2017, erişim tarihi Şubat 15, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/3128e1f8-7a68-45f4-b652-b9772fb05078?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

²¹¹ “[...]sözleşmenin uygulanmasından kaynaklansa bile idari sözleşmelerden kaynaklanan uyusmazlıkların çözüm yerinin idari yargı yerleri olduğu açıktır. Bu sebeple, davaya konu edilen işlemin "idari makamlarca tesis edilmiş olma", "tek yanlı olma" ve "icrailik niteliğini taşıma" unsurlarını haiz olup olmadığı araştırılmadan önce, bahsi geçen sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Nitekim, 2577 Sayılı Kanun'da kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyusmazlıklara ilişkin davalar idari dava türleri arasında sayıldığından, idari sözleşmelerden kaynaklı uyusmazlıkların adli yargı yerlerince çözümlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda, taraflarından birinin idare olduğu, rüzgar enerjisi kullanılarak elektrik üretiminde kullanılacak taşınmazın kullanılmasına ilişkin irtifak hakkı sözleşmesinin, sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla yönelik olması ve özel hükümlerini aşan, kamu hukukuna özgü ve kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alıyor olması şartlarını taşıyıp taşımadığını incelemek gerekmektedir. Dava konusu irtifak hakkı sözleşmesi incelendiğinde, taşınmazın rüzgar enerjisine dayalı elektrik üretiminde kullanılacağı dikkate alındığında burada yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğu sonucunda varılmaktadır. Öte yandan, sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişiliğine, taşınmazın etrafındaki kıyı ve kumsalları kamunun kullanımına açık tutacağı zorunluluğunun getirilmesinin yanında; anılan sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde Devlet İhale Kanunu ile Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağını belirtmesi suretiyle sözleşmede, özel hukuk hükümlerini aşan, kamu hukukuna özgü ve kamu hukukundan doğan şart ve hükümlere yer verildiği görülmektedir. Tüm bu hususların değerlendirilmesinden, *dava konusu irtifak hakkı sözleşmesinin bir tür idari sözleşme olduğu* ve davanın idari yargının görev alanına girdiği sonucuna varılmıştır.” Dan.13. D, E. 2017/2444, K. 2022/4316, 22.11.2022, erişim tarihi Ekim 16, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2017-2444-k-2022-4316-t-22-11-2022>.

²¹² Bilgen, *Uyusmazlık Mahkemesi*, 89. Kanunla açıkça yasaklanmadığı sürece ya da kanunla sözleşmenin açıkça nitelenmesinin yapılmadığı hallerde idarenin sözleşmenin niteliğini belirleme yetkisini haiz olduğu ileri sürülmüştür. Buz, *Kamu İhale Sözleşmeleri*, 66.

olması sebebi ile idari sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.²¹³ Bir diğer görüş ise, idari sözleşme olarak kabul için aranan sözleşmenin bir tarafının idare olması, sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve idarenin kamu gücü kullanımından kaynaklanan ayrıcalık ve yükümlülüklerinin bulunması koşullarının²¹⁴ sağlandığı ve bu sözleşmelerin elektrik üretim kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin idari sözleşmeler olduğu belirtilmiştir.²¹⁵

Öğretide bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için aranan koşullar en az bir tarafın kamu tüzel kişisi olması, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve özel hukuku aşan koşullar taşıması şeklinde belirtilmektedir.²¹⁶ Görüleceği üzere idari sözleşme kavramı kamu hizmeti üzerine kurgulanmış olup sözleşmede karşı tarafın bir kamu hizmetini yürütmesi ya da yürütülmesine katılmasının öngörülmesi gerektiği, bu bağlamda kamu hizmetinden karşı tarafın yararlanmasına ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmayacağı öğretide vurgulanmıştır.²¹⁷ Oysa öğretilerde de belirtildiği gibi kamu hizmetinden yararlanmaya dair sözleşmelerden (bilhassa abonelik sözleşmelerinin) doğabilecek uyuşmazlıkların özel hukuka tabi kılınması, yararlananların sayıca çokluğu ve uyuşmazlıkların sadeliğinden kaynaklanmaktadır.²¹⁸

Öte yandan kamu hizmeti sunulmasına ilişkin olmayan sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabulünde kamu hizmeti ölçütünün uygulanamayacağı, zira bu sözleşmelerin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığı itirazı da dile

²¹³ Yağcı, *Rüzgâr Enerjisi*, 62-63.

²¹⁴ Öğretilerde sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi ile özel hukuku aşan hükümler içermesi koşullarının alternatif koşullar olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 33.

²¹⁵ Aydınoğlu, *Yenilenebilir Enerji*, 175-177.

²¹⁶ Onar, *İdare Hukuku C.III*, 1599-1601; Lütfi Duran, *Türk Hukukunda İdari Mukaveleler* (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964), 8; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 482-488; Özay, *Günışığında Yönetim*, 511- 512; Turan Yıldırım, "İdari İşlemler," iç. *İdare Hukuku*, Turan Yıldırım (ed), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 394; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, "İdare Hukuku," 603-604; Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 2 (2006): 181, 192.

²¹⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 185-186.

²¹⁸ Duran, *İdare Hukuku*, 327.

getirilmiş, bu duruma kamu istikraz sözleşmeleri örnek olarak verilmiştir.²¹⁹ Bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabulünün altında kamu gücünden kaynaklanan haczedilmeme, para gibi kabul olunma şeklinde imtiyazların²²⁰ idareye tanınmış olmasının yattığı ifade edilmiştir.²²¹ Danıştay, devlet iç borçlanma senedi ile ilgili eski tarihli bir kararında, taraflar arasında şartları Devlet tarafından tespit edilmiş bir sözleşme ilişkisi bulunduğu ve borçlanmanın adi bir borçlanma niteliği taşımadığı ve özel hukuk meselesi olarak kabul edilemeyeceğine, bu minvalde devlet borçlanmalarının kamu hukuku kuralları ile vücut bulan borçlar olduğuna, çıkan uyuşmazlıkları görme yetkisinin Danıştay'a (Devlet Şurası) ait olduğuna hükmetmiştir.²²²

YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmelerinin hukuki niteliklerinin belirlenmesinde gerek sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma ve gerekse idarenin kamu gücü kullanımından kaynaklanan ayrıcalık ve yükümlülükleri haiz olma noktalarında değerlendirilmesi gerekmektedir. İdare tarafından kamu yararına sunulan faaliyetlerin kamu hizmeti-kolluk başlıkları dışında ayrıntılı olarak belirlenmesinin ve faaliyette kullanılan araçların farklılığının da ortaya konulmasının elzem olduğu ifade edilmiştir.²²³ İdari sözleşmelerin özel hukuktan ayrılmasını sağlayanın, kamu yararı amacına yöneldiği için bireylerin ilişkilerinde yeri ve gereği olmayan unsurlar olduğu görüşü²²⁴ de kamu yararı amacına yönelmenin idari sözleşmelerin ayırt edici bir özelliği olduğu belirtilebilir.

YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi idare açısından, tespit edilen YEKA'nın ve bağlantı kapasitesinin kullandırılması ile üretilen elektrik enerjisinin YEKDEM kapsamında değerlendirilme yükümlülüklerini öngörürken karşı taraf açısından

²¹⁹ Gözler, *İdare Hukuku C.2*, 49.

²²⁰ Nitekim Danıştay bir kararında idari sözleşmeleri idarenin kamusal yetkilere dayanarak yaptığı sözleşmeler olarak tanımlamıştır. Dan. 1. D, E. 1992/232, K. 1992/294, 24.09.1992 iç. *Danıştay Dergisi* 87, (1993): 37.

²²¹ Onar, *İdare Hukuku C.III*, 1611.

²²² Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1938/375, K. 1944 /54, 11.04.1944 iç. *Devlet Şurası Kararlar Mecmuası* 27, (1944): 41.

²²³ Gür, *İdari Faaliyet*, 25-26.

²²⁴ Duran, *İdare Hukuku*, 43.

temelde yurt içinde üretim ya da yerli malı kullanımı koşulu ile üretim tesisi kurarak YEKDEM kapsamında değerlendirilmek üzere sözleşme süresinin (alım süresi) sonuna kadar elektrik üretimi gerçekleştirmek ve elektrik iletim/dağıtım sistemine vermek yükümlülüğü doğurmaktadır.²²⁵ Yukarıda belirtildiği gibi kanaatimizce İdarenin YEKA'ları kullandırma faaliyeti, nihai çıktısı "YEKDEM kapsamında değerlendirerek destekleme" olan, bu çıktıyı elde etmek üzere özendirme faaliyetini de içeren bir faaliyettir. Öğretide Türk idaresinde liberal siyasi ve ekonomik politikaların bir sonucu olarak klasik özendirme-teşvik [ve planlama] görevlerinde bir daralmanın olduğu ve idarenin piyasa koşullarına bu araçlarla müdahale etmekten kaçınmaya başladığı belirtilmiştir.²²⁶ Anılan görüşe katılmakla birlikte elektrik üretimi gibi hassas ve kritik alanların kaynak bazlı dönüşümünde gerek elektrik arz güvenliğini ve gerekse çevre ile uyumu sağlamak adına²²⁷ Anayasanın md. 167 ile öngörülen piyasanın sağlıklı ve düzenli işlenmesini sağlayıcı tedbirler olarak bu alanları özendirme ve destekleme yolunu benimsediği söylenebilir.

Sözleşmenin karşı tarafı açısından idari sözleşmenin varlık koşulu için aranan "bir kamu hizmetinin görülmesine katılma"²²⁸ koşulunun oluşup oluşmadığı da değerlendirilmelidir. Öğretide kamuya yararlı olma ödevini devletin özel kişilerle paylaşması sonucu özel kişilerin de kamu hizmeti görme hak ve ödevini sağladığı²²⁹ ve buna binaen de destekleme faaliyetlerinin dolaylı kamu hizmeti niteliği taşıdığı, idarenin özel kişileri belirli faaliyet alanlarına yönlendirerek kamu

²²⁵ YEKA GES-5 Sözleşme Taslağı madde 17.3 "İdare, GES'te üretilen elektrik enerjisinin 19.1 maddesine uygun olarak değerlendirilmesini taahhüt eder.", YEKA GES-5 Sözleşme Taslağı madde 18.3 "yarışmayı Kazanan, Sözleşme süresinin sonuna kadar elektrik üretimi gerçekleştirmek ve elektrik iletim/dağıtım sistemine vermekle yükümlüdür."

²²⁶ Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmeti," 66, 68 dn.14.

²²⁷ 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu madde 1: "Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır."

²²⁸ Murat Sezginer, "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeler)," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1-2 (2013): 1589, 1592.

²²⁹ Akgüner, *Özel Girişim Özgürlüğü*, 228.

yararının sağlanmasını amaçladığı belirtilmiştir.²³⁰ Denilebilir ki sözleşmenin karşı tarafı kamu hizmetinin görülmesine doğrudan katılmasa dahi sözleşme ile üstlendiği faaliyetler aracılığı ile kamu yararının sağlanmasına katılmaktadır. Bu çerçevede YEKA kullanım hakkı sözleşmelerinin konusu özendirme ve destekleme hizmeti olan idari bir sözleşme niteliğini haiz olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla sözleşmenin konusunun elektrik üretim kamu hizmeti olduğu görüşünün²³¹ isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira öncelikle YEKA Kullanım Hakkı sözleşmesi bir kullanım (özel yararlanma) hakkı doğursa da alanın elektrik üretim tesisi kurulmasına yönelik yatırım amaçlı kullanımına ve akabinde elektrik üretimine doğrudan imkân tanımamakta olup yatırım amaçlı kullanım için önlisans, elektrik üretimi için ise lisans alınması elzemdir.²³² Bu minvalde özel kişi sözleşme ile YEKA'larda elektrik üretimi yükümlülüğü altına girse de elektrik üretimi yapabilmemesi, sözleşmenin koşulları arasında yer alan ve YEKA Yönetmeliği'nde de vurgulanan lisans ile mümkün olmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin konusunu elektrik üretimi oluşturmamaktadır. Sözleşmenin konusunu alınan lisans doğrultusunda üretilen elektriğin YEKDEM kapsamında değerlendirilmesi oluşturmaktadır. O halde sözleşme koşulu olarak ve YEKA Yönetmeliği gereği alınması gereken lisans elektrik üretimine, sözleşme ise YEKDEM kapsamında değerlendirmeye imkân vermektedir. Öte yandan YEKA Yönetmeliği md. 14/3 uyarınca sözleşme ile belirlenen alım süresi sona erdikten sonra dahi, lisansı kapsamında özel hukuk kişisinin serbest piyasada faaliyette bulunma (yani elektrik üretme) imkânı bulunmaktadır. Ancak bu defa ürettiği elektriğin YEKDEM Yönetmeliği md. 4/2 çerçevesinde YEKDEM kapsamında değerlendirilmesi kendiliğinden gerçekleşmeyecek, YEKDEM Yönetmeliği md. 4/1-a kapsamında talebe bağlı olarak – kayıt olmak suretiyle - söz konusu olacaktır. Bu husus YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinin konusunu elektrik üretiminin değil YEKDEM kapsamında değerlendirmenin oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

²³⁰ Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, *İdare Hukuku*, 584.

²³¹ Aydınoglu, *Yenilenebilir Enerji*, 175-177.

²³² Benzer şekilde 4628 sayılı Kanununun 14. maddesi kapsamında yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerinin de dağıtım faaliyeti yapma hak ve yetkisinin devrini içermediği, bu hak ve yetkiyi "dağıtım lisansının" sağladığı belirtilmiştir. Ayanoglu, *İşletme Hakkı*, 21.

YEKA Kullanım Hakkı sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafının kamu hizmetinin görülmesine, üstlendiği faaliyet ile kamu yararının sağlanmasına katılma biçiminde tezahür eden iştirakinin yanı sıra, üstlendiği faaliyetin ifası için kendisine sağlanan YEKA'dan yararlanmasını sağlayan sözleşmede idarenin kamu gücü kullanımından kaynaklanan ayrıcalık ve yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığının da ya da özel hukuku aşan bir rejime tabi bulunup bulunmadığının irdelenmesini gerektirmektedir. Sözleşmede özel hukuk kişisi, bir yandan faaliyeti aracılığı ile idarenin hedeflediği kamu yararının sağlanmasına katılmakta ise de aynı zamanda idarenin sunduğu özendirme ve destekleme faaliyetinden yararlanan konumundadır. Ancak bu yararlanmanın da aradaki sözleşme ilişkisinin koşulları bakımından eşit kişiler arası sözleşme özgürlüğüne dayalı yararlanma olup olmadığının ve idareye tanınmış kamu gücüne dayalı ayrıcalık ve yükümlülüklerin bulunup bulunmadığının veya bu ilişkinin özel hukuku aşan bir rejime tabi kılınıp kılınmadığının belirlenmesi gerekir.

Faaliyetten yararlanma noktasında Danıştay bir kararında yararlanmanın bir sözleşme ilişkisine dayanması halinde bu sözleşmelerin saf özel hukuk sözleşmelerinden farklı olduğunu²³³ abonelik sözleşmeleri temelinde vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme bu sözleşmelerin idare tarafından hazırlandığını ve karşı tarafın sözleşmeyi kabul ve imza ettiğini, bu sözleşmelerin konusunun tarafların serbest iradesine dayalı olmadığını ve hatta sözleşmeyi hazırlayan idarenin dahi serbest olmadığını, bu sözleşmelerin içerdiği kuralların subjektif sözleşmeler ile değiştirilemeyeceğini, subjektif, kişisel ve akdi durumun sadece görünürde var olduğunu, bu sözleşmelerin tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, imtiyaz sözleşmesi ve şartnamelere benzediğini ifade etmiştir.²³⁴ YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmeleri açısından yukarıda belirtilen Danıştay kararındaki “sözleşmeyi hazırlayan idarenin dahi serbest olmadığı” tespiti çok daha açık bir şekilde görülmektedir. Nitekim bu sözleşmelerin tarafı Bakanlık iken sözleşme kapsamında YEKDEM kapsamında değerlendirmeye esas alınacak fiyat YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinde belirlenecek olup, sözleşme taslakları birim

²³³ Özel hukuku aşan şartların özel kişilerce özel sözleşmelere konulamayacak şartlar olduğu ifade edilmiştir. Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi*, 131.

²³⁴ Dan. 8. D. E. 1997/185, K. 1997/2229, 23.06.1997, erişim tarihi Şubat 18, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1997-185-k-1997-2229-t-23-06-1997-danistay-8-daيره-karari/524007/>.

elektrik enerjisi alım fiyatının Şartname'de belirtildiği şekilde güncelleneceğini öngörmekte, şartname taslakları ise fiyatların üçer aylık dönemler halinde Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim ayında güncelleneceğini düzenlemektedir. YEKA Kanunu 6/4. maddesi "30/6/2021 tarihinden sonra işletmeye girecek olan elektrik üretim tesisleri için Türk lirası olarak uygulanacak YEK Destekleme Mekanizmasına ve fiyatların güncellenmesine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir." hükmü ile bu güncellemeleri yapma yetkisinin Cumhurbaşkanıya ait olduğunu ortaya koymaktadır. Öte yandan YEKA Kullanım Hakkı Sözleşme taslaklarında; şartname ile YEKA Yönetmeliği ve şartnameye ilişkin yarışmayı kazanan tarafından sunulan belgelerin sözleşmenin eki olduğu ve bunların sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olarak tarafları bağladığı, sözleşme hükümleri ile sözleşme ekleri arasında veya sözleşme eklerinde yer alan hükümlerin kendi aralarında çelişki veya farklılık olması halinde;

-Yönetmelik, YEKDEM Yönetmeliği ve EPDK mevzuatı başta olmak üzere Türk Hukukunda yer alan emredici hükümler

-Şartname²³⁵

-Şartname'ye cevaplar ve teklifle birlikte İdare'ye sunulan belgeler

-Sözleşme

sıralaması dikkate alınarak öncelik sırasına göre, daha üstte bulunan belgede yer alan hükümlerin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmelerinde tarafların iradesinden bağımsız olarak objektif düzene dayanan²³⁶ özel hukuku aşan bir rejimin bulunduğu söylenmelidir.²³⁷ Dolayısıyla YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmeleri idari sözleşme niteliği taşımaktadır.

²³⁵ Şartnamenin özel hukuku aşan şartlar içermesi halinde sözleşmenin idari nitelik taşıyacağı ifade edilmiştir. Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi*, 95.

²³⁶ Tekinsoy, "İdari Sözleşmede Ölçüt," 205.

²³⁷ Elektrik Piyasası İletim Sistemi Sistem Kullanım Anlaşmalarının özel hukuku aşan bir rejime tabi olduğu ve idar, sözleşme vasfı taşıdığına dair Danıştay 13. Dairesi, 2428/2657, 19.09.2019, erişim tarihi Şubat 19, 2024, <https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2019-2428-k-2019-2657-t-19-09-2019/4283979/%22%c3%b6zel+hukuku+a%c5%9fan%22>.

SONUÇ

Yenilenemeyen yani fosil kaynaklar olarak adlandırabileceğimiz enerji kaynaklarının günümüzde başta iklim değişikliği olmak üzere çevresel birçok soruna yol açtığı tartışmasız bir gerçek olarak kabul edilmektedir. Gerek arz güvenliği gerekse çevreyle uyum noktasında yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretimi ön plana çıkmaktadır. YEKA Kanunu 4/1. maddesi ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) oluşturma görevi vermiştir. Bakanlık YEKA oluşturma faaliyetini, bir kamu hizmeti olarak üstlenmiştir. YEKA tespiti verimli yenilenebilir enerji kaynaklarının bulunup bulunmaması, özel kişilerin mülkiyetinde olan taşınmazların kamulaştırılmasına imkân tanınması, tespit işlemi sonucunda açılan kullanım hakkı yarışmasının hukuki niteliği ve yarışma sürecinin yürütülmesi ile yarışmayı kazanan ile idare arasında imzalanan kullanım hakkı sözleşmeleri noktalarında hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmalıdır. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın çalışmaları sonucu YEKA tespiti gerek kamu ve hazine taşınmazları gerekse özel mülkiyete konu taşınmazların teknik çalışmalar ve hukuki işlemler sonucunda bir alanın YEKA olarak belirlenmesi esasına dayanmaktadır. Bu yöntemde bir alanın YEKA olarak tespiti öncelikle Aday YEKA olarak belirlenmesini gerektirmekte olup süreç özetle aday YEKA tespiti, YEKA tespiti, kullanım hakkı yarışması, kullanım hakkı sözleşmesi şeklinde ilerlemektedir. Aday YEKA tespit işlemi icrai bir idari işlemdir, zira Aday YEKA tespiti işlemi ile hukuken Aday YEKA statüsü verilen alan üzerinde gerek enerji mevzuatı kapsamında bir faaliyetin yapılması gerekse kaynak verimliliğini etkileyecek imar düzenlemesi yapılmasının önlenmesi suretiyle YEKA tespiti işlemi ile ilgili alanın daha önceden mevcut hukuki statüsünde sınırlandırıcı değişiklikler yapılmaktadır. Yine Aday YEKA tespiti işlemi danışmalı idari işlem niteliği taşımaktadır. Aday YEKA'nın değerlendirilmesini müteakiben verilebilen YEKA tespit kararı, hakkında verildiği sahanın hukuki statüsünde değişiklik yaratmaktadır. Bu bağlamda belli duruma ilişkin olarak verilmesi itibari ile bireysel işlem; ilgili alanı önceden düzenlenmiş nesnel bir hukuki duruma sokması itibari ile de şart işlem özelliği arz etmektedir. Yapılan işlemin icrai niteliğinin tespiti bu bağlamda dava konusu edilip edilememe hususlarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. İdarenin YEKA'ları kullandırma faaliyeti, nihai çıktısı "YEKDEM kapsamında değerlendirerek destekleme" olan, özendirme ve

desteklemenin iç içe geçtiği bir destekleme faaliyeti niteliğindedir. Faaliyet sürecinde, arazi kullanımı için indirim olarak uygulanan destekleme, varlığı zorunlu koşul olarak belirlenmiş yerli aksam kullanımını özendirme ve nihai olarak YEKDEM kapsamında değerlendirme aşamaları yer almaktadır. Gerek YEKA Kanunu gerekse YEKA Yönetmeliği "Kullanım Hakkı Yarışması"nın hukuki niteliğine dair bir hüküm içermemektedir. YEKA Kanunu 4/2. maddesine dayalı olarak YEKA Yönetmeliğinde "Kullanım Hakkı Sözleşmesi" yapılmasına yönelik özel bir ihale usulü düzenlenmiştir. Niteliği hakkında herhangi bir düzenleme bulunmadığından sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti, idare hukukuna tabi olup olmayacağı ve tabi olacağı yargı kolunun belirlenmesi noktasında elzemdir. Bakan onayı ile kesinleşen ve kesin ve icrai hale gelen YEKA ihale kararına karşı gerek çevresel menfaate gerekse başka kişisel menfaatlere dayalı olarak iptal davası açılabilir. İdarenin YEKA tespiti kamu hizmeti niteliği taşımakta iken YEKA kullandırma faaliyeti, nihai çıktısı "YEKDEM kapsamında değerlendirerek destekleme" olan, özendirme ve desteklemenin iç içe geçtiği bir destekleme faaliyetidir. YEKA kullanım hakkı sözleşmeleri konusu özendirme ve destekleme faaliyeti olan idari bir sözleşme niteliğini haizdir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun. *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*. İstanbul: Formül Matbaası, 1970.
- Aksoy, Mehmet ve Mehmet Şimşek. *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci*. Ankara: Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2010.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Alica, Süheyla Suzan. "Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı." *TBB Dergisi*, no. 139 (2018): 165-220.
- Aslan, İsmail Yılmaz. *Enerji Hukuku C. I, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2007.
- Aslan, İsmail Yılmaz. *Enerji Hukuku C. II, Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2008.
- Ayanoğlu, Taner. "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, no. 1-3 (2003): 66-86.
- Ayanoğlu, Taner. "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri." *İÜHFİM*, no.1 (2007): 3-38.
- Aydoğdu, Çağkan. "Yenilenebilir Enerji Sektöründe ve Enerji Verimliliğinde Kamusal Destekler ve Türkiye'de Yansımaları." *Akademik İzdüşüm Dergisi*, no. 1 (2021): 52-74.
- Aydinoğlu, Zeynep Nihal. *Türk ve Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Berksoy, Turgay ve Dilek Akbaş Akdoğan. "Yenilenebilir Enerjide Kamu Politikaları ve Türkiye." *Journal of Life Economics*, no. 3 (2018): 19-42.
- Bilgen, Pertev. *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmeleri Kriterleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970.
- Buz, Vedat. *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007.

- Çakmak, Münci. *İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Çal, Sedat. "Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler." *Prof Dr Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, editör Ömer Teoman, 1829-1906. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2009.
- Çoban, Orhan ve Nazan Şahbaz Kılınç. "Enerji Kullanımının Çevresel Etkilerinin İncelenmesi." *Marmara Coğrafya Dergisi*, no. 33 (2016): 589-606.
- Doğanyüğit, Sadettin ve İrfan Güvendi. *İhale ve Sözleşme Hukuku*. Ankara: Kamep Derneği Yayınları, 2016.
- Duran, Lütfi. *Türk Hukukunda İdari Mukaveleler*. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Erdoğan, Selahattin. "Enerji, Çevre ve Sera Gazları." *Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF Dergisi*, no.1 (2020): 277-303.
- Eren, Toprak. *Kamu İhale Hukuku 'Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi'*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Ergün, Çağdaş Evrim. *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti*. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010.
- Erkut, Celal. *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*. Ankara: Danıştay Matbaası, 1990.
- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- Gönen, Yakup. "Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2010): 359-386.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.1*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.2*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku C.1 Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

- Gülan, Aydın. *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*. İstanbul: Alfa Yayınevi, 1999.
- Günday, Metin. "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi" iç. *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, (1999): 60-67.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- Gür, Necip Taha. *İdari Faaliyetlerin Farklılaşması Boyutuyla Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Işıklar, Celal. "İdare İle Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki Bağlamında Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altında Olma." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 31 (2023): 703-753.
- Kaplan, Onur. "Türk Hukukunda İdarenin Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Enerjisi Üretimi Yönünden İşlevlerinin İrdelenmesi." *Yaşar Hukuk Dergisi*, no. 5 (2023): 297 – 336.
- Kaplan, Onur. *İdari İşlem Teorisi Açısından Tespit Edici İşlemlerin Tanımlanması ve İdari İşlemler İçerisindeki Konumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kaplan, Onur. "Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda 'Aceleliğine Karar Verilen Haller' Bakımından Bir Değerlendirme." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no.1 (2018): 176-196.
- Kaplan, Sami. "İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması." *Maliye Dergisi*, no.162 (2012): 18-50.
- Karahanogulları, Onur. *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karahanogulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karahanogulları, Onur. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Karahanogulları, Onur. "Birel İşleme Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu." *AÜSBF Dergisi*, no.3 (2007): 201-233.
- Karakul, Selman. "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri." *Ombudsman Akademik Dergisi*, no. 3 (2015): 61-105.

- Kaya, Cemil. "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1-2 (2004): 253-284.
- Koç, Erdem ve Kadir Kaya. "Enerji Kaynakları-Yenilenebilir Enerji Durumu." *Mühendis ve Makine*, no. 668 (2015): 36-47.
- Kutlu, Meltem. *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997.
- Kutlu Gürsel, Meltem. *Kamulaştırma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Malbeleş, Nida ve Özmeriç Merve. "İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu." *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2020): 133-161.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. II*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Orak, Cem Çağatay. "Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 68 (2007): 161-140.
- Özay, İl Han. *Günüşiğında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Özkaya Özlüer, Iğın. "Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti." *Ankara Barosu Dergisi*, no.2 (2022): 279-316.
- Öznazik, Halil Alpay. "Türkiye'de Yenilenebilir Enerji Kaynaklarına Dayalı Elektrik Üretimine Verilen Fiyat Desteklerinin İncelenmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz." *Fiscaoeconomia*, no. 1 (2022): 161-188.
- Öztürk, Kazım. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası C. II*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966.
- Pack, Eli, Bianca Christison, Dane Winch ve Lars Narushevich. "Renewable Energy Zones in Australia." *IEEE Power & Energy Magazine*, no. 5 (2021): 56-66.

- Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Seyhan, Serkan. "Kamu İhale Hukukuna İlişkin Danıştay Kararları." *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, no. 117 (2019): 28-34.
- Sezginer, Murat. *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2000.
- Sezginer, Murat. "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeler)." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1-2 (2013): 1589-1622.
- Süslü, Güven. *Çevrenin Korunmasında Beyaz Enerjinin Rolü ve Yargısal Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Şahin, Cenk. *Acele Kamulaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Şanlı, Yeliz. "Elektrik Piyasası Ya Da Elektrik Kamu Hizmeti." *Mülkiye Dergisi*, no. 254 (2014): 51-71.
- Şencan, Derya. "Yenilenebilir Enerjide Türkiye'nin Dünyadaki Yeri ve Uygulanan Teşviklerin Değerlendirilmesi." *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, no. 3 (2022): 693-709.
- Talus, Kim. "Enerjide Kamu-Özel Sektör Ortaklığı- Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve İdari İşlemlerin Sonlandırılması." çev. Gözde Cantürk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 84 (2009): 347-374.
- Tan, Turgut. "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 sayılı Kanunun Uygulanması." *Amme İdaresi Dergisi*, no. 4 (1969): 99-115.
- Tan, Turgut. *Planlamanın Hukuki Düzeni*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Tan, Turgut. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı." *Anayasa Yargısı Dergisi*, (1991): 233-252.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Tan, Turgut. *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Turgut, Nükhet Yılmaz. *Çevre Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 1998.

- Tekinsoy, Ayhan. "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2006): 181-227.
- Ulusoy, Ali Dursun. "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1-4 (1999): 165-176.
- Ulusoy, Ali Dursun. *Kamu Hizmeti İncelemeleri*. Ankara: Ülke Kitapları, 2004.
- Ulusoy, Ali Dursun. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Uz, Abdullah. *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Yağcı, Pınar. *Rüzgâr Enerjisinin İdare Hukuku Açısından İncelenmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Yasin, Melikşah. "Kamu Hizmeti." *İdare Hukuku*, editör Turan Yıldırım, 411-470. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yıldırım, Turan. "İdari İşlemler." *İdare Hukuku*, editör Turan Yıldırım, 293-410. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yılmaz, Dilşat. *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2014.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku C. 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

GÜNCEL YARGI KARARLARI IŞIĞINDA EVLENME YOLUYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA MİLLİ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ KAVRAMLARININ İDARENİN TAKDİR YETKİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Assessment of National Security and Public Policy Concerns in the Context of Administrative Discretion in the Acquisition of Turkish Citizenship through Marriage in the Light of Current Judicial Decisions

Erman EROĞLU*

Öz


Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasında, idarenin takdir yetkisinin sınırları kesin bir biçimde çizilememektedir. Takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi, hukuki öngörülebilirlik açısından büyük önem taşımaktadır. Hukuki öngörülebilirlik, demokratik bir toplumda bireylere, vatandaşlık kazanabilmeleri için hangi koşulların ve kriterlerin geçerli olduğunu net bir şekilde sunarak, haklarının korunmasını sağlar. İyi tanımlanmamış sınırlar, takdir yetkisinin keyfi kararlarla kullanılmasına yol açabilir ve bu da bireylerin

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı), erman.eroglu@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1371-3240.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 06.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 28.10.2024.

Atıf/Citation: Eroğlu, Erman. "Güncel Yargı Kararları Işığında Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramlarının İdarenin Takdir Yetkisi Bağlamında Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1974-2008.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

haklarının ihlaline neden olabilir. İdarenin takdir yetkisinin önemli olduğu alanlardan biri, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasıdır. Türkiye'de, birçok ülkede olduğu gibi, bir vatandaşla evlenmek, yabancı eşe doğrudan vatandaşlık kazandırmamaktadır. Bunun yerine, idare, her durumu kişi özelinde değerlendirerek vatandaşlığa alınma kararını verirken çeşitli unsurları göz önünde bulundurmaktadır. Bu unsurların başında milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları gelmektedir. Ancak, bu gibi belirsiz kavramlar üzerinde idarenin takdir yetkisini kullanması, hukuki öngörülebilirliğe engel teşkil edebilir. Bu çalışmada, özellikle milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarına odaklanarak, evlilik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması bağlamında idarenin takdir yetkisinin sınırlarının incelenmesi amaçlanmıştır. Türk hukuk doktrininde bu kavramların sınırlarına ilişkin çeşitli görüşler bulunsa da, yargı mercilerinin idari kararları incelerken dikkate aldığı özel kriterler konusunda literatürde belirgin bir boşluk bulunmaktadır. Bu kriterlerin anlaşılması, idarenin takdir yetkisinin sınırlarının şekillendirilmesinde hayati öneme sahiptir. Bu çalışmada, milli güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili davalarda yargı mercilerinin kullandığı kriterler incelenerek, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında idarenin takdir yetkisi irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Evlenme Yoluyla Vatandaşlık, İdarenin Takdir Yetkisi, Kamu Düzeni, Milli Güvenlik

Abstract

The limits of the administration's discretion in the acquisition of Turkish citizenship through marriage cannot be precisely defined. Determining the limits of the administration's discretion is important in terms of legal predictability. Legal predictability ensures the protection of the rights of individuals in a democratic society by providing them with clear conditions and criteria for acquiring citizenship. Without clearly defined limits, the exercise of discretion can lead to arbitrary decisions that may violate the rights of individuals. One area where administrative discretion is important is the acquisition of citizenship through marriage. In Türkiye, as in many other countries, marriage to a citizen does not directly confer citizenship on the foreign spouse. Instead, the administration has the authority to evaluate each case on its merits, taking into account various factors before granting citizenship. The most important of these

factors are the concepts of national security and public policy. The exercise of discretion by the administration on vague concepts such as national security and public policy may hinder predictability. This study aims to examine the limits of administrative discretion in the context of Turkish citizenship acquisition through marriage, with a particular focus on the concepts of national security and public policy. Although there are different views on the limits of these concepts in Turkish legal doctrine, there is a significant gap in the literature regarding the specific criteria that judicial authorities take into account when reviewing administrative decisions. Understanding these criteria is crucial because they play a crucial role in shaping the limits of administrative discretion. This study analyzes administrative discretion by examining the criteria used by judicial authorities in national security cases.

Key Words: Marriage-Based Citizenship, Administrative Discretion, National Security, Public Policy

GİRİŞ

Devletin egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak, vatandaşlığın kazanılmasında idarenin takdir yetkisine sahip olduğu evrensel olarak kabul edilmektedir. Ancak, idarenin takdir yetkisinin uygulanmasında sınırların belirlenmesi, hukuki öngörülebilirlik açısından büyük önem taşımaktadır. Kamu düzeni ve milli güvenlik gibi muğlak kavramlar özelinde idarenin takdir yetkisini kullanması, öngörülebilirliğin önünde bir engel oluşturabilmektedir. Bu çalışmada, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin sınırları, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları açısından ele alınmıştır.

Vatandaşlığa ilişkin mevzuatta milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının net bir şekilde tanımlanmadığı görülmektedir. Türk hukuk doktrinde bu kavramlara ilişkin çeşitli tanımlar yapılmış olsa da, yargı mercilerinin dikkate aldığı kriterlere ilişkin yeterli bir çalışma bulunmamaktadır. Bu çalışmada, yargı mercilerinin benimsemiş olduğu kriterler doğrultusunda, idarenin takdir yetkisi milli güvenlik ve kamu düzeni ekseninde incelenmiştir. Nitekim, mahkeme kararlarıyla bu kavramlar özelinde idarenin takdir yetkisinin sınırları belirlenmiştir. Çalışmada, bu sınırların tespiti yapılmakta, mahkeme kararlarında

benimsenen kriterler sınıflandırılmakta ve bu konulara ilişkin eksiklikler ile çözüm önerileri sunulmaktadır.

Bu makalenin devamı beş ana başlık üzerine kuruludur. İkinci bölümde Türk hukuku bağlamında evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının genel çerçevesi çizilip, tahlili yapılmıştır. Üçüncü bölümde vatandaşlığın kazanılmasında milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları irdelenmiştir. Dördüncü bölümde vatandaşlığın kazanılmasında idarenin takdir yetkisi değerlendirilmiştir. Beşinci bölümde yüksek yargı kararları bakımından vatandaşlığın evlenme yoluyla kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından ele alınışı incelenmiş ve idarece belirlenen çeşitli kıstaslar irdelenmiştir. Makalenin altıncı bölümünde idarenin takdir yetkisinin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından kullanılmasına ilişkin eksikliklerden bahsedilmiş ve önerilerde bulunulmuştur.

I. EVLENME YOLUYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINA GENEL BAKIŞ

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK)¹ sistematığı incelendiğinde, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, yetkili makam kararıyla sonradan kazanılan bir vatandaşlık yolu olarak düzenlenmiştir. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, özel bir hükümle, m.16'da düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili kişi Kanun'da belirtilen şartları yerine getirdikten sonra Türk vatandaşlığını kazanmak için yetkili makama başvurmaktadır. Ancak, bu başvuru vatandaşlığın kazanılması için yeterli olmamaktadır. Çünkü evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisi söz konusudur.² İdarenin takdir yetkisini uyguladığı alanları incelemeyen önce evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının şartlarını irdelemek yerinde olacaktır.

¹ RG. 12.6.2009, S. 27256.

² B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Beta, 2022), 167.

A. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığını Kazanmanın Şartları

1. Bir Türk Vatandaşı ile En Az Üç Yıldır Evli Olma ve Evliliğin Devam Ediyor Olması

Gerek 403 sayılı Mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun³ 5.maddesinde,⁴ gerekse 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.16(1) hükmünde belirtildiği üzere, Türk vatandaşı ile evlenen yabancı doğrudan Türk vatandaşlığını kazanmamaktadır. TVK'da evlenme yoluyla vatandaşlık, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne paralel olarak düzenlenmiş ve yabancıların Türk vatandaşı ile belirli bir süre evli kalması şart koşulmuştur.⁵ Bu süre m.16(1)'de üç yıl olarak belirtilmiştir. Yabancıların Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için asgari olarak üç yıl boyunca bir Türk vatandaşı ile evli olması gerekmektedir.

Kanun, Türk vatandaşının vatandaşlığı doğumla mı yoksa sonradan mı kazandığı konusunda bir ayırım yapmamaktadır. Ayrıca, Türk vatandaşı olan eşin evlilik süresince vatandaşlığını muhafaza etmesi de şart koşulmamaktadır. Başvuru sırasında eşin Türk vatandaşı olması yeterlidir. Üç yıllık evlilik süresince tarafların Türkiye'de ikamet etmesi gerekli değildir; bu süre zarfında tarafların başka bir ülkede yaşamaları da vatandaşlık başvurusuna engel teşkil etmez.

³ RG. 22.2.1964, S. 11638.

⁴ Mülga 403 sayılı TVK'nın 5.maddesi 04.06.2003 tarihinde değiştirilmiştir. Bu tarihten önce Türk vatandaşı bir erkekle evlenen yabancı kadın, Türk vatandaşlığına geçmek istediğini 42.maddedeki usule uygun bir biçimde yetkili makama bildirmesi durumunda Türk vatandaşlığını kazanabilmekteydi. Bir başka deyişle, evliliğin Türkiye'de yapılması durumunda nikah memuruna Türk vatandaşlığına geçmek talebini bildirdiği anda Türk vatandaşlığını kazanabilmekteydi. Keza evlilik başka bir ülkenin yetkili makamları önünde yapılmaktaysa evliliğin bir ay içerisinde evlenmeyi tescille görevli ve yetkili Türk makamına bildirmesi ve vatandaşlık talebini iletmesi durumunda kişi süreye tabi olmaksızın Türk vatandaşı olabilmekteydi. Burada idari bir makamın takdir yetkisi söz konusu olmamaktaydı. Bkz: Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 158-159.

⁵ Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 136.

Evliliğin üç yıl boyunca devam etmiş olması şartı ise, evliliğin muvazaa saikiyle yapılıp yapılmadığını tespit etmek amacıyla konulmuştur.⁶

TVK m.16(1), yalnızca yabancı üç yıldır evli olmasını değil aynı zamanda bu evliliğin devam ediyor olmasını da aramaktadır. Bir başka deyişle, üç yıl evli kalıp boşandıktan sonra Türk vatandaşlığının evlenme vasıtasıyla kazanılması mümkün olmadığı gibi, evliliğin feshi ya da gaiplik gibi sebeplerle sona ermesi durumunda da bu mümkün değildir. İçişleri Bakanlığı'na vatandaşlık başvurusu yapılırken evliliğin devam ediyor olması gerekmektedir.⁷ Ancak, başvuru yapıldıktan sonra Türk vatandaşının ölmesi durumunda, bu başvuru idarenin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilebilecektir.⁸

2. Aile Birliği İçinde Yaşama ve Evlilik Birliği ile Bağdaşmayacak Bir Faaliyette Bulunmama

Kanun, Türk vatandaşı ile üç yıldır evli olan ve evliliği devam eden yabancı aile birliği içerisinde yaşamasını aramaktadır. Kanun, aile birliği içerisinde yaşamaktan, evliliğin gerçek ve taraflar arasında müşterek bir aile yaşantısının bulunmasını kastetmektedir. Fiilen aile birliği içerisinde yaşama şartı katı bir biçimde uygulanmamaktadır. Nitekim aile birliği içerisinde yaşamaya engel mücbir bir sebep, eşlerin kaçınmayacağı beklenmedik bir olay ya da

⁶ 04.06.2003 tarihinden önceki Mülga 403 sayılı TVK döneminde turistik vizelerle gelip kaçak yollarla kalan kadınların vatandaşlığı kazanmasında evlilik bir araç olarak kullanılmıştır. İşsiz erkeklerin belirli bir ücret karşılığında yabancı kadınlarla evlendiği bir dönem olmuştur. Zira idarenin takdir yetkisi olmaksızın Türk vatandaşlığının evlilikle kazanılması sonrasında kamu düzeni ve milli güvenliği etkileyecek sorunlar ortaya çıkmıştır. Bkz. B. Bahadır Erdem, "Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme," iç. *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, ed. Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Banu Şit Köşgeroğlu (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008) 98. Muvazaa evlilikler için başka ülkelerin de benzer çözümler üretmesine ilişkin bkz. Marcel De Armas, "For Richer or Poorer or any Other Reason: Adjudicating Immigration Marriage Fraud Cases Within the Scope of the Constitution," *Social Policy and the Law* 15, no.4 (2007): 8-18.

⁷ Rifat Erten, "Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler," *TAAD* 19, no.1 (2004): 252.

⁸ Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Rehber Yayınları, 2023), 99.

durumun olması aile birliği içerisinde yaşama şartının esnetilmesine dayanak oluşturabilmektedir.⁹ Özellikle teknolojik gelişmelerle birlikte taraflar farklı ülkelerde ya da şehirlerde yaşaması, aile birliğine engel sayılmamaktadır. Benzer şekilde, taraflardan birinin cezaevinde olması da bu şartı engellemez.¹⁰ Esas olan, taraflar arasında gerçek ve müşterek bir yaşamın varlığıdır. ¹¹ Aile olma duygusu ortadan kalmadığı sürece, aile birliği şartının sağlandığı kabul edilmektedir.¹² Tarafların aile birliği içerisindeki yaşantısının kesintisiz olması gerekmektedir. Ancak, TVK m.16(2) hükmü uyarınca, başvuru yapıldıktan sonra Türk vatandaşı eşin ölmesi durumunda aile birliği içerisinde yaşamasının şartı aranmamaktadır. Aile birliği içerisinde yaşama şartının altında yatan sebep, muvazaalı evlilikler yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını engellemektir.¹³

Kanun, aile birliği içerisinde yaşamının yanı sıra, tarafların evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmamasını da aramaktadır. Evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyetler bir şart olarak belirlenmiş, ancak bu eylemlerin tanımı ve kriterleri belirtilmemiştir. Ancak, doktrinde boşanmaya sebebiyet verebilecek eylem ve davranışların bunun için kriter olabileceği kabul edilmektedir.¹⁴ Doktrinindeki başka bir görüşe göre, bu hüküm, Mülga 2004/7275 karar sayılı Türk Vatandaşları ile Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Yönetmelik'te yer alan "fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek ve fuhşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak" şartının

⁹ Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2023), 99; Dan. 10. D, E.2007/2353, K.2011/143, 26.01.2011.

¹⁰ 2021 yılında Danıştay'ın vermiş olduğu kararda eşlerden birinin cezaevinde olmasının aile birliği içerisinde yaşama şartına engel olmadığını belirtilmiştir. İlgili eş cezaevinden düzenli bir biçimde yabancı eşe maddi destekte bulunmuş ve yabancı eş de Türk vatandaşı olan eşin ailesiyle aynı binada ikamet etmiştir. Bu durumda aile birliği içerisinde yaşamının yalnızca fiili değil aynı zamanda manevi bir durum olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Dan. 10. D, E. 2016/13579, K.2021/1030, 10.3.2021.

¹¹ Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 96.

¹² Güngör, Tabiiyet Hukuku, 139.

¹³ Turgut Turhan ve Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 98.

¹⁴ Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 99.

tezahürüdür.¹⁵ Doktrinde, bu faaliyetlerin evlilik birliğinden sonra başlamış ya da evlilik süresince devam etmiş olması gerektiği belirtilmektedir.¹⁶

3. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmama

Bu çalışmanın ana konusunu oluşturan milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları, Türk vatandaşlığının kazanılmasında önem arz etmektedir. TVK m.16(1)(c)'ye göre, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, başvuru sahibinin milli güvenlik ve kamu düzeni açısından tehdit oluşturmadığının tespiti istenmektedir. Milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları, özellikle makalenin ilerleyen bölümlerinde ele alınmaktadır.

B. Özel Durumlar

1. Türk Vatandaşı Eşin Ölümü

Kanun'da belirlenen şartlar yerine getirildikten sonra, evliliğin sona ermesi halinde yabancıнын durumunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Kanun, yalnızca başvuru yapıldıktan sonra Türk vatandaşı eşin ölmesi durumunu düzenlemiştir. TVK m.16(2)'ye göre, başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölmesi halinde yabancı eş Türk vatandaşlığını elde etmeye hak kazanabilmektedir. Doktrinde, bu durumun dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmiş ve başvurudan sonra evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde "*aile birliği içerisinde yaşamak*" şartının gerçekleştiği ileri sürülmüştür.¹⁷ Ancak, tüm şartlar yerine getirilmesine rağmen başvuru yapılmadan önce Türk vatandaşı eş ölmüşse, yabancıнын vatandaşlığı evlilik yoluyla kazanması mümkün değildir.

¹⁵ Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 97.

¹⁶ Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 140.

¹⁷ Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 99.

2. Evlenmenin Geçerliliği

Evliliğin butlanla sakat olması durumunun, yabancı eşin Türk vatandaşlığını kazanmasına etkisini irdelemek gerekmektedir. TVK m.16(3), bu durumda ikili bir ayırım yaparak iyi niyeti temel almaktadır. Yabancı, evliliğin butlanına karar verildiğinde evlenmede iyi niyetli ise Türk vatandaşlığını muhafaza etmektedir. Ancak yabancı iyi niyetli değilse ve butlan sebeplerini bilerek evliliği sürdürdüyse, Türk vatandaşlığını herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kaybetmektedir.¹⁸

II. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA MİLLİ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİ KAVRAMI

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma şartları incelendiğinde, idarenin takdir yetkisinin geniş olduğu görülmektedir. Nitekim, bu durum çeşitli yargı kararlarında da açıkça belirtilmiştir. Vatandaşlığın kazanılması, egemenlik yetkisinin bir tezahürü olup, idarenin somut şekilde takdir yetkisini kullandığı alanlardan biridir. Aşağıda detaylı bir şekilde yargı kararları incelendiğinde, idarenin takdir yetkisine yapılan itirazların milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları çerçevesinde olduğu görülmektedir. Bu kavramların sınırlarının net çizilememesi, vatandaşlığa ilişkin idari işlemlerin iptaline dayanak oluşturabilmektedir. Bu nedenle, bu kavramların teorik olarak tanımlanması, idarenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesine katkı sağlayacaktır.

Türk vatandaşlık hukuku bağlamında ilk kez, kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir duruma sahip olmama şartına 5901 sayılı Kanun'da yer verilmiştir.¹⁹ TVK'da bu iki kavram bir çatı altında ifade edilmiş olsa

¹⁸ Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 100; Begüm Süzen, "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Vatandaşlığın Evlenme Yoluyla Kazanılmasına İlişkin 16. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarının Değerlendirilmesi," iç. *Uluslararası Göç ve Vatandaşlık*, ed. Işıl Özkan ve Kazım Sedat Sirmen (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 151.

¹⁹ 5901 sayılı Kanun öncesinde idari düzenlemelerde rastlanılan bu kavramlara kanuni dayanak oluşmuştur. Bkz. Rifat Erten, "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak," *Public and Private International Law Bulletin Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan* 40, no.2 (2020): 1357. Bu durum

da, kavramsal olarak birbirinden ayrılmaktadır.²⁰ Bu nedenle, bu kavramları ayrı ayrı ele almak daha yerinde olacaktır.

A. Milli Güvenlik Kavramı

Gerek 5901 sayılı TVK'da, gerekse Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik)²¹ hükümlerinde milli güvenlik kavramı sarih bir biçimde tanımlanmamıştır. Milli güvenlik kavramının bilimsel olarak tanımlanması oldukça zordur; çünkü doğa bilimleri veya sosyal bilimler gibi üzerine uzun yıllar tartışılmış bir kavram değildir. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi²² m.2(1)(d)'de, milli güvenlik "*Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkıldığında milli güvenliğin, milli savunmaya ilişkin sorunlarla birlikte kamu güvenliğiyle veya devletin iç ya da dış güvenliğiyle ilgili her sorunu kapsadığı söylenebilir.²³ Ancak milli güvenlik kavramı ilk görünüşte askeri bir kavram olarak görülse de hukuki, iktisadi ve siyasi yönleri olan bir kavramdır.²⁴ Milli güvenlik kavramı devletlerin politik çıkar ve koşullarının değişkenliği ile bağlantılı olan siyasi bir kavram olarak görünüm arz etmektedir.²⁵ Milli güvenlik açısından korunması gereken unsurların başında devletin kendisi olduğu için milli güvenlik doğrudan devletin varlığıyla ilgili bir

Mülga 403 sayılı TVK döneminde "Sakıncalı Deyiminin Kapsamına İlişkin Uygulama Protokolü" ile fiilen yapılmaktaydı. Bkz. Rona Aybay, Nimet Özbek ve Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019), 121.

²⁰ Güngör, Tabiiyet Hukuku, 141.

²¹ RG. 6/4/2010- 27544.

²² Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin S. 6, RG. 15/7/2018 – 30479.

²³ Rona Aybay, "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu," *AÜSBF* (1978): 65,66.

²⁴ Tayfun Akgüner, "Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 6, no.1-3 (1985): 13-14.

²⁵ Aybay, "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu," 60.

kavramdır.²⁶ Milli güvenliğin koruduğu dört temel alan vardır. Bunlar iktisadi, siyasi, çevresel ve sosyal alanlardır.²⁷ Milli güvenliğin korumuş olduğu konular, devletin bağımsızlığı ve milletin egemenliği ile doğrudan ilgili olduğu için, bir başka deyişle devletin bekası ile alakalı olduğu için, temel hak ve özgürlükler sınırlanabilmektedir. Bunun uzantısı olarak milli güvenlik kavramı vatandaşlığa kabul edilmede de önemli bir rol oynamaktadır.²⁸ Tüm bunlarla birlikte milli güvenlik kavramının temelini politika oluşturduğu için politika oluşturan kişilerin anlayış ve yorumları da milli güvenlik kavramının içeriğinin şekillenmesinde önem arz etmektedir.²⁹

B. Kamu Düzeni Kavramı

Milli güvenlik kavramında olduğu gibi, kamu düzeni kavramına ilişkin de mevzuatta açık bir tanımlama yapılmamıştır. Kamu düzeninin sınırlarını belirlemek, milli güvenliği tanımlamaktan daha zordur. Zira Türk hukukunda kamu düzeni kavramına ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır.³⁰ Kamu düzeni, zaman, konum ve konu bakımından devinime açık bir kavram olduğu için tam anlamıyla tanımlanması mümkün değildir.³¹ Bu durum, kamu düzeni kavramında kaçınılmaz olarak muğlaklığa yol açmaktadır. Doktrinde kamu düzeni hakkında farklı tanımlamalar yapılmıştır.

Aybay'a göre kamu düzeni: *"Bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertlerin aralarındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak*

²⁶ Mustafa Erkan, Erkan M. "Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında "Milli Güvenlik" ve "Kamu Düzeni" Kavramları," iç. *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, ed. Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 19.

²⁷ Özge Okay, "İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı," *Yayımlanmamış Doktora Tezi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2009), 71-72.

²⁸ Erkan, "Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında 'Milli Güvenlik' ve 'Kamu Düzeni' Kavramları," 21.

²⁹ Okay, "İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı," 74.

³⁰ A. Gündüz Ökçün, *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni* (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997), 108-113.

³¹ Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 13, no.1 (2007), 59

kaidelerine uygunluğu teminine yarayan müessese ve kaidelerin bütünüdür."³² Çelikel ise kamu düzenini siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki açıdan bir toplumun temel yapısını oluşturan ve de ülke menfaatlerini ilgilendiren kurallar olarak tanımlamıştır.³³ Dayınlarlı, toplumun huzur ve sükununu temin etmek için konulmuş olan kanun ve nizamları, örf ve adetlerin kamu düzeni kurallarıyla aynı amaca hizmet ettiğini belirtir.³⁴ Altuğ'a göre kamu düzeni, belli bir ülkede ve belirli bir zaman diliminde kabul edilmiş özel şartlar, koşullar sebebiyle o memleketin esaslı çıkarlarından sayılan hukuki kuralların bütünüdür.³⁵ Ökçün'e göre kamu düzeni, "Belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlaki çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzeninin içine girer."³⁶ Şanlı'ya göre de ise kamu düzeni kriteriyle milli hukukların politik sınırları belirlenmektedir.³⁷ Doktrindeki tanımlardan yola çıkıldığında, kamu düzeni: milletlerarası hukukun genel prensipleri, Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlükler, Türk kanunlarının özü, iyi niyet kurallarına dayanan kurallar, medeni toplulukların benimsedikleri ortak ahlak anlayışına dayanan hukuk kuralları ve toplumun ekonomik,³⁸ siyasi ve sosyal yapısına ilişkin kurallardır.³⁹

³² Rona Aybay ve Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010), 113.

³³ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2020), 141.

³⁴ Kemal Dayınlarlı, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni," *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı*, Ed. Mürsel Başgül ve Haluk Konuralp (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988), 654.

³⁵ Yılmaz Altuğ, "Amme İntizamı ve Tesirleri," *AÜSBFD* 27, no.1 (1972): 372.

³⁶ Ökçün, *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 9.

³⁷ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2024), 86.

³⁸ Kamu düzeninin dış politikayla ilişkisi için bkz. Erman Eroğlu, "Türk-Amerikan Yargı Kararları Işığında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Dış Politika Sebebi," *Public and Private Law Bulletin* 42, no.2 (2022): 619-641.

³⁹ Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı," 63-64.

C. TVK'da Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramlarının Düzenlenişi

Kanun koyucu, kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarına TVK'da sıklıkla yer vermiştir. Nitekim kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından engel hali bulunmama kıstası yalnızca 16.maddede düzenlenen evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında değil aynı zamanda vatandaşlığın olağan yolla kazanılmasını düzenleyen 11.maddede, istisnai yolla vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen 12.maddede, evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen 17.maddede de düzenlenmektedir. Bununla birlikte milli güvenlik kıstası ise 13.ve 14.maddelerde düzenlenen yeniden Türk vatandaşlığının kazanılmasında şart olarak aranmaktadır. Kanunun birçok yerinde milli güvenlik kavramına atıfta bulunulsa da somut bir tanım yapılmamıştır.⁴⁰ Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki milli güvenlik ve kamu düzeni kıstasları vatandaşlığın kazanılmasında bir başvuru şartı değildir. Başvuru yapıldıktan sonra göz önünde bulundurulması gereken bir şarttır.⁴¹

Kanun'da, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarına ilişkin olarak net bir tanım yapılmamış olsa da TVK m.11(1)(g)'nin gerekçesinde bu kavramlara ilişkin şunlar belirtilmiştir: *"Bu şartın konulması ile milli güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşlığını kazanmaları engellenmektedir."*⁴² Gerekçeden yola çıkıldığında kamu düzeni ve milli güvenlik kavramları bakımından keskin bir çizginin olmadığı görülmektedir. Kamu düzeni

⁴⁰ Mülga 403 sayılı TVK zamanında İçişleri Bakanlığı'nun Vatandaşlık Kanununun Uygulamasına İlişkin "Çok Gizli" yönergesinde belirtilen kıstaslara göre karar verilmekteydi. Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 70.

⁴¹ Fatma Elif Çelik, "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşı Olma Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklara İlişkin Yargılamalarda Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kıstası," *TAAD* 13, no.4 (2022): 402.

⁴² "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu," Türkiye Büyük Millet Meclisi, erişim tarihi Ağustos 2, 2024 <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>.

kapsamında değerlendirilecek eylemlerin milli güvenlik açısından da ele alınabileceği görülmektedir.⁴³

Doktrinde, Yönetmelik m.72(5) hükmünün milli güvenlik ve kamu düzeni şartıyla ilgili olduğu kabul edilmiştir. Bu hükümde milli güvenlik ve kamu düzeni arasında bir ayrım gidilmemiştir.⁴⁴ Ancak, milli güvenlikle ilgili olan kısmının “Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler” olduğu kabul edilmektedir. Kamu düzeni ile ilgili olan kısmının ise, “taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar” olduğu kabul edilmektedir. Yönetmelik hükmü incelendiğinde, ilk kısımda eylemlerin, ikinci kısımda ise hapis cezalarının temel alındığı görülmektedir. Milli güvenlik ile ilgili konularda mahkeme kararı olsa bile, hapis cezası süresi önem arz etmemektedir.⁴⁵

III. 5901 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, kişinin başvurusu üzerine idarenin kamu gücünü kullanarak tek taraflı yaptığı bir idari işlem sonucunda gerçekleşir.⁴⁶ Bu nedenle, öncelikle idarenin takdir yetkisini

⁴³ Erkan, “Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında ‘Milli Güvenlik’ ve ‘Kamu Düzeni’ Kavramları,” 28.

⁴⁴ Erkan, “Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında ‘Milli Güvenlik’ ve ‘Kamu Düzeni’ Kavramları,” 28.

⁴⁵ Erten, “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak,” 1359.

⁴⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 359.

tanımlamak ve bu yetkinin vatandaşlığın kazanılmasındaki uygulamasını incelemek uygun olacaktır.

A. Genel Olarak İdarenin Takdir Yetkisi

İdarenin, tercih yapma imkanının olmadığı ve mevzuatta bazı durumların varlığı halinde belirli bir yönde işlem yapmak ve karar almakla yükümlü olduğu hallerde, bağlı yetkisi olduğu kabul edilmektedir.⁴⁷ İdarenin katı kurallarla yetkilerinin sınırlandırılmasının kamu yararını engelleyebileceği düşünüldüğünden, idareye takdir yetkisi tanınır.⁴⁸ Bir başka deyişle, idarenin davranış biçimlerinin bütünüyle önceden belirlenmesi mümkün olmadığı için, durumun gerekliliklerine göre farklı çözüm yolları arasında tercih yapma hakkı idareye verilmelidir.⁴⁹

Mevzuatta, idarenin yetkisine ilişkin emredici hükümler yerine yetkili makama seçim hakkı tanınması durumunda takdir yetkisi ortaya çıkar. Bu durum, genel kamu yararının gerçekleştirilmesi için bir gerekliliktir.⁵⁰ İdarenin takdir yetkisi, mevzuatta açıkça düzenlenebileceği gibi, belirsiz kavramların kullanılmasıyla da ortaya çıkabilir. Bu durumda "verebilir", "edilebilir", "atayabilir", "değerlendirebilir" gibi ifadeler kullanılır.⁵¹

İdarenin takdir yetkisinin en çok kullanıldığı yer sebep unsurudur. Sebep unsurunda bu durum kamu düzeni, milli güvenlik, genel ahlak gibi belirsiz kavramlarla ifade edilebilmektedir.⁵² Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramları bu takdir yetkisinin en çok kullanıldığı yerlerdendir.⁵³ Nitekim bu muğlak

⁴⁷ Sinan Seçkin ve Gül Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın'a Armağan* 21, no.2 (2015): 510.

⁴⁸ Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi," *Türk İdare Dergisi* 63, no.1 (1991): 73; Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi* (İstanbul: Onikilevha, 2021), 45-47.

⁴⁹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I (Bursa: Ekin, 2019) 1060.

⁵⁰ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet, 2023) 433.

⁵¹ Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I 1065-1067.

⁵² Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I 1062.

⁵³ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 435.

kavramların kullanılması da kaçınılmaz bir biçimde sorunlara sebep olmaktadır.⁵⁴ Nihayetinde de idarenin takdir yetkisi yargı denetimine tabi tutulamamaktadır.⁵⁵ Bu sebeple idarenin takdir yetkisinin vatandaşlığın kazanılmasında sınırlarının çizilmesi gerekmektedir.

B. Vatandaşlığın Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

5901 sayılı TVK uyarınca Türk vatandaşlığı, doğum yoluyla ve yetkili makam kararıyla kazanılabilmektedir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yetkili makam kararıyla kazanma altında değerlendirilmektedir. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının tipik özelliği, idareye tanınan takdir yetkisidir.⁵⁶ TVK m.10(1)'de "*Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz*" hükmü, idarenin bu alandaki takdir yetkisini açıkça göstermektedir. Zira TVK'da belirtilen tüm şartları sağlasa da yabancıнын vatandaşlığı kazanamayabileceğinin belirtilmesi idarenin takdir yetkisini açıklıkla göstermektedir. Burada aslında idareye serbest bir takdir yetkisi tanınmıştır.⁵⁷ İlgili maddenin gerekçesinde bu durumun doğrudan egemenlik hakkıyla ilintili olduğu ve o sebeple idarenin takdir yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Vatandaşlık, yalnızca başvuru sahibi yabancıyı değil, aynı zamanda toplumun genel menfaatlerini de ilgilendirdiğinden, bu konuda idareye takdir yetkisi

⁵⁴ İl Han Özay, *Günüştğinde Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 377.

⁵⁵ Gözler, kamu düzeni ve milli güvenlik gibi kavramların sebep unsuru bakımından takdir yetkisi içerisinde değerlendirilmesinin uygun olmadığını bunun yerine "değerlendirme marjı" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmektedir. Çünkü sebep unsurunun kanunda açık bir biçimde belirtilmiş olması durumunda bir takdir yetkisinin olmayacağını belirtmektedir. Nitekim idarenin takdir yetkisi yargı organlarıncaya denetlenemezken değerlendirme marjının denetlenebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I 1062-1063.

⁵⁶ Erten, "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak," 1363.

⁵⁷ Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 77; Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 120.

tanınmasının gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.⁵⁸ İdareye burada tanınan takdir yetkisinin kamu menfaati ve kamu görevinin gerekliliği olmasından bahisle idarenin keyfi hareket etmemesi gerektiği belirtilmektedir.⁵⁹ Nitekim kamu menfaatlerinin gerçekleştirilebilmesi için idarenin takdir yetkisine sahip olması gerektiği belirtilmiş ve bu bağlamda da Türk vatandaşlığını kazanmada idarenin takdir yetkisinin olduğu kabul edilmiştir. Aynı şekilde, bu durumun bir sonucu olarak, takdir yetkisini kullanmayan idarenin alacağı kararı gerekçelendirme zorunluluğu doğmaktadır.⁶⁰

Anayasa'nın 66.maddesinde belirtilen kanunilik ilkesi çerçevesinde idare, yabancı Türk vatandaşlığına alınması konusunda takdir yetkisine sahiptir. Kanunda belirtilen şartlar Türk vatandaşlığının kazanılmasında asgari şart olarak kabul edilemez.⁶¹ İdare, kanunda belirtilen şartlara ilave şart öngöremez.⁶² Nitekim idarenin takdir yetkisinin olması mevzuatta belirtilmeyen bir şartın aranması anlamına gelmemektedir.⁶³ İdareye tanınan bu yetkinin keyfilik anlamına gelmediği ve o sebeple vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin başvurunun reddedilmesi durumunda hukuki açıdan mahkemenin kararı inceleyebileceği görülmektedir. Fakat mahkemenin yerindelik denetimi yapmaması gerekmektedir. Kamu düzeni ve milli güvenlik kavramları, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında bir şart olarak aranmakta, ancak bu kavramlar idarenin takdir yetkisine bırakılmaktadır.⁶⁴

⁵⁸ Erten, "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak," 1363.

⁵⁹ Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 122.

⁶⁰ Cemre Tüysüz, "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no.1 (2022): 54.

⁶¹ Aksi yönde karar için bkz. Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2022/2372, K.2023/1014, 17.05.2023.

⁶² Farklı görüş için bkz. Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 88.

⁶³ Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 72-73.

⁶⁴ Kamu düzeni ve milli güvenliğe engel olmama şartı yalnızca ilgilinin şahsında aranan bir durumdur. Başka bir ifadeyle, vatandaşlığa alınma talebinin, başvurucağın eylemleri özelinde değerlendirilmesidir. Ancak kamu düzeni ve milli güvenlik kavramları bakımından TVK'da teferruatlı bir tanımlama yapılmadığı için idareye geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Ancak Yönetmelik 72/5 hükmü uyarınca eylemler belirli düzeyde somutlaştırılarak idarenin bu takdir

C. Evlenme Yoluyla Vatandaşlığın Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmanın şartlarından biri, aile birliği içerisinde yaşamaktır. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği, ilgili il emniyet müdürlüğü tarafından yapılacak soruşturma neticesinde belirlenmektedir. Nitekim, Yönetmelik m.28(1)(a) hükmünde, bu şartın sağlanıp sağlanmadığının objektif bir şekilde belirlenebileceği ifade edilmiştir. Esasında burada aile birliği içerisinde yaşamadan kastedilen, eşlerin gerçek bir evlilikte olduğu gibi müşterek bir hayat sürmeleridir. Bu durumda, subjektif bir değerlendirmeye yer olmadığı için idarenin takdir yetkisinin olmadığı söylenebilir.⁶⁵

Evlenme yoluyla vatandaşlığı kazanmada gözetilen diğer bir şart, evlilik birliği ile bağdaşmayacak eylemde bulunmama şartıdır. Bu eylemlere ilişkin TVK'da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, Yönetmelik m.28(1)(b) hükmü, *"Evlilik birliği ile bağdaşmayacak şekilde fuhuş yapmak ve fuhuşa aracılık etmek gibi davranışlarının olup olmadığı"* gibi davranışları kapsamaktadır. Bu davranışların, il emniyet müdürlüğünün yabancıya ilişkin soruşturmada gözetmesi gereken hususlar arasında olduğu belirtilmiştir. Bu durumda da idarenin takdir yetkisi olmadığı söylenebilir.

Son olarak, milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir durumun bulunmaması şartı yoruma açıktır. Bu nedenle, bu kavramların yargı kararları ışığında değerlendirilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

yetkisi üzerinde ölçü getirilmektedir. Bkz. Erten, "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak," 1364.

⁶⁵ Çiçek Özgür, "Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *TAAD* 42, no.1 (2021): 318.

IV. TVK M.16(1)(B)-(C) HÜKÜMLERİ BAĞLAMINDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk vatandaşlık mevzuatında, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları arasındaki çizginin belirsiz olduğu görülmektedir. Kanun'un gerekçesi incelendiğinde, milli güvenlik kapsamına giren bazı eylemlerin kamu düzeni içerisinde de değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, gerçek evlilik olup olmadığına bakılmaksızın yasa dışı eylemler ve işlemler, mesela fuhuşa aracılık etmek, kadın ticareti yapmak yalnızca TVK m.16(1)(b) kapsamında değil, aynı zamanda kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama şartının içerisine de girmektedir.⁶⁶ Nitekim, "gibi" ifadesinin kullanılması, kamu düzeni açısından sayılan unsurların sadece örnek niteliğinde olduğu görülmektedir. Bu eylemler değerlendirme kriteri olarak ele alınarak başka eylemler de bu kapsamda değerlendirilebilir.⁶⁷ Ayrıca, bu eylemlerin nasıl tespit edileceği konusunda da bir açıklık yoktur. Bu nedenle, kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarının idarenin takdir yetkisi bağlamında, yargı kararları ekseninde sınıflandırılarak değerlendirilmesinin belirsizliği giderebileceğini düşünüyoruz.

A. Yüksek Yargı Kararlarına Temel Oluşturan Bazı Kriterler

Yüksek yargı kararları incelendiğinde, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının belirli kıstaslar çerçevesinde tanımlandığı görülmektedir. Son yıllardaki kararlar incelendiğinde, idarenin takdir yetkisinin sınırlarını belirleyen beş kriterin öne çıktığı anlaşılmaktadır.

1. Milli İstihbarat Teşkilatı ve Emniyet Teşkilatı Soruşturmalarının Önem(sizliği)

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının idarenin takdir yetkisi bağlamında kullanılması, Milli

⁶⁶ Güngör, Tabiiyet Hukuku, 141.

⁶⁷ Erten, "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak," 1358.

İstihbarat Teşkilatı (MİT) ve Emniyet Teşkilatı'nın raporlarının olumlu ya da olumsuz olmasına bağlı değildir ve bu raporlar yargı mercileri açısından mutlak bir önem taşımamaktadır. Vatandaşlığa alınma talebinin reddine ilişkin idari işlemlerin iptaline dair kararlarda, bu raporların ciddi bir değerlendirme kriteri olarak kullanılmadığı görülmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2023 yılında vermiş olduğu bir kararda⁶⁸ bu durum gözlemlenmektedir. İlgili davaya konu olan olayda, İran vatandaşı olan ve 2007 yılında Türk vatandaşı ile evlenen yabancının vatandaşlık başvurusu m.16(1)(c) hükmüne, yani kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama şartına, aykırılık sebebiyle reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi, idarenin MİT raporunu eksen alarak karar vermek yerine takdir yetkisini bağlı yetki gibi kullanmasını hukuka uygun bulmayarak yapılan idari işlemi iptal etmiştir. Danıştay 10.Daire, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı, takdir yetkisinin geniş olmasını dayanak göstererek bozmuştur. Bunu müteakip ilk derece mahkemesi, 10. Daire'nin vermiş olduğu karara direnmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, ilgili kararda, *"vatandaşlığa alınmanın hükümranlık hakları kapsamında olması nedeniyle istemin kabul edilip edilmeyeceği hususunda Devletin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır"* gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet bulunmadığı kararına varmıştır. İDDK'nın vermiş olduğu karar ele alındığında milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarında idarenin takdir yetkisini bağlı yetki gibi kullanabileceği görülmektedir. Nitekim gerekçede de hükümranlık yetkisine atıfta bulunması buna delalet oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, MİT raporunu eksen alarak karar vermek yerine takdir yetkisinin bağlı yetki gibi kullanılmasını yerinde görüldüğünü söyleyebiliriz.

Benzer şekilde Danıştay 10. Daire, 2024 yılında vermiş olduğu bir başka kararda,⁶⁹ güvenlik soruşturması neticesinde menfi bir bulgu olmamasına rağmen idarenin başvuruyu reddetmesinin takdir yetkisinde olduğuna hükmetmiştir. İlgili karara konu olan olayda Türk vatandaşı ile evli olan İran uyruklu yabancının vatandaşlığa alınma başvurusu m.16(1)(c) hükmü uyarınca reddedilmiştir. Güvenlik soruşturması neticesinde kişinin vatandaşlığa alınması uygun bulunmamıştır. İdarenin geniş takdir yetkisi olduğundan bahisle güvenlik

⁶⁸ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2022/2372, K.2023/1014, 17.05.2023.

⁶⁹ Dan. 10. D, E.2024/1058, K.2024/822, 13.03.2024.

soruşturmasında gerekçe bildirilmemesinin idari işlemin iptaline dayanak oluşturmayacağı belirtilmiştir. Danıştay'ın bu kararından yola çıkıldığında idarenin güvenlik soruşturmalarını eksen alarak vermiş olduğu kararlarda takdir yetkisinin sorgulanamayacağını zımni olarak kabul ettiği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte 2022 yılında vermiş olduğu başka bir kararda,⁷⁰ MİT raporu müspet olmasına karşın kişinin iyi ahlak sahibi olmamasından bahisle kamu düzeninin bozulduğuna atıf yapılmıştır. İlgili kararda, Kırgızistan uyruklu yabancının Türk vatandaşlığına alınma talebinin müspet MİT raporuna rağmen reddedilmesi üzerine idari işlemin iptali için dava açılması ve müteakip süreç incelenmiştir. Türk vatandaşı ile evli olan yabancının eşinden ayrı yaşadığı tespit edilmiş, komşularıyla yapılan görüşme neticesinde ahlaki yönden tavır ve davranışlarının düzgün olmadığı ve de gelir kaynağının belirli olmadığı ileri sürülmüştür. Yabancının çalışma izni alarak hizmetçi olarak çalıştığını beyan etmesine karşın böyle bir çalışma hayatında bulunmadığı tespit edilmiştir. Yabancının Türk eşiyle yapılan görüşme sonrasında kişinin vatandaşlık almak için evlendiğinin tespit edildiği görülmüştür. Kişi hakkında yapılan tahkikat neticesinde MİT'ten gelen raporun müspet olduğu görülmüştür. Danıştay, idarenin takdir yetkisinin geniş olduğundan bahisle MİT raporunun olumlu olmasına karşın kişinin iyi ahlak sahibi olmadığı gerekçesine dayanılarak tesis edilmiş olan iptal işleminin yerinde olduğuna kanaat getirmiştir. Danıştay'ın kamu düzenini değerlendirirken yalnızca MİT raporunu temel almadığı ve kamu düzeninin yalnızca güvenlik raporuna dayandırılarak oluşturulamayacağını örtük bir şekilde ifade ettiği görülmektedir.

2022 yılında benzer şekilde MİT ve Emniyet Teşkilatı raporları müspet olmasına karşın milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edebilecek hali bulunmasını eksen alarak idari işlemin iptal talebini yerinde bulmamıştır. Danıştay 10. Dairesi, 2022 yılında verdiği bir kararda,⁷¹ Türk vatandaşı ile evli olan Rusya Federasyonu uyruklu yabancının evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma başvurusunun reddine ilişkin idari işlemin iptali talebinin reddedilmesini hukuka uygun bulmuştur. İlgili kararda yabancı hakkında Emniyet ve MİT'ten yapılan tahkikat neticesinde olumsuz bir durum olmamasına karşın yabancının

⁷⁰ Dan. 10. D, E.2021/3445, K.2022/2133, 8.04.2022.

⁷¹ Dan. 10. D, E.2019/12088, K. 2022/3430, 22.06.2022.

evli olduğu Türk vatandaşının geçmişte fuhuşa aracılık, emniyeti suistimal ve 6136 sayılı Kanun'a muhalefet suçlarından hüküm giymesi ve fuhuş operasyonunda yabancı bir şahsın şüphelisi olarak yakalanıp serbest kaldığı hususları göz önüne alınarak vatandaşlığa alınma talebi reddedilmiştir. Bu durumun idarenin takdir yetkisinde olduğundan idari işlemin iptaline ilişkin talebin reddi kararını onamıştır. 2022 yılında aynı daire MİT ve Emniyet Teşkilatı'nın raporlarının menfi olması dayanak gösterilerek tesis edilen idari işlemi iptal etmiştir.

Danıştay 10. Daire'nin 2022 yılında vermiş olduğu başka bir kararda⁷² bu durum tekrar irdelenmiştir. Türk vatandaşı ile evli olan Moldova uyruklu yabancının evlenme yoluyla vatandaşlığa alınma başvurusunun reddine ilişkin idari işlemi ilk derece mahkemesi iptal etmiştir. Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararını onamış ve *"yapılan arşiv araştırması sonucunda tespit edilen bilgi ve belgeler kapsamında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı"* bahsiyle kamu düzenine ilişkin kararını Emniyet ve MİT raporuna dayandırmıştır. 2021 yılında MİT ve Emniyet Teşkilatı tarafından hazırlanan rapor doğrultusunda, yabancının Türk vatandaşlığını almasının milli güvenlik ve kamu düzeni açısından sorun teşkil edeceği tespit edilmiş ve bu nedenle vatandaşlığa alınma talebinin reddi yönündeki idari işlem iptal edilmiştir.

Danıştay 10. Daire 2021 yılında vermiş olduğu başka bir kararda⁷³ Türk vatandaşı ile evli olan Kırgızistan uyruklu yabancının vatandaşlık başvuru talebinin MİT raporuna dayanılarak reddedilmesinin hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir. İlgili karara konu olan olayda, yabancının Türk vatandaşı ile en az üç yıldır evli olduğu, müşterek çocuklarının bulunduğu, aynı çatı altında evlilik birliklerini sürdürdükleri, evliliğin Türk örf ve adetlerine uygun yürütüldüğü, genel ahlak ve adaba uygun yaşadıkları tespit edilmesine karşın MİT raporunda ilgili yabancının milli güvenlik ve kamu düzenine engel teşkil edecek hali bulunmasına dayanılarak ilgilinin Türk vatandaşlığına alınmaması yönünde olumsuz bir rapor düzenlenmiştir. İdare, bu rapora istinaden başvuruyu reddetmiştir. İlk derece mahkemesi iddiaların soyut olduğuna tarafların aile birliği içerisinde yaşadığına dayanarak idari işlemi iptal etmiştir. Danıştay vermiş olduğu kararda *"Emniyet Genel Müdürlüğü ile Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığına*

⁷² Dan. 10. D, E.2018/578, K.2022/5481,24.11.2022.

⁷³ Dan. 10. D, E.2016/13184, K. 2021/68, 18.01.2021.

davacının Türk Vatandaşlığına alınmamasının daha uygun olacağı yönündeki tespit ve değerlendirmelerin niteliği dikkate alındığında; vatandaşlığa kabul konusunda idarenin Kanundan kaynaklanan takdir yetkisi kapsamında, milli güvenlik ve kamu düzeni gözetilerek davacının başvurusunun reddi yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık” olmadığına hükmetmiştir.

Danıştay 10. Daire 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda,⁷⁴ Türk vatandaşı ile evli olan İran uyruklu yabancının evlenme yoluyla vatandaşlık talebinin reddine dair idari işleme ilişkin temyiz incelemesinde bulunmuştur. İlgili kararda yabancının MİT raporunda olumsuz bir görüş olmamasına karşın idarenin *“ilgili hakkında sakıncalı bir bilgiye ulaşılmadığına dair görüşün olumsuz olarak nitelendirilerek”* 16(1)(c), yani milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama hükmüne aykırı olması sebebiyle vatandaşlığa alınma talebi reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi ilgili işlemi iptal etmiştir. Danıştay ise ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Tüm bu kararlar değerlendirildiğinde, MİT ve Emniyet Teşkilatı tarafından hazırlanan raporların önemli olduğu, ancak vatandaşlık başvurularının iptalinde ana dayanak olarak kullanılmadığı anlaşılmaktadır. Bu raporlar bir gereklilik teşkil etse de, iptallerin gerekçelendirilmesinde belirleyici bir unsur olarak öne çıkmadığı kanaatindeyiz.

2. Başvurudan Önceki Suç Kaydının Niteliği

Yüksek yargı kararlarına bakıldığında, yabancının başvuru öncesinde işlediği adi suçların milli güvenlik ve kamu düzenini tehlikeye atmayacağı yönünde bir değerlendirme yapıldığını ifade etmek isabetli olacaktır. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2022 yılında vermiş olduğu bir kararda,⁷⁵ m.16'da düzenlenen, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarına ilişkin değerlendirmede bulunulmuştur. İlgili karara konu olan olayda, Türk vatandaşı ile evli olan Rusya Federasyonu uyrukluğundaki kişinin evlenme yoluyla vatandaşlığa alınma talebi idarece reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi, milli güvenliği ve kamu düzenini bozacak nitelikte bir suça karıştığına dair somut bilgi ve belgenin olmaması ve

⁷⁴ Dan. 10. D, E. 2016/14996, K. 2020/4654, 09.11.2020.

⁷⁵ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2021/3757, K.2022/439, 14.02.2022.

eşinin işlemiş olduğu yasadışı eylemlere katıldığına dair bir delil olmaması nedeniyle, idarenin işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Davalı idare, temyiz dilekçesinde, yabancının gazinoda kaçak çalıştığının tespit edilmesi nedeniyle sınır dışı edildiğini ve Türk eşinin 12 ayrı suç kaydının bulunması sebebiyle vatandaşlık başvurusunun reddedildiğini belirtmiştir. Danıştay 10. Daire, idarenin geniş takdir yetkisine dayanarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi bu karara direnmiştir. İDDK, davalı idarenin temyiz dilekçesindeki iddiaların kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Ayrıca, İDDK, idarenin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamakla birlikte, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının devletin varlığı ve toplumun menfaatleri gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Nitekim, burada İDDK'nın kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarını değerlendirirken "kaçak çalışma" ya da "adi suç kaydı" gibi unsurları göz önüne almadığı kanaatindeyiz. Danıştay, "kaçak çalışma" ya da "adi suç kaydı" gibi hususlarda idarenin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararları onamaktadır. Bununla birlikte, yabancının başvuru öncesinde uyuşturucu madde imal ve ticareti gibi kamu düzenini ilgilendiren suçlardan yargılanmış olması büyük önem taşımaktadır. İDDK'nın 2022 yılında verdiği bir kararda, kişinin uyuşturucu madde imalatı ve ticareti suçundan delil yetersizliğinden beraat etmesinin bile kamu düzenini bozabileceğine işaret edilmiştir. Bu nedenle, idarenin bu durumu dikkate alarak takdir yetkisini kullanması hukuka uygun bulunmuştur.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2021 yılında verdiği bir başka kararda⁷⁶ bu hususa ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Karara konu olan olayda, Türk vatandaşı ile evli olan Lübnan vatandaşı kişinin vatandaşlığa alınma talebi idare tarafından üçüncü kez reddedilmiştir. İlk başvurusunun reddedilme sebebi, Türk eşinin, yabancının vatandaşlığa alınması durumunda müşterek çocuğu kaçıracağını beyan etmesi olarak gösterilmiştir. İkinci başvuru, yabancının uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçundan hakkında devam eden soruşturma olması ve firarda bulunması nedeniyle reddedilmiş, dosya işlemiden kaldırılmıştır. Ancak, yabancı ve Türk eşinin uyuşturucu madde imal ve ticareti suçundan beraat ettiği, evlilik birliği içerisinde yaşadıkları ve evliliklerinin menfaat temini amacıyla

⁷⁶ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2021/773, K.2021/2027, 25.10.2021.

kurulmadığı tespit edilmiştir. Üçüncü ve dava konusu olan başvuru ise önceki sebeplere dayanılarak reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi, vatandaşlığın hükümlerini hakları kapsamında olduğunu belirterek idarenin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiş ve idari işlemi iptal etmemiştir. Danıştay 10. Daire, yabancı ve Türk eşinin uyuşturucu madde imal ve ticareti suçundan beraat ettiğini, güvenlik soruşturmasında haklarında başka bir suç kaydı bulunmadığını, ayrıca aile birliği içinde yaşadıklarını tespit etmiş ve vatandaşlık haklarının kısıtlanamayacağını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi ise beraat kararının delil yetersizliğine dayandığını vurgulayarak, idarenin bu durumu göz önünde bulundurarak başvuruyu reddetmesinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiş ve karara direnmiştir. İDDK, milli güvenlik ve kamu düzeni bağlamında idarenin geniş takdir yetkisini göz önüne alarak ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Danıştay 10. Daire, 2020 yılında verdiği bir kararda,⁷⁷ evlilik birliği öncesinde gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerin kamu düzenini bozmadığına kanaat getirmiştir. Karara konu olan olayda, Türk vatandaşı ile evli olan Azerbaycan uyruklu yabancının evlenme yoluyla vatandaşlık başvurusu, evlilikten önce işlediği hukuka aykırı fiiller sebebiyle idare tarafından reddedilmiştir. Aile birlikteliğini sürdüren ve evlilik sonrası Türk vatandaşlığına engel olabilecek herhangi bir suç işlemediğine dair tespit bulunmayan yabancının başvurusu, idare tarafından reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi, bu idari işlemi iptal etmiştir. Danıştay ise, evlilik birliği tarihini esas alarak mahkeme kararını onamıştır.

Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, geçmişte suç kaydının bulunmasının, eğer suç ciddi nitelikteyse önem arz ettiği söylenebilir. Ancak, her suç kaydının milli güvenlik ve kamu düzeni açısından değerlendirmede aynı önemi taşımadığı görülmektedir. Suçun niteliğinden bağımsız olarak yargılama devam ederken dahi evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının doğrudan engellenmemesi

⁷⁷ Dan. 10. D, E. 2016/15303, K. 2020/5425, 25.11.2020.

gerektiği kanaatindeyiz.⁷⁸ Adi suçların toplum düzenini temelden sarsmaması nedeniyle, Danıştay'ın bu tutumunu yerinde bulmaktayız.

3. Kamu Düzeninin Bir Unsuru Olarak Aile Kurumuna Uygun Yaşayış Tarzı

Anayasa Mahkemesi, 2022 yılında verdiği bir kararda,⁷⁹ yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında kamu düzeni kavramını ele almıştır. Karara konu olan olayda, Rusya Federasyonu uyruklu A.S.'nin 2016 yılında Türk vatandaşlığını kazanmak için yaptığı başvuru üzerine, il emniyet müdürlüğü tarafından bir tahkikat yapılmış ve A.S.'nin, T.K. isimli evli bir Türk vatandaşıyla 13 yıldır birlikte olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, T.K.'nin A.S.'ye vatandaşlık başvurusundan önce gayrimenkul devrettiği, yaşam giderlerini karşıladığı ve sigorta poliçesini kesintisiz yatırdığı belirlenmiştir. Bunun yanında, A.S.'nin Türkiye'de ikamet sahibi olabilmek amacıyla Türk vatandaşı U.O. ile formalite evlilik yaptığı da tespit edilmiştir. Bu bulgulara dayanarak, idare A.S.'nin Türk örf ve adetlerine uygun bir yaşam tarzı olmadığı gerekçesiyle Türk vatandaşlığına başvurusunu reddetmiştir. A.S., evli biriyle birliktelik yaşamamanın özel hayat sınırları içinde olduğunu ve bu nedenle özel hayatının ihlal edildiğini savunarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni kavramının her olaya özgü olduğunu ve somut olay bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, karar mercilerinin toplumsal yapıdaki değişimleri de gözetmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, kamu düzeni kavramının dinamik olduğunu ve bu konuda karar verirken yaşam biçimindeki çeşitliliklerin göz önünde bulundurulması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir: *“Karar mercilerinin -toplumsal yapıda zaman içinde meydana gelen değişimin ve gelişmelerin bir sonucu olan yaşam biçimlerindeki çeşitliliği de gözetmek suretiyle- somut olayın özelliklerine göre vatandaşlığa kabul hâlinde kamu düzeni bağlamında oluşacak sakıncaları yeterli ve ilgili gerekçe ile açıklamaları beklenir.”* Mahkeme, benzer şekilde kamu düzeninde en önemli unsurun aile kurumu olmadığından bahisle şunları

⁷⁸ Benzer yönde bkz. Burcu İrge Erdoğan, “Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Hukuki Sorunlar,” iç. *Uluslararası Göç ve Vatandaşlık*, ed. Işıl Özkan ve Kazım Sedat Sirmen (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 164.

⁷⁹ AYM, E. 2018/31431, K.2018/31431, 03.03.2022.

belirtmiştir: *“Derece mahkemesi tarafından başvuruçunun iyi ahlak sahibi olma şartını taşımadığına yönelik gerekçe, başvuruçunun Türk vatandaşı olan evli bir şahısla 13 yıldır birlikteliğinin olması hususuna özgülülmüştür. Bununla birlikte başvuruçunun uzun süredir Türkiye’de yasal olarak kaldığı, bu süreçte kamu düzenini bozacak faaliyetlerinin olup olmadığı hususlarının birlikte değerlendirilerek vatandaşlığa kabul için gerekli olan şartların oluşup oluşmadığının tartışılması, kamu menfaatiyle kişinin menfaati arasında adil bir denge kurulması açısından elzemdir. Bu hususlarda herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı, başvuruçunun iyi ahlak sahibi olma şartını sağlayıp sağlamadığına ilişkin olarak derece mahkemesince bu doğrultuda bir araştırma yapılmadığı görülmüştür.”* Mahkeme, anayasal koruma altında olan aile kurumunu zedeleyici davranışlar içerisinde olmanın kamu düzenini bozmayacağını belirtmiştir. Bu çalışmanın önceki kısımlarında 16(1)(a)-(b) hükümlerinin de milli güvenlik ve kamu düzeni içerisinde değerlendirilebileceğine ilişkin doktrindeki görüşler belirtilmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımından yola çıkıldığında TVK m.16(1)(a)’da düzenlenen *“aile birliği içinde yaşama”* şartının kamu düzeni bağlamında değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Nitekim kamu düzeni kavramının belirli kriterler ekseninde standardize edilmiş bir biçimde uygulanamayacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin aile birliğini salt kamu düzeni kapsamında değerlendirmedeği düşüncesindeyiz. Mahkemenin, m.16(1)(c) hükmündeki *“kamu düzeni”* kavramını dar yorumladığı söylenebilir. Kararında aile kurumunun önemini vurgulamakla birlikte, aile yapısına uygun olmayan bir yaşam tarzının kamu düzenini bozmadığını belirtmiştir. Mahkeme, yalnızca evli biriyle birlikte olmanın ya da vatandaşlık elde etmek amacıyla muvazaalı bir evlilik yapmanın kamu düzenine aykırı olmadığını ifade etmiştir. Karara konu olayda ise, kişinin uzun yıllar Türkiye’de yaşaması ve herhangi bir suç ya da kabahatle ilişkilendirilmemiş olması, kamu düzeni açısından bir sorun teşkil etmemiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi aile kavramını kamu düzeni ile mutlak bir ilişkiye sokmamış ve bireysel koşulları dikkate alarak değerlendirmede bulunmuştur.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda,⁸⁰ Türk vatandaşı ile evli olan Gürcistan uyruklu yabancıнын evlenmeden önce fuhuş sebebiyle sınır dışı edilmesinden dolayı 16(1)(b)-(c) hükümlerindeki

⁸⁰ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/178, K. 2020/1513,17.09.2020.

şartları yerine getirmediğinden bahisle vatandaşlık başvuru talebinin reddine ilişkin karar incelenmiştir. İlk derece mahkemesi idari işlemin iptal talebini reddetmiştir. Danıştay, *“davacının evlilik tarihinden sonra evlilik birliği ile bağdaşmayacak herhangi bir eyleminin bulunmadığı, evliliğin aynı çatı altında fiilen devam ettiği”*ni kıstas alarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Ancak ilgili karardaki karşı oy yazısında kişinin evlenmeden önce yapmış olduğu eylemlerle de bağlı olduğu nitekim *“Türk vatandaşı ile evlenen yabancıların vatandaşlığa kabulü; kamu hizmetine girme, sosyal güvenlik kurumlarından yararlanma, seçme seçilme hakkı kazanma gibi... kamusal sonuçlar doğurduğundan”* bahisle yabancıların hayatındaki eylemlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İDDK'nın evlilik birliği içerisinde yaşamının kamu düzenini sağlama yönünden yeterli olduğu savıyla hareket ettiği görülmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2021 yılında verdiği başka bir kararda,⁸¹ kamu düzeni kavramına ilişkin değerlendirmede bulunulmuştur. Karara konu olayda, Türk vatandaşı ile evli olan Bulgaristan uyruklu yabancıların vatandaşlık başvurusuna ilişkin idarenin tesis ettiği işlemin iptali incelenmiştir. Bulgaristan uyruklu kişinin, iki farklı Türk vatandaşı ile evlendiği, ilk evliliğin iki buçuk yıl sürdüğü ve eşin vefatı nedeniyle sona erdiği, ikinci evliliğin ise yabancından 39 yaş büyük bir Türk vatandaşı ile üç yıldır devam ettiği tespit edilmiştir. Ancak idare, yapılan araştırmalar sonucunda, yabancıların bu evliliklerde bakıma muhtaç kişilere bakıcılık yaptığı ve gerçek bir evlilik bağı olmadığı gerekçesiyle vatandaşlık başvurusunu reddetmiştir. İlk derece mahkemesi, idarenin işleminin hukuka aykırı olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir. Danıştay 10. Daire, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İDDK, Anayasa'nın 41. maddesine atıfta bulunarak, evlilik birliğinin kamusal düzenin bir parçası olduğunu belirtmiş ve somut delillere dayanarak muvazaalı bir evlilik olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. İDDK'nın, evlilik birliği içinde fiilen birlikte yaşamının kamu düzenini sağlamak açısından yeterli olduğu görüşüyle hareket ettiği ve bu nedenle kamu düzeninin bozulmadığına hükmettiği kanaatindeyiz. Nitekim, İDDK evlilik birliği içinde yaşamının ardındaki niyeti incelememiş ve sadece fiili duruma odaklanmıştır.

⁸¹ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2021/1013, K.2021/2026, 25.10.2021.

Danıştay 10. Daire'nin yaklaşımı da benzer şekildedir. Danıştay 10. Daire, 2022 yılında verdiği bir kararda,⁸² Türk vatandaşı ile evli olan Ukrayna uyruklu yabancının yalnızca evlilik birliği içinde yaşamasının ve evlilikle bağdaşmayan bir faaliyette bulunmamasının vatandaşlığa alınmak için gerekli, ancak yeterli olmadığını vurgulamıştır. Kişi hakkında yapılan diğer tespitlere dayanarak verilen idari işlemin iptalini hukuka uygun bulmuştur. Danıştay 10. Daire, 2020 yılında verdiği kararda,⁸³ evlilik birliği öncesinde fuhuştan hüküm giymeyi kamu düzeni ihlali olarak değerlendirmemiştir. Söz konusu kararda, Türk vatandaşı ile evli olan Rusya Federasyonu uyruklu yabancının evlenme yoluyla vatandaşlığa alınma başvurusunun reddine ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın temyiz aşaması incelenmiştir. İdare mahkemesi, kişinin evlilik birliğinden önce menfaat karşılığı fuhuş yapması gerekçesiyle vatandaşlık talebinin reddedilmesinde hukuka aykırılık bulmuş ve idari işlemi iptal etmiştir. Danıştay, fuhuş faaliyetinin evlilik birliğinden önce gerçekleştiği gerekçesiyle idare mahkemesinin iptal kararını onamıştır.

Bu kararlar doğrultusunda, aile kurumuna uygun bir yaşam tarzına sahip olmamanın kamu düzenini bozmayacağı; ayrıca yalnızca evli biriyle birlikte olmanın ya da vatandaşlık elde etmek amacıyla yapılan muvazaalı bir evliliğin de kamu düzeni ihlali olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

4. Türk Eşin Suç Geçmişi

Evlenme yoluyla vatandaşlık kazanımında, Türk vatandaşı eşe yönelik şartların uygulanmasına ilişkin yüksek yargı mercilerinin kararlarında belirgin bir tutarlılık dikkat çekmektedir.⁸⁴ Nitekim yakın tarihli olarak Danıştay 10. Daire 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda⁸⁵ Türk vatandaşı ile evli olan Ukrayna uyruklu yabancının evlenme yoluyla vatandaşlık talebinin reddine ilişkin idari

⁸² Dan. 10. D, E. 2018/1792, K.2022/5482, 24.11.2022.

⁸³ Dan. 10. D, E. 2016/1517, K. 2020/6959, 28.12.2020.

⁸⁴ Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında öngörülen şartların eşte aranmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Salımya Ganiyeva, "Evlenme Yoluyla Vatandaşlığın Kazanılmasında Öngörülen Şartların Türk Vatandaşı Eşte Aranmasının Değerlendirilmesi" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no.4 (2023): 1537-1560.

⁸⁵ Dan. 10. D, E.2016/12540, K. 2020/5618, 02.12.2020.

işleme ilişkin temyiz incelemesinde bulunmuştur. Yabancı'nın tüm şartları sağlanmasına ve hakkında olumsuz bir rapor bulunmamasına rağmen, Türk eşinin uyarıcı ve uyuşturucu madde ticareti suçundan altı yıl sekiz ay hapis cezası alması nedeniyle, idare milli güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. İlk derece mahkemesi, idari işlemi iptal etmiş, Danıştay da bu kararı onamıştır. Danıştay'ın bu konuda yaklaşımı, yabancı'nın eşinin uyuşturucu madde imalatı ve ticareti nedeniyle ceza almasının, yabancı açısından kamu düzenini etkilemediği yönündedir. Danıştay'ın bu tutumunun doğru olduğunu düşünüyoruz, zira bu yaklaşım, evrensel bir ilke olan suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir uzantısıdır.

5. Terör Örgütüyle İrtibat ve İltisak

Terör örgütüyle irtibat ve iltisak konusunda idarenin yaklaşımı oldukça katıdır. Nitekim, Danıştay 10. Daire, 2021 yılında verdiği bir kararda,⁸⁶ Türk vatandaşı ile evli Romanya uyruklu yabancı'nın evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma başvurusunun reddine ilişkin işlemi hukuka uygun bulmuştur. Yabancı hakkında yapılan soruşturma sonucunda olumsuz bir duruma rastlanmamasına rağmen, kişinin evli olduğu Türk vatandaşının terör örgütü ile iltisaklı olduğunun anlaşılması üzerine idare başvuru talebini reddetmiştir. Danıştay, idarenin takdir yetkisine dayanarak, ilk derece mahkemesinin iptal talebini reddetmesini yerinde bulmuştur. Milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları bağlamında tavizsiz bir biçimde uygulanan en önemli kriterin terör örgütüyle irtibat ve iltisak olduğu kanaatindeyiz. Terörle ilgili her türlü unsurun doğrudan milli güvenliği etkilemesi nedeniyle, Danıştay'ın bu tutumunun doğru olduğu düşüncesindeyiz.

SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, idarenin takdir yetkisinin sınırları belirsizlik taşımaktadır. Bu belirsizlikte milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları önemli bir rol oynamaktadır. Bu kavramların nasıl yorumlanacağı, vatandaşlık başvurularının değerlendirilmesinde büyük bir etkiye

⁸⁶ Dan. 10. D, E.2016/14043, K. 2021/2977, 03.06.2021.

sahiptir. Hem Mülga 403 sayılı TVK'da hem de 5901 sayılı TVK'da kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarının net bir tanımı yapılmamıştır. 5901 sayılı TVK'nın gerekçesi, bu kavramların sınırlarının belirlenmesine yardımcı olsa da kesin bir netlik sağlamamaktadır. Yönetmelik hükümleri incelendiğinde ise, bu kavramlarla ilgili bazı tespitlerin yapıldığı ve belirli eylemleri gerçekleştirenlerin, taksirli suçlar hariç, altı aydan fazla hapis cezası almış kişilerin bu bağlamda değerlendirilebileceği görülmektedir. Bu da idarenin geniş takdir yetkisini bir anlamda daraltmaktadır.

Vatandaşlığın kazanılması gibi egemenlik yetkisinin doğrudan uygulandığı bir alanda, idarenin geniş takdir yetkisinin muğlak kavramlara dayanması, bireyler açısından öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır.⁸⁷ Bu kavramların değerlendirilmesinde idarenin, sübjektif algıya değil, objektif kriterlere dayanarak karar vermesi gerekmektedir.⁸⁸ Bu nedenle, idarece yapılan işlemlerin yargı mercilerince iptalinde esas alınan kriterleri tespit etmek önemlidir.

Bu çalışmada, idarenin takdir yetkisinin milli güvenlik ve kamu düzeni bağlamında uygulanmasının sınırları yargı kararlarıyla belirlenmeye çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarının vatandaşlık kazanımında dar yorumlanması gerektiği görüşüyle hareket ettiği görülmektedir. Öte yandan, Danıştay'ın başvuru taleplerinin reddine ilişkin idari işlemlerde belirli kıstaslara dayandığı anlaşılmaktadır. Güncel yargı kararları incelendiğinde, milli güvenlik ve kamu düzeni çerçevesinde belirli kriterlerin benimsendiği ortaya çıkmaktadır. Bu kriterler; istihbarat ve kolluk kuvvetlerinin raporları, başvuru öncesi suç kaydının niteliği, fiilen aile hayatı içinde yaşamak, Türk eşin suç geçmişi ve terör örgütleriyle irtibat ve iltisak gibi başlıklardan oluşmaktadır.

Sonuç olarak, yargı kararlarında bu kavramların kullanımına ilişkin kriterler belirlenmeye çalışılmış olsa da, milli güvenlik ve kamu düzeni gibi muğlak kavramların idarenin takdir yetkisinde kullanılmasına dair özel bir düzenleme yapılması gerekliliği açıktır.

⁸⁷ Erten, "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak," 1367.

⁸⁸ Tüysüz, "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi," 61.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun. "Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 6, no.1-3 (1985): 13-16.
- Akyılmaz Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Altuğ Yılmaz. "Amme İntizamı ve Tesirleri." *AÜSBFD* 27, no.1 (1972): 371-385.
- Atakan Arda. "Kamu Düzeni Kavramı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 13, no.1 (2007): 59-136.
- Aybay Rona. "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu," *AÜSBF* (1978): 60-82.
- Aybay Rona ve Esra Dardağan Kibar. *Yabancılar Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- Aybay Rona, Nimet Özbek ve Gizem Ersen Perçin. *Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.
- Çağlayan Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet, 2023.
- Çelik Fatma Elif. "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşı Olma Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklara İlişkin Yargılamalarda Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kıstası." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no.4 (2022): 389-424.
- Çelikel Aysel ve Bahattin Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2020.
- Dayınlarlı Kemal. "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni." *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı*, Ed. Mürsel Başgül ve Haluk Konuralp (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988): 653-692.
- De Armas Marcel. "For Richer or Poorer or any Other Reason: Adjudicating Immigration Marriage Fraud Cases Within the Scope of the Constitution." *Social Policy and the Law* 15, no.4 (2007): 8-18.
- Doğan Vahit, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Rehber Yayınları, 2023.
- Erdem Bahattin Bahadır. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Beta, 2022.
- Erdem Bahattin Bahadır. "Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme." *Türk Vatandaşlığı Kanunu*

- Tasarısı Sempozyumu*. Ed. Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Banu Şit Köşgeroğlu, 97-107. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Erkan Mustafa. "Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında "Milli Güvenlik" ve "Kamu Düzeni" Kavramları." *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*. Ed. Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, 17-38. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Eroğlu Erman. "Türk-Amerikan Yargı Kararları Işığında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Dış Politika Sebebi." *Public and Private Law Bulletin* 42, no.2 (2022): 619-641.
- Erten Rifat. "Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler." *TAAD* 19, no.1 (2004): 243-278.
- Erten Rifat. "Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak" *Public and Private International Law Bulletin Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan* 40, no.2 (2020): 1351-1371.
- Ganiyeva Salimya. "Evlenme Yoluyla Vatandaşlığın Kazanılmasında Öngörülen Şartların Türk Vatandaşı Eşite Aranmasının Değerlendirilmesi" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, no.4 (2023): 1537-1560.
- Güngör Gülin. *Tabiiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gözler Kemal. *İdare Hukuku*, Cilt I. Bursa: Ekin, 2019.
- İrge Erdoğan Burcu. "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Hukuki Sorunlar." *Uluslararası Göç ve Vatandaşlık*. Ed. Işıl Özkan ve Kazım Sedat Sirmen, 159-174. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Karatepe Şükrü. "İdarenin Takdir Yetkisi." *Türk İdare Dergisi* 63, no.1 (1991): 63-119.
- Kaya Cemil. *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*. İstanbul: Onikilevha, 2021.
- Nomer Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2023.
- Okay Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2009.

- Ökçün A. Gündüz. *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni*. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997.
- Özay İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Özgür Çiçek. "Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 42, no.1 (2021): 307-340.
- Süzen Begüm. "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Vatandaşlığın Evlenme Yoluyla Kazanılmasına İlişkin 16. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarının Değerlendirilmesi." İç. Uluslararası Göç ve Vatandaşlık. Ed. Işıl Özkan ve Kazım Sedat Sirmen, 143-158. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Şanlı Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2024.
- Seçkin Sinan ve Gül Üstün. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın'a Armağan* 21, no.2 (2015): 509-533.
- Turhan Turgut ve Feriha Bilge Tanrıbilir. *Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Tüysüz Cemre. "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no.1 (2022): 48-65.

GEÇİCİ KORUMA KİMLİK BELGESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ YARGI YERİNİN TESPİTİ

*Determination of the Judicial Venue in Case of Disputes Relating
to Temporary Protection Identification Certificate*

Ahmet BAĞRIAÇIK *

Öz

Çalışmada Uyuşmazlık Mahkemesinin geçici koruma kimlik belgesine ilişkin olarak görevli yargı kolunu tespit eden farklı yönde kararları ele alınmıştır. İncelemeye esas uyuşmazlık, Türk vatandaşı olmayanlara verilen ve ülkede buldukları süreçte kimlik belgesi yerine kullanılan geçici koruma kimlik belgesindeki hatalı bilginin düzeltilmesini konu edinmektedir. Mahkeme kesin olarak verdiği kararında, özetle, ilgili uyuşmazlığın nüfus hizmetiyle ilgili olmadığını ve bu sebeple görevli yargı yerinin idari yargı mercileri olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi benzer içerikteki başka uyuşmazlıklarda adli yargı yerlerinin görevli olduğu yönünde kararlar vermiş ve içtihadından sapmasına yönelik doyurucu gerekçelere kararlarında yer vermemiştir. Dolayısıyla içtihatlardaki bu farklı yaklaşım incelenmeyi hak

* Dr. Öğr. Üyesi, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Osmaniye, Türkiye, ahmetbagriacikk@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9288-2343.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 28.11.2024.

Atıf/Citation: Bağrıaçık, Ahmet. "Geçici Koruma Kimlik Belgesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yerinin Tespiti." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2009-2037.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

etmektedir. Çalışmada konuyla ilgili bir Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (İDDK) kararına da yer verilmiştir.

Çalışmada bu kararı ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde ele almadan önce geçici koruma kimlik belgesinin hukuki statüsünü tespit edebilmek amacıyla göçmen ve mülteci hukukuna değinmek zaruret arz etmektedir. Daha sonra ilgili kararlar değerlendirilmiş ve ayrıca kararların gerekçesinde yer alan bazı kavram ve ifadeler yine mevzuat ve doktrin çerçevesinde incelenmiştir. Son olarak karar Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili benzer içerikteki diğer kararları ile karşılaştırılarak eleştirilmiş ve DİDDK'nın uyuşmazlığa ilişkin kararı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uyuşmazlık Mahkemesi, Görevli Yargı Kolunun Tespiti, Nüfus Hizmeti, Geçici Koruma Kimlik Belgesi, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu.

Abstract

In the study, different decisions of the Court of Judicial Disputes determining the judicial branch in charge regarding the temporary protection identity document are discussed. The dispute under investigation concerns the correction of erroneous information in the temporary protection identity document, which is given to non-Turkish citizens and used instead of an identity document during their stay in the country. In its final decision, the court concluded, in summary, that the relevant dispute was not related to the population service and that, therefore, the competent jurisdiction was the administrative judicial authorities. However, the Court of Disputes has ruled that judicial courts have jurisdiction over other disputes of similar content and has not included satisfactory reasons for deviating from its jurisprudence in its decisions. Therefore, this different approach in the jurisprudence deserves to be examined. The study also included a decision of the Council of State Administrative Case Chambers on the subject.

In the study, this decision was primarily discussed within the framework of the relevant legislative provisions. In addition, some concepts and expressions in the justification of the decision were evaluated within the framework of legislation and doctrine. Finally, the decision was criticized by comparing it with other

decisions of the Dispute Court with similar content on the subject, and DİDDK's decision regarding the dispute was evaluated.

Keywords: Court of Jurisdictional Disputes, Determination of The Jurisdiction in Charge, Population Service, Temporary Protection Identification Document, Population Services Law No. 5490.

GİRİŞ

İdari rejimi sistemini benimsemiş ülkelerden birisi olarak çıkan uyuşmazlığın hangi yargı yerinde çözümleneceği cevap verilmesi gereken sorulardandır. Bilindiği üzere 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile askeri yargı kaldırılmış (ceza / idari) ve yargı kolları adli ve idari yargı olmak üzere ikiye indirilmiştir. Yargı ayrılığı sistemini benimsemenin sonucu olarak, uyuşmazlığın hangi yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hususunda yaşanacak sorunu kesin olarak karara bağlamak üzere 1945 yılında 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kurulması Hakkında Kanun ile Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuş ve 2247 sayılı Kanun¹ ile de mahkemenin kuruluş ve işleyişi düzenlenmiştir.

Yargı ayrılığını benimsemiş bir hukuk sisteminde normal şartlar altında uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümleneceği meselesinin gerekli mevzuat düzenlemeleri sonucunda çıkmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak idari rejimi benimseyen tüm ülkelerde idari yargının görev alanının tespiti, geçmişten günümüze karşılaşılan problemlerdendir.² Ülkemizdeki mevcut uygulamada da idari yargının, anayasada ayrı bir yargı kolu olarak yer almasına karşın, çözümleyeceği uyuşmazlıkların net bir biçimde korunduğundan bahsetmek mümkün değildir.³ Diğer taraftan, idari nitelikteki bir uyuşmazlığın idari yargı

¹ Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun, RG. 12.06.1979, S. 16674.

² Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 164; Oğuz Sancaktar, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Göktuğ Ofset Matbaacılık, 2018), 47 vd.

³ Anayasa'nın 125'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünde yargı yoluna ilişkin net bir yönlendirmenin yapılmaması en önemli göstergelerdendir. İdari yargının görev alanının anayasada korunup korunmadığı meselesinin detaylarına, çalışmanın esasından sapmamak amacıyla değinilmemiştir. Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama*

yerine adli yargıda çözümlenmesinin salt teknik bir mesele olmaktan çok hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesiyle ilgili bir durum olduğu savunulmaktadır.⁴ Yargı ayrılığının benimsendiği ülkelerde göreve ilişkin uyumsuzlukların makul sürede ve hukuki istikrarı barındıracak şekilde çözümlenmesi, adil yargılanma hakkı ve bununla ilintili olarak hak arama özgürlüğünü de ilgilendirmektedir.⁵ Bir uyumsuzluğun idari yargının görev alanına girip girmediğinin tahlil edilmesine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.⁶ İdari yargının görev alanının güvence altında olmadığını Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararlarından da anlamak mümkündür.⁷ Nitekim AYM'nin istikrar kazanmış içtihadına göre, bir uyumsuzluğun çözüm yerinin ve dolayısıyla yargı kolunun bir kanun hükmüyle değiştirilmesi haklı gerekçe ve kamu yararı mevcut ise yasama organının takdir yetkisi dâhilindedir.⁸ Bu kapsamda yargı kolunun tespitine ilişkin kanuni düzenlemelerin yönünün sıklıkla idari yargıdan adli yargıya olduğunu da vurgulamak gerekmektedir.

Yasama organının ilk bakışta taraflarından birinin idare olduğu ve nitelik itibariyle kamu hizmeti olduğundan kuşku duyulmayan ve dolayısıyla çıkacak uyumsuzluğun idari yargıda çözümlenmesi gerekirken, kanun hükmüyle adli

Hukuku (Ankara: Savaş Kitap ve Yayınevi, 2021), 135 vd.; Metin Günay, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları," *Anayasa Yargısı* 14, (1997); Ebru Kahraman, *Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı* (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2013). Günay, *İdari Yargı*, 171 vd.

⁴ Metin Günay, "İdari Yargının Görev Alanı," 347 vd.

⁵ Batuhan Aktaş, Serkan Seyhan, "Uyumsuzluk Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 144 (2019): 109.

⁶ Konuyla ilgili genel kuralın, taraflardan birinin idare olduğu ve uygulanacak hükmün kamu hukukuna ilişkin olması halinde uyumsuzluğun idari yargıda çözümlenmesi gerektiği yönünde bkz. Ali Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 55 vd. İdari yargının görev alanının belirlenmesi amacıyla geçmişten günümüze kullanılan kamu gücü, kamu hizmeti, kamu kanunu ve idari işlem / eylem ölçütleri ile ilgili bkz. Günay, *İdari Yargı*, 165 vd.

⁷ Nitekim Anayasa'nın 125'inci maddesinde yer alan "yargı yolu açıktır" ibaresinin yanı sıra 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmü yer almakta ve yasama organına kanun yapma imkânı sunmaktadır.

⁸ Örnek kararlar için bkz. AYM, E. 1996/72, K. 1997/51, 15.05.1997; AYM, E. 2005/108, K. 2006/3501, 01.03.2006; AYM, E. 2007/115, K. 2009/80, 11.06.2009; AYM, E. 2013/68, K. 2013/165, 26.12.2013.

yargıyı işaret ettiği düzenlemelerden birisi de nüfus hizmetlerine ilişkindir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36'ncı maddesine göre⁹ nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları asliye hukuk mahkemesinin görevine girmektedir. 5490 sayılı Kanun'un açık hükmüne rağmen bazı uyuşmazlıklarla ilgili görevli mahkemenin tespiti Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelmeye devam etmektedir. İncelemenin konusu da bu tür uyuşmazlıklardandır.¹⁰ Buna göre, Uyuşmazlık Mahkemesi, Türkiye'de bulunan davacılara verilen geçici koruma kimlik belgesinde hatalı yazıldığı ileri sürülen doğum tarihlerinin düzeltilmesi istemiyle açılan davalarda görevli yargı kolunun tespiti hususunda farklı yönde kararlar vermektedir. Bu hususun ilgili mevzuat, Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatları ve DİDDK'nın kararı ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu değerlendirmelerin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için kararlara geçmeden evvel, bu kararların öznesini oluşturan geçici koruma kimlik belgesine sahip olabilmenin hukuki statüsü ve bu statüye tabi olmanın şartlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespiti yapabilmek adına mülteci hukukuna başvurmak zaruridir.¹¹ Bu kapsamda Türkiye'de bulunan yabancıların hukuki statüleri ve özellikle savaş ve toplumsal olaylar nedeniyle Türkiye'ye kitlesel olarak akın eden Suriyeliler için ayrıca tespit edilen yeni hukuki statü el alınmalıdır.

⁹ MADDE 36- "(1) Mahkeme kararı ile yapılan kayıt düzeltmelerinde aşağıdaki usullere uyulur: a) Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları (..) nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır. b) Haklı sebeplerin bulunması hâlinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılması hâkimden istenebilir. Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eşin ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir. c) Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder. (2) Kişilerin başkasına ait kaydı kullandıklarına ilişkin başvurular Bakanlıkça incelenip sonuçlandırılır."

¹⁰ UM, E. 2021/428, K. 2021/628, 29.11.2021.

¹¹ Mülteci hukuku kavramlarının farklı anlamlarda ve farklı kapsamlarda kullanımına ilişkin değerlendirme için bkz. Bülent Çiçekli, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunuyla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 213.

I. HUKUKSAL DURUM VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Genel Olarak

En geniş anlamıyla göç “*anlamli bir uzaklık ve etki yaratacak kadar bir süre içinde gerçekleşen bütün yer değiştirmeler*”¹² olarak tanımlanmakta ve geçmişten günümüze güncelliğini yitirmeyen bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Bu hareketlilik kimi zaman gönüllü olarak kimi zaman ise zorunlu olarak gerçekleştirilmektedir.¹³ Yapılan araştırmalara göre, 1970 yılında 84 milyon olan uluslararası göçmen sayısı, 1990’da 119 milyona ve 2020 yılı itibariyle 272 milyona yükselmiş ve bu sayı dünya nüfusunun %3,5’ünü oluşturması bakımından uluslararası problemlerden biri halini almıştır.¹⁴ Sadece zorunlu nedenlerle yapılan göç nedeniyle ise 2020 yılı itibariyle 82,4 milyon kişi buldukları yerleri terk etmiştir.¹⁵

Türkiye bulunduğu coğrafi konum itibariyle geçmişten günümüze sürekli olarak bireysel veya kitlesel göç yolu üzerinde yer almaktadır.¹⁶ Özellikle Batı’nın ekonomik olarak güçlü Doğu’nun zayıf kaldığı yakın tarihte bu göç doğu-batı eksenli olarak gerçekleşmektedir. Göç yolu üzerinde yer almanın tek sonucu Türkiye’nin gelip geçici bir yol olması değil bazen de uğrak noktası olarak tercih edilmesidir. Bu sebeple Türkiye’de mülteci hukuku ve bu kapsamda hazırlanan mevzuat oldukça geniş bir yer kaplamaktadır.

¹² Sema Erder, *Refah Toplumunda “Getto” ve Türkler* (İstanbul: Teknografik Matbaacılık, 1986), 9.

¹³ Abdurrahman Yılmaz, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri,” *Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 9, no.2 (2014): 1685.

¹⁴ ICMPD, (2021). *Migration Outlook 2021*. “International Centre for Migration Policy Development”, 5, Erişim tarihi Eylül 9, 2024 (https://www.icmpd.org/file/download/50542/file/ICMPD_Migration_Outlook_2021_final.pdf).

¹⁵ UNCHR, (2020). “Global Trends in Forced Displacement,” *UNHCR-UN Refugee Agency*, 2, Erişim tarihi Eylül 9, 2024 (<https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcrglobal-trends-2020>).

¹⁶ Göç kavramı ve farklı anlamları için bkz. Çiçekli, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunuyla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 201-202.

Mevzuat anlamında Türkiye uluslararası düzeyde 1951 tarihli “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi” ile 1967 tarihli “Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol”e taraftır. Ancak bahsi geçen düzenlemelere koyulan çeşitli çekinceler gereği Türkiye esas olarak Avrupa üzerinden gelecek olan kişileri mülteci statüsü kapsamında kabul etmeyi taahhüt etmiştir.¹⁷ 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹⁸ (6458 Sayılı Kanun) iç hukukta mülteci konusunda yapılan ilk kanuni düzenleme niteliğini haizdir.

6458 Sayılı Kanun kapsamında dört farklı uluslararası koruma statüsü öngörülmüştür. Birincisi mültecilerdir. 61’inci madde uyarınca mülteci, “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında (...)” verilen statüdür.

İkincisi şartlı mültecilerdir. 6458 Sayılı Kanun’un 62’nci maddesi uyarınca şartlı mülteci, “Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında (...)” verilen statüdür.

Üçüncüsü ikincil korumadır. 6458 Sayılı Kanun’un 63’üncü maddesi de ikincil koruma ve bunun şartlarını düzenlemektedir. Buna göre, “Mülteci veya şartlı

¹⁷ İlgili sözleşmelere konulan çekince ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 251; Çiçekli, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunuyla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 231-232.

¹⁸ R.G. 11.04.2013, S. 28615. Mülteci ve göçmen sorununa çözüm bulmak amacıyla geçmişten günümüze hazırlanmış ulusal ve uluslararası düzenlemelerin kısa bir özeti için bkz. Ahmet Hamdi Topal, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.1, (2015): 7-10.

mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir."

Kanun kapsamında belirlenen son statü geçici korumadır. Bu statünün şartları 6458 Sayılı Kanun'un 91'inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1'inci fıkrasına göre, "Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir." Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise, "Bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" hükmüne yer verilmiştir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilen Geçici Koruma Yönetmeliği (GKY) de bu hüküm esas alınarak hazırlanmıştır.

B. Geçici Koruma Statüsü

Geçici koruma statüsü Suriye'de şiddetlenen savaş dolayısıyla yaşanan kitlesel akın sonucunda Türkiye'de mevzuata ilk kez kanun düzeyinde girmiştir.¹⁹ Tüm Suriyeli mültecilerin büyük bir çoğunluğu komşu ilkelerde bulunmakta ve bunların yarısından fazlasına Türkiye ev sahipliği yapmaktadır.²⁰ Türkiye'den

¹⁹ Geçici koruma uluslararası koruma statüsü ülkemizde daha önce, 14.09.1994 tarihli ve 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"te yer almıştır.

²⁰ UNCHR, "Global Trends in Forced Displacement," 17 ve 24.

sonra en fazla ev sahipliği yapan ülkeler Ürdün²¹ ve Lübnan²²’dir.²³ Geçici koruma statüsünü diğer statülerden ayıran en önemli unsur kitlesel olarak gerçekleşen hareket nedeniyle toplu olarak yararlanılabilmesidir. Diğer statülerden ise bireysel olarak yararlanmak mümkündür.²⁴ Dolayısıyla belki de yapılması gereken ilk tespit, Suriye’de yaşanan olaylar sebebiyle Türkiye’ye gelen kişilerin ülkedeki statülerinin mülteci olmadığıdır. Bu tespit, birazdan ifade edileceği üzere, mülteci statüsü kapsamında Türkiye’de bulunan kişilere sağlanan haklar ile geçici koruma statüsünde bulunan kişilere sağlanan haklar arasındaki farklılık dolayısıyla önemlidir.

Her ne kadar günümüzde geçerliliğini yitirdiği söylenebilecekse de o dönem için geçici koruma statüsünün oluşturulmasının altında yatan ana etmen, yaşanan kitlesel hareketin geçici olduğu ve deyim yerindeyse gelen kişilerin “*misafir*” olarak kabul edilmesidir.²⁵ Bu tespiti, oluşturulan geçici koruma statüsünün lafzından ve o dönem siyasi iktidarın kullanmış olduğu dilden²⁶ hareketle yapmak mümkündür. Nitekim 6458 Sayılı Kanun’un 91’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre bu statü, “(...) *acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara (...)*” sağlanabilmektedir. Geçici koruma

²¹ Ürdün’ün Suriyeli sığınmacılara yönelik politikası ve sağlanan statü hakkında bilgi için bkz. Nesrin Kenar, Zehra Abdullahoğlu, “Ürdün’ün Suriyeli Mülteci Politikası”, *İç. Sakarya İktisat Dergisi* 10, no.3 (2021): 303 vd.

²² Lübnan’ın Suriyeli sığınmacılara yönelik politikası ve sağlanan statü hakkında bilgi için bkz. Murat. Tınas, “Lübnan Hükümeti ve Lübnan Toplumunu Perspektifinden Lübnan’daki Suriyeliler,” *Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi* 7 no 2 (2020).

²³ UNCHR, “Syria Regional Refugee Response: Durable Solutions” *İç. UNCHR*, Erişim tarihi, Eylül 10, 2024, (https://data2.unhcr.org/en/situations/syria_durable_solutions).

²⁴ Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi,” *İstanbul Barosu Dergisi* 88 no.6 (2014): 64.

²⁵ Topal, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü,” 15.

²⁶ Dışişleri Bakanının Suriyeli Türkmenler Platformunda Yaptığı Konuşma, 15 Aralık 2012, İstanbul, Erişim tarihi Eylül 8, 2024, (https://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-ahmet-davutoglu-nun-suriyeli-turkmenler-platformunda-yaptigi-konusma_-15-aralik-2012_-istanbul.tr.mfa).

statüsünün kapsamı yine 6458 sayılı Kanun'un 91'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca çıkarılan GKY'de düzenlenmiştir.²⁷

Esasında GKY'nin amacı, geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları, bu kişilerin Türkiye'ye kabulleri, Türkiye'de kalışları, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışları, bu tür kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirler ile ilgili kuruluşlar arasında işbirliğini düzenlemektir. GKY'nin Geçici 1'inci maddesinde ise doğrudan Suriyelilere vurgu mevcuttur. Buna göre, *"28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınurlar."* GKY'nin 7'nci maddesinde kimlerin geçici koruma kapsamına dâhil olacağı, 8'inci maddesinde ise kapsam dışı kişilerin kimler olacağı düzenlenmiştir.

GKY kapsamında sağlanan haklar/hizmetlerden faydalanabilmek için geçici koruma statüsündeki kişilerin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından kayıt altına alınmaları gerekmektedir. Kayıt altına alınmanın sonucu olarak bu kişilere geçici koruma kimlik belgesi verilmektedir. Bu belgenin anlamı ve kapsamına çalışmanın odak noktasını oluşturması nedeniyle ilerleyen kısımlarda değinilecektir. Bahsi geçen kayıt ve verilen geçici koruma kimlik belgesi, ilgisine ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belge hakkı vermemektedir. Aynı zamanda bu belge uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı da tanımamaktadır. Yine bu belge Türk vatandaşlığına geçiş için başvuru hakkı da vermemektedir. Bu belgenin belki de en etkili yönü, çalışma izni için ilgili Bakanlığa başvuru hakkı tanınmasıdır. Sonuç itibarıyla Türkiye'de bulunan ve geçici koruma statüsüne sahip Suriyelilere GKY kapsamında sunulan eğitim, sağlık, sosyal yardım, tercümanlık gibi hizmetler ve çalışma izni için başvuru hakkı dışında, 6458 Sayılı Kanun kapsamındaki diğer uluslararası koruma statüleriyle karşılaştırıldığında zayıf pozisyonda olduklarını ifade etmek mümkündür.

Çalışmada, yukarıda ifade edilen ve 6458 Sayılı Kanun ve GKY kapsamında statüleri belirtilen kişilere verilen geçici koruma kimlik belgesinde yer alan

²⁷ Çalışmanın ilerleyen bölümünde bu yönetmeliğin geçici koruma kimlik belgesine ilişkin kısımlarına yer verilecek olup bu kısımda sadece statünün kapsamı ele alınmaktadır.

bilgilerdeki hatalarla ilgili çıkan uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı yerinin tespiti hususunda yaşanan problemlere değinilecektir.

II. GÖREVLİ YARGI KOLONUN TESPİTİ BAKIMINDAN İÇTİHADIN DURUMU

Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili kesin nitelikte karar verirken birtakım ölçütler kullanmaktadır. Bu ölçütlere ilişkin olarak doktrinde de değerlendirmeler yapılmaktadır. Buna göre; idari işlev, kamu kuralı, kamu hizmeti, kamu gücü, kamu malı, idari işlem, idari eylem, idari sözleşme, faaliyetin kamusal yetki ve usullere göre yürütülmesi bu ölçütlerden bazılarıdır.²⁸ Bahsi geçen ölçütlerin bazıları Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından güncel olarak kullanılırken bazıları geçerliliğini yitirmiştir.²⁹ Bu kapsamda, kural olarak günümüzde geçerliliğini koruyan ölçütlerin kamu gücü ve kamu hizmeti olduğu kabul edilmektedir.³⁰

Uyuşmazlık Mahkemesinin, görevli yargı kolunu tespit etmek için kullanmış olduğu söz konusu ölçütleri, esas olarak ilgili mevzuatta görevli yargı kolunun açıkça tespit etmediği uyuşmazlıklarda kullandığını ifade etmek gerekmektedir. Dolayısıyla çalışmanın girişinde de ifade edildiği üzere, nüfus hizmetlerine ilişkin çıkacak uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümlenmesi gerektiği mevzuatta düzenlenmiştir. Burada sorunu, uyuşmazlığın esasının nüfus hizmetine ilişkin olup olmamasında aramak gerektiği kanaatindeyiz. Tam da bu noktada, çalışmada ele alınan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını, nüfus hizmetine ilişkin

²⁸ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (İstanbul: Hak Kitabevi, 1968), 1606 vd.; Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı* (Ankara: Turhan, 2015), 82 vd.; Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan, 2013), 687 vd. ve 695 vd.; Oğuz Sancakdar, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Göktuğ Ofset Matbaacılık, 2018), 49; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2016), 106 vd.; Adil Özkoç, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970), 37 vd.

²⁹ Uyuşmazlık Mahkemesinin kullanmış olduğu ölçütlere ilişkin detaylı çalışma için bkz. Aktaş ve Seyhan, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme," 109 vd.; Gülsüm Aktaş, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?)," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* no.5 (2015).

³⁰ Aktaş ve Seyhan, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme", 111.

olup olmaması anlamında ve kullanılan ölçütler çerçevesinde tespit etmek mümkün olabilir.

A. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 29.11.2021 Tarihli Kararı (a)

Suriye uyruklu olan, (...) tarihli geçici koruma kimlik belgesi ile Türkiye'de yabancı statüsünde bulunan davacılarından, (...)’ın doğum tarihinin (...), (...)’ın doğum tarihinin (...) olarak tespitine ve bu hususlara ilişkin geçici koruma kimlik belgesi kayıtlarının düzeltilmesine karar verilmesi istemiyle adli yargı yerinde dava açmıştır.

(...) 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, özetle, *“Davacı tarafca düzeltilme yapılması istenilen ve dava dilekçesinde birer örneği sunulan geçici koruma kimlik belgesi (...) İl Göç İdaresi Müdürlüğü’nce tanzim edilmiştir. Söz konusu belgeler (...) İl Göç İdaresi Müdürlüğü’nce tanzim edildiğinden yapılan kayıt işlemleri idari bir işlemdir. Bu nedenle söz konusu belgelerdeki tespitlere karşı açılacak davaların 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca idari yargı yerinde iptal davası olarak ikame edilmesi gerekmektedir”* yönünde karar vermiş ve bu karar kesinleşmiştir. Davacı aynı taleple idari yargı yerine müracaat etmiştir.

(...) 1. İdare Mahkemesi ise dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi’ne gönderilmesine karar vermiştir. Gönderme kararında özetle, *“Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve usul hükümlerinin de 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca yürütüldüğü ve yabancı kimlik numarasının da, 5490 sayılı Kanun uyarınca yabancılara verilen kimlik numarası olduğu anlaşılma, yaş düzeltilmesi / tespiti esasına dayanan bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde 5490 sayılı Kanun’un 36. maddesi uyarınca adli yargı yerinin (asliye hukuk mahkemesi) görevli olduğu (...)”* sonucuna ulaşmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi ise, 29.11.2021 tarihinde, *“Davacılar Türk Vatandaşı olmayıp, 6458 sayılı Kanun uyarınca geçici koruma kapsamında Ülkemize giriş yapmış ve idare tarafından kendilerine Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 22. maddesi uyarınca düzenlenen ve nüfus kütüğüyle ilgisi bulunmayan geçici koruma kimlik belgesi düzenlenmiştir. Bu işlem 5490 sayılı Kanun ile düzenlenen nüfus hizmeti olmayıp idari niteliktedir. Bu sebeple davacıların talepleri nüfus kütüklerindeki kayıtların düzeltilmesine yönelik olmayıp, geçici koruma kimlik belgelerindeki doğum tarihi bilgilerinin düzeltilmesine yönelik olduğu, bu yönüyle taleplerin Nüfus Kanunu kapsamında*

değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmıştır. Bu sebeplerle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1. Maddesinde belirtilen dava türlerinden olması (...)"³¹ gerekçesiyle uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

B. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 27.12.2021 Tarihli Kararı (b)

Davacı, geçici koruma kimlik belgeli olarak (...) ilinde bir hastanede doğum yapmasının akabinde doğum belgesi düzenleneceği sırada sehven kayınvalidesinin kimlik fotokopisini ibraz ettiği ve nüfus kaydında anne isminin hatalı yazıldığından bahisle geçici koruma kimlik belgesindeki anne adının düzeltilmesi istemiyle adli yargı yerinde dava açmıştır.

(...) 7. Asliye Hukuk Mahkemesi, "(...) *davacının Türk vatandaşı olmadığı ve düzeltilmek istenilen kaydın nüfus kaydı olmadığı, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu (...)*" gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar vermiştir.

(...) 1. İdare Mahkemesi ise, "*Türkiye'de bulunan yabancılara ait kimlik bilgisine ilişkin bir kaydın düzeltilmesi uyuşmazlığının nüfus mevzuatına göre çözümleneceğinden adli yargının görevli olduğu*" kanaatiyle, görevli yargı yerinin belirlenmesi için dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi 27.12.2021 tarihli kararında uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olduğuna karar vermiştir. Mahkemesi kararına gerekçe olarak "*Türkiye'de yabancı olarak bulunan ve yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca geçici kimlik koruma belgesine sahip davacının herhangi bir maddi hatadan kaynaklanmayan ve Türkiye'de bulunan yabancılardan nüfus hizmetlerine ilişkin olan kayıt düzeltme davasının adli yargı yerinde görülmesi(ni) (...)"³² göstermiştir.*

C. İDDK'nın 15.06.2022 Tarihli Kararı

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3/C maddesi bölge

³¹ UM, E. 2021/428, K. 2021/628, 29/11/2021.

³² UM, E. 2021/522, K. 2021/671, 27.12.2021.

idare mahkemesi başkanlar kurulunu düzenlemekte ve maddenin 4'üncü fıkrasının c bendi uyarınca kurulun görevlerinden birisi de, *"Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay'dan bu konuda karar verilmesini istemek"* tir. Bu kapsamda, geçici koruma kimlik belgesindeki yanlışlıkların düzeltilmesi talebiyle açılan davalarda farklı Bölge İdare Mahkemelerinin farklı yönde karar vermeleri üzerine konu İDDK'nın önüne gelmiştir.

İDDK kararında³³, başvuruya konu farklı Bölge İdare Mahkemelerinin kararlarına, mevzuat hükümlerine ve Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadına yer verdikten sonra öncelikle, aykırılığın, *"(...) yabancılara verilen geçici koruma kimlik belgelerinde yer alan kayıtların hatalı olduğundan bahisle düzeltilmesi talebiyle yapılan başvuruların reddine ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda hangi yargı kolunun görevli olduğu hususu(nda) (...)"* olduğunu vurgulamıştır. Daha sonra kararını üç ana başlık toplamış ve ilk olarak mevzuat kapsamında görevli yargı yerini tespit etmiştir. Buna göre, *"5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca, dayanak belgelerindeki bilgilerin kayıtlara işlenmesi sırasında yapılmış bir maddi hata söz konusu değilse; nüfus kütüğünün herhangi bir kaydında düzeltme veya değişikliğin, kesinleşmiş mahkeme kararı ile yapılacağı, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının ise, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacağı, söz konusu davaların nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görüleceği ve karara bağlanacağı, ancak Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamındaki yabancıların kaydının, yeterli donanımına sahip ve kayıt işlemlerinin kesintiye uğramadan tamamlanmasını sağlayacak ayrı bir yerde, kayıt usulleri ve gereklilikleri konusunda eğitim almış Göç İdaresi Genel Müdürlüğü personeli tarafından yapılacağı, anılan Yönetmeliğin 22. maddesi uyarınca, kayıt işlemleri tamamlananlara, valilikler tarafından, şekli ve içeriği Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen geçici koruma kimlik belgesi düzenleneceği, geçici koruma kimlik*

³³ İDDK, E. 2022/30, K. 2022/39, 15.06.2022 Erişim tarihi Eylül 14, 2024,(www.lexpera.com.tr).

belgesi verilenlere, 5490 sayılı Kanun kapsamında yabancı kimlik numarası da verileceğ(i) (...)" ifade ettikten sonra, "Geçici Koruma Yönetmeliğ(i) kapsamındaki yabancılar için tesis edilen geçici koruma kimlik belgelerinin 5490 sayılı Kanun ile bağlantısının sadece yabancı kimlik numaralarının verilmesi esnasında kurulduğı, bunun da, anılan belgelerdeki kayıtların düzeltilmesine yönelik taleplerin, 5490 sayılı Kanun kapsamında nüfus hizmeti olarak değerlendirilmesine imkân sağlamadığı (...)" tespitini yaparak görevli yargı yerinin idari yargı olduğuna karar vermiştir. Kararın ikinci başlığında farklı yargı kollarında aynı tür uyuşmazlıkların görülmesinin hukuki güvenlik kapsamında problemlerine değinmiş ve son olarak üçüncü başlıkta Uyuşmazlık Mahkemesinin de konuyla ilgili verdiği son kararlarda idari yargının görevli olduğuna işaret ettiğini vurgulamıştır.

III. GEÇİCİ KORUMA KİMLİK BELGESİNİN MEVZUAT VE İÇTİHAT ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ STATÜSÜ

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun Birinci Kitap Birinci Kısım İkinci Bölümü Kişisel Durum Siciline ayrılmış olup (39 ile 46'ncı maddeler arası), kişisel durum sicilinde yapılacak değişiklik için açılacak dava (m. 39) ve kişisel durum sicilinden kaynaklanan zararlar nedeniyle açılacak olan davalar (m. 38) bu bölümde düzenlenmiştir.

Yine Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, *"Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir. Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir."* Aynı Kanun'un 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, *"Mahkeme kararı ile yapılan kayıt düzeltmelerinde aşağıdaki usûllere uyulur: a) Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcuları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları (...) nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır. b) Haklı sebeplerin bulunması hâlinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılması hâkimden istenebilir. Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı*

değişikliğinde ise eşin ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir. c) Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder. Kişilerin başkasına ait kaydı kullandıklarına ilişkin başvurular Bakanlıkça incelenip sonuçlandırılır." Son olarak Kanun'un Maddi hatalar başlıklı 38'inci maddesine göre, "Bu Kanunun 7 nci maddesinde sayılan aile kütüklerine tescil edilmesi gereken bilgilerden; dayanak belgesinde bulunduğu halde nüfus kütüklerine hatalı veya eksik olarak tescil edilen ya da hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtlar maddî hata kapsamında değerlendirilir. Bu tür maddî hatalar Genel Müdürlükçe ya da nüfus müdürlükleri tarafından düzeltilir veya tamamlanır."

Kural olarak kişisel durum siciline karşı açılacak davalarda adli yargı mercilerinin görevli olduğunu söylemek mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesinin genel içtihadı da bu yöndedir. İki farklı nüfus kaydı bulunan davacının bu hususun düzeltilmesi istemiyle açtığı davada Uyuşmazlık Mahkemesi, "Ahvali şahsiyeye ilişkin hükümler 17/2/1926 günlü ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde ve 5/5/1972 günlü ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nda yer almış, 1587 sayılı Kanununun 46. maddesinde de bu tür davaların çözüm yerinin ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla ahvali şahsiye kayıtlarını ilgilendiren konulara ilişkin olarak açılacak davaların adli yargı yerinde görülmesi gerektiği"ne karar vermiştir.³⁴ Yine baba ve ana adlarının ve kendisinin de onların evladı olduğunun tespiti istemiyle açılan davada Uyuşmazlık Mahkemesi öncelikle adli yargıda var olan ve idari yargıda bulunmayan tespit davasına dikkati çekmiş ve Eski Medeni Kanun'un ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıfta bulunarak, "(...) davacının babasının adının ve kendisinin onların oğlu olduğunun tespitine ilişkin davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiği"ne karar vermiştir.³⁵ Doğum tarihinin 1962 olduğunu, doğumunu takiben nüfusa kaydedilmeyerek kendisinden önce doğan ve daha sonra ölen ve nüfusa ölüm kaydı düşülmeyen kız kardeşinin nüfusunu taşıdığını, nüfustaki tescil tarihinin 24.5.1954 olması nedeniyle tescil davası açamadıklarını ileri sürerek, nüfus kaydının düzeltilerek, 1962 doğumlu olarak kayda geçirilmesi istemiyle açılan davada Uyuşmazlık Mahkemesi, "(...) nüfustaki eski bir kaydın terkinin ile doğum

³⁴ UM, E. 1990/14, K. 1990/14, 21.5.1990.

³⁵ UM, E. 1991/26, K. 1991/25, 10.07.1991.

kaydının yapılması istenilmektedir. Bu ise, ahvali şahsiyeye ilişkindir. (...) bu konudaki davalar adli yargının görevine gir(mektedir)” değerlendirmesini yapmıştır.³⁶ Konuyla ilgili son olarak, ölü eşi Sam’an Zarifle evliliğinin belgelere dayalı olmasına rağmen, eşinin nüfusta sağ ve bekar görüldüğünü, kendisinin, babasının nüfus kütüğünde evli olarak yazılmış olduğunu, bu evlilikten olan oğlu Suphi Zarifin de kendisinin bekarlık hanesinde gösterildiğini ileri sürerek, eşinin evlilik ve ölüm kaydının yazılması, oğullarının kaydının da baba hanesine nakledilmesi istemiyle açılan davada Uyuşmazlık Mahkemesi benzer şekilde, “(...) nüfustaki yanlış ve eksik kaydın düzeltilmesi istenilmektedir. (...) bu konudaki davalar(ın) adli yargının görevine gir(diğine)” karar vermiştir.³⁷

Kamu hizmeti olduğu bariz olan nüfusa ilişkin işlemlerle ilgili çıkan uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinin görev alanında olmasının gerekçesi Zabunoğlu’na göre, “(...) nüfus kayıtlarının yerel birimlerce tutulması ve 1920’lerin Türkiye’inde bu kayıtlarla ilgili her türlü davanın görüm ve çözüm yerinin yerel nüfus idaresi biriminin bulunduğu mahal mahkemesi olmasının sağladığı pratik kolaylık ve sürattir. Unutulmamalı ki o yıllarda ve ancak 1926’dan sonra Ankara’da bir Devlet Şurası vardır; alt derece idare mahkemeleri yoktur (...)”.³⁸ Günümüzde idari yargı mercilerinin ülke genelindeki sayısı göz önüne alındığında Zabunoğlu’nun gerekçesinin eski anlamını yitirdiği söylenebilir.

Şayet maddi hatadan kaynaklanan bir durum söz konusu ise bu takdirde mahkeme kararına gerek olmaksızın ilgili Müdürlüklere yapılacak başvuru ile düzeltme yapılabilmektedir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 62’nci maddesinin 3’üncü fıkrası uyarınca, “Nüfus olaylarına ait dayanak belgelerinin bulunamaması

³⁶ UM, E. 1995/12, K. 1995/14, 17.04.1995 Karar oy çokluğuyla alınmış olup karşı oyda “İddiaya göre, davacı nüfusta kayıtlı değildir. Nüfusta kayıtlı olma-yan kişinin nüfusa kaydı idari yolla mümkündür. Bunun için mahkeme kararı gerekmez. Nüfusta kayıtlı olmayan kişinin ölen kardeşinin nüfus cüzdanını taşımaz olması onun nüfusa kayıtlı olduğunu göstermez ve nüfusa kaydedilebilmesi de daha önce ölen kardeşinin nüfustaki kaydının silinmesine bağlı değildir. Bunlar birbirinden ayrı idari işlemlerdir. Davacının amacı nüfusa kayıt yaptırmak olduğuna ve nüfusta da kaydı bulunmadığına göre ahvali şahsiye kaydının düzeltilmesi diye bir davadan bahsedilemez. Burada Medeni Kanun’un 38. maddesinde sözü edilen türden bir dava yoktur. Bu nedenle davanın çözümü idari yargının görevine girdiği” değerlendirilmesi yapılmıştır.

³⁷ UM, E. 1996/48, K. 1996/91, 10.07.1991.

³⁸ Yahya Zabunoğlu, *İdare Hukuku, C. II* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 186.

hâlinde kişinin adı, soyadı, baba adı, ana adı, doğum tarihi veya doğum yerine ilişkin maddi hataların düzeltilmesi ya da eksikliklerin tamamlanması, işlemde kaldırılmış eski aile kütüklerine istinaden yapılır. Bu defterlerden çıkartılan kayıtlara ise "İşbu kayıtlar güncel kayıtların yerine esas alınamaz." açıklaması yapılır." Uyuşmazlık Mahkemesinin çalışmanın konusunu oluşturan kararlarına bakıldığında, davacılar esas olarak Türk vatandaşı olmayan kişiler olduğu için bu hüküm kapsamında eski aile kütüklerinden faydalanabilecek kişiler değildir. Dolayısıyla geçici koruma kimlik belgesindeki maddi hatanın özü, dayanak belgesinden ziyade beyana dayalı olarak tutulan kayıtlardan kaynaklanmaktadır. Maddi hatadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda dayanak belgesine uygun olarak Müdürlüklere yapılacak düzeltme taleplerinin sonuçsuz kalması halinde açılacak olan davalarda görevli yargı kolu Uyuşmazlık Mahkemesine göre idari yargıdır. Nitekim nüfus kaydında isminin hatalı olarak yazıldığından bahisle yaptığı başvuru reddedilen kişinin açmış olduğu davada Uyuşmazlık Mahkemesi, "5490 sayılı Kanun'un 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hataların nüfus müdürlüğüne dayanak belgesine uygun olarak düzeltileceği ve aynı Kanun'un 38. maddesinde; aile kütüklerine tescil edilmesi gereken bilgilerden; dayanak belgesinde bulunduğu halde nüfus kütüklerine hatalı veya eksik olarak tescil edilen ya da hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtların maddî hata kapsamında değerlendirileceği, bu tür maddî hataların Genel Müdürlükçe ya da nüfus müdürlükleri tarafından düzeltileceği veya tamamlanacağı yönündeki düzenlemeler dikkate alındığında davalı idarenin mevzuat ile kendisine verilmiş bir görevi zamanında ve halen yerine getirmemesi sebebiyle açılan davalarda oluşan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, değinilen mevzuat hükümleri uyarınca (...)"³⁹ idari yargı mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Nüfus hizmetlerine ilişkin olarak sadece kişisel durum sicilinin tutulmasıyla ilgili davalar adli yargının görevinde değildir. Örneğin Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılacak olan davalar da adli yargının görevi içerisindedir.⁴⁰ Çalışmanın konusuna geçmeden önce ifade etmek gerekir ki, ilgili mevzuat hükümlerine rağmen Uyuşmazlık Mahkemesinin nüfus kayıtlarının tutulmasına ilişkin işlemlerle ilgili devamlı olarak adli yargının

³⁹ UM, E. 2021/210, K. 2021/292, 03.05.2021.

⁴⁰ UM, E. 2015/823, K. 2015/824, 30.11.2015.

görevli olduğuna karar verdiğini söylemek mümkün değildir. Geçmişten günümüze farklı yönde vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Örneğin, “(...) davacıdan önce 01.01.1961 tarihinde doğarak nüfusa kaydedilen ve sonradan ölen (...)’nin ölüm kaydının nüfusa işlenmediği, 01.10.1962 tarihinde doğan davacının ise nüfusa kaydedilmeyip, ölen kardeşinin kaydını taşıdığı ileri sürülmekte, 01.10.1962 doğumlu olduğu halde nüfusta 01.01.1961 tarihli olarak görüldüğünden, davacının nüfusa 01.10.1962 doğumlu olarak kaydının yapılması(nun) isten(diği)” davada Uyuşmazlık Mahkemesine göre, “(...) davanın konusu salt yaş tahsisi değil, idare kayıtlarının gerçeğe uygun hale getirilmesine, yani kardeşinin ölüm kaydının nüfusa işlenmesine ve davacının 01.10.1962 doğum tarihli olarak yeniden nüfusa kaydedilmesine ve işlemin bu yolda yapılmasına ilişkindir. Nitekim davalı idareye yapılan başvuruda böyle bir istemde bulunulmuş, idarece mevcut kayıtlar ve belgeler ile davacının ileri sürdükleri nazara alınarak bir işlem tesis edilmiştir. Bu işlemin davacı iddiaları ve mevcut belgeler karşısında mevzuata uygun olup olmadığının yargısal denetimi (...)”⁴¹ idari yargı yerine aittir.

Esas itibariyle Uyuşmazlık Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda nüfus hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıkların, mevzuat hükümleri karşısında bazen yargı kararıyla bazen idari işlem ile çözümlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bir kararında bu durumu, “5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik/Yönetmelikler ile, nüfus hizmetlerine ilişkin bazı işlemlerin adli, bazı işlemlerin de idari kararlarla yapılması esası benimsenmiştir”⁴² şeklinde açıklamakta ve uyuşmazlığın niteliğine göre çözüm yönteminin farklılaşabildiğine dikkat çekerek, idari yargının görevli olduğu uyuşmazlık türünü “idari işlem” ölçütünden hareketle tespit etmektedir. Karara konu uyuşmazlık 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında yıkılmış olan apartmandaki bağımsız bölümlerin maliki oldukları; anılan Kanun kapsamında, kira yardımı taleplerinin tapuda yer alan bağımsız bölüm numaraları ile Mernis kayıtları uyuşmadığından bahisle çıkmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, “(...) davacıların maliki oldukları apartmana ait Tapu Senetlerindeki bağımsız bölüm numaralarının, sayım/veri girişi vs. sırasındaki hatadan kaynaklandığı iddiası ileri sürülerek İlçe Nüfus ve Vatandaşlık Müdürlüklerindeki Adres

⁴¹ UM, E. 1980/12, K. 1981/11, 13.07.1981. Benzer yönde karar için bkz. UM, E.1991/3, K.1991/4, 11.02.1991.

⁴² UM, E. 2019/779, K. 2020/20, 27.01.2020.

Raporu Belgesindeki bağımsız bölüm numaralarıyla uyumsuzluk gösterdiği; mevzuat hükümlerine göre, bu uyumsuzluğun giderilmesinin dayanak belgeler ile başvurulması halinde idarece giderilmesinin mümkün olduğu gözetildiğinde; (...) açılan bu davanın” idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları incelendiğinde, hangi uyuşmazlığın yargı kararıyla hangi uyuşmazlığın idari işlem ile çözümleneceğine yönelik mevzuat hükümlerinden yola çıkılarak yapılmış doyurucu bir analiz görmek mümkün değildir. Burada Uyuşmazlık Mahkemesinin yukarıda da yer verilen Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 38'inci maddesinde yer alan maddi hata halinde durumun Müdürlüklere yapılacak başvuru ile düzeltileceği hükmünü kastettiği düşünülmektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan ve yukarıda özetlenen kararlara gelince, (a) davasının konusu Türkiye'de yabancı statüsünde bulunan davacıya verilen geçici koruma kimlik belgesinde yer alan doğum tarihine ilişkin hatalı bilginin düzeltilmesine ilişkindir. (b) davasının konusu ise yine geçici koruma kimlik belgesinde yer alan anne adına ilişkin hatalı bilginin düzeltilmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla öncelikle kararlardaki ifadeler nedeniyle, nüfus hizmetinin niteliğine kısaca değinmek ve 5490 sayılı Kanun'un kimleri kapsadığını belirlemek gerekmektedir. Zira (a) kararındaki ifadeye göre, davacıların Türk vatandaşı olmaması ilgili Kanun'un uygulanmaması için bir gerekçedir. Daha sonra geçici koruma kimlik belgesinin niteliğinin ve bu belgede yer alan bilgileri tutmakla görevli birimin saptanması gerekmektedir. Çünkü (a) davasına konu olan uyuşmazlıkla ilgili adli yargı yerinin kararında, belgenin İl Göç İdaresi Müdürlüğüne tanzim edildiğine vurgu yapılmıştır.

B. Nüfus Hizmetinin Hukuki Niteliği

Uyuşmazlık Mahkemesi vermiş olduğu (a) kararının gerekçesinde, *“Bu işlem (geçici koruma kimlik belgesi verilmesi işlemi kastediliyor) 5490 sayılı Kanun ile düzenlenen nüfus hizmeti olmayıp idari niteliktedir”* ifadelerine yer vermiştir. Anlaşılan o ki, Uyuşmazlık Mahkemesine göre 5490 sayılı Kanun'a göre sunulan hizmetle ilişkili iş ve işlemler ile klasik anlamda sunulan idari hizmete ilişkin iş ve işlemler farklı anlamlar ihtiva etmektedir. Bu sebeple, kısa da olsa nüfus kayıtlarının tutulmasına ilişkin hizmetin hukuki niteliğine değinilmesi gerekmektedir.

Nüfus kayıtlarını tutulması İçişleri Bakanlığı'nın bir birimi olan Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde sürdürülmekte olan klasik bir idari kamu hizmetidir. Bu hizmet ilgili birimler tarafından 5490 sayılı Kanun uyarınca yerine getirilmektedir. İlgili Kanun incelendiğinde birimlerin sundukları hizmetlere ilişkin iş ve işlemlerin hukuki niteliği ile ilgili herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Dolayısıyla başkent teşkilatında yer alan genel müdürlüğün veya taşra birimi olan il müdürlüklerinin yaptıkları iş ve işlemlerin idari işlem oldukları izahıta varestedir. Ezcümle Uyuşmazlık Mahkemesinin kararında yer verdiği ifade hukuken herhangi bir anlam ifade etmemektedir.

Eğer Uyuşmazlık Mahkemesi (a) kararındaki gerekçe ile nüfus hizmetine ilişkin iş ve işlemlerin esas itibariyle idari nitelikte olmadığı ve dolayısıyla çıkan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlendiğini vurgulamak niyetinde ise bu durumun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. İdarenin yapmış olduğu her iş veya işlem idari nitelikte olmadığı bilinen bir gerçektir. Nitekim idareler özel hukuka tabi olarak ve çıkacak uyuşmazlığın adli yargıda çözümlendiği faaliyetler de yürütmektedirler. İdarenin yapmış olduğu faaliyetin idari nitelikte olup olmadığına tespiti için ise geçmişten günümüze farklı ölçütler kullanılmıştır. Bu kapsamda organik ve fonksiyonel anlamda idare kavramları kullanılmakta ve idarenin idari işleve dair olan ve özel hukuk hükümlerini aşan nitelikteki faaliyetlerinin idari nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁴³ Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesi eğer nüfus hizmetinin idari nitelikte olmadığını iddia ediyor ise geriye idarenin idari olmayan bir faaliyetine yönelik iş ve işlemler kalmaktadır. Ancak söz konusu hizmet bir idari kamu kurumu tarafından tamamen idari usullerle sürdürülmekte söz gelimi idarenin özel hukuka tabi bir sözleşmesi ya da sına ve ticari bir kamu hizmeti değildir. Diğer taraftan, nüfus hizmetine ilişkin iş ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleniyor olmasının nedeni işlemin niteliğine ilişkin bir değerlendirmenin değil yasa koyucunun takdir yetkisini bu yönde kullanmasının bir sonucudur.

Tüm bu izaha rağmen, bir an için Uyuşmazlık Mahkemesinin nüfus hizmetine ilişkin değerlendirmesinin doğru olduğunu kabul etsek dahi benzer nitelikte

⁴³ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Ankara: Danıştay Matbaası, 1990), 61 vd.; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 107 vd.

nüfus hizmetine ilişkin iş ve işlemle ilgili önüne gelen (b) kararında, adli yargının görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi kararına gerekçe olarak *“Türkiye’de yabancı olarak bulunan ve yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca geçici kimlik koruma belgesine sahip davacının herhangi bir maddi hatadan kaynaklanmayan ve Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerine ilişkin olan kayıt düzeltme davasının adli yargı yerinde görülmesi(ni) (...)”* göstermiştir. Bu kez Uyuşmazlık Mahkemesi, ilgili kayıt düzeltme davasının Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerine ilişkin olduğuna vurgu yapmıştır. Her iki dava da esas itibariyle geçici koruma kimlik belgesinde yer alan bazı bilgilerin (birinde anne adı diğeri doğum tarihi) düzeltilmesini konu edinirken ve dolayısıyla benzer nitelikte iken Mahkemeye göre birisi nüfus hizmetine ilişkin kayıt düzeltme davası diğeri ise nüfus hizmetiyle ilgili bulunmayan idari nitelikli bir davadır. İki kararın karar tarihleri arasında da yaklaşık bir ay olduğu da dikkate değer bir diğeri unsurdur. (a) kararında Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre geçici koruma kimlik belgelerindeki doğum tarihi bilgilerinin düzeltilmesine yönelik taleplerin Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün değilken, (b) kararına göre, geçici kimlik koruma belgesine sahip davacının herhangi bir maddi hatadan kaynaklanmayan ve Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerine ilişkin olan kayıt düzeltme davasının adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.

Söz konusu iki karar, Uyuşmazlık Mahkemesinin görevli yargı kolunu tespit etmek için kullanmış olduğu ölçütler bakımından da çelişkilidir. Her iki uyuşmazlık da kamu hizmetiyle doğrudan bağlantılı ve kamu gücüne dayalı olarak yapılan idari işlem den kaynaklanmakta ve bu yönüyle değerlendirildiğinde nüfus hizmetine ilişkin iki uyuşmazlık olduğu doğrulanmaktadır.

C. 5490 sayılı Kanun’un Kapsamı

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin (a) kararında işlemin nüfus hizmeti değil idari nitelik taşıdığına dayanak olarak davacıların Türk vatandaşı olmamasını ileri sürmüştür. Bu kapsamda, 5490 sayılı Kanun’un kişi itibariyle uygulama alanının saptanması gerekmektedir. Kanun’un Kapsam başlıklı 2’nci maddesine göre, *“Bu Kanun, Türk vatandaşları, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların altsoyları ile Türkiye’de bulunan*

yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve usûl hükümlerini kapsar.” Hükümde, Kanun’un kapsadığı kişiler arasında açıkça Türkiye’de bulunan yabancılar da yer almaktadır. Ayrıca sunulan bir hizmetin idari nitelik taşıyıp taşıyaması için vatandaşlık bağı bir ön şart değildir. Nitekim vatandaş olmayanlar için de idari nitelikte işlem yapılabilmektedir. Bunun en açık ve bilinen örneği, yabancılar hakkında verilen sınır dışı etme kararıdır.

Mevzuatta, yabancı terimine bakıldığında 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 3’üncü maddesine göre, *“Yabancı; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi, ifade eder.”* Dolayısıyla Türk vatandaşı olmayan birinin ülkede bulunma statüsündeki farklılık (örneğin, bir başka ülkenin vatandaşı olan ve turistik amaçlı ziyaretçi, mülteci veya sığınmacı) 5901 sayılı Kanun’un kapsamına dâhil olmak için bir engel teşkil etmemektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin ifadesiyle, 5490 sayılı Kanun sadece Türk vatandaşlarına sunulacak nüfus hizmetlerini kapsamaktadır. Ancak biraz yukarıda yer verilen (b) kararını tekrar incelediğimizde Uyuşmazlık Mahkemesi, geçici koruma kimlik belgesine sahip ve bu belgedeki hatalı bilgilerin düzeltilmesini talep eden ve dolayısıyla Türk vatandaşı olmayan kişi söz konusu iken bu kez adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.

D. Geçici Koruma Kimlik Belgesi

Geçici koruma kimlik belgesi, çalışmanın ilk kısmında yer verilen 6458 sayılı Kanun’un 91’inci maddesine dayanılarak hazırlanan GKY’nin 22’nci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan kayıt işlemleri tamamlananlara valilikler tarafından verilen resmî belgedir.

GKY’nin 22’nci maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca, *“Geçici koruma kimlik belgesi verilenlere, 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında yabancı kimlik numarası da verilir”*. Konuyla ilgili Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmeliğin 5’inci maddesi uyarınca, *“Yabancılar kütüğünde kayıtlı bulunan kişilerin kaydına ulaşmak, nüfus kayıtları arasında bağ kurmak, kamu kuruluşlarında yabancılarla ilgili olarak tutulan kayıtları*

ilişkilendirmek ve kimlik numaralarının zorunlu tutulduğu diğer işlemlerde karşılaşılabilecekleri sıkıntıları gidermek amacıyla yabancılar kimlik numarası verilir.” Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelikte geçen yabancılar kütüğü ifadesi, Yönetmeliğin 4/1-ğ maddesine göre, “Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli Yabancılara Ait İkamet Tezkeresi verilen yabancıların kayıtlarının tutulduğu kütüğü”, 5490 sayılı Kanun’un 3/1-çç maddesine göre ise, “Kimlik numarası verilen yabancıların kayıtlarının elektronik ortamda tutulduğu kütüğü”nü ifade etmektedir. Yabancılar kütüğünde bulunması gereken bilgiler ise yine Yönetmeliğin 11’inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Yabancılar kütüğü; aile bireylerinin kimlik numarası, cinsiyeti, adı, soyadı, baba ve annelerinin ad ve soyadları ile uyruğu, sağ olup olmadıkları, doğum yeri ve tarihi, medeni hali, diğer kişisel durum değişiklikleri ile adresini kapsar.” Geçici koruma kimlik belgesi ile ilgili tüm mevzuat hükümlerine yer verilmesinin nedeni, ilgili belgenin Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü ile olan ilişkisini vurgulamaktır. Örneğin, Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmeliğin 6’ncı maddesine göre, “Yabancıların nüfus olaylarına ilişkin işlemler, yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğünde yürütülür.”

Sonuç itibariyle geçici koruma kimlik belgesi, kanunda belirtilen şartları sağlayan yabancılar valilik tarafından verilen ve içerisinde kişisel bilgilerin yer aldığı resmî belgedir. Bu belgede yer alan ve yabancılar kütüğünde tutulması zorunlu bilgilerden birisi de yabancıların doğum yeri ve tarihidir. Yabancılar kütüğünü tutması gereken birim ise 5490 sayılı Kanun uyarınca ilgili yerin nüfus müdürlüğüdür. Bu itibarla Uyuşmazlık Mahkemesi’nin (b) kararında yer verdiği, “(...) geçici koruma kimlik belgelerindeki doğum tarihi bilgilerinin düzeltilmesine yönelik (...) taleplerin Nüfus Kanunu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı (...)” yönündeki gerekçenin aksine, geçici koruma kimlik belgesindeki bilgilerin düzeltilmesine ilişkin iş ve işlemler ile 5490 sayılı Nüfus Kanunu’nun ilgisi açıktır. Geçici koruma kimlik belgesi verilen kişilere mevzuat uyarınca yabancı kimlik numarası verilmekte ve yabancı kimlik numarası verilen kişiler yine mevzuat uyarınca yabancılar kütüğüne kaydedilmektedir. Bu kütük ise nüfus müdürlükleri tarafından tutulmaktadır. Ancak bu ilgilinin yabancı kimlik numarası verme işlemiyle sınırlı olduğunu ve geçici koruma kimlik belgesine ilişkin diğer iş ve işlemlerin nüfus müdürlükleriyle ilgili olmadığını da ayrıca vurgulamak gerekmektedir.

Konuya ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin ve Danıştay'ın kararını birlikte değerlendirdiğimizde, Uyuşmazlık Mahkemesi kişinin yabancı olmasına, geçici koruma kimlik belgesinin hangi kurum tarafından verildiğine veya nüfus hizmetinin hukuki niteliğine vurgu yaparken; Danıştay, ilgili mevzuat hükümlerinden yola çıkarak öncelikle nüfus hizmetlerine ilişkin adli yargı yerlerinde açılacak olan davaların neler olduğunu ve somut uyuşmazlığın yeterli donanımına sahip ayrı bir birim olan Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün personeli tarafından verilen geçici koruma kimlik belgesindeki hatalı bilgilerin düzeltilmesi isteminden kaynaklandığını ve geçici koruma kimlik belgesi almaya hak kazanan kişilere valilikler tarafından yabancı kimlik numarası verilmesinin sırf bu nedenle uyuşmazlığı nüfus hizmetleriyle ilişkilendiremeyeceğini vurgulamıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu kararları ve Danıştay'ın içtihadı birlikte değerlendirildiğinde, uyuşmazlıkların esası kimlik belgesinde yer alan bilgilerdeki hataların düzeltilmesi talebidir. Mevzuat uyarınca maddi hatadan kaynaklanan yanlışlıkların hem Nüfus Hizmetleri Kanununun 38'inci maddesi uyarınca idari işlemle düzeltilmesi gerekmekte hem de Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadı uyarınca bu tür hatalar idari nitelikte kabul edilmektedir. Kanunun 38'inci maddesi maddi hatayı tanımlamış ve dayanak belge şartını koşmuştur. Somut uyuşmazlıklar için ise dayanak belgeden çok beyana dayalı bilgilerin hatalı olması söz konusudur. Diğer taraftan, geçici koruma kimlik belgesi için ayrı bir birim kurularak, söz konusu iş ve işlemlerin takibi yetki yönüyle nüfus müdürlüklerinden ayrılmıştır. Tüm bu açıklamalar karşısında, Uyuşmazlık Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda yer alan kişinin Türk vatandaşı olmaması veya taleplerin nüfus kütüklerindeki kayıtların düzeltilmesine yönelik olmamasından ziyade, verilen kimlikte yer alan hatanın niteliği ve söz konusu kimliği vermeye yetkili merciin dikkate alınarak, uyuşmazlığın idari nitelikte bir kararla çözülmesi gerektiğine yoğunlaşılması gerekmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yargının görevli olduğuna karar verdiği (a) kararında yer verdiği, davacının Türk vatandaşı olmaması ve konunun nüfus hizmeti ile ilgili olmamasını esas alması yerine geçici koruma kimlik belgesinin niteliği ve bu kimliği vermeye yetkili merciye vurgu yapması beklenirdi. Nitekim yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu ve yetkiyle ilgili hususlarda dar yorum yapılması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Sonuç itibarıyla Danıştay'ın da vurguladığı üzere yabancı kimlik numarası verme işlemi, geçici koruma kimlik belgesine ilişkin iş ve işlemlerin nüfus hizmetleriyle bağlantılı olması yönünde

kafa karıştırıcı nitelikte olmakla birlikte, bu ilgi sınırlıdır ve yargı kolunu değiştirici nitelikte değildir.

SONUÇ

Yargı ayrılığının benimsendiği her ülkede bulunması zaruri olan ve hangi yargı kolunda çözümleneceğine ilişkin çatışma bulunan uyuşmazlıklarla ilgili ülkemizde Uyuşmazlık Mahkemesi görevlidir. Mevzuatta görev alanının paylaşımına ilişkin düzenlemeler yer almakla birlikte halen görevli yargı kolunun tespit edilemediği ve dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıklar mevcuttur. Bu uyuşmazlık tiplerinden birisi de nüfus hizmetleriyle ilgili olanlardır.

Uyuşmazlık Mahkemesi nüfus hizmetleriyle ilgili vermiş olduğu kararlarda, esasa ilişkin benzerlikler bulunmasına rağmen farklı yargı kollarını görevli olarak tespit edebilmektedir. Somut olarak ele aldığımız kararlarda uyuşmazlıklar geçici koruma kimlik belgesindeki hatalı bilgilerin düzeltilmesi talebine dayanmaktadır. Geçici koruma kimlik belgesi Türkiye’de 6458 Sayılı Kanun ve GKY kapsamında geçici koruma statüsünde bulunan kişilere kayıt esnasında verilen ve kimlik belgesi yerine geçen resmi evraktır. Kararlar birlikte değerlendirildiğinde, farklı yargı kollarında çözüme kavuşturulmasını gerektiren doyurucu bir gerekçe barındırmamaktadır. Çalışmanın başında da ifade ettiğimiz üzere bir uyuşmazlığın bir yargı kolundan alınıp diğerine verilmesinin salt teknik bir meseleden ibaret olmayıp hukuk devletine ilişkin sonuçları olabileceği gerçeğini de göz önünde bulundurduğumuzda, esaslı gerekçeden yoksun bu tür çelişkili kararlar eleştiriye hak etmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin ve Danıştay’ın vermiş olduğu kararlarda, kişinin Türk vatandaşı olmaması, geçici koruma kimlik belgesinin nüfus hizmeti kapsamında yer almaması, yabancı kimlik numarası verilmesi işleminin uyuşmazlığı nüfus hizmeti kapsamında değerlendirmek için yeterli olmaması gibi gerekçeler ileri sürülmüştür. Ancak bu gerekçeler konuyu aydınlatmaktan çok karmaşıklştırmıştır.

Geçici koruma kimlik belgesinin, yabancı kimlik numarası verme işlemi nedeniyle, nüfus hizmetiyle ilgili sınırlı bir bağı olduğu gerçektir. Ancak mevzuat hükümlerinden anlaşıldığı üzere, yabancı kimlik numarası verilmesi işlemi

nedeniyle yabancılar kütüğüne kayıt zorunluluğu bir kenara bırakılırsa, belgeyi veren kurumun ve belgenin verilme nedeninin farklı olması karşısında ilgili belgedeki bilgilerin düzeltilmesi talebiyle çıkan uyuşmazlıkların idari olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Belgenin niteliğine ilişkin tartışmanın da ötesinde, Uyuşmazlık Mahkemesinin mevzuat hükmünden yola çıkarak vermiş olduğu ve istikrar kazanmış içtihadı uyarınca, eğer uyuşmazlık maddi hatadan kaynaklanıyorsa ve bu hatanın düzeltilmesi talebine idarenin mevzuat ile kendisine verilmiş bir görevi zamanında ve halen yerine getirmemesi sebebiyle açılan davalarda oluşan uyuşmazlığın görünüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir. Çalışmanın konusuna ışık tutan uyuşmazlıklara bakıldığında, her ne kadar Nüfus Hizmetleri Kanununun 38'inci maddesi kapsamına girmese de taleplerin maddi hatadan kaynaklı düzeltme olduğu açıktır. Bu düzeltmeyi de yetki kuralları gereğince İl Göç İdarelerinin yapması gerekmektedir. Dolayısıyla ilgili mevzuat hükmü ve Uyuşmazlık Mahkemesinin yerleşik içtihadı çerçevesinde, uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Her iki mahkemenin de uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmelerinde bu hususların üzerinde yeterince durulmadığını tespit etmek mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Batuhan ve Serkan, Seyhan. "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 144, 2019.
- Aktaş, Gülsüm. "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?)." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5, 2015.
- Akyılmaz, Bahtiyar ve Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Kitap ve Yayınevi, 2021.
- Asar, Aydoğan. *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Çiçekli, Bülent. *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunuyla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ekşi, Nuray. "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi." *İstanbul Barosu Dergisi* 88, no.6, 2014.
- Erder, Sema. *Refah Toplumunda "Getto" ve Türkler*. İstanbul: Teknografik Matbaacılık, 1986.
- Erkut, Celal. *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*. Ankara: Danıştay Matbaası, 1990.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetmelik Yargı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Günday, Metin. "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları." *Anayasa Yargısı* 14, (1997): 347-358.
- ICMPD, Migration Outlook 2021. "International Centre for Migration Policy Development".
https://www.icmpd.org/file/download/50542/file/ICMPD_Migration_Outlook_2021_final.pdf, Erişim tarihi, Eylül 9, 2024.
- Kahraman, Ebru. *Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013.

- Kenar, Nesrin ve Zehra Abdullahoğlu. "Ürdün'ün Suriyeli Mülteci Politikası." *Sakarya İktisat Dergisi* 10, no 3, (2021): 296-320.
- Onar, Siddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: Hak Kitabevi, 1968.
- Özkol, Adil. "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, 1970.
- Sancaktar, Oğuz. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Göktuğ Ofset Matbaacılık, 2018.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Tınas, Murat. "Lübnan Hükümeti ve Lübnan Toplumunu Perspektifinden Lübnan'daki Suriyeliler." *Türkiye Ortadoğru Çalışmaları Dergisi* 7, no 2 (2020): 13-34.
- Topal, Ahmet Hamdi. "Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü". İç. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.1 (2015): 5-22.
- Ulusoy, Ali. *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- UNCHR, Global Trends in Forced Displacement. UNHCR-UN Refugee Agency, (2020), Kaynak: <https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020>, Erişim tarihi, Eylül 9, 2024.
- UNCHR, Syria Regional Refugee Response: Durable Solutions. UNCHR, (2021, September 2), Kaynak: https://data2.unhcr.org/en/situations/syria_durable_solutions Erişim tarihi, Eylül 9, 2024.
- Yılmaz, Abdurrahman. "Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri." *Turkish Studies, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*. 9, no 2 (2014): 1685-1704.
- Zabunoğlu, Yahya. *İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

VEKÂLETSİZ İŞGÖRMEDE İŞSAHİBİNİN İŞGÖRMEYİ UYGUN BULMASININ SONUÇLARI*

Consequences of Principal's Approval to Manage the Affairs in Negotiorum Gestio

Ümmühan KAYA**

Öz

Vekâletsiz işgörme, kanundan doğan borç ilişkisi kaynaklarından birisidir. Vekâletsiz işgörmede, işgören akdi bir temele dayanmaksızın, yetkili veya yükümlü olmadan iş sahibinin işini görmektedir. İşgören böyle bir işi iş sahibinin yararına olacak şekilde görürse bu halde gerçek vekâletsiz işgörme söz konusu olurken, işgören iş sahibine ait bir işi bencil amaçlarla kendi yararına görürse gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden bahsedilir. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede, teknik anlamda bir işgörmeden dahi bahsedilememektedir.

İş sahibi, akdi bir temele dayanmayan işgörmeyi sonradan uygun bulabilir. Uygun bulma sonucunda işgören ve iş sahibi arasındaki hukuki ilişkiye, başlangıcından itibaren uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümleri uygulanır. Bunun yanında uygun bulmanın hangi vekâletsiz işgörme türlerine uygulanacağı tartışmalıdır. İsbetli olan yaklaşıma göre uygun bulma, ancak gerçek vekâletsiz işgörmede söz konusu olabilir.

* Bu makale yazarın "Vekâletsiz İşgörme" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, u.kaya@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7294-6861.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 28.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 04.10.2024.

Atıf/Citation: Kaya, Ümmühan. "Vekâletsiz İşgörmede İş sahibinin İşgörmeyi Uygun Bulmasının Sonuçları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2038-2071.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Anahtar Kelimeler: Vekâletsiz İşgörme, Uygun Bulma, Bir İşin Görülmesi, Başkası Yararına İşgörme, Vekâlet Sözleşmesi.

Abstract

One of the sources of obligations arising from the law is *negotiorum gestio*. In such cases, the *gestor* acts without a contractual basis and without authority or obligation, managing the affairs of the *principal*. If the *gestor* handles the matter in a way that benefits the *principal*, this constitutes virtual *negotiorum gestio*. However, if the *gestor* handles the *principal's* affairs for selfish purposes, acting for his own benefit, this is considered as non-virtual *negotiorum gestio*. In the case of non-virtual *negotiorum gestio*, it is not technically regarded as management in the true sense.

The *principal* may later approve the management of affairs that was not based on a contract. As a result of this approval, the provisions governing mandate will be applied to the legal relationship between the *gestor* and the *principal*, to the extent that the management was appropriate from the outset. However, there is debate about which types of *negotiorum gestio* are subject to approval. According to the most accurate view, approval applies only to virtual *negotiorum gestio*.

Keywords: Negotiorum Gestio, Approval, Management of Affairs, Benevolent Intervention in Another's Affairs, Mandate Contract.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 526 ila 531. maddelerinde kanundan doğan borç ilişkilerinden birisi olarak kabul edilen vekâletsiz işgörme kurumu düzenlenmiştir. Vekâletsiz işgörme, hukuki niteliğinden, türlerine; unsurlarından, sonuçlarına kadar neredeyse her hususta tartışmalara yol açan bir kurumdur.

Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini konu edindiği ikinci kısım içerisinde vekâletsiz işgörmeye ayrılan onuncu bölüm, birbirinden esaslı surette farklı iki konuya ev sahipliği yapmaktadır. Bunlar gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmedir. Hukuki nitelikleri dahil olmak üzere unsurları, sonuçları esaslı surette birbirinden farklı olan bu iki kurum çeşitli sebeplerle aynı başlık altında

düzenlenmiştir.¹ Bu durum ise vekâletsiz işgörmedeki çetrefilli tartışmaların başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bu tartışmalar arasında tutarlı ve isabetli bir sonuca ulaşabilmek için herşeyden önce bu hukuki kurumun doğru şekilde konumlandırılması, unsurlarının ve türlerinin doğru şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bir kimsenin akde ya da kanuna dayanan bir yetkisi veya yükümlülüğü olmadan bir başkasının yararına onun için işgörmesi halinde ortaya çıkan borç ilişkisi gerçek vekâletsiz işgörmeyi ifade eder. Gerçek vekâletsiz işgörmeye, işgören kimse diğerkâm bir amaçla başkası için bir işgörme fiiline girişmektedir. Buna karşılık gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye tam aksine işgören başkası için değil bilakis kendisi için hareket etmektedir, böylece başkasına ait bir işi bencil amaçlarla kendisine yarar sağlamak amacıyla görmektedir. Bu hallerde esas itibariyle teknik anlamda bir işgörme kavramından dahi bahsedilememektedir.² Gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeyi birbirinden ayırmaya yarayan temel unsur, işgörenin iş sahibi için onun yararına

¹ Bunun sebebi, başkası yararına hareket eden bir işgörenin yükümlülükleri bu şekilde belirlenirken, başkasına ait bir işi bencil amaçlarla kendisi için gören bir kimsenin diğerinden daha iyi bir hukuki durumda bulunmasının önlenmesi, bencil amaçlarla hareket eden kimsenin sorumluluğunun daha ağır surette belirlenmesidir. Hans-Peter Friedrich, "Die Voraussetzungen der Unechten Geschäftsführungs ohne Auftrag (Art. 423 OR)", ZSR, Bd.-Vol. 64 (1945): 18; Urs Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht* (Basel-Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1990), 10; Rolf H. Weber, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015), N. 3; Martin Henssler, "Grundfälle zu den Anspruchsgrundlagen im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag," *JuS* (1991): 925; Ebru Ceylan vd., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Editör: M. Turgut Öz (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 725; Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı-* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 15.

² Roland Wittmann, *Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag* (München: Verlag C.H.Beck oHG, 1981), 63, 161; Josef Esser und Hans-Leo Weyers, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil, Teilband 2* (Heidelberg: C.F. Müller, 2000), 6; Benjamin Schmidt, *Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag: Eine Untersuchung der Voraussetzungen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der §§ 677 vd. BGB* (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 47. Benzer şekilde bkz. Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bearbeiter der § 677 vd.: Hartwig Sprau (München: Verlag C.H.Beck oHG, 2019), § 687 N. 2; Hans Theodor Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 10: Schuldrecht 8 (§§ 652–704)*, Bearbeiter der §§ 677 vd.: Volker Beuthien (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2012), § 687 N. 4.

hareket etme amacı/iradesidir. Nitekim İsviçre hukukundaki hâkim görüş olan karma teoriye göre başkası için işgörme iradesi/amacı gerçek vekâletsiz işgörmenin zorunlu unsurları arasında yer almaktadır.³

Gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörme de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Gerçek vekâletsiz işgörme doktrinde isabetli şekilde belirtildiği üzere caiz ve caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörme olarak iki alt türe ayrılmaktadır. Bencil işgörmeleri konu edinen gerçek olmayan vekâletsiz işgörme ise işgörenin başkasının hukuk alanına müdahale ettiğini bilip bilmemesini nazara

³ Richard Suter, *Echte und Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Obligationenrecht* (Bern: Stämpfli & Cie, 1933), 13 vd., 25 vd.; Kurt Aeby, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Recht* (Zürich: 1928, 31 vd., 66-67; Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (Zürich: Universität Zurich, 1988), 257 vd.; Hugo Oser und Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bund: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529* (Zürich: Schultheß & Co, 1945), Art. 419 N. 2 vd.; Josef, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag” in *Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/6* (Basel-Genf-München: 2000), 256 vd.; Jörg Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag* (Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992), N. 175 vd.; Jörg H. Rösler, *Haftpflicht für Schäden aus Hilfeleistung* (Zürich: 1981), 52 vd.; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 21 vd.; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 419 N. 1 vd.; Eva Maissen, *Claire Huguenin und Reto M. Jenny, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*, Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 419 N. 11 vd.; Roger Rudolph, *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Frankhauser (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016), Art. 419 N. 3 vd. Alman hukuku için bkz. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil 1. Halband* (München: C.H. Beck, 1986), 442-443; Michael Martinek und Uwe Theobald, “Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, 1. Teil: Die Grundstrukturen der Geschäftsführung ohne Auftrag,” *JuS*, Heft 7 (1997), 612 vd. Türk hukuku için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II : (Eser, Vekâlet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 227 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), Nu. 3081 vd.; Ceylan vd., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 727 vd.; Hayriye Şen Doğramacı, “Bir Borç Kaynağı Olarak Vekâletsiz İşgörme” iç: *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C. II*, (Ankara: 2017), 1492-1493.

alarak iyiniyetli ve kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörme olarak tasnif edilmektedir.⁴

Bu ayrıntılı açıklamalar vekâletsiz işgörmeye işgörenin işgörmeyi uygun bulmasını düzenleyen TBK m. 531 hükmünün hangi vekâletsiz işgörme türlerine uygulanacağı sorusunun cevabı için elzemdir. TBK m. 531'e göre; "İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır." Söz konusu hüküm vekâletsiz işgörmeye ayrılan bölümün en son hükmü olarak Kanunda yer aldığı için bir görüşe göre TBK m. 531 hükmü tüm vekâletsiz işgörme türlerine uygulanabilir.⁵ Buna karşılık katıldığımız ikinci görüşe göre⁶ gerçek olmayan vekâletsiz işgörme, uygun bulmaya konu edilemez; zira burada işgören iş sahibi yararına değil bilakis kendi yararına hareket etmektedir ve böyle bir işgörmenin uygun bulunarak bu işgörmeye vekâlet hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Böylece iş sahibinin işgörmeyi uygun bularak aralarındaki hukuki ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanması yalnızca caiz ile caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörme bakımından mümkün olacaktır. Bu iki tür bakımından uygun bulmanın sonuçları ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Ancak konunun tam anlamıyla anlaşılabilmesi için öncelikle caiz ve caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmenin unsurlarının ve ikisi arasındaki farkların ortaya koyulması gerekmektedir.

⁴ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 9-10; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 419-424 N. 2; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 419 N. 2-4; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, Nu. 3072; Ceylan vd., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 726-727; Şen Doğramacı, "Vekâletsiz İşgörme", 1490-1491; Utku Saruhan, *Gerçek Vekâletsiz İşgörme* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018), 43. Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. Azra Arkan Akbıyık, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme* (İstanbul: Alfa Yayınları, 1999), 15-16.

⁵ Oser und Schönerberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme* (İstanbul: 1957), 247; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araş. Enstitüsü, 1971), 332; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İkinci Cilt (İstanbul: Beta yayınları, 2022), 1492; Baş Süzel, *Gerçek Olmaya Vekâletsiz İşgörme*, 141-142. Farklı bir yaklaşım için bkz. Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 496.

⁶ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.686-687; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 2; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 1; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 110-111; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, Nu. 3118; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 241; Ceylan vd., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 730.

I. CAİZ VE CAİZ OLMAYAN GERÇEK VEKÂLETSİZ İŞGÖRMENİN UNSURLARI

Türk Borçlar Kanunu m. 526'ya göre; "Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür." TBK m. 526 anlamında yetkisi veya yükümlülüğü bulunmaksızın başkasının menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak bir işi gören kimsenin bu işgörmesi sonucunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar ise TBK m. 529'da düzenlenmiştir. Hükme göre; "İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır.(1) İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir. (2)" Hükümden anlaşılacağı üzere bir kimse herhangi bir yetkisi ya da yükümlülüğü bulunmaksızın başkasının yararına ve onun iradesine uygun olarak bir işgörme gerçekleştirirse, aralarında vekâlet sözleşmesine benzer bir hukuki ilişki vuku bulmaktadır. Vekâletsiz işgören tıpkı bir vekil gibi işgörme için yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları talep etmenin yanında, işgörme dolayısıyla üstlendiği yükümlülüklerden kurtarılmayı da işsahibinden talep edebilmektedir. Yine işgörme dolayısıyla işgörenin uğramış olduğu zararları, işsahibi kusursuz olsa dahi hâkimin takdir edeceği ölçüde karşılamakla yükümlü tutulmuştur⁷. İşte vekâlet sözleşmesine böylesine yaklaşan hukuki sonuçların ortaya çıkabilmesi için yalnızca bir kimsenin vekâletsiz olarak başkası için işgörmesi yeterli olmamakta bu işgörmenin belirli inceliklere sahip olması gerekmektedir. Bu incelikleri sağlayan unsurlar ise caiz ve caiz olmayan vekâletsiz işgörmeyi birbirinden ayırmaktadır. Bir işin görülmesi, bu işin başkasına ait olması ve işgörenin bu işi başkasının yararına görme iradesine sahip olması ve nihayetinde bu işi görmek için vekâletinin bulunmaması (daha geniş ifadesiyle yetkili veya yükümlü olmaması) caiz ile caiz olmayan vekâletsiz işgörmenin ortak unsurlarıdır⁸.

⁷ Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, N.492 vd.

⁸ Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, N.169 vd.

Öte taraftan caiz bir işgörmeyi, caiz olmayan bir işgörmeden ayırmaya yarayan iki özel unsur bulunmaktadır. Bunlar; işgörmenin iş sahibinin müdahale yaşağına aykırı olmaması ve işgörmenin iş sahibinin menfaati doğrultusunda gerekli olmasıdır.⁹ Caiz bir işgörme için TBK m. 526 ve 527/II beraber ele alındığında bu işgörmenin iş sahibinin gerçek veya varsayılan iradesine uygun olması, olumsuz bir şart olarak düşünülduğünde ise onun müdahale yaşağına aykırı bir işgörmenin yerine getirilmemesi gerekmektedir. TBK m. 527/II uyarınca “İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” İşgören, iş sahibinin müdahale yaşağına rağmen bir işgörmeyi gerçekleştirirse bu halde onun caiz işgörmenin sonuçlarından faydalanması söz konusu olmaz¹⁰, ayrıca onun sorumluluğu beklenmedik hallerden sorumluluğu da kapsayacak şekilde ağırlaştırılmaktadır.

İşte genel unsurlara ek olarak bu iki özel unsurun da vuku bulması ile işgören ve iş sahibi arasında kanundan doğan vekâlet benzeri özel bir hukuki ilişki

⁹ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.319; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 419 N. 3, 11; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 419 N. 6, Art. 422 N. 1. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Julius von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, II. Band 3. Teil*, Bearbeiter: Hans Nipperday (Berlin: 1941), Vorbem. BGB §§ 677 vd. N. 8-9, § 677 N. 21; Friedrich Lent, *Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung* (Leipzig: Deichert, 1938), 7; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 443 vd.; Wittmann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 123; Julius von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-740*, Bearbeiter: Roland Wittmann (Berlin: 1991), BGB Vorbem zu §§ 677-687 N. 2; Schmidt, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 133 vd., 158.

¹⁰ Weber, *Basler Kommentar*, Vor. Art. 419-424 N. 9; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.167; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 419 N. 8; Lent, *Wille und Interesse*, 7-8; Wittmann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 170; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 228; Ümmühan Kaya, *Vekâletsiz İşgörme (Özel Uygulama Hali: Acil Tıbbi Müdahaleler)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 267 vd.

meydana gelir.¹¹ Buna karşılık bu iki özel unsurun eksikliği halinde ise caiz olmayan bir işgörmeye bahsedilir. Caiz olmayan bir işgörmeye TBK m. 529'da düzenlenen vekâlet benzeri hukuki sonuçların uygulanması artık mümkün olmaz. Bu halde iş sahibi ve işgören arasındaki menfaatlerin denkleştirilmesi için ağırlıklı olarak haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekir.¹² Böylece caiz olmayan bir işgörmeye iş sahibinin yararına hareket etme amacına sahip olan işgören ya iş sahibinin müdahale yasağına aykırı ya da onun menfaati için gerekli olmayan bir işi görmektedir. İşte bu özel bağlantı noktalarının eksikliği ise böyle bir işgörmeyi hukuka uygun görme düşüncesinden uzaklaştırır ve TBK m. 49'un şartlarının gerçekleşmesi halinde o haksız fiil sorumluluğu ile karşı karşıya kalır.¹³

II. İŞ SAHİBİNİN İŞGÖRMİYİ UYGUN BULMASI

A. Genel Olarak

İş sahibinin işgörmeyi uygun bulmasına ilişkin doktrinadaki ilk tartışma konusu uygun bulmanın hangi vekâletsiz işgörme türlerinde söz konusu olup olmayacağına ilişkindir. Aslında bu tartışma yine bir noktada vekâletsiz işgörmeye unsurlarına ilişkin tartışma ile ve buna bağlı olarak ortaya çıkan vekâletsiz işgörmeye yanlı tasnifi ile doğrudan bağlantılıdır. Bir görüşe göre iş sahibi, gerçek vekâletsiz işgörmeyi uygun bulabileceği gibi, gerçek olmayan

¹¹ Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 255; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 36; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 419 N. 1; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 437; Henssler, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 925.

¹² Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.167; Weber, *Basler Kommentar*, Vor. Art. 419-424 N. 9; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 419 N. 3; Lent, *Wille und Interesse*, 8; Staudinger und Nipperdey, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, Vor. § 677 vd. N. 9; Wittmann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 170; Esser und Weyers, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil*, 24; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 451; Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vor. §§ 677-687 N. 5-6; Henssler, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 927.

¹³ Schmid, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 1266; Palandt und Sprau, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Vor. § 677 N. 5; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Vor. §§ 677 ff N. 11. Benzer şekilde bkz. Schmidt, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 158-160.

vekâletsiz işgörmeyi de uygun bulabilir.¹⁴ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise¹⁵ uygun bulma ancak caiz ile caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmeye söz konusu olabilir. Buna karşılık gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin iş sahibi tarafından uygun bulunması mümkün değildir, zira bu halde işgören iş sahibi yararına değil bilakis kendi yararına hareket etmektedir ve böyle bir işgörmenin uygun bulunarak bu işgörmeye vekâlet hükümlerinin uygulanması isabetli değildir.

Alman hukukundaki düzenlemelere bakıldığında Alman Medeni Kanunu (BGB) § 684'de caiz işgörmenin şartlarının gerçekleşmediği caiz olmayan bir işgörmeyi iş sahibinin uygun bulması halinde, işgörenin caiz işgörmenin sonuçlarını talep edebileceği düzenlenmiştir. Böylece Alman hukukunda uygun bulma, caiz olmayan işgörmeye caiz işgörmenin hukuki sonuçlarının uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık vekâlet hükümlerinin uygulanması söz konusu olmamaktadır.

B. Uygun Bulmanın Hukuki Niteliği ve Taşındığı Özellikler

İş sahibi, uygun bulmayı her şeyden önce tek taraflı bir irade açıklaması ile dış dünyaya beyan eder¹⁶, varması gerekli olan bu irade açıklamasının işgörene

¹⁴ Oser und Schönerberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 247; Bilge, *Borçlar Hukuku Özel*, 332; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1492; H. Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), 135-136; Baş Süzel, *Gerçek Olmaya Vekâletsiz İşgörmeye*, 141-142.

¹⁵ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 686-687; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 2; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 1; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 110-111; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 241.

¹⁶ Hermann Alfred Hagenbüchli, *Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag und ihre Voraussetzungen*, Dissertation, (Zürich: 1926), 89; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.688; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 2; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 108 vd.; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 6; Schmidt, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 150. Başka bir görüş ise iş sahibinin uygun bulma beyanını işgörenin maddi icabının kabulü olarak nitelendirmektedir (George Gautschi, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/5: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 407-424 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, *Das*

yöneltmesi gerekir.¹⁷ Uygun bulma iradesinin açıklanması bir şekil şartına tabi değildir, bu sebeple uygun bulma açık veya örtülü irade beyanı ile açıklanabilir.¹⁸ Uygun bulma yenilik doğuran hak niteliğindedir. İşsahibinin tek taraflı irade beyanı ile aralarındaki hukuki ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanmasını sağlar, bu nitelenin doğal sonucu olarak uygun bulmaya ilişkin irade beyanı açıklandıktan sonra kural olarak geri alınamaz ve şarta bağlanamaz.¹⁹ İşsahibinin geçerli bir uygun bulma açıklamasında bulunabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. İşsahibi tam ehliyetsizse bu halde onun yerine yasal temsilcisinin bu irade beyanını açıklaması gerekirken, sınırlı ehliyetsiz olması durumunda yasal temsilcinin uygun bulma iradesini bizzat açıklaması veya sınırlı ehliyetsizin açıkladığı uygun bulma iradesine rıza göstermesi gerekir.²⁰

Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Hrsg. Arthur Meier-Hayoz (Bern: 1964), Art. 424 N. 1b).

¹⁷ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.688; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 2; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 108 vd.; Julis von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 677-704*, Bearbeiter: Andreas Bergmann (Berlin: 2015), § 684 N. 22; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 6; Baş Süzal, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörme*, 138.

¹⁸ Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 85; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag", 250, 253; Hagenbüchli, *Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag*, 91; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 247; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.691; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 2; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 4; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 111; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 22-23; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, Nu. 3119; Eraslan Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 1106; Özdemir, *Vekâletsiz İş Görme*, 134.

¹⁹ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.692; Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 84-85; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 245; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 5; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 112; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N.2-3; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, Nu. 3119; Özdemir, *Vekâletsiz İş Görme*, 134; Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi*, 1106.

²⁰ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.689; Schmidt, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 150; Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi*, 1107.

İşsahibi, işgörmeyi uygun bulup bulmamakta tam anlamıyla irade serbestisine sahiptir²¹; o, dilerse caiz veya caiz olmayan bir işgörmeyi uygun bularak aralarındaki hukuki ilişkiye uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerinin uygulanmasını sağlayabilir, dilerse işgörmeyi uygun bulmayarak aralarındaki hukuki ilişkinin caiz veya caiz olmayan vekâletsiz işgörmenin sonuçlarına göre tasfiye edilmesini sağlayabilir.

Yine işsahibi işgörmenin tümünü, bütünüyle uygun bulabileceği gibi, işgörmenin bir kısmını da uygun bulabilir.²² Açık ve net bir uygun bulma iradesinin söz konusu olmadığı hallerde, örtülü bir uygun bulma beyanının olup olmadığı yahut uygun bulmanın kapsamının ne olacağına ilişkin soru işaretleri, uygun bulma iradesinin yorumlanması yoluyla çözüme kavuşturulabilir. İşgörme sonucunda elde edilen faydaların işsahibi tarafından işgörenden talep edilmesi halinde bir uygun bulmanın söz konusu olacağı savunulmaktadır.²³ Aksi yöndeki görüşe göre ise²⁴ böyle bir talep hakkı zaten caiz bir işgörme ilişkisinde işsahibine tanınan haklar arasında yer aldığı için işsahibinin bu talebi işgörene yöneltmesi halinde bunun uygun bulma olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce ikinci görüş caiz bir vekâletsiz işgörme ilişkisi bakımından isabetlidir. Zira caiz bir işgörmede Kanunun işsahibine tanıdığı bir hakkın işgörenden talep edilmesi uygun bulma iradesi olarak nitelendirilemez. Buna karşılık caiz olmayan bir işgörmenin söz konusu olduğu hallerde tasfiye genel

²¹ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.685; Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 84. Aynı yönde bkz. Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 245; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 1; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 108; Palandt und Sprau, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 2; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 241.

²² Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.688; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 2; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 108 vd.; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 684 N. 22; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 6; Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi*, 1107.

²³ Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 253; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 4; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.691; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N.3; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2.

²⁴ Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 5; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 247; Saruhan, *Gerçek Vekâletsiz İş Görme*, 127-128.

itibariyle sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümlerine tabidir. Dolayısıyla caiz olmayan bir işgörenden işgörme dolayısıyla elde ettiği faydalar, ondan doğrudan aynı ile talep edilemez, işgören yalnızca zenginleştiği ölçüde bir iade yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır. İşte bu halde işsahibi, işgörenden elde ettiği faydaları kendisine devretmesini istiyorsa bu irade açıklaması bir uygun bulma olarak kabul edilebilir. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, işgören caiz olmayan bir işgörme kapsamında işsahibi hesabına bir şey satın almışsa bu halde işsahibi satın alınan bu şeyi doğrudan elde etmek isterse bu halde önünde tek seçenek vardır: bu da onun caiz olmayan bu işgörmeyi uygun bularak elde edilen faydaları (somut olayda satın alınan şey) doğrudan üzerine almasıdır.²⁵ Aksi takdirde caiz olmayan işgörenin sonuçları doğar ve bu sonuçlar çerçevesinde işsahibi artık caiz olmayan işgörmeyi yerine getiren işgöreni elde edilen fayda ve uğranılan zararlarla başbaşa bırakır.²⁶ Örnekten hareket edersek, işsahibi caiz olmayan bu işgörme dolayısı ile satın alınan şeyin kendisine teslimini isteyemeyeceği gibi, bu şeyin satış bedelinden de sorumlu olmayacaktır. Ancak işsahibi böyle bir işgörme sonucunda elde edilen faydaların olduğu gibi kendisine teslimini talep ediyorsa bu halde böyle bir talep caiz olmayan işgörme bakımından bir uygun bulma olarak kabul edilebilir.

İşgörenin işsahibine uygun bulma için süre tanıdığı durumlarda, işsahibi söz konusu süre içerisinde suskun kalırsa, bir beyanda bulunmazsa bu hal, uygun bulma olarak nitelendirilemez.²⁷ Zira Borçlar Kanunu'nun temel esasları

²⁵ Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 266-267

²⁶ Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 266-267; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.649-650; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 67. Alman hukukunda benzer yönde bkz. Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 678 N. 2, § 684 N. 1; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 437.

²⁷ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 247; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.691; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N.3; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2. Aksi yöndeki görüş için bkz. Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 5; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 111.

çerçevesinde de susma kural olarak bir irade beyanı olarak kabul edilemez.²⁸ Yine iş sahibinin iş görenden iş görme ile ilgili bilgi talep ettiği hallerde de bu talep bir uygun bulma iradesi olarak nitelendirilemez.²⁹ Zira iş görenin vekâletsiz iş görmeye dayanan yükümlülüklerinden birisi de bilgi verme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün hem caiz hem de caiz olmayan iş görmede cari olduğu ifade edilmektedir.³⁰

İş sahibi, iş görenin hesap verme yükümlülüğü kapsamında kendisine sunduğu hesap belgelerini onaylayacak olursa, bu durum uygun bulma olarak nitelendirilir; buna karşılık burada uygun bulma, yalnızca iş sahibine sunulan belgelerdeki malvarlığına ilişkin talepleri kapsayacaktır, hesap belgelerinin dışında kalan iş görmeler ise böyle bir uygun bulmanın kapsamında yer almaz, bunlar için ayrıca bir uygun bulma iradesine ihtiyaç vardır.³¹

C. Uygun Bulmanın İç ve Dış İlişki Bakımından Değerlendirilmesi

İş gören, iş görmeyi yerine getirebilmek için iş sahibi için üçüncü bir kişiyle bir hukuki işleme girişecek olursa bu halde ikili bir ilişki söz konusu olur. Bunlardan ilki, iş gören ve iş sahibi arasındaki iç ilişki, ikincisi ise iş görenin üçüncü kişiyle (iş sahibi için) hukuki işleme giriştiği dış ilişkidir.³² İş görenin iş sahibi için onun

²⁸ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024), Nu. 230; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), Nu. 369.

²⁹ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 247; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.691; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N.3; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2.

³⁰ Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 23; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 8. Caiz olmayan bir iş gören için de bu yükümlülüğün söz konusu olduğuna ilişkin benzer şekilde bkz. Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.658.

³¹ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 696.

³² Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.406 vd. Aynı yönde bkz. Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorbem. BGB §§ 677 vd. N. 217; Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil, özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar* (İstanbul: Yasa Yayınları, 1988), 32-33; İsmail Kırca, "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller," *AÜHFD* 44, no. 1-4 (1995): 443-444; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Nu. 766.

yararına bir iş görmesi halinde işsahibi ve işgören arasında ortaya çıkan vekâletsiz işgörme ilişkisi, taraflar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir; buna karşılık vekâletsiz işgörme, işgörene bir temsil yetkisi vermez.³³ Böylece TBK m. 531'de düzenlenen işsahibinin işgörmeyi uygun bulması da yalnızca iç ilişkiyi ilgilendiren bir irade beyanı olarak karşımıza çıkar. Bu sebeple TBK m. 531 iç ilişkinin uygun bulunmasını ele alırken, TBK m. 46 ise dış ilişkinin uygun bulunmasını düzenler. Bu iki uygun bulma birbirinden bağımsızdır.³⁴ Bu sebeple iç veya dış ilişkiden birinin uygun bulunması, diğerinin de uygun bulunmasına ilişkin işsahibine bir yükümlülük yüklemeyeceği gibi, karşı tarafa da bu hususta bir talep hakkı vermez.³⁵

TBK m. 531'in işgören ve işsahibi arasındaki iç ilişkinin uygun bulunmasını konu edindiğini tespit ettikten sonra değerlendirilmesi gereken bir sonraki husus, iç ilişkiyi ilgilendiren bir uygun bulmanın dış ilişkiye, dış ilişkiyi ilgilendiren bir uygun bulmanın iç ilişkiye etki edip etmeyeceğidir. İleri sürülen bir görüşe göre, dış ilişki uygun bulunmuşsa şüphe halinde iç ilişkinin de uygun bulunduğu kabul

³³ Staudinger und Nipperdey, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, Vorbem. BGB §§ 677 vd. N. 24; Wittmann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 145 vd.; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorbem. §§ 677 vd. N. 218; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.419; Esser und Weyers, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil*, 20; Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil*, 27; Kırca, "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller," 443-444.

³⁴ Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 4; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.708; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 114; Roger Zäch und Adrian Künzler; Berner Kommentar, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, *Das Obligationenrecht*, *Stellvertretung*, Art. 32-40 OR (Bern: Stämpfli Verlag, 2014), Art. 38 N. 63; Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil*, 33; Kırca, "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller," 447. Benzer şekilde bkz. Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 8; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 4; Hans Reichel, "Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht," *SJZ*, 26. Jahrgang, Heft 13, 1929/30, 200; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 7.

³⁵ Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil*, 33; Kırca, "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller," 447-448.

edilmelidir.³⁶ Diğer bir görüş ise iş sahibinin TBK m. 46 uyarınca dış ilişkiyi uygun bulmasının iç ilişki olan vekâletsiz iş görmeyi de uygun bulması anlamına gelmeyebileceğini ifade etmektedir.³⁷ İkinci görüş mantık örgüsü çerçevesinde daha isabetlidir. İş sahibi, yetkisiz bir iş görenin üçüncü kişiyle kurduğu hukuki işlem sebebiyle üçüncü kişinin zor durumda kalmasını önlemek amacıyla bu dış ilişkiyi uygun bulsa da kendisi için yarar sağlamadığını düşündüğü iç ilişkiyi uygun bulmayarak böyle bir iş görme dolayısıyla vekâletsiz iş görene başvurabilir.³⁸ Aynı şekilde iş sahibinin iç ilişkiyi uygun bulması da doğrudan dış ilişkinin uygun bulunduğu anlamına gelmez.³⁹ Bunun yanında iç ilişki uygun bulunmasına rağmen dış ilişki uygun bulunmayacak olursa bu halde üçüncü kişi ile girişilen işlem geçersiz olacağı için iş sahibinin bunun sonuçlarından faydalanması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple iş görmenin konusunu ağırlıklı olarak üçüncü kişi ile girişilen işlemin oluşturduğu hallerde iş sahibi, iş görmenin sonuçlarından tam anlamıyla faydalanmak istiyorsa hem iç hem de dış ilişkiyi uygun bulmalıdır⁴⁰. Bu çerçevede somut olayın şartları dikkate alınarak vekâletsiz iş görmenin uygun bulunması, dış ilişkinin uygun bulunmasına da tesir edebilir. Bu hallerde uygun bulmaya ilişkin irade açıklamasının hem iş görene hem de üçüncü kişiye yöneltilmesine gerek yoktur, yalnızca iş görene yapılan uygun bulma açıklaması kâfidir.⁴¹ Böylece, iç ilişkiye dair bir uygun bulmanın dış ilişkiye

³⁶ Zäch und Künzler, *Berner Kommentar*, Art. 38 N. 79-80; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 8; Kırca, "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller," 450.

³⁷ Reichel, "Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht," 200; Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil*, 33; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 140, 255; Lischer, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 115; Weber, *Basler Kommentar*, Art 424 N. 10.

³⁸ Reichel, "Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht," 200; Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil*, 33.

³⁹ Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 27; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1493.

⁴⁰ Kırca, "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller," 449.

⁴¹ Eugen Bucher, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess Verlag, 1988), 603 dp. 24; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.709. Aynı yönde bkz. Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 254; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 4. Üçüncü kişiye yapılan dış ilişkiyi uygun bulma beyanının, iç ilişkiyi oluşturan vekâletsiz iş görmeyi uygun bulma için yeterli olmadığı, iç ilişkiyi

de tesir edip etmeyeceği herşeyden önce işsahibinin uygun bulma açıklamasının yorumlanması yoluyla belirlenebilir.⁴² Şüphe halinde ise iç ilişkiye ilişkin uygun bulmanın dış ilişkiyi de kapsayacağı kabul edilmektedir.⁴³

D. Uygun Bulmanın Hukuki Sonuçları

Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 531 uyarınca; “İşsahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır.” Söz konusu hüküm çerçevesinde işsahibinin uygun bulma açıklamasıyla işsahibi ve işgören arasında vekâlet hükümleri uygulama bulur, buna karşılık uygun bulma açıklaması bu ilişkiyi bir vekâlet sözleşmesine dönüştürmeye muktedir değildir.⁴⁴ Zira vekâlet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması, yani anlaşmış olmaları gerekir. Hükümün lafzı esas alındığında uygun bulma ile birlikte bütün vekâlet hükümlerinin olduğu gibi işsahibi ve işgören arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacağı düşünülebilirse de doktrindeki isabetli yaklaşıma göre bu

uygun bulma beyanının işgörene yöneltilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424, N. 3e.

⁴² Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 9; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.709; Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil*, 33.

⁴³ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.709; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art 424 N.8. Bir uygun bulma beyanının hem iç hem de dış ilişkiyi kapsadığına ilişkin bir varsayımın kabul edilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. Zäch und Künzler, *Berner Kommentar*, Art. 38 N. 68, 80.

⁴⁴ Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 87; Hagenbüchli, *Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag*, 90; Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,” 249; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 108; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 1; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 19. Gautschi ise uygun bulmayı işgörenin maddi icabının kabulü olarak yorumlamaktadır (Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 1b. Bu görüşün isabetli olduğuna ilişkin bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992) 493).

halde tüm vekâlet hükümlerinin değil ancak bu hukuki ilişkiye uygun düşen vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁴⁵

Uygun bulma yoluyla işsahibi ve işgören arasındaki hukuki ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanmasını öngören TBK m. 531 hükmünün amacı, işgörenin hukuki durumunu uygun bulma sonucunda iyileştirmektir. Söz konusu amaç, işgörme ilişkisine vekâlet hükümlerinden hangilerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevabı için belirleyicidir. Zira, işgören vekâletsiz işgörmeyle kendisine tanınan hukuki imkanlardan, uygun bulma sebebiyle mahrum bırakılamaz ve o, içinde bulunduğu hukuki durumdan daha kötü bir duruma düşürülemez.⁴⁶ Uygun bulma halinde hangi hükümlerin caiz veya caiz olmayan vekâletsiz işgörmede uygulanıp uygulanamayacağı her bir tür bakımından aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

İşgörmenin uygun bulunması, kural olarak geçmişe etkilidir. Böylece işgörmenin başlangıcından itibaren (geçmişe etkili olarak) uygun düşen vekâlet hükümleri uygulanacaktır.⁴⁷ Buna karşılık uygun bulma anından önce üçüncü kişinin elde ettiği haklar bunun istisnasını oluşturur. Uygun bulma, üçüncü kişinin bu andan önce elde ettiği haklara karşı etkisiz kalır⁴⁸. Bu kabul, üçüncü

⁴⁵ Gustav Bermann, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Obligationenrecht* (Zürich:1896), 74; Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 88; Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.699; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 3; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 241-242.

⁴⁶ Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 4f; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.700; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250. Benzer şekilde bkz. Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 8; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 109; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N.5; Rösler, *Haftpflicht für Schäden aus Hilfeleistung*, 80. Benzer şekilde bkz. Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 3; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 241-242.

⁴⁷ Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 90; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 253; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 5; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.703; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N.5; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 1.

⁴⁸ Bermann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 88; Hermann Becker, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band VI Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551 (Bern: 1934), Art. 424 N. 6; Suter, *Geschäftsführung ohne*

kişilerin durumunun tek taraflı olarak kötüleştirilemeyeceği esasına dayanmaktadır. Bu durum yalnızca doğrudan temsil olaylarında söz konusu olur, zira dolaylı temsilde işgörenin kendi adına yaptığı hukuki işlemlerde üçüncü kişinin elde edeceği haklar işgörenin uygun bulunması ile bertaraf edilemez.⁴⁹ Bu durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse bir alacaklının alacağı, işgören tarafından vekâletsiz olarak temlik edilirse ve alacaklı daha sonra bu temliki uygun bulacak olursa işgörenin alacağı temlik ettiği an ile işsahibi alacaklının uygun bulma iradesini açıkladığı an arasında geçen zamanda üçüncü kişi alacağı haciz koydurursa onun hakkı korunur ve uygun bulmanın sonuçları bu üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez.⁵⁰

Uygun bulma sonucunda hükümde ifade edildiği üzere vekâlet hükümleri uygulama bulacaktır. Peki buradaki vekâlet ifadesini dar mı yoksa geniş mi yorumlamamız gerekir? Doktrinde ifade edildiği üzere burada hükmün lafzına bağlı kalınarak vekâlet ifadesini dar yorumlamak ve yalnızca vekâlet hükümlerini dikkate almak gerekir.⁵¹ Buna karşılık şöyle bir istisna söz konusu olabilir; şayet akdi yetkinin aşılması sebebiyle somut olayda vekâletsiz işgörmeye vuku bulmuşsa bu halde sözleşmenin karşı tarafı bu yetki aşımını sözleşmeye uygun olarak kabul edecek olursa artık burada vekâlet hükümlerinin değil, taraflar arasındaki somut sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.⁵²

Uygun bulma, işgörenin tamamını kapsayabileceği gibi, işgörenin bir kısmına ilişkin de olabilir. Bu çerçevede uygun bulmanın kapsamı, ortaya çıkan somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Her şeyden önce uygun bulma, işgörenin üstlenilmesinden ifasına kadar olan tüm süreci

Auftrag, 91; Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, N.710; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, 254-255; Bilge, Borçlar Hukuku Özel, 332

⁴⁹ Suter, Geschäftsführung ohne Auftrag, 91.

⁵⁰ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 254-255; Bilge, *Borçlar Hukuku Özel*, 332.

⁵¹ Lischer, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 109; Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, N.701; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250; Weber, Basler Kommentar, Art. 424 N. 7.

⁵² Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, N. 702.

kapsayabilir.⁵³ Bilhassa caiz olmayan bir işgörme bakımından uygun bulmanın ilk sonucu olarak uygun bulmadan sonra artık caiz olmayan işgörenin işi üstlenme kusuruna dayanılmaz, artık böyle bir işgörme, iş sahibi tarafından izin verilmiş bir müdahale niteliğini taşır.⁵⁴ Öte yandan uygun bulma sebebiyle, işgörenin, işgörmeyi yerine getirirken (ifa aşamasında) özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan iş sahibinin vazgeçmiş sayılacağını kolaylıkla ifade etmek mümkün değildir.⁵⁵ Ancak işgören hesap verme yükümlülüğü çerçevesinde işgörmenin başından sonuna kadar her türlü bilgiyi iş sahibine vermişse, böyle bir halde uygun bulmanın iş sahibinin, özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmini talebini de engelleyeceği kuşkusuzdur.⁵⁶ Ancak, işgören, bilgi ve hesap verme yükümlülüğünü tam olarak ifa etse de iş sahibi, bu işgörmeyi tazminat hakkını saklı tutarak uygun bulabilir. Yine işgören hesap ve bilgi verme yükümlülüğünü tam olarak ifa etmezse bu

⁵³ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.705; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 18. Benzer şekilde bkz. Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 11.

⁵⁴ Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 84 vd.; Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 5a; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 113; Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art 424 N. 3; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.705; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 9; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 18; Palandt und Sprau, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 2; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 8.

⁵⁵ Becker, *Obligationenrecht*, Art. 424 N. 5; Staudinger und Nipperdey, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, § 684 N. 17; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.705; Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 11; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 9; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 23; Palandt und Sprau, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 2; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 684 N. 8. İş sahibi, tazminat talebini saklı tutmadan işgörmeyi ve işgörmenin sonuçlarını onaylarsa, daha sonra tazminat talebinde bulunamayacağına ilişkin görüş için bkz. Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 3.

⁵⁶ Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.705; Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 424 N. 2. Aksi yöndeki görüş için bkz. Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art 424 N. 7a; Bermann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, s. 81.

halde de işgörenin tazminat sorumluluğu -uygun bulmaya rağmen- devam edecektir.⁵⁷ İşsahibinin, işgörenin üstlenilmesini uygun bulmakla birlikte işgörenin ifasına ilişkin bazı itirazlarda bulunması halinde kısmen uygun bulmadan bahsedilir. Örneğin, işgörenin yaptığı masraflardan bir kısmı işsahibi tarafından zorunlu yahut yararlı masraf olarak görülmezse durum bu şekildedir.⁵⁸ Bunun yanında işsahibinin uygun bulma beyanının kapsamı hakkında bir şüphe varsa, bu halde işgörenin tamamının uygun bulunmuş kabul edileceğine ilişkin bir varsayımın söz konusu olacağı doktrinde ifade edilmektedir. Şayet işsahibi kısmi bir uygun bulma beyanında bulunduğunu iddia ediyorsa bu iddiasını ispat yükümlülüğü altında olacaktır.⁵⁹ Ancak burada caiz ve caiz olmayan işgörme bakımından durumu ayrı ayrı incelemek daha isabetlidir. Caiz bir işgörmeye zaten işgörenin işi üstlenme kusuru söz konusu olmaz, o ancak ifa sırasında verdiği zararlardan sorumludur. Bu sebeple caiz işgörmeye şüphe halinde⁶⁰ uygun bulmanın tüm işgörmeyi kapsayıp, işsahibinin tüm tazminat taleplerini dışladığını söylemek mümkündür. Buna karşılık aynı kabul, caiz olmayan işgörme çerçevesinde söz konusu olmaz, zira caiz olmayan işgörmeye şüphe halinde uygun bulmanın, işgörenin ifasını bütünüyle kapsadığını varsaymak mümkün değildir.⁶¹

⁵⁷ Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 250; Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 3d, 4e, 7a. Benzer şekilde bkz. Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 11.

⁵⁸ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.706; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 23. Benzer şekilde bkz. Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 91.

⁵⁹ Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 91; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.706; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 254; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 424 N. 6. Farklı görüş için bkz. Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 5a, 5d, 7a.

⁶⁰ İşsahibi saklı tutmazsa işgörmeye doğan zararların tazminini talep edemeyeceğine ilişkin bkz. Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi*, 1109.

⁶¹ Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 113; Staudinger und Bergmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 26.

1. Caiz Gerçek Vekâletsiz İşgörme Halinde Hukuki Sonuçlar

Caiz gerçek bir vekâletsiz işgörmeye işgören ve iş sahibi arasında, vekâlet benzeri kanundan doğan özel bir hukuki ilişki vuku bulur. Bu yönüyle caiz bir işgörmenin uygun bulunması bu hukuki ilişkinin sonuçlarına ilişkin fevkalade bir değişime sebep olmaz.⁶²

Yukarıda da bahsedildiği üzere uygun bulma ile birlikte vekâlet hükümlerinden hangilerinin uygulanıp uygulanmayacağına hareket noktası, işgörenin hukuki durumunun uygun bulma ile kötüleştirilmemesidir. Bu kriterden hareket edildiğinde öncelikle vekâlet sözleşmesinde vekilin ağır bir sadakat yükümlülüğü altında olması, uygun bulma sonucunda vekâletsiz işgören bakımından söz konusu olmaz.⁶³

Vekâlet verenin vekilin uğradığı zararlardan sorumluluğuna ilişkin TBK m. 510/II hükmünün uygun bulma halinde iş sahibi bakımından uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekir. TBK m. 510/II'ye göre; *“Vekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.”* Söz konusu hüküm çerçevesinde vekâlet verenin vekilin zararlarından sorumluluğunda temel kural olan kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Buna karşılık iş sahibinin işgörenin zararlarından sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 529'a göre söz konusu sorumluluk için iş sahibinin kusuru aranmamakta, dolayısıyla iş sahibi kusursuz olarak ortaya çıkan zararlardan da sorumlu olmaktadır. Buna karşılık iş sahibi tüm zararlardan değil, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde belirleyeceği zararlardan sorumludur. Kusur sorumluluğu karşısında kusursuz sorumluluk vekâletsiz işgörenin daha lehine olduğu için uygun bulma sonucunda işgörenin zararlarından sorumluluk bakımından TBK m.

⁶² Hagenbüchli, *Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag*, 91; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 248; Hofstetter, *“Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,”* 251; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.712; Özdemir, *Vekâletsiz İş Görme*, 135; Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi*, 1107-1108.

⁶³ Hofstetter, *“Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,”* 250; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 8.

510 hükmü değil, TBK m. 529 hükmü uygulanacaktır.⁶⁴ Yine işgörenin işsahibinin zararını önleme amacı ile hareket ettiği hallerde TBK m. 527/I uyarınca sorumluluğun hafifletileceği öngörülmüştür. Buna karşılık vekâlet hükümlerinde vekilin sorumluluğunu hafifleten böyle bir hükme rastlanmamaktadır. Bu sebeple işgörme, işsahibi tarafından uygun bulursa da işgören için TBK m. 527/I hükmü geçerliliğini sürdürür.⁶⁵ İşgörenin hukuki işlem ehliyetine sahip olmaması halinde, TBK m. 528 uyarınca işgören yalnızca “zenginleştiği ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumlu olur.” Bazı yazarlara göre sınırlı ehliyetsiz bir işgöreni koruyan söz konusu hüküm, uygun bulma sonrasında işgörene uygulanmayabilir.⁶⁶ Buna karşılık söz konusu koruyucu hükmün uygun bulma sonucunda da işgörene uygulanması gerekir. Aksi takdirde işgörenin durumu uygun bulma ile tek taraflı kötüleştirilmiş olur.⁶⁷ Aynı zamanda şu husus gözden kaçırılmamalıdır: Vekâletsiz işgörme ilişkisinin vuku bulabilmesi için işgörenin tam ehliyetli olması gerekmez, onun başkasının yararına hareket ettiğini idrak kabiliyetine sahip olması yeterlidir.⁶⁸ Buna karşılık vekâlet sözleşmesinde vekilin bu sözleşmeyi geçerli şekilde kurup sorumluluk altına girebilmesi için tam ehliyetli olması gerekir. Sınırlı ehliyetsiz bir vekilin bu sözleşmeyi akdedebilmesi için yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç vardır.⁶⁹ Hal böyle olunca bir yasal temsilcinin denetiminden geçmeden vuku bulan vekâletsiz işgörmeye hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan işgörenin sorumluluğunun hafifletilmesi taraflar

⁶⁴ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.700, 715; Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Becker, *Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,” 250; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 8.

⁶⁵ Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 88; Oser und Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, Art. 424 N. 1; Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 11b; Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,” 250; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.715; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 424 N. 8; Rösler, *Haftpflicht für Schäden aus Hilfeleistung*, 80.

⁶⁶ Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,” 250.

⁶⁷ Aynı yöndeki sonuç için bkz. Becker, *Obligationenrecht*, Art. 424 N. 2.

⁶⁸ Wittmann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 69; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.292; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 263; Soergel und Beuthien, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 682 N. 2; Kaya, *Vekâletsiz İşgörme*, 152; Şen Doğramacı, “Vekâletsiz İşgörme,” 1493. Benzer şekilde bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 585-586

⁶⁹ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1265.

arasındaki menfaat dengesine uygun düşmektedir. Bu sebeple böyle bir işgörenin uygun bulma sonucunda söz konusu koruma hükmünden yoksun bırakılması için ortada haklı bir sebep bulunmamaktadır.

Caiz bir vekâletsiz işgörmeye işgören TBK m. 529/I uyarınca işgörmeye sebebiyle yaptığı zorunlu ve yararlı masrafları işsahibinden talep edebilirken, lüks masrafları ise talep edemez. Buna karşılık işsahibi yapılan bu lüks masrafları bilmesine rağmen işgörmeyi uygun bulacak olursa ve bu masraflara itiraz etmezse, bu halde işgörenin bu lüks masrafları da işsahibinden talep etmesi somut olayın şartları çerçevesinde söz konusu olabilir.⁷⁰

Vekâlet sözleşmesinde öngörülen TBK m. 509 uyarınca "*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.*" Söz konusu hüküm bilhassa vekilin iflas etmesi durumunda vekâlet verenin hesabına hareket ederek edindiği taşınırları iflas masasından ayırma hakkı bakımından önem arz eder. Vekâletsiz işgörmeye ilişkisinde de işsahibinin işgörmeyi uygun bulması ile söz konusu hüküm mutlak surette işsahibi bakımından da uygulama bulur.⁷¹

Türk Borçlar Kanunu'nun 511. maddesinde birlikte vekâlet verenler ile birlikte vekillerin müteselsil olarak sorumlu oldukları düzenlenmektedir. Öncelikle TBK m. 511/II'ye göre, vekâleti birlikte üstlenen birden fazla vekil, işgörmeyi ifa ederken müteselsil olarak sorumludur. Vekâletsiz işgören bakımından söz konusu hüküm değerlendirilecek olursa somut olayda işsahibi için birden fazla işgörenin faaliyet göstermesi doğrudan bu hükmün işgörenler arasında uygulanması sonucunu doğurmaz. Zira işgörenler birbirinden bağımsız olarak hareket ettiği sürece müteselsil sorumluluk mevzu bahis olmayacaktır.⁷² Buna karşılık işgörenler ancak bilinçli bir şekilde isteyerek birlikte işgörmeyi

⁷⁰ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 713. Benzer sonuç için bkz. Özkaya, *Vekâlet Sözleşmesi*, 1109.

⁷¹ Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 8a; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 251; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 112; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 714.

⁷² Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.566; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 212.

yerine getiriyorsa bu halde TBK m. 511/II hükmünün kıyasen vekâletsiz işgörmeye uygulanması söz konusu olur.⁷³ Bu esastan hareketle işsahibinin işgörmeyi uygun bulması halinde doğrudan TBK m. 511/II hükmünün vekâletsiz işgören bakımından uygulanmasından bahsedilemez. Zira işgörenin durumu uygun bulma ile kötüleştirilmemelidir. Böylece TBK m. 511/II hükmü somut olaydaki işgörme ilişkisi bakımından uygulanamıyorsa uygun bulmadan sonra da uygulanamayacaktır. Buna karşılık somut işgörme ilişkisi bakımından TBK m. 511/II hükmü kıyasen uygulanabilir nitelik taşıyorsa uygun bulmadan sonra da uygulanmaya devam edecektir.

TBK m. 511/I uyarınca “Bir kişiye birlikte vekâlet verenler, vekile karşı müteselsil olarak sorumludurlar.” Söz konusu hüküm de kural olarak işsahibi bakımından uygulanamaz. Zira vekâlet sözleşmesinde vekâlet verenler bilinçli olarak birlikte hareket edip bir vekille akit temelinde bir hukuki ilişki içine girmelerine rağmen vekâletsiz işgörmeye işsahibi, işin kime ait olduğu ve özellikle işgörme amacının kime yöneldiği esas alınarak belirlenir. Dolayısıyla işgörme amacı aynı anda birden fazla kimseye yöneliyorsa bu kriterler yoluyla işsahibi belirlenmekte ve böylece çoğu olayda işsahiplerinin serbest iradelerine dayanan birlikte hareket etme iradesinden bahsedilememektedir.⁷⁴ İşsahipleri ancak birlikte hareket ediyorsa bu halde söz konusu hükmün kıyasen uygulanmasından bahsedilecektir.⁷⁵ Uygun bulma halinde de bu uygulama aynı şekilde devam eder.

Diğer bir değerlendirilmesi gereken husus, uygun bulma sonucunda işgörme sebebiyle işsahibinin ücret ödeme borcunun farklı bir uygulamaya yol açıp açmayacağıdır. Herşeyden önce işsahibi işgörmeyi uygun bulmakla, mutlak surette bir ücret ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaz.⁷⁶ TBK m. 502/III'e

⁷³ Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,” 265; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.565. Benzer şekilde bkz. Weber, *Basler Kommentar*, Art. 420 N. 4; Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vorbem. BGB §§ 677-687 N. 37.

⁷⁴ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 561. Aynı yönde bkz. Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 265.

⁷⁵ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 562.

⁷⁶ Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 424 N. 10a; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.716. Benzer şekilde bkz. Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 109.

göre; “Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.” Bu düzenleme çerçevesinde vekâlet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz bir sözleşme olarak düzenlendiği bunun yanında ancak sözleşme veya teamül gerektiriyorsa vekilin ücrete hak kazanacağı öngörülmektedir. Vekâletsiz işgörmeye bakımından ise iş sahibinin ücret ödeme borcunun kanunda düzenlenmediği görülmektedir. Tartışmalı⁷⁷ olan söz konusu hususta çeşitli çözüm önerileri getirilse de kanaatimizce en isabetli yaklaşım caiz bir vekâletsiz işgörmeye işgörene bir ücret ödenip ödenmeyeceği, TBK m. 502/III’ün kıyasen uygulanması yolu ile belirlenir. Böylece yerine getirilen işgörmeye için bir ücret ödenmesi olağan olarak nitelendiriliyorsa işgörenin ücret talebi söz konusu olacaktır.⁷⁸ Bu esastan hareketle işgörmeye uygun bulunsa da bulunmasa da sonuç değişmeyecek, işgörenin ücret talebi bakımından TBK m. 502/III’ün uygulanması gerekecektir.

Son olarak uygun bulma halinde uygulanacak zamanaşımı süresi üzerinde durmak gerekir. TBK’da vekâletsiz işgörmeye uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık caiz bir işgörmeye işgören ve iş sahibinin talepleri bakımından genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı isabetli olarak savunulmaktadır.⁷⁹ Caiz bir işgörmeye vekâlet benzeri hukuki sonuçlar doğurduğu için, bundan doğan taleplerin de akdi zamanaşımı süresine

⁷⁷ Bu husustaki tartışmalar için bkz. Kaya, *Vekâletsiz İşgörmeye*, 245 vd.

⁷⁸ Bermann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 103; Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,” 265; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 106; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.538; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 492; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1487; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, Nu. 3115; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 239.

⁷⁹ Gautschi, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 419 N. 9d; Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 261; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 604; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 206, 213, 266; Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 117; Maissen, Huguenin und Jenny, *Handkommentar*, Art. 419 N. 23, Art 422 N.9; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 420 N. 4; Art. 422 N. 16; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 495; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, Nu. 3116; Kılıçoğlu, *Borçlar Özel*, 597.

tabi olması gerekir.⁸⁰ Buna karşılık işgören tarafından üstlenilen işgörme fiili, akdi bir ilişki içinde yerine getirilmiş olsaydı kanunda bunun için daha kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse bu sürenin vekâletsiz işgörme bakımından da geçerli olması gerekir.⁸¹ Aksi takdirde aynı fiil bakımından vekâleti olmadan işgören kimse, sözleşmenin tarafına nazaran daha avantajlı bir duruma getirilmiş olur.⁸² Böylece işgörenin üstlendiği işgörme fiilinin; bir zanaatkarın emeğine, bir avukatın, hekimin edimine veya eser sözleşmesine ilişkin olması halinde artık TBK m. 147 uyarınca işgörenin talepleri bakımından da beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.⁸³ Bu bilgiler çerçevesinde işgörme uygun bulunduğu uygulamalar zamanaşımı süresinde bir değişiklik olup olmayacağı incelenmelidir. Şayet üstlenilen caiz bir işgörme fiili bakımından on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekiyorsa bu halde işgörenin uygun bulunması ile vekâlete ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresinin (TBK m. 147/5) uygulanması söz konusu olmaz. Aksi takdirde işsahibinin tek taraflı iradesi ile işgörenin durumu kötüleştirilmiş olur.⁸⁴ Öte yandan işgörenin fiili, akdi bir hukuki ilişki içinde üstlenilmiş olsaydı daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi olması gereken istisnai durumların kapsamına giriyorsa bu halde işgörme uygun bulunacak olursa kural olarak vekâlete ilişkin beş yıllık süre uygulanır.

⁸⁰ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.604. Tandoğan da vekâletsiz işgörmeyi hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul ettiği için zamanaşımı bakımından on yıllık sürenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 207).

⁸¹ Staudinger und Nipperdey, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Vorbem. BGB §§ 677 vd. N. 54*; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 608; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 266; Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 683 N. 7. Buna karşılık eser sözleşmesindeki ilave işlerde, Yargıtay on yıllık zamanaşımı süresini uygulamakta, böylece yükleniciyi, sözleşme dışındaki ilave işlerde, sözleşmeye dayanarak yapılan işlere nazaran daha iyi bir hukuki duruma getirmektedir. (Yar. 15. HD, E. 2019/3315, K. 2019/4957, 2.12.2019; Yar. 15. HD, E. 2013/5368, K. 2013/6991, 23.12.2013; Yar. 15. HD, E. 2006/471, K. 2006/1626, 21.3.2006)

⁸² Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 608.

⁸³ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 608; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 266; Saruhan, *Gerçek Vekâletsiz İşgörme*, 130.

⁸⁴ Benzer şekilde bkz. Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 118.

2. Caiz Olmayan Gerçek Vekâletsiz İşgörmeye Hukuki Sonuçlar

Caiz olmayan bir işgörmenin söz konusu olduğu hallerde caiz işgörmenin aksine hukuki sonuçlar, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümlerine göre belirlenir. Hatta işgören iş sahibinin müdahale yasağına rağmen bir işgörmeyi üstlenirse bu halde onun sorumluluğu ağırlaşır ve TBK m. 527/II uyarınca beklenmedik halden doğan sorumluluğu da üstlenmek durumunda kalır. Hal böyle olunca caiz olmayan bir işgörmenin uygun bulunması ile birlikte bu hukuki ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanması onda büyük bir değişime sebep olur.⁸⁵ İşgörenin haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi sebebiyle sorumlu olduğu hallerde bu işgörmenin uygun bulunması ile artık hukuka aykırılık geçmişe etki edecek şekilde ortadan kalkar ve böylece caiz olmayan işgörmeye haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz.⁸⁶

Uygun bulma ile birlikte caiz olmayan vekâletsiz işgörmeye, caiz bir işgörmeye haline gelmez, aksine artık taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet hükümleri uygulanır.⁸⁷ Caiz olmayan bir işgörmeye işgören caiz işgörmeye olduğu gibi yaptığı zorunlu ve yararlı masrafları iş sahibine yönelmediği gibi⁸⁸ işgörmeye sebebiyle üstlendiği borçlardan kurtarılmayı da talep edememekte yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iş sahibinin zenginleştiği oranda bir talep hakkına sahip olmaktadır. Ancak uygun bulma ile birlikte iş sahibi TBK m. 510 gereğince işgörenin hem yapmış olduğu masrafları ödemek hem de onu

⁸⁵ Hagenbüchli, *Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag*, 91; Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.717; Hofstetter, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag," 251. Benzer şekilde bkz. Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 113.

⁸⁶ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 717; Staudinger und Wittmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 684 N. 11;

⁸⁷ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.718. Caiz olmayan işgörmeye, uygun bulma ile birlikte caiz işgörmeye dönüşür görüşü için bkz. Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 245. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu § 684'te caiz olmayan işgörmenin, uygun bulma ile birlikte -caiz işgörmeye ilişkin- § 683 hükmüne tabi olacağı zikredilmektedir.

⁸⁸ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.637; Wittmann, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 132 vd. Benzer şekilde bkz. Rudolph, *OR Kommentar*, Art. 422 N. 1; Schmidt, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 160.

yüklendiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür.⁸⁹ Bunun dışında işsahibinin işgörenin zararlarından sorumluluğu bakımından hangi hükmün uygulanması gerektiğinin değerlendirilmesi gerekir. TBK m. 529 hükmü caiz işgörmenin sonuçlarını düzenlediği için bu hüküm caiz olmayan bir işgörmeye uygulanmaz. Dolayısıyla söz konusu hükümde düzenlenen işsahibinin işgörenin zararlarından kusursuz sorumluluğu caiz olmayan işgörmeye söz konusu olmaz. Böylece uygun bulmadan sonra işgörenin zararlarından sorumluluk için vekâlete ilişkin TBK m. 510 uygulama bulur ve işsahibi kusursuz olduğunu ispatlayacak olursa artık işgörenin zararlarını tazmin etmekten kurtulur.⁹⁰

Caiz olmayan bir vekâletsiz işgörmenin hukuki sonuçları haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu için bu hukuki ilişkiden doğan taleplerin de ilgili olduğu hukuki kurumun zamanaşımı süresine tabi olduğunun kabul edilmesi isabetlidir.⁹¹ Caiz olmayan işgörmeye sözleşme dışı kısa zamanaşımı süreleri geçerli olduğu için bu işgörmenin uygun bulunması halinde vekâlete ilişkin TBK m. 147/5 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.

SONUÇ

Bir başkasının menfaatine işgörmenin söz konusu olduğu gerçek vekâletsiz işgörmeye, işgörme fiili işsahibinin müdahale yasağına aykırı değilse, aynı zamanda bu işgörme işsahibinin menfaati doğrultusunda gerekli bir işgörme

⁸⁹ Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 113.

⁹⁰ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N. 719.

⁹¹ Schmid, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, N.683. Caiz olmayan işgörme için kısa zamanaşımı sürelerinin geçerli olduğunu kabul eden görüş için benzer şekilde bkz. Lischer, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 119. On yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Suter, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 56. Yargıtay gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye on yıllık zamanaşımı süresini uygulamaktadır: Yar. İBK, E. 1958/15 K. 1958/6, 04.06.1958; Yar. 3. HD, E. 2012/13097, K. 2012/25265, 10.12.2012; Yar. 11. HD, E. 2016/10129, K. 2018/2859, 18.4.2018; Yar. 15. HD, E. 2013/6009, K. 2014/1877, 19.03.2014; Yar. 1. HD, E. 2013/14799, K. 2013/17226, 04.12.2013; Yar. 11. HD, E. 2007/4054, K. 2008/12763, 13.11.2008; Yar. 3. HD, E. 2009/14783, K. 2009/18623, 19.11. 2009. Aynı yöndeki görüş için bkz. Baş Süznel, *Gerçek Olmaya Vekâletsiz İşgörme*, 134. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanmasını savunan görüş için bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Özel*, 598.

olarak nitelendirilebiliyorsa bu halde hukuka uygun bir müdahale sonrası ortaya çıkan caiz bir işgörmeden bahsedilir. Buna karşılık başkası yararına işgörme, iş sahibinin müdahale yasağına aykırı ise veya iş sahibinin menfaati dikkate alındığında gerekli bir işgörme olarak değerlendirilemiyorsa bu halde caiz olmayan bir işgörme ilişkisi vuku bulur. Caiz bir işgörme halinde taraflar arasında vekâlet benzeri hukuki sonuçlar uygulanırken, caiz olmayan işgörme halinde ise işgören ve iş sahibi arasındaki menfaatlerin denkleştirilmesi haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşir.

İş sahibinin vekaletsiz işgörmeyi sonradan uygun bulması mümkündür. TBK m. 531 uyarınca “İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır.” Söz konusu hüküm çerçevesinde iş sahibinin işgörmeyi uygun bulması yalnızca gerçek vekâletsiz işgörmeyi oluşturan caiz ve caiz olmayan işgörmede söz konusu olabilir. Buna karşılık bencil bir amaçla kendisine yarar sağlamak için başkasına ait bir işin görüldüğü gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin uygun bulunmasından bahsedilemez.

Uygun bulma sonucunda gerçek vekâletsiz işgörmeye vekâlet hükümlerinin olduğu gibi bütünüyle uygulanması mümkün olmaz. Burada uygun bulma ile güdülen amaç, işgörenin hukuki durumunun iyileştirilmesidir. Ancak bazı hallerde vekâletsiz işgörmeye ilişkin sonuçlar vekâlet sözleşmesine nazaran işgörenin lehinedir. Bu sebeple uygun bulma ile birlikte vekâlet sözleşmesine ilişkin tüm hükümler değil, işgörenin hukuki durumunu iyileştiren hükümler uygulama bulur. Nitekim caiz bir işgörme ilişkisinin uygun bulunması halinde bu durum taraflar arasındaki hukuki ilişkide büyük değişimlere yol açmaz, zira zaten taraflar arasındaki hukuki sonuçlar vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermekte, hatta bazı hallerde caiz işgörmeye ilişkin sonuçlar işgörene daha çok avantaj sağlamaktadır. Buna karşılık caiz olmayan bir işgörmenin uygun bulunması işgören bakımından büyük bir etki doğurur. Çünkü caiz olmayan bir işgören haksız fiil sorumluluğu ile karşı karşıya kalabileceği gibi işgörme sebebiyle yaptığı masrafları ve üstlendiği borçları da ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iş sahibinden talep edebilmektedir. Böyle bir işgörmenin uygun bulunması ile işgörenin haksız fiil sorumluluğu ortadan kalkacağı gibi, onun işgörme sebebiyle iş sahibine yönelteceği talepler de vekâlet hükümlerine tabi olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Aeby, Kurt. *Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Recht*. Zürich: Universität Zurich, 1928.
- Arkan Akbıyık, Azra. *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme*. İstanbul: Alfa Yayınları, 1999.
- Baş Süzel Ece. *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı-*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araş. Enstitüsü, 1971.
- Bucher, Eugen. *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- Bucher, Eugen. *Obligationenrecht Besonderer Teil*. Zürich: Schulthess Verlag, 1988.
- Ceylan Ebru, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenocak, Emre Cumalıoğlu, Selin Sert Sütçü. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ed. M. Turgut Öz. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Esser, Josef ve Hans-Leo, Weyers. *Schuldrecht Band II Besonderer Teil, Teilband 2*, Heidelberg: C.F. Müller, 2000.
- Friedrich, Hans-Peter. "Die Voraussetzungen der Unechten Geschäftsführungs ohne Auftrag (Art. 423 OR)". *ZSR*, Bd.-Vol. 64 (1945), s.9-56.
- Gautschi, George. *Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/5: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*. Hrsg. Arthur Meier-Hayoz. Bern: Stämpfli Verlag, 1964.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II: (Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hagenbüchli, Hermann Alfred. *Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag und ihre Voraussetzungen*, Dissertation, Zürich: 1926.

- Hatemi Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Henssler, Martin. "Grundfälle zu den Anspruchsgrundlagen im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag." *JuS* (1991), s. 924 – 930.
- Hofstetter, Josef. "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag." in *Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/6*. Basel-Genf-München: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2000.
- Kaya, Ümmühan. *Vekâletsiz İşgörme (Özel Uygulama Hali: Acil Tıbbi Müdahaleler)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Kılıçoğlu Ahmet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kırca, İsmail. "Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller." *AÜHFĐ* 44, No. 1-4 (1995), 443-450.
- Kutlu Sungurbey, Ayfer. *Yetkisiz Temsil, özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*. İstanbul: Yasa Yayınları, 1988.
- Larenz, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil 1. Halband*. Muenchen: C.H. Beck, 1986.
- Lent, Friedrich. *Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung*. Leipzig: Deichert, 1938
- Lischer, Urs. *Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht*. Basel-Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1990.
- Maissen, Eva, Claire Huguenin ve Reto M. Jenny.. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*. Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Martinek, Michael ve Uwe Theobald. "Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, 1. Teil: Die Grundstrukturen der Geschäftsführung ohne Auftrag." *JuS*, Heft 7 (1997), 612 – 619.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024.
- Oser, Hugo ve Wilhelm Schönenberger. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529*. Zürich: Schultheß & Co, 1945.

- Özdemir, H. Gökçe. *Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001.
- Özkaya, Eraslan. *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Palandt, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bearbeiter der § 677 ff.: Hartwig Sprau. München: Verlag C.H.Beck oHG, 2019. (Palandt und Sprau)
- Reichel, Hans. "Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht." *SJZ*, 26. Jahrg., Heft 13, (1929/30), 198-200.
- Rösler, Jörg H. *Haftpflicht für Schäden aus Hilfeleistung*. Zürich: 1981.
- Rudolph, Roger. *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*. Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Frankhauser. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2016.
- Saruhan, Utku. *Gerçek Vekâletsiz İşgörme*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Schmid, Jörg. *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992.
- Schmidt, Benjamin. *Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag: Eine Untersuchung der Voraussetzungen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der §§ 677 ff. BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- Soergel, Hans Theodor. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 10: Schuldrecht 8 (§§ 652–704)*. Bearbeiter der §§ 677 ff.: Volker Beuthien. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2012. (Soergel und Beuthien).
- Suter, Richard. *Echte und Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Obligationenrecht*. Bern: Stämpfli & Cie., 1933.
- Şen Doğramacı, Hayriye. "Bir Borç Kaynağı Olarak Vekâletsiz İşgörme," İç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*, Cilt 2, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Tandoğan, Haluk. *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1957.

- von Staudinger, Julis. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, II. Band 3. Teil. Bearbeiter: Hans Nipperday. Berlin: Otto Schmidt, 1941.
- von Staudinger, Julis. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-740. Bearbeiter: Roland Wittmann. Berlin: Otto Schmidt, 1991.
- Weber, Rolf H. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*. Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- Wittmann, Roland. *Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag*: München: Verlag C.H.Beck oHG, 1981.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2, İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Zäch, Roger und Adrian Künzler. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR*. Bern: Stämpfli Verlag, 2014.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ HUKUKİ DENETİMİ

*Legal Review of The Suspension of The Pronouncement of The
Judgment*

Sibel CAN*

Selen EVİRGEN**

Öz

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, ceza muhakemesi uygulamasında sıklıkla verilen kararlar arasındadır. 32487 sayılı Resmî Gazete’de 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yayımlanmıştır. İlgili kanunun 15. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde düzenlenmiş olan “Hükmün Açıklanması ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” başlıklı hükmün bazı fıkraları tekrar düzenlenmiştir. Yapılan değişikliklerden en önemlisi, 01/06/2024 tarihinden sonra verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı 272. maddenin 3. fıkrası saklı kalmak üzere, istinaf kanun yoluna başvurulmasının mümkün hâle gelmesidir. Bu çalışmada, hükmün

* Dr. Öğretim Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; sibelcan@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8569-4088.

** Dr. Öğretim Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; s.evirgen@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0691-0710.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 05.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.12.2024.

Atf/Citation: Can, Sibel ve Selen Evirgen. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2072-2128.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği tartışılarak sanık hakkında yarattığı sonuçlar incelenmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabildiği dönemde itiraz kanun yolunda denetimin kapsamı, öğretide yapılan tartışmalar ve Yargıtay kararları ele alınmış, bu sürece neden olan Anayasa Mahkemesi kararları irdelenmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararından sonra yeniden yapılan düzenlemenin kapsamı ve kanun yolu tercihinin yerindeliği tartışılarak uygulamada ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar ve bunlara ilişkin çözüm önerileri paylaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: hükmün açıklanmasının geri bırakılması, istinaf, itiraz, kanun yolu, Anayasa Mahkemesi.

Abstract

Suspension of the pronouncement of the judgment is among the decisions frequently made in criminal procedure practice. Law No. 7499 on the Amendment of the Code of Criminal Procedure and Certain Laws was published in the Official Gazette dated 12.03.2024 and numbered 32487. With Article 15 of the relevant law, some paragraphs of the provision titled "Pronouncement of the judgment and suspension of the pronouncement of the judgment" regulated in Article 231 of the Code of Criminal Procedure No. 5271 have been rearranged. The most important amendment is that it has become possible to apply to the legal remedy of appeal, without prejudice to the third paragraph of Article 272, against the decisions to suspension of the pronouncement of the judgment given after 01.06.2024. In this study, the legal nature of the suspension of the pronouncement of the judgment is discussed and its consequences for the defendant are analyzed. In the period when the legal remedy of objection could be applied against the deferral of the announcement of the verdict, the scope of the review in the legal remedy of objection, the discussions made in the doctrine and the decisions of the Supreme Court were discussed, and the decisions of the Constitutional Court that led to this process were examined. In addition, the scope of the re-regulation made after the annulment decision of the Constitutional Court and the appropriateness of the legal remedy preference were discussed, and the legal problems that may arise in practice and the solution suggestions regarding them were shared.

Keywords: Suspension of the pronouncement of the judgment, appeal, objection, legal remedy, Constitutional Court.

GİRİŞ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Türk hukukunda yerini aldığı tarihten bu yana tartışmaların odağında bulunmuş ve çok defa değişikliğe uğramıştır. Tartışmalar özellikle ilgili kararın tâbi olduğu kanun yolunun türü ve kapsamı üzerine yoğunlaşmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu esasen hassas bir denge üzerine inşa edilmiştir. Gerçekten de bu kurum bir yandan cezai yönden hafif nitelikteki suçlar açısından toplum barışına hizmet ederken diğer yandan da suç işlediği sabit olan kimsenin cezalandırılmasını engellediğinden, suç oranını artırma potansiyelini bünyesinde taşımaktadır. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ayrıntılı bir şekilde yasal çerçevesinin çizilmesi ve aynı hassasiyetle uygulanması gerekmektedir. Bu noktada özellikle yargılamayı yapan mahkemece verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulacak kanun yolunun ve hukuki denetimin kapsamının tespiti son derece önemlidir. Söz konusu karara karşı hangi kanun yolunun daha etkin olacağı uzun yıllardır tartışma konusu olmuş ve denetim yolu ile kapsamı konusunda çeşitli içtihatlar ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi (AYM), hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvurular neticesinde, ilk olarak 2022 yılında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmesini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.231/12'nin iptaline karar vermiş, 2023 yılında verdiği diğer bir kararda ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını öngören m.231'in 5 ila 13. fıkralarını tamamen iptal etmiştir. AYM'in iptal kararı sonrasında 2024 yılında 7499 sayılı Kanun ile CMK'nın ilgili maddesi AYM'in iptal kararındaki gerekçeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. 7499 sayılı Kanun değişikliğinden önce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yalnızca itiraz kanun yoluna başvuru imkânı bulunmakta iken, bu değişiklikler ile istinaf kanun yoluna başvurulabilir nitelikteki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bakımından istinaf kanun yoluna başvuru yolu açılmıştır. CMK m.272/3 hükmü bağlamında ise istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olmayan kararlar

bakımından verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamayacaktır.

Çalışmada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin yapılacak genel açıklamalardan sonra bu kararın tabii olduğu kanun yolunda karşılaşılan sorunlar, Yargıtay'ın ve AYM'in tutumu öğretideki görüşler ışığında değerlendirilecek ve yapılan kanun değişikliğinin yerindeliği tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI

A. Genel Olarak

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumu, yapılan yargılama neticesinde suç işlediği konusunda kesin kanaate varılan sanık hakkında hükmedilen cezanın kanunda belirlenen şartların varlığı hâlinde açıklanmasının ertelenmesini ifade etmektedir.¹ Bir diğer ifadeyle, HAGB kararı hükmedilen mahkûmiyet kararının sanık hakkında hukuki sonuç doğurmasını önleyen bir

¹ Can Canpolat, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme," *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2023): 1272; Çağlayan Çınar, "HAGB'nin Bazı Ülkelerdeki Örnekleri ve 8. Yargı Paketine Kadar Türkiye'de HAGB Kurumunun Evrimi," *NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, (2024): 155; Kurumun kavramsal sorunlar barındırdığı, "geri bırakma" tabiri yerine "erteleme" tabirinin kullanılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. İhsan Erdoğan, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi* (Ankara: Bilge Yayınları, 2021), 40 vd.

karardır.² Türk ceza yargılamasında sıklıkla başvuru³ bir karar türü olan HAGB, onarıcı/ıslah edici adalet anlayışının bir sonucu olarak karşımıza çıkmakta ve temelinde toplumsal ve bireysel pek çok saik barındırmaktadır.⁴

Türk hukukunda HAGB kurumu ilk kez 03/07/2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) suça sürüklenen çocuklar bakımından kabul edilmiştir. Esasen kurumun ihdas edilme sebebi olarak kanunun gerekçesinde hapis cezasının ertelenmesi kurumunun yeni sistemde niteliğinin değişmesi sebebiyle oluşan boşluğun doldurulması olarak belirtilmiştir.⁵ Söz konusu düzenleme 2006 yılında değiştirilmiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesine eklenen hükümlerle yetişkin-çocuk ayrımı yapılmaksızın tüm sanıkları kapsayacak şekilde yeniden kaleme alınmıştır.⁶ ÇKK'da yapılan değişikliklerle HAGB kararı bakımından CMK hükümlerine atıf yapılmış ancak suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrı denetim süresi belirlenmiştir.

² Olgun Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 2 (Temmuz 2019): 72; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 569; Bu yönüyle Yargıtay'a göre, kurumun düzenleniş amacı özellikle çocuklar bakımından lekelenmeme hakkıyla ilişkilidir (Ör. Yar. CGK., E.2011/2-376, K.2012/90, 13.03.2012). Ancak öğretide hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın işlediği suçun sabit olması gerektiğinden, söz konusu kurumun lekelenmeme hakkının doğrudan bir uzantısı olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 725.

³ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2023 yılına ait verilerine göre, karara bağlanan dosyaların %21,4'ünde HAGB kararı verilmiştir. Bkz. Adalet İstatistikleri 2023, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2024, Erişim tarihi Eylül 22, 2024, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, 83.

⁴ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*, (Ankara: Der Yayınları, 2020), 272; M. Emre Tulay, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (2021): 478; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 1375; Derya Dirican, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulama Sorunları" (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 17.

⁵ Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde,"74.

⁶ Akif Yıldırım, "Mayınlı Bir Alan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetimi," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, no. 11 (2018): 436.

CMK m.231/5'te sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İlgili maddede ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

“a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,” koşullarına yer verilmiştir.

Belirtilen koşulların tamamının bir arada bulunması sebebiyle HAGB kararı verilmesi hâlinde sanık ayrıca beş yıl süreyle (çocuklar ise üç yıl süreyle) denetime tabi tutulmaktadır (CMK m.231/8). Ayrıca sanık hakkında bir yıldan fazla olmamak üzere kanunda belirtilen denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması da mümkündür (CMK m.231/8).

“Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı” verilecektir (CMK m.231/10). Aksi durumda ise mahkeme hükmü açıklayacaktır. Bununla birlikte kanunda mahkemeye, kendisine yüklenen yükümlölükleri yerine getiremediği için hakkındaki hüküm açıklanan sanık hakkında cezanın infazına yönelik olarak takdir hakkı verilmiştir (CMK m.231/11). Ancak mahkeme ilk hükmettiği ceza miktarını değiştirme hakkına sahip olmadığından daha az veya daha fazla ceza tayini yoluna gidemeyecektir. Açıklanan veya yeni kurulan bu hükme karşı itiraz kanun yolu açık olup, itiraz merci ancak m.231/11’de yer alan koşullarla sınırlı bir değerlendirme yapabilecektir (CMK m.231/11).

Bahse konu şartlara ilişkin değerlendirme hakimnin takdir yetkisinde olup tüm şartların mevcudiyeti hâlinde dahi HAGB kurumunun uygulanması hususunda

zorunluluk bulunmamaktadır.⁷ Ancak mahkeme HAGB kararının koşullarının oluşmadığı düşüncesinde ise bu düşüncenin kaynağını gerekçesinde açıklamakla mükelleftir.⁸

B. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Niteliği

HAGB kurumu Türk hukukunda uygulanmaya başlandığı ilk etapta tartışmalar çoğunlukla söz konusu kurumun dolaylı bir af etkisi yaratacağı üzerinde toplanmıştır. 2008 yılında yapılan değişiklik sonrası HAGB kurumunun uygulama alanını genişleten normun yürürlüğe girmesiyle zaman bakımından uygulama sorunu tartışmaların odak noktasını ilgili kararın hukuki niteliği konusuna taşımıştır.⁹

Öncelikli olarak ifade etmemiz gerekir ki, HAGB kararı verilmesi hâlinde esasen iki karar mevcuttur. İlki CMK m.223 çerçevesinde verilmiş bir mahkûmiyet hükmü, diğeri ise söz konusu hükmün sonuç doğurmasının erteleneceğine ilişkin karardır.¹⁰ Dolayısıyla tüm unsurlarıyla belirlenmiş bir mahkûmiyet hükmü

⁷ "...Ayrıca ilgili mevzuatın derece mahkemelerine, bu tür eylemlere ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını uygulama olanağı verdiğini ancak bunun bir zorunluluk olmayıp, bu konuda hakimlere tam bir takdir yetkisi tanındığını ifade etmek gerekmektedir. Mahkemelerin bu yetkilerini söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilemeyeceğini göstermek için kullanmak yerine ağır bir suç meydana getiren eylemin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih etmemeleri gerekmektedir..." Cembeli Erdem, Başvuru No: 2014/19077, 18.04.2018, §100 (Erişim tarihi Eylül 22, 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19077>)

⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), 870.

⁹ Fahri Gökçen Taner, "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinde Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine," *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2011): 289.

¹⁰ Devrim Güngör ve Güneş Okuyucu Ergün, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 1955; Canpolat, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı," 1273; Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 72; Can Yalçın, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 103. Ayrıca bkz. Yar. CGK, E. 2010/76, K.2010/77, 06.04.2010 : "sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan ancak açıklanmasının geri bırakılmasına

olmaksızın HAGB kararı verilmesi mümkün değildir.¹¹ Verilen ilk hüküm gizli tutulmamakta, ancak mahkeme tarafından CMK hükümleri çerçevesinde ilan edilmediğinden sonuç doğurmamaktadır.¹² Duruşmada mahkûmiyet kararı yerine okunacak olan karar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır.¹³

HAGB kararı verilmesi durumunda sanık ile devlet arasındaki yargılama ilişkisi geçici olarak sonlanmaktadır. Ancak dava hala derdest olduğundan yargılanan kişinin sanık sıfatı devam etmekte olup, bu kişi hükümlü sayılmamakta ve hakkında kurulan hüküm kesinleşmemektedir.¹⁴

karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü, ikinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır...” (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>) Öğretide bir görüşe göre bu kararlardan ilki asıl ceza davası olan, maddi ve hukuki meseleyi çözen, CMK m.223 kapsamında verilen mahkûmiyet hükmüdür. Diğeri de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin, CMK m.231 çerçevesinde verilen ve tali ceza davası niteliği taşıyan karardır. Bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 854.

¹¹ Süheyl Donay, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi* 86, no. 5 (2012): 157; Değirmenci, “Yargı Kararları Çerçevesinde,” 78.

¹² Güngör ve Okuyucu Ergün, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”: 1955.

¹³ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 869.

¹⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin H. Saygılar Kırıt, Esra Alan, Özdem Özyayın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 652; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 275; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 569; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 870; Değirmenci, “Yargı Kararları Çerçevesinde,” 79; Yıldırım, “Mayınlı Bir Alan,” 438; Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 102. Ayrıca bkz. Yar. HGK., E. 2011/639, K. 2012/30, 01.02.2012: “...Az yukarda da açıklandığı üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkûmiyet anlamında da değildir. Bu nedenle ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından BK'nun 53. Maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlamayacaktır...” (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 20, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>); Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 870. Aksi görüşte olan Dülger ve Taşkın'a göre, “HAGB kararları için de kesinleşme şerhi vurulmaktadır. Eğer sanığa denetim süresi içerisinde bazı yükümlülükler yüklenmişse, bu yükümlülükler kararın kesinleşmesinin ardından uygulanmakta ve denetlenmektedir. Keza yargılama giderlerinin ve vekalet ücretinin tahsili de kesinleşmeye bağlıdır. Kararın kesinleşmemesi kararın hüküm

Öğretide bir görüşe göre, HAGB kararı, geri bırakma süresince durma kararı niteliğindedir. Nitekim durma kararı verildiği hâllerde mahkeme dosyadan elini nihaî olarak çekmemektedir. Ayrıca durma kararı CMK anlamında hüküm niteliğinde olmadığından CMK m.223/8 kapsamında da itiraz kanun yoluna tâbi olduğu ifade edilebilecektir.¹⁵

Öğretide bir diğer görüşe göre, HAGB kararı koşullu bir düşme nedeni niteliğindedir.¹⁶ Zira denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmediği ve yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilmektedir.

Ek olarak, öğretilde HAGB kararının erteleme uygulamasının ceza muhakemesi hukukundaki yansıması olduğu ifade edilmiştir.¹⁷ Benzer yönde görüşe göre, HAGB kararı bir çeşit yumuşatılmış cezanın ertelenmesi kararı niteliğindedir.¹⁸ Bir diğer görüş ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ertelemeyi genişleten bir kurum olduğunu savunmaktadır.¹⁹ Elbette ki HAGB kararı cezanın ertelenmesi uygulaması ile farklılık arz etmektedir. Hapis cezasının

doğurmamasından farklı bir konudur. Biz hüküm doğurmamasından, kesinleşmemeyi değil, karardaki adli para cezası, hürriyeti bağlayıcı cezanın veya güvöelik tedbirinin infaz edilmemesini anlıyoruz.” Bkz. Murat Volkan Dölger ve Şaban Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 753, dn. 170.

¹⁵ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 872; Değirmenci, “Yargı Kararları Çerçevesinde,” 77; Yalçın, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 112.

¹⁶ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 872; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 690; Dirican, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” 7; Enver Kumbasar, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 49; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 848. Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Yar. CGK., E.2006/6, K.2008/25, 19.02.2008; Yar. CGK. E.2009/11-41, K.2009/52, 10.03.2009.

¹⁷ Faruk Turhan, “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2006): 28; Emir Kaya, “İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” *Ankara Barosu Dergisi* 3, (2013): 411; Dirican, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” 21.

¹⁸ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 848; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 690.

¹⁹ Tulay, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” 480.

ertelenmesi hâlinde mahkûmiyet kararı hukuken varlığını sürdürmekte iken, HAGB hâlinde yükümlülüklerle uygun şekilde sürenin sonuçlanması durumunda karar bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkmaktadır.²⁰ Dolayısıyla HAGB kurumu doğurduğu sonuçlar bakımından daha lehedir.²¹ Bu sebeple öğreti ve uygulamada HAGB kurumunun uygulama sırası olarak seçenek yaptırımlara çevirme ya da erteleme gibi sanık lehine getirilen diğer kurumlardan önce tartışılması gerektiği belirtilmiştir.²²

Başka bir görüşe göre ise, HAGB kararı ile kişi yargılama sonucunda mahkûm olmasına rağmen verilen mahkûmiyet kararı adli sicile işlenmediğinden ve haklarından mahrum kalmasının önüne geçildiğinden bir tür koşullu af yöntemi olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca HAGB uygulaması *ad hoc* ve nevi şahsına münhasır bir kurumdur.²³

HAGB kararı ile sanık hakkında hükmedilmiş mahkûmiyet kararının sonuç doğurması belirli bir süre ertelenmekte ve sanık denetim altında tutulmaktadır. İlgili yükümlülüklerle uygun bir şekilde sürecin tamamlanmasıyla birlikte düşme kararı verilmekte ve daha önceki mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuç

²⁰ Böber v. Türkiye, Başvuru no: 62590/09, 09.04.2013, §35 (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 8, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125934>)

²¹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 690.

²² Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 79; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 690. Ayrıca bkz. Yar. 12. CD., E.2011/22169, K.2012/14928, 13.06.2012: "...5271 sayılı CMK'nın 231. maddesindeki "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" düzenlemesi için öngörülen koşulların, dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlarla birlikte, denetime olanak verecek şekilde, somut gerekçeler gösterilmek suretiyle değerlendirildikten sonra, sanık hakkında "hükmün açıklanmasının geri bırakılması"na ilişkin düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, mahkemece kanunun amacına aykırı şekilde, sanığın cezasının ertelenmesi sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verildiği, oysa sanık lehine düzenlemelerden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına, seçenek yaptırımlardan ve erteleme hükümlerinden önce tartışılması gerektiği, sanığa verilen cezanın ertelenmiş olması sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığı şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile tali kusurlu olan ve ölenin yakınlarının da sanık hakkında şikayetçi olmadıkları gözetilmeksizin lehine olan bu düzenlemeden faydalandırılmaması..." (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>). Ancak zaman bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesinden sonra uygulanmaktadır. Bkz. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1376.

²³ Ersan Şen ve Mert Maviş, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 14.

doğurması engellenmektedir. Bu anlamda HAGB kararının durma kararı niteliğinde olduğundan bahsedilemeyecektir. Nitekim CMK m.223/8'de, "soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir." düzenlemesi hüküm altına alınmıştır. Oysa HAGB kararı verildiği durumda yargılama sonucunda kişinin suçu işlediği sabit olup hakkında mahkûmiyet kararına hükmedilmiştir. Ancak HAGB kararı verilerek söz konusu hükmün sonuç doğurması engellenmektedir. Yine, HAGB kurumunun koşullu düşme sebebi niteliğinde olduğu fikrine katılmamaktayız. Kanaatimizce, HAGB kararı erteleme özelliğiyle özel bir şeklidir. Bu karar ile hükmedilmiş mahkûmiyet kararının hukuki sonuç doğurması belirli bir süre ertelenmektedir. Sürenin kanuna uygun bir şekilde geçirilmesi neticesinde verilen mahkûmiyet hükmü bir nevi iptal edilmektedir.

HAGB kararının hukuki niteliği itibarıyla maddi ceza hukukuna dahil olan bir kurum mu yoksa ceza muhakemesi kurumu mu olduğu hususu tartışmalıdır.

Öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre, HAGB kurumu hem maddi ceza hukukunu hem ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren karma nitelikli bir yapıyı haizdir.²⁴

Bir diğer görüşe göre, devletin cezalandırma yetkisini kullanmasına ilişkin olması hasebiyle HAGB kurumu niteliği itibarıyla bir maddi ceza hukuku

²⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 274; Öztürk et al., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 653; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 871; Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 72; Kumbasar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 53; Dirican, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 22. Ayrıca bkz. Yar. CGK., E.2016/1150, K.2020/148, 03.03.2020: "...Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması hâlinde, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi uyarınca düşmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır..." (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 7, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>).

kurumudur.²⁵ Benzer yönde yapılan yoruma göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı hapis cezasının ertelenmesi ya da seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biri olduğundan maddi ceza hukuku kapsamında yer almaktadır.²⁶

Alman hukukunda HAGB kurumu Alman Ceza Kanunu'nda (AICK-StGB) Genel Hükümler (*Allgemeiner Teil*) arasında 59. paragrafta “Ceza Saklı Tutularak Yapılan Adli Tevbih” (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*) başlığının altında düzenlenmiştir.²⁷ Bu paragraf, “Suçun hukuki sonuçları” (*Rechtsfolgen der Tat*) başlıklı 3. bölümde yer almaktadır. Alman ceza mevzuatında, maddi ceza hukuku normları ile aynı bölümde düzenlenmiştir.²⁸ Bu anlamda, ceza saklı tutularak yapılan adli tevbih, Alman hukukunda yalnızca yüz seksen güne kadar adli para cezası gerektiren suçlarda uygulanabilen, genel anlamda tehlikesiz kişilere yönelik ve onları topluma kazandırma amacı taşıyan, yargının kullanabileceği “*en hafif yaptırım (die mildeste Sanktion)*” olarak kabul edilmektedir.²⁹ Ceza saklı tutularak yapılan adli tevbihin özelliği, sanığın (başlangıçta) cezalandırılmamasıdır. Sanık, sadece kusuru belirtilerek uyarılmaktadır.³⁰ Hükümlünün kişiliği, önceki yaşamı, koşulları ve cezanın ertelenmesi sonucunda hükümlü hakkında doğabilecek sonuçların göz önünde bulundurulacağına ilişkin StGB'nin 56. paragrafının 1. fıkrasında düzenlenen ertelemeye ilişkin hükümler, ceza saklı tutularak yapılan

²⁵ Güngör ve Okuyucu Ergün, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” 1954; Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 111; Yargıtay CGK., E.2008/10250, K.2009/13, 03.02.2009 sayılı kararında HAGB kurumunun maddi ceza hukuku yönünün ağır bastığı gerekçesiyle lehe kanun uygulanmasını kabul etmiştir.

²⁶ Ali Tanju Sarıgül, “Türk ve Alman Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 118, (2015): 132.

²⁷ Kanun metni için bkz. Gesetze im Internet, Erişim tarihi Eylül 20, 2024, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.

²⁸ Sarıgül, “Türk ve Alman Hukuku'nda,” 132-133.

²⁹ Hans Kudlich und Bernd von Heintschel-Heinegg, *BeckOK StGB* (München: Verlag C.H Beck, 2024), StGB § 59 Allgemeines Schrifttum; Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paefgen und Frank Saliger, *Strafgesetzbuch- NK-StGB* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023), StGB § 59 Rn. 1; Sarıgül, “Türk ve Alman Hukuku'nda,” 134.

³⁰ Gerhard Schäfer, Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung* (München: Verlag C.H. Beck, 2024), Rn. 88.

adli tevbih yönünden kıyasen uygulanacaktır. Denetim süresi sona erdikten sonra, ya bu uyarının sona erdirilmesine ya da StGB'nin 56f paragrafı uyarınca ertelenmiş bir cezanın iptal edilmesi gerekiyorsa, suçlunun saklı tutulan para cezasına çarptırılmasına karar verilecektir. Usul açısından bakıldığında, ceza saklı tutularak yapılan adli tevbihin, başlangıçta sadece geçici olarak var olan, ancak denetim süresinin sona ermesinden sonra kesinleşebilecek bir usul engelini temsil ettiği belirtilmektedir.³¹ Bu bağlamda, Alman hukukunda ceza saklı tutularak yapılan adli tevbih kurumu, bir maddi ceza hukuku normu olan erteleme özel bir görünümü biçimindedir.³²

Türk hukukunda ise daha önce bahsettiğimiz üzere HAGB kurumunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) değil, CMK'da düzenlenmiş olması HAGB'nin maddi ceza hukuku normu mu, yoksa ceza muhakemesi hukuku normu mu olduğu yönünde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bir normun ceza kanununda veya ceza muhakemesi kanununda yer almış olması ilgili normun ceza mı yoksa muhakeme normu mu olduğu konusunda kesin ölçüt değildir. Burada esas ölçüt normun amacıdır. Hangi davranışların ceza tehdidi ile yasaklandığını ve cezai sorumluluğun şartlarını tespit etmeye yarayan normlar, maddi ceza hukuku normudur. Bu normlar, devletin cezalandırma hakkının ya da yetkisinin doğmasının, değişmesinin veya sona ermesinin dayandığı koşulları belirlemektedir. Buna karşın, ihlâl durumunda buna yönelik müeyyidenin faile tatbikini sağlamaya yönelik faaliyetler öngören normlar ise ceza muhakemesi hukuku normudur.³³ Sonuç itibariyle devletin cezalandırma hakkı ve yetkisi kapsamında olan erteleme ve erteleme özel bir şekli olan HAGB kurumunun maddi ceza hukuku kapsamında olduğu ifade edilebilecektir.

Çalışma konumuz dışında kalması sebebiyle HAGB kurumunun uygulanma koşulları ve kararın sonuçlarına ilişkin ayrıntılı açıklama yapılmayacaktır.

³¹ Adolf Schönke und Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München: Verlag C.H. Beck, 2022), StGB § 59 Rn. 3.

³² Sarıgül, "Türk ve Alman Hukuku'nda," 134.

³³ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2023), 3.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLU

HAGB kararı esas itibariyle ceza hukukuna dair bir kurum olsa da idare hukuku kapsamında kalan disiplin soruşturmalarında, kamu görevlilerinin göreve alınması, görevle ilişkilerinin kesilmesi gibi birçok alanda etkisini göstermektedir.³⁴ Kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren söz konusu kurumun tatbiki ve hukuki denetimi son derece önemlidir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi HAGB, bünyesinde iki kararı barındıran bir kurumdur. İlk karar olan mahkûmiyet hükmü aleyhine henüz hukuken varlık kazanmaması sebebiyle başvurulacak bir kanun yolu bulunmamaktadır.³⁵ İkinci karar olan ve çalışma konumuzun esasını oluşturan HAGB kararına karşı ise kanun yolu açıktır. Çalışmanın devam eden kısmında hangi kanun yolunun HAGB kurumunun bünyesine daha uygun olduğu belirlenmeye çalışılacaktır.

A. İtiraz

HAGB kararında suç oluşturan fiil tespit edilir; ancak bu fiile ilişkin tespit hüküm olarak ilân edilmez. Bu anlamda, HAGB kararı verilebilmesi için öncelikle mahkûmiyet kararına hükmedilmesi ve bu hükmün kurulması gerekmektedir. Ancak, HAGB kararı hüküm niteliğine sahip değildir³⁶. HAGB kararları kesinleşmiş hüküm niteliğinde olmadığından, HAGB'ye karşı hükme karşı başvurulabilen istinaf veya temyiz gibi olağan kanun yollarına başvurmak mümkün değildir.³⁷ 7499 sayılı Kanun değişikliği öncesinde HAGB kararları bakımından öngörülmüş olan kanun yolu itiraz kanun yoluydu. CMK m.231'de

³⁴ İbrahim Keskin, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, no. 54 (Nisan 2023): 2.

³⁵ Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 72.

³⁶ Yar. CGK, E.2013/14-102, K.2014/12, 11.03.2014; Yar. 4. CD., E.2013/14-102, K.2014/128, 03.02.2020.

³⁷ Öğretide bir görüşe göre, HAGB kararı bakımından istinaf yolu kapalı olsa da HAGB'ye esas teşkil eden mahkûmiyet hükmünün istinaf edilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktaydı. Bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 1999; Anıl Akyıldız, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, (Özel Sayı) (2020): 82.

itiraz kanun yolu bağlamında özel bir düzenleme bulunmadığından HAGB kararlarına itiraz hâlinde CMK'nın itiraza ilişkin maddeleri uygulanmaktaydı. Bu noktada, itiraz kanun yolu hakkında genel bir bilgi vermenin ve HAGB'nin itiraz kanun yoluna tâbi olduğu dönemde öğretilerdeki tartışmaları ve uygulamadaki kararları incelemenin konumuzu aydınlatmak ve kanun değişikliği sonrası yeni düzenlemenin yerindeliği bakımından görüşümüzü belirtmek adına faydalı olacağını düşünmekteyiz.

1. İtiraz Kanun Yolu Hakkındaki Genel Bilgiler

İtiraz kanun yolu, CMK'nın 267 vd. maddelerinde “*Olağan Kanun Yolları*” arasında düzenlenen, hükümden önce verilen ve hâkim ve kanunda açıkça gösterilen hâllerde mahkemelerin ara kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yoludur.³⁸ İtiraz, henüz kesinleşmemiş olan hâkim ya da mahkeme kararlarında hata ya da hukuka aykırılık bulunması durumunda bu kararın daha yüksek bir makam tarafından fiili ve hukuki çerçevede incelenmesi ve denetlenmesini sağlamaktadır.³⁹ Mahkemelerin ara kararlarına kural olarak itiraz edilemese de mahkeme tarafından verilen, “hükme esas teşkil eden ve başka bir kanun yolu öngörülmemiş olan ara kararlar son kararlar birlikte istinaf kanun yoluna götürülebilmektedir.” (CMK m. 272/2).⁴⁰

³⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 760; Yalçın, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 269; CMK'da HAGB, seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulüne dair yapılan değişikliklerle itiraz konusunun kapsamı genişlemiştir. Açıklama için bkz. Uğur Ersoy, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no: 2 (2020): 862.

³⁹ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-2* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 254; Devrim Aydın, “Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 65, (2006): 63-64; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 33; Yıldırım, “Mayınlı Bir Alan,” 442; Değirmenci, “Yargı Kararları Çerçevesinde,” 80-81; Mustafa Yabanoğlu, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 106.

⁴⁰ Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 739.

Mehaz Alman Ceza Usul Kanunu (AICMK-StPO)⁴¹ §304/1’de de itiraz kanun yolu (*Beschwerde*), hüküm niteliği taşımayan mahkeme kararlarına veya istinaf mahkemesinin verdiği kararlara ve soruşturma aşamasındaki hâkim kararlarına karşı kanun açıkça muaf tutmadıkça başvurulabilen bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Tanıklar, bilirkişiler ve diğer kişiler de kendilerini etkileyen karar ve tasarruflara karşı itiraz kanun yoluna başvurabilirler (AICMK §304/2). Her ne kadar AICMK §304/1’de mahkeme kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmüş olsa da AICMK’nın 305. paragrafında itiraz kanun yolu mahkeme tarafından verilen kararlar bakımından sınırlanmış, hükme esas teşkil eden ön kararlara karşı itiraz kanun yoluna gidilemeyeceği; tutuklama, geçici gözaltı, el koyma, sürücü belgelerinin geçici olarak iptali, bir mesleği icra etmekten geçici olarak men etme veya idari ya da zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasına ilişkin kararların yanı sıra üçüncü tarafları etkileyen kararlara karşı ise itiraz yolunun saklı olduğu kabul edilmiştir. Ancak, hüküm ile maddi içerik ve zaman bakımından bağlantılı olan, istinaf veya temyiz aşamalarında incelenecek olgular, itiraz kanun yolunda incelenememektedir.⁴² AICMK böylelikle mahkeme tarafından verilen hükme karşı istinaf veya temyiz kanun yolları ile denetim sağlanabileceğinden, hüküm ile maddi içerik ve zaman bakımından bağlantılı mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurmamını engelleyerek bir karara karşı aynı anda iki farklı kanun yolu muhakemesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır.⁴³ CMK’da ise bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hükümden önce verilerek hakkında itiraz kanun yoluna başvurulabilecek kararların hüküm ile maddî içerik veya zaman bakımından bağlantılı olup olmamasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, CMK

⁴¹ Kanun metni için bkz. Gesetze im Internet, Erişim tarihi Eylül 2, 2024, <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>.

⁴² Ali Tanju Sarıgül, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 125 (2016): 61; Yıldırım, “Mayınlı Bir Alan,” 443; Değirmenci, “Yargı Kararları Çerçevesinde,” 81.

⁴³ Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, “Karar İncelemesi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, no. 2 (2013): 225; Sarıgül, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” 61.

m.272/2'de düzenlenen kural ile hükümle maddi içerik ve zaman bakımından bağlantılı olguların itiraz kanun yolu kapsamının dışında bırakıldığı dolaylı olarak kabul edilebilir.⁴⁴

Kanun yolu başvurusunda bulunmak, muhakeme sürecinde yayılma etkisi, durdurma etkisi (*Suspensiveeffekt*) ve aktarma etkisi (*Devolutiveffekt*) gibi etkiler yaratabilmektedir.⁴⁵ Çalışma konumuz bağlamında itiraz kanun yolunda değerlendirmemiz gereken etki aktarma etkisidir. Aktarma etkisi, hakkında kanun yolu başvurusunda bulunulan bir kararın denetim bakımından farklı ve yüksek dereceli bir merci tarafından değerlendirilmesini ifade etmektedir.⁴⁶ İstinaf ve temyiz kanun yolları bakımından aktarma etkisinin varlığı açıktır. Hukuk devleti ilkesi bağlamında bir yargılama makamının kararının hukuka aykırı olup olmadığını kararı veren mahkemeden farklı bir mahkemenin incelemesi gerekmekte ise de itiraz kanun yolu bakımından CMK m.268/2'de "*Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.*" denilerek bu kurala

⁴⁴ Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 81.

⁴⁵ Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht* (Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1968), 424; Ellen Schlüchter, *Das Strafverfahren* (Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983), 666; Gerhard Fezer, *Strafprozessrecht* (München: Verlag C. H. Beck, 1986), §19, Rn. 4; Werner Beulke, *Strafprozessrech*, (Heidelberg: Verlag C.F. Müller, 2005), §27, Rn. 534; Lutz Meyer-Goßner und Jürgen Cierniak, *Strafprozessordnung (StPO) mit GVG und Nebengesetzen-Münchener Kommentar* (München: Verlag C.H. Beck, 2010), §296, Rn. 2; Claus Roxin und Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (München: Verlag C. H. Beck, 2014), §53, Rn. 4; Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukukî Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nun İtiraz Yetkisi," *Ceza Hukuku Dergisi* 29 (Aralık 2015): 75; Mustafa Ruhan Erdem ve Cahide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 41; Cengiz Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 116; Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 677; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 738; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1175.

⁴⁶ Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 424; Fezer, *Strafprozessrecht*, §19 Rn. 4; Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, §53, Rn. 4; Meyer-Goßner, *Münchener Kommentar*, § 296, Rn. 17; Ersoy, "Hukukî Çare," 82; Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 41; Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 677; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1175; Ersoy, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama," 868; Aydın, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz," 62.

istisna getirilmiştir.⁴⁷ İtirazın başka bir merci tarafından incelenebilmesi için kararı veren mahkemenin yapılan itirazı yerinde görmeyerek itirazı incelemeye yetkili mercie göndermesi durumunda itiraz kanun yolunda aktarma etkisi ortaya çıkabilecektir.⁴⁸ CMK m.268/3'te itirazı incelemeye yetkili makamlara yer verilmiştir. CMK m.268/3-a'da "tutuklama ve adli kontrole ilişkin verilen kararlar hariç olmak üzere sulh ceza hâkimi tarafından verilen kararlara karşı itirazın başka bir sulh ceza hâkimliği tarafından" inceleneceği düzenlenmiştir. Bu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülse de AYM, anayasaya aykırılık olmadığını belirterek kararı veren merciden daha farklı bir merci tarafından kanun yolu incelemesi yapıldığı takdirde bu farklı merciin mutlaka daha yüksek görevli ya da üst düzeyde bir merci olmasının zorunlu olmadığını ifade etmiştir.⁴⁹

2. İtiraz Kanun Yolunda Denetimin Kapsamı

a. Öğreti ve Yargıtay İçtihatları Işığında Değerlendirme

İtiraz kanun yoluna başvurulması hâlinde kararı veren hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse vermiş olduğu kararı düzeltebilir, değiştirebilir ya da geri alabilir.⁵⁰

Ancak, "kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı yerinde bulmazsa en çok üç gün içerisinde kararını ve karar ile ilgili belgeleri itirazı incelemeye yetkili mercie

⁴⁷ Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 742.

⁴⁸ Turhan Tufan Yüce, "Ceza Muhakemeleri Usulünde İtiraz," *Adalet Dergisi* 53, no. 5-6 (1962): 497.

⁴⁹ AYM, E. 2014/164, K.2015/12, 14.01.2015: "İtiraz konusu kuralla, sulh ceza hâkimliklerince verilecek olan kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceği belirtilerek kişilere kanun yoluna başvurma hakkı tanınmış ve itirazı incelemeye yetkili merciler gösterilmiştir. Sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmamaktadır. Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikte kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu merciin yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir." (Erişim tarihi Eylül 29, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/12>).

⁵⁰ Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744.

gönderir.”⁵¹ “Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekil dinlenir.” (CMK m.271/1). “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.” (CMK m.271/2). “Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kural olarak kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.” (CMK m.271/4).

Önceki dönemde, itiraz merciin yapacağı incelemenin kapsamı konusunda kanunda özel bir düzenleme bulunmadığından HAGB kararları bakımından denetimin kapsamı konusunda da öğretide farklı değerlendirmeler bulunmaktaydı. İtiraz kanun yoluna gidildiğinde itiraz merciin kararları kesin olduğundan, HAGB kararına itiraz edilmesi hâlinde istinaf kanun yoluna gidebilmenin mümkün olup olmadığına; HAGB kararına esas teşkil eden mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların yeterli bir biçimde denetlenip denetlenmediğine dair tartışmalar mevcuttu.⁵²

Öğretide bir görüşe göre, itiraz kanun yolunda yapılan denetimde maddi gerçeğin araştırılması prensibi geçerli olduğundan, itiraz merci, itiraza konu kararı hem maddî hem de hukukî yönden denetlemeli ve verilen bu kararın hukuka uygun olup olmadığını tespit etmelidir.⁵³ İtiraz kanun yolunda kararın verilmesinde etkisi olan deliller ve maddî olgular ile hukukî durum beraber

⁵¹ Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 742. Karşıt görüşe göre ise, HAGB kararında bir hukuka aykırılık tespit edilmesi durumunda itiraz merci, gerekçesini de göstererek başka bir işlem yapmaksızın hükmü açıklamak üzere mahkemesine geri göndermek durumundadır. Bkz. Sarıgül, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması,” 71.

⁵² Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, no. 2, (2013): 283-284; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 732; Yabanoğlu, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 108.

⁵³ Veli Özer Özbek ve İsa Başbüyük, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine,” *Ceza Hukuku Dergisi* 21, (Nisan 2013): 8; Özbek ve Meraklı, “Karar İncelemesi,” 226; Yıldırım, “Mayınlı Bir Alan,” 444; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-2*, 256.

değerlendirilmelidir.⁵⁴ Bu bağlamda, itiraz merci mahkûmiyet hükmünün varlığı bakımından iki yönden araştırma yapacaktır: Birincisi, HAGB kararına esas teşkil eden mahkûmiyet hükmünün hukuka uygun olup olmadığı, verilmiş olan hükmün doğru olup olmadığıdır. İkincisi ise, mahkûmiyet kararının hapis cezasının miktar bakımından doğru olup olmadığıdır. Başka bir ifadeyle, HAGB'nin kapsamı dışında bir suç söz konusu olduğu hâlde HAGB kapsamında kabul edilmiş olup olmadığıdır.⁵⁵ Bu bağlamda, itiraz merci, HAGB kararına esas teşkil eden mahkûmiyet hükmünü hem sübuta hem de hukukî nitelendirmeye bağlı olarak değerlendirecektir.⁵⁶ Bu görüşte olan yazarlara göre, itiraz merci sübuta ilişkin değerlendirme de yaptığı için HAGB kararının kaldırılmasına karar verebilecektir. Bununla birlikte, itiraz merci sınırsız bir denetim yapamayacak, mahkemenin takdirine ilişkin durumlarda değerlendirme yetkisi bulunmayacaktır.⁵⁷ İtiraz merci, HAGB kararına yönelik itirazı kabul edecek ya da reddedecektir. İtirazın kabul edilmesi, açıklanması geri bırakılan hükme karşı istinaf ya da temyiz gibi kanun yollarının açılması anlamına gelecektir. İtirazın reddedilmesinin sonuçları ise itiraz merciin kararı kesin olduğundan HAGB kararının kesinleşmesi ve açıklanması geri bırakılan hükme karşı diğer kanun yollarının kapatılmasıdır.⁵⁸ HAGB kararlarının yalnızca şeklî olarak denetlenmesi durumunda HAGB'ye esas teşkil eden mahkûmiyet kararının açıklanmadığı sürece temyiz edilemeyeceğine dair uygulamanın mağdurun adalete erişimini kısıtladığı ve HAGB kararlarının hem şeklî hem de maddî açıdan denetime tâbi tutulması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁹

⁵⁴ Şahin, "Hükmün Açıklanmasının," 289; Özbek ve Başbüyük, "Hükmün Açıklanmasının," 8; Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 99; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1393; Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 854.

⁵⁵ Şahin, "Hükmün Açıklanmasının," 289.

⁵⁶ Şahin, "Hükmün Açıklanmasının," 289-290.

⁵⁷ Şahin, "Hükmün Açıklanmasının," 290; Kumbasar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 227.

⁵⁸ Şahin, "Hükmün Açıklanmasının," 292.

⁵⁹ Özbek ve Başbüyük, "Hükmün Açıklanmasının," 17; Özbek ve Meraklı, "Karar İncelemesi," 230.

Buna karşın başka bir görüş ise itiraz merciin HAGB'nin koşulları ile sınırlı bir inceleme yapması gerektiğini savunmuştur.⁶⁰ Bu görüşte olan yazarlara göre, denetim süresinin iyi hâlli geçirilmesi ve HAGB ile getirilen yükümlülüklerle uyulması durumunda verilecek olan düşme kararına ve aksinin gerçekleşmesi durumunda açıklanacak olan mahkûmiyet hükmüne karşı kanun yolları açık olduğundan burada hak özgürlüğünün ihlâli söz konusu olmayacaktır.⁶¹ Yine, bu görüşü savunan yazarlar, itiraz incelemesi yapan merciin duruşma yaparak birebir delillerle temas etmediğini, bu yüzden esasa yönelik bir inceleme yapılmasının doğru olmadığını söyleyerek görüşlerini gerekçelendirmektedir.⁶² Yazarlar, itiraz kanun yolu merciine istinaf kanun yolu merciin yetkilerini devretmenin pek çok sakıncayı beraberinde getireceğini belirtmektedir.⁶³

HAGB kararına itiraz edilmesi durumunda Yargıtay da itirazı incelemeye yetkili makamın HAGB kararının yalnızca şeklî bir inceleme mi, yoksa hem şeklî hem de maddî yönden bir inceleme mi yapması gerektiği noktasında birbirinden farklı kararlar vermiştir. HAGB'nin uygulanmaya başladığı ilk dönemlerde, itirazı incelemeye yetkili olan makamın yalnızca HAGB'nin şeklî şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında sınırlı bir inceleme yapması gerektiğine, hükümdeki olası hukuka aykırılıklara yönelik olarak bir inceleme yapamayacağına ilişkin kararlar verilmiştir.⁶⁴ Yargıtay'ın bu dönemde verdiği kararlara göre, itiraz merci yalnızca

⁶⁰ Sevinç Olgun, "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," *Terazi Hukuk Dergisi* 22 (Haziran 2008): 66; Hamide Zafer, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Yapılacak İtirazın İncelenmesi Usulü (Ceza Muhakemesi Kanunu m.231/12)," *İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan* (2011): 854-855; Bahattin Aras, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar," *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 22 (Haziran 2008): 83; Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 277.

⁶¹ Kumbasar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 233.

⁶² Ali İhsan İpek, "İtiraz Mercii, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları Açısından Esastan Denetim Yapabilir mi? (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.01.2013 tarih ve E. 2012/10-534, K. 2013/15 Sayılı Kararın Değerlendirilmesi)," *Terazi Hukuk Dergisi* 8, no. 86 (Ekim 2013): 60; Sarıgül, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 66; Yabanoğlu, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 109.

⁶³ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 882; Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 277.

⁶⁴ Yar. 4. CD, E.2008/19326, K.2009/2363, 11.02.2009; Yar. CGK, E.2009/3-64, K.2009/83, 07.04.2009.

suça ve sanığa ilişkin şartlar itibariyle bir denetim yapacaktır, hükmün esasına yönelik bir denetim söz konusu olmayacaktır. Aynı zamanda, HAGB kararı Yargıtay tarafından son karar olarak nitelendirilmediğinden açıklanmayan mahkûmiyet hükmüne karşı temyiz kanun yoluna gitme imkânı da kalmamaktadır.⁶⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu dönemde vermiş olduğu bir kararında, “*Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır.*” diyerek HAGB kararları bakımından yalnızca CMK m.231’de öngörülen nesnel koşulların oluşup oluşmadığı noktasında bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiş ve bu görüş özel daireler tarafından da benimsenmiştir⁶⁶.

⁶⁵ Yar. 5. CD., E.2011/1880, K.2011/9649, 07.07.2011.

⁶⁶ Yar. CGK, E.2009/13, K.2009/12, 03.02.2009: “...İtiraz yasa yolu, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yönünden kabul edildiğinden itiraz merciin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar ve onun içeriği ile ilgili bir inceleme yapma yetki ve görevi bulunmaktadır. Bunun dışında açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmüne yönelik (mahkûmiyet kararının esasına ilişkin) bir inceleme yapması olanaklı değildir. Mahkûmiyet kararının bünyesine dahil olan hususlar itiraz yasa yolu ile incelenemez. Aksi durum, temyiz merciinin görevinin itiraz merciince yerine getirilmesine neden olur. Ayrıca, Yasanın 305. maddesinde bazı hükümler, kanun maddesinde öngörülen ceza miktarları veya hükümde yer alan ceza miktarları nedeniyle kesin nitelikte görülmüş, bu tür kararların olağan yasa yolu olan temyiz incelemesine tabi bulunmadığı öngörülmüştür. Bu hükümlerin ancak olağanüstü yasa yolu olan kanun yararına bozma yolu ile incelenebileceği kabul edilmiştir. Yasanın 267 ve devamı maddelerinde itiraza tabi olan kararlar yönünden CMUK'nun 305. maddesine benzer bir sınırlama getirilmemiştir. İtiraz üzerine, açıklanmayan mahkûmiyet hükmünün incelenebileceğinin kabulü, CMUK'nun 305. maddesi uyarınca temyiz edilemez nitelikteki-kesin hükümlerin itiraz yasa yolu ile incelenmesini mümkün hale getirir. Bu ise CMUK'nun 305. maddesi hükmü ile çelişir ve hukuka aykırı olur. İtiraz yasa yolunun sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yönünden kabul edilmiş olması nedeniyle itiraz üzerine kararı veren mahkemenin ve itiraz merciinin yetkisi bu karar ile sınırlı olacaktır. Bu bağlamda, itiraz yasa yolunda yapılacak inceleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin koşulların bulunup bulunmadığı ve hükmün açıklanmasına ilişkin kararda hukuka aykırılık olup olmadığı hususları ile sınırlıdır. İtiraz yasa yolu ile; hükmün açıklanmasının geri bırakılması için maddenin 6. fıkrasında belirtilen koşulların bulunup bulunmadığı, mahkûmiyet hükmündeki cezanın tür ve miktar olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalıp kalmadığı (2 yıl ve altında hapis cezasına hükmedilip hükmedilmediğini) incelenebilir...” Ayrıca bkz. Yar. 13. CD., E. 2011/15774, K. 2011/8015, 28.11.2011 (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 9, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>).

Yargıtay bu yaklaşımını 22/01/2013 tarihinde verilmiş olan bir kararla değiştirmiştir.⁶⁷ Bu kararda Yargıtay öğretide yapılan eleştirilerle paralel olarak "İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da TCK'nun 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir." demiştir. Bu içtihadın yalnızca uyuşturucu madde suçlarında verilen kararlara itiraza ilişkin olduğu, HAGB kararına ilişkin itiraz meselesinde uygulanmayacağı belirtilerek birtakım Yargıtay özel daireleri tarafından itiraz mercilerinin esas yönünden bir inceleme yapamayacağına dair kararlar verilmiş⁶⁸ ise de Yargıtay Ceza Genel Kurulu birçok kararında itiraz merciiin yalnızca HAGB'nin nesnel koşulları bakımından değil, aynı zamanda maddi yönden de inceleme yapması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹ İtiraz merciiin hem maddi hem de şekli yönden inceleme yapması gerektiğine dair bu uygulama isabetli olmuştur. Zira, itiraz merciiin yalnızca HAGB'nin nesnel koşullarının varlığına yönelik bir inceleme yapması durumunda HAGB'ye esas teşkil eden mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıklar, hüküm açıklanmadığı müddetçe

⁶⁷ Yar. CGK, E.2012/10-534, K.2013/15, 22.01.2013.

⁶⁸ Yar. 11. CD., E.2013/25594, K.2014/3461, 16.02.2014; Yar. 6. CD., E.2013/32810, K.2013/2548, 18.12.2013; Yar. 11. CD, E.2016/9684, K.2016/7622, 16.11.2016. Öğretide de söz konusu Yargıtay CGK. kararına konu uyumsuzluğun TCK'nun 191. maddesi uyarınca verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin karara yapılan itiraza yönelik olduğu, açıklamaların da bu kapsamda yapıldığına dair görüş bulunmaktadır. Bkz. Halil Çıgılı, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Merciiinin Yetkileri," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5, no. 18 (Temmuz 2014): 404.

⁶⁹ Yar. CGK., E.2012/6-1452, K.2014/195, 15.04.2014; Yar. CGK., E.2017/5.MD-621, K.2018/476 sayılı kararı, 25.10.2018; Yar. CGK., E.2017/5.MD-620, K.2019/704, 10.12.2019; Yar. CGK., E.2016/7-1413, K.2019/48, 20.06.2019; Yar. CGK., E.2016/11-1150, K.2020/148, 03.03.2020; Yar. CGK., E.2017/5.MD-1119, K.2020/34, 13.06.2020.

incelenmeyecektir. Yargıtay, bu içtihatla birlikte itiraz mercii bir anlamda istinaf mahkemesi yetkilerine sahip kılmıştır.⁷⁰

Alman hukukunda da itiraz merci hem hukuki hem de maddi denetim yapmaktadır.⁷¹ Maddi olguların da denetimi yapıldığı için yeni maddi olgular ileri sürülebilir ve itiraz mahkemesi tarafından dikkate alınabilir.⁷²

7499 sayılı Kanun değişikliği öncesindeki dönemde bir diğer tartışma ise, HAGB'ye itiraz edilmesi durumunda itiraz merciin yalnızca HAGB'nin yasal koşullarını mı, yoksa ilk hükmü veren mahkemenin hukuki değerlendirmelerini de denetleyip denetlemeyeceği yönünde olmuştur.⁷³ Bu dönemdeki tartışmaların çözümü ise şu şekilde olmuştur: CMK m.271/ 2'de yer alan "İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir" biçimindeki hüküm değerlendirildiğinde, itiraz merci, öncelikle HAGB kararının verilmesi gereken koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini (somut ceza sınırı, mağdurun zararının giderilip giderilmediği, sanığın önceden kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olup olmadığı gibi) denetleyecektir. İtiraz merci aynı zamanda maddi olguları da denetleyebildiğinden aslında HAGB kararı verilmemesi gerektiği; mahkûmiyet kararı dışında bir karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığı takdirde HAGB kararını ve açıklanması geri bırakılmış olan hükmü kaldırarak yeni bir hüküm kurabilecektir.⁷⁴ Yine, itiraz merci, ilk derece mahkemesinin suçu hatalı vasıflandırdığına dayanarak HAGB kararını kaldırabilecektir.⁷⁵ HAGB kararına yapılan itiraz sonucunda hükmü veren mahkeme, itiraz gerekçelerini yerinde görürse HAGB kararını kaldıracak ve HAGB'ye bağlı esas mahkûmiyet hükmü

⁷⁰ Uğur Ersoy, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama," 862. İtiraz merciine esasa girme yetkisinin verilmesinin itiraz mercii temyiz yetkisine sahip Yargıtay'ın yerini almasına yol açacağı için sakıncalı bulan görüş için bkz. Çığlı, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 411.

⁷¹ Meyer-Goßner und Cierniak, *Strafprozessordnung*, §304, Rn. 3.

⁷² Meyer-Goßner und Cierniak, *Strafprozessordnung*, §304, Rn. 3.

⁷³ Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 512.

⁷⁴ Özbek ve Meraklı, "Karar İncelemesi," 229.

⁷⁵ Yıldırım, "Mayınlı Bir Alan," 453.

sonuç doğuracaktır. Mahkemenin HAGB kararını kaldırması hâlinde esas mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf kanun yolu açılmış olacaktır.⁷⁶

Öğretide HAGB kararının kaldırılmasından sonra itiraz merci tarafından açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanıp açıklanmayacağı konusunda da farklı görüşler bulunmaktaydı.⁷⁷ Bir görüş, itiraz mercinin kanuna aykırı gördüğü hususları belirterek hükmün asıl mahkemesine gönderilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁸ Bu görüşteki yazarlara göre, merciin itiraz üzerine verdiği kararlar kesin olduğu için dosyanın esas mahkemesine gönderilmesi durumunda karara direnme hakkı bulunmamaktadır.⁷⁹

Başka bir görüşe göre, itiraz merci hükmü açıklayacaksa duruşma açmalı ve hükmü tefhim etmeli veya hükmün açıklanmasına karar vererek dosyayı hükmü açıklamak üzere mahkemesine göndermelidir.⁸⁰

Diğer bir görüşe göre ise, merci hükmü kendisi açıklamalı, dosyayı ilk hükmü veren mahkemeye göndermemelidir.⁸¹ CMK m.271/2'de yer alan düzenleme uyarınca itirazı inceleyecek olan merci, kararına itiraz edilen merciin yerine geçerek bir karar vermeli, dosyayı geri göndermemelidir.

AICMK §309/2'ye göre, itirazın haklı bulunması hâlinde, itiraz merci aynı zamanda esasa ilişkin gerekli kararı da verecektir. Bu nedenle, itiraz makamı, itiraza konu olan kararı kaldırdıktan sonra itiraz konusu hakkında bir karar verecektir. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemeye dosyayı geri göndermeyecektir.⁸² AICMK §309'da itirazı inceleyecek merciin dosyayı ilk

⁷⁶ Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 99.

⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 94.

⁷⁸ Yıldırım, "Mayınlı Bir Alan," 455-456; Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 514; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 733; Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 280.

⁷⁹ Yıldırım, "Mayınlı Bir Alan," 457; Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 514.

⁸⁰ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 882.

⁸¹ Özbek ve Meraklı, "Karar İncelemesi," 227; Rezan Epözdemir, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 332.

⁸² Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 744; Öztürk et al., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 697; Özbek ve Meraklı, "Karar İncelemesi," 227.

mahkemesine gönderip göndermeyeceği konusunda bir düzenleme ise yapılmamıştır. Ancak, dosyanın kararına itiraz edilen alt mahkemeye gönderilmesine çok istisnai sınırlı durumlarda imkân sağlanabileceği kabul edilmektedir.⁸³ Dosyanın ilk hükmü veren mahkemeye geri gönderilmesine kararın gerekçe içermemesi⁸⁴ veya uygun şekilde alınmamış olması⁸⁵ nedeniyle izin verilebilmektedir. Tutuklama durumunda ise AİHS'in m.5/4'te öngörülen *"Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."* şeklinde düzenlenen hızlandırma ilkesi genellikle uygulamada geri göndermeyi engellemektedir.⁸⁶ Ayrıca, itiraz dilekçesinin maddi olgu denetimi yapılmaksızın reddedilmesi gereken durumlar olduğu takdirde, itirazın ilk hükmü veren mahkemeye gönderilmesi mümkün olmayacaktır.⁸⁷ Yani, itiraz dilekçesinin kabul edilebilirliği bağlamında yapılan değerlendirmede süre, dava ehliyeti ve konu bakımından kabul edilemez olduğu gerekçesiyle itiraz incelemesinde esasa girilmeyecek ve itiraz reddedilecektir.⁸⁸

Bu dönemde ortaya çıkan sorunlardan biri de hem itiraz edilerek kesinleşen hem de itiraz edilmeksizin kesinleşen HAGB kararlarının olağanüstü kanun yollarından biri olan kanun yararına bozmaya konu edilip edilmeyeceğidir.⁸⁹ Kanun yararına bozma, "hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen" kararlara karşı başvurulmuş bir olağanüstü kanun yoludur (CMK m.309). Kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmesi için hâkim ya da mahkeme tarafından verilen bir karar veya

⁸³ Meyer-Goßner und Cierniak, Strafprozessordnung, §309, Rn. 7, BGH NJW 64, 2119; Düsseldorf NJW 02, 296.

⁸⁴ KG StV 86, 142; Scheswig SchIHA 85, 120; Oldenburg NJW 71, 1098.

⁸⁵ Karlsruhe VRS 68, 360.

⁸⁶ EGMR StV 08, 475 480, mit Anm.Hagmann und Pauly, Rn. 73.

⁸⁷ Meyer-Goßner und Cierniak, Strafprozessordnung, §309, Rn. 10.

⁸⁸ Sarıgül, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 61.

⁸⁹ Özbeke ve Başbüyük, "Hükmün Açıklanmasının," 11.

hüküm bulunmalı⁹⁰; bu karar veya hükümde hukuka aykırılık tespit edilmiş olmalı ve karar veya hüküm istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş bir karar veya hüküm olmalıdır.⁹¹ Yargıtay CGK tarafından verilen bir karara göre, kanun yararına bozma yolunda yapılan inceleme yalnızca HAGB'nin nesnel koşullarına yönelik olmalıdır, çünkü, hukuken varlık kazanmış ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı yoktur ve bu yüzden açıklanması geri bırakılmış mahkûmiyet hükmünün kanun yararına bozma yoluyla denetlenmesi söz konusu değildir⁹². Bu nedenle, HAGB kararının içeriğine dahil olan hukuka aykırılıkların kanun yararına bozma yoluyla denetlenmesi mümkün değildir; çünkü, kanun koyucu HAGB'ye esas teşkil eden mahkûmiyet hükmünün temyizen incelenmesini dahi yasaklamışken, henüz hukuken varlık kazanmamış

⁹⁰ Yar. 12. CD., E.2020/688, K.2020/2170, 01.07.2020.

⁹¹ Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 255; Apaydın, *Kanun Yolları*, 232; Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 758; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 816.

⁹² Yar. CGK., E.2009/64 K.2009/83, 07.04.2009: "...Bu kapsamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz yasayoluna tabi bulunması nedeniyle, gerek itiraz edilerek gerekse itiraz yasayoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi hâlinde olağanüstü bir yasayolu olan yasa yararına bozma konusu yapılabileceğinden kuşku bulunmamaktadır. Ancak yasa yararına bozma yasayolunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı denetlenebilecek, bu kapsamda, 5271 sayılı Yasanın 309. maddesinde aleyhe bozma yasağının sadece davanın esasını çözümlen hükümlerle sınırlı olarak kabul edilmesi nedeniyle verilen karar 5271 sayılı Yasanın 5-14. fıkralarındaki koşullar kapsamında denetlenecek, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı, ceza miktarı, daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun İnkılap Yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı, askeri ceza yasası ile 15 yaşından büyükler açısından 3713 sayılı Yasa kapsamındaki suçlardan olup olmadığı ve denetim süresinin doğru tayin edilip edilmediği, gibi hususlar denetlenerek, saptanan bu hukuka aykırılıklar nedeniyle karar bozulacak, saptanan hukuka aykırılıkların yeni bir yargılamayı gerektirdiği ahvalde yeniden yargılama yapılarak, karardaki hukuka aykırılığın giderilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine karar verilecek, yargılama gerekmeyen ahvalde ise hukuka aykırılık Yargıtay ilgili ceza dairesince veya Ceza Genel Kurulunca giderilecektir. Ancak burada unutulmaması gereken husus bu yasayolunda denetlenenin hüküm olmayıp, bu hüküm üzerine inşa edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olduğudur..." (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>).

hükümdeki hukuka aykırılıkların bu yolla incelenemeyeceği açıktır.⁹³ Ancak, kanaatimizce, itiraz merciin esas yönünden de bir denetim yapacağı fikrinden hareketle, kanun yararına bozma yolunda itiraz merciin kararı denetleneceği için HAGB kararına esas teşkil eden mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların da dolaylı bir biçimde incelenmiş olacağı kabul edilmelidir.⁹⁴

İtiraz merci hem maddî hem de şeklî anlamda inceleme yaptığına göre, bu noktada incelenmesi gereken diğer bir konu, itiraz merciin yapılan itiraz incelemesi sonucunda ilk hükmü veren mahkemeden daha ağır bir ceza verip veremeyeceği, yani, aleyhe değiştirme yasağının uygulanıp uygulanamayacağıdır. Öğretide, itiraz kanun yolu bakımından aleyhe değiştirme yasağının uygulama alan bulamayacağına, sanık lehine başvurulmuş olsa bile sanığın aleyhine kararın değiştirilebileceğine dair görüşler⁹⁵ bulunmaktadır. Bununla birlikte, bazı görüşler⁹⁶ ise itirazın da bir kanun yolu olduğunu ve aleyhe değiştirme yasağı kanun yoluna ilişkin genel hükümler arasında düzenlendiğinden aleyhe değiştirme yasağının itiraz kanun yolunda da geçerli olduğunu savunmaktadır.⁹⁷ Alman öğretisinde de itiraz kanun yolu bakımından

⁹³ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 3*, 2003; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 858.

⁹⁴ Aynı yönde bkz. Yıldırım, "Mayınlı Bir Alan," 464-465.

⁹⁵ Ahmet Hulusi Akkaş, "Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolunun Teorik Çerçevesi.", Kamu Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu – I, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi 1, no. 2, (2019): 66; Sarıgül, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 81; Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 515.

⁹⁶ Seydi Kaymaz, "Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı," Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, no. 2, (2013): 1416-1417; Süleyman Emre Özdemir, *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 168; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 856; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 733; Yabanoğlu, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 114.

⁹⁷ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 383. Öğretide Özen'e göre, kanun yollarına ilişkin genel hüküm olan CMK m.265'teki düzenlemeden hareketle itiraz kanun yolunda da aleyhe değiştirme yasağının uygulanabileceği söylenebilir, bu nedenle itiraz kanun

aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmadığı savunulmaktadır.⁹⁸ Bunun nedeni, kanunun yalnızca temyiz, istinaf ve yargılamanın yenilenmesi bakımından aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili hukmler içermesi ve itirazda bulunan kişinin aleyhe değiştirme yasağından ne zaman yararlanacağını yalnızca kanun koyucunun belirlemesi gerektiğidir.⁹⁹ Bunun istinasını ise yalnızca hukuki sonuçları nihai olarak belirleyen ve maddi anlamda kesin hukm teşkil eden kararlar oluşturmaktadır.¹⁰⁰

Bizim de katıldığımız görüşe göre, aleyhe değiştirme yasağının hangi kanun yolları çerçevesinde uygulama alanı bulduğu CMK'da belirtilmiştir (istinaf, temyiz, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi) ve aleyhe değiştirme yasağına ilişkin hukmler CMK'da istisna niteliğinde olduğundan kıyasa tibi değildir, yani, itiraz kanun yoluna ilişkin hukmlerde aleyhe değiştirme yasağı uygulanmayacaktır.¹⁰¹ Böylelikle, HAGB kararına yapılacak itiraz neticesinde itiraz merci, itiraza konu hukmden daha ağır bir karar verebilecektir. Yargıtay ise bir kararında, aleyhe değiştirme yasağının itiraz kanun yolunda geçerli olup olmadığını değerlendirmiş, HAGB kararına itirazda aleyhe değiştirme yasağının uygulanması gerektiğini, aleyhe değiştirme yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁰²

yoluna ilişkin özel düzenlemede böyle bir hükme yer verilmelidir. Bkz. Mustafa zen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayinevi, 2024), 968.

⁹⁸ Meyer-Goşner und Cierniak, *Strafprozessordnung*, §304, Rn. 5; Schlüchter, *Das Strafverfahren*, 663.

⁹⁹ Meyer-Goşner und Cierniak, *Strafprozessordnung*, §304, Rn. 5.

¹⁰⁰ Meyer-Goşner und Cierniak, *Strafprozessordnung*, §304, Rn. 5.

¹⁰¹ Ersoy, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama," 864-865.

¹⁰² Yar. 14. CD., E.2017/7422, K.2018/7718, 24.12.2018: "...5271 sayılı CMK'nın 231/12. maddesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, 5271 sayılı CMK'nın 267 ile 271. maddeleri arasında düzenlenen ve olağan kanun yollarından olan itiraz kanun yoluna tabi olduğu, Ceza Muhakemesi Kanununda itiraza ilişkin düzenlemeler arasında ceza miktarı yönünden karar verme yasağına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, aleyhe bozma yasağına ilişkin olarak düzenlemenin, olağan kanun yollarından olan temyize ilişkin hukmlerin yer aldığı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326. maddesinin 4. fıkrasında ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 307/4. maddesinde belirtildiği, bununla birlikte ceza hukukunda kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak yasaklanan ve kanunda

b. AYM'in Yaklaşımı

HAGB ve HAGB kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları ile ilgili süreci Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından verilen kararlar belirlemiştir.

İlk olarak ele alınması gereken karar, *Atilla Yazar ve Diğerleri* kararıdır.¹⁰³ Bu kararda AYM, HAGB kararlarına karşı kanun yolu olarak itirazın benimsenmesinin “başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel haklara ilişkin” kanun koyucunun ulaşmaya çalıştığı hedeflere engel olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, itiraz mercilerinin verdikleri kararların “dosya üzerinden yeknesak bir şekilde” ve çoğunlukla yalnızca HAGB'nin şekli koşulları yönünden değerlendirildiğini, genel olarak “derece mahkemelerince verilen kararlarda hukuka aykırılık tespit edilmediğini ve bu nedenle itirazın reddedildiğini bildiren gerekçelerden oluştuğunu” tespit etmiştir. “Mevcut uygulamanın ihlalleri önlemede açıkça yetersiz kaldığını, temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edildiği iddialarının öncelikle olağan yasa yolları ile çözüme kavuşturulması için (itiraz yolunun etkinleştirilmesi ya da istinaf/temyiz kanun yollarının açılması gibi) birtakım yasal düzenlemeler yapılması” gerektiğini belirtmiştir.

açıkça suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilin, kanunda yer alan ve söz konusu fiile en çok benzeyen suça ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle cezalandırılması şeklinde tezahür edebilecek kıyas metodunun ceza hukukunun aksine ceza muhakemesi hukukunda kural olarak serbest olduğu ve ceza muhakemesi hukukunda genişletici yorum yapılabileceği gözetildiğinde aleyhe bozma yasağının düzenlediği 5320 sayılı Kanunun 8. Maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 326/son maddesinin, itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün olduğundan, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhine yalnızca sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğu, bu sebeple aleyhe değiştirme (bozma) yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...”. Karara karşı oy yazısında ise “...kısıtlı bir kanun yolu olan ve yargılama aşamasında çıkabilecek usuli sorunları çözüme amacına dayanan itiraz müessesesi davanın esasını çözen kanun yolları olan istinaf ve temyiz kanun yoluyla aynı kapsamda değerlendirilemez. Çünkü aleyhe bozma yasağı yalnızca sonuç ceza bakımından geçerli olup itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün değildir. Aleyhe bozma yasağı sadece istinaf ve temyiz kanun yoluna hasredilen özel bir hükümdür...” (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>).

¹⁰³ Atilla Yazar, Başvuru No: 2016/1635, 05.07.2022, (Erişim tarihi Eylül 2, 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/1635>).

AYM, daha sonra, 2022 yılında, HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulduğu takdirde, kanun yoluna başvuran kişilerin “iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu olmadığını, bu durumun da temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfî davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlâl ettiğini” belirterek CMK m.231/12'deki “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.” hükmünün iptaline karar vermiştir.¹⁰⁴ Mahkeme, bu fıkranın Anayasa'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40. maddesine aykırılık teşkil ettiğini ve HAGB kararına yapılan itirazın itirazı incelemeye yetkili merci tarafından hem şeklî hem de maddî yönden olması gerektiğini, etkili başvuru hakkına vurgu yaparak belirtmiştir. Böylece, eski dönemlerde yapılan tartışmalar ortadan kalkmış, 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun¹⁰⁵ ile yapılan değişiklik neticesinde, HAGB kararlarına itiraz edilebileceği ve itiraz merciin karar ve hükmü usul ve esas yönünden inceleyebileceği hususu maddeye eklenmiştir. Buna göre, itiraz merci hem HAGB'nin uygulanma esaslarına ilişkin inceleme yapacak, hem de HAGB'nin verilmesine neden olan mahkûmiyet hükmünü de esas yönünden inceleyerek hükümde bir hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde gerekçesini de göstererek gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderecektir.

Kanundaki bu değişiklik yürürlüğe girdikten sonra AYM, HAGB ile ilgili bir karar daha vererek bu defa maddenin tümünün iptaline hükmetmiştir.¹⁰⁶ Kararda özetle; hakkında HAGB kararı verilmesini kabul eden sanık hakkında itiraz kanun yoluna başvurma hakkının doğmasıyla sanığın istinaf kanun yoluna başvurma

¹⁰⁴ AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20.07.2022, (Erişim tarihi Eylül 13, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-88-nrm.pdf>).

¹⁰⁵ RG. 05.04.2023, S. 32154.

¹⁰⁶ AYM, E.2022/120, K.2023/107, 01.06.2023 (Erişim tarihi Eylül 13, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-107-nrm.pdf>). Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

hakkından feragat ettiği; henüz hüküm kurulmamışken HAGB kararının verilmesini isteyip istenmediği sorulan sanığın iradesinin sağlıklı olamayacağı için bu feragatin anayasal geçerlilik koşullarını sağlamadığını¹⁰⁷ belirtilmiştir. Yine, “HAGB’nin kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını engellemekte yetersiz kaldığı ve ifade özgürlüğü ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi bazı temel hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğunu, HAGB kararı verilmesinin mağdurlar bakımından yeterli bir onarım sağlamadığını, failerin cezadan muaf tutulmasına yol açtığını” belirterek HAGB’ye dair kuralların Anayasa’nın 17. maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştür. AYM, sonuç olarak, CMK m.231/5’in birinci cümlesinde yer alan “*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.*” şeklindeki kuralın Anayasa’nın 13, 17, 35 ve 36. maddelerine aykırı görerek iptaline, CMK m.231/5’in birinci cümlesinin iptali sebebiyle uygulanma olanağı kalmayan ilgili fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralarının iptallerine karar vermiştir.

AYM’in bu iptal kararı sonrasında 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰⁸ ile CMK’da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile, 01/06/2024 tarihinde ve sonrasında verilecek ve istinaf kanun yoluna başvurulabilir nitelikteki HAGB kararları bakımından istinaf kanun yoluna başvuru yolu açılmıştır. Bu tarihten itibaren verilen HAGB kararlarına karşı, istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. CMK m.231/12 uyarınca “*272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında 286 ncı madde hükümleri uygulanır. 272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye*

¹⁰⁷ AYM’in feragat ile ilgili belirttiği koşullar, AİHM kararlarında da yer almaktadır. AİHM, AİHS’in 6. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı gibi bazı unsurlarından feragat edilebileceğini, ancak bu feragatin özgür iradeye dayanması gerektiğini belirtmektedir. Deewer v. Belçika, Başvuru No: 6903/75, 21.02.1990, §49 (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 8, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int>). Ayrıntılı bilgi için bkz. Canpolat, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı,” 1283-1284.

¹⁰⁸ RG. 12.03.2024, S. 32487.

mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde temyiz yoluna gidilebilir. İstinaf ve temyiz yolunda karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenir."

İstinaf incelemesi sonrasında Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) tarafından verilen kararlar hakkında CMK m.286 uygulanacaktır. Bu bağlamda, BAM tarafından verilen HAGB kararları bakımından temyiz edilebilirlik değerlendirmesi CMK m.286 hükümleri uyarınca yapılacaktır. Temyiz edilemeyecek nitelikteki hükümlerle ilgili olarak verilen HAGB kararları temyiz edilemezken, temyiz edilebilir nitelikteki hükümlere ilişkin HAGB kararları temyiz edilebilecektir.¹⁰⁹

CMK'nın 272. maddesinin 3. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, HAGB'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla BAM veya ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde temyiz yoluna gidilebilecektir.

c. Sanığın Kabul Şartının Kanun Yoluna Etkisi

7499 Sayılı Kanun'un 15. maddesi ile öngörülen yeni düzenleme ile HAGB'nin uygulanabilmesi için artık sanığın kabulü şartı aranmayacaktır. CMK'nın değişiklikten önceki 231. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesinde ise HAGB kararı verilmesine ilişkin öznel bir şart bulunmaktaydı. Buna göre, sanığın kabul etmemesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememekteydi. CMK m.231/6'ya sanığın kabul şartını ekleyen 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesine ilişkin Adalet Komisyonu Raporu'nda "*Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna mürracaat hâlinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir.*" şeklinde hükmün düzenleniş amacı belirtilmiştir.¹¹⁰

¹⁰⁹ Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 719.

¹¹⁰ Taner, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin," 293.

Bu dönemde öğretide HAGB uygulanmasını kabul etmeyen sanığın bundan sonra itiraz kanun yoluna gidemeyeceğine dair görüşler mevcuttu. Bu görüşte olan yazarlara göre, sanık HAGB uygulanmasını kabul edince daha etkin bir kanun yolu olan istinaf hakkından feragat etmiş olmaktadır.¹¹¹

AYM, 26.03.2013 tarihli Ali Gürsoy başvurusu¹¹² kararında, başvurunun yargılamanın sonunda beraat kararı verilmemesi durumunda lehe hüküm olduğu için HAGB'yi kabul etmesinden hareketle yargılamanın sonunda eksik inceleme gerekçeli "mahkûmiyet kararının temel hakları ihlâl ettiğine dair iddianın başvurunun talebi üzerine HAGB ve temyiz kanun yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvurunun tercih etmediği gerekçesiyle başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna" karar vermiştir. Yine, Mahkeme, 01.06.2023'te HAGB hükümlerinin iptaline dair verdiği kararda da¹¹³ "HAGB kararı verilen yargılamalar bakımından 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca itiraz kanun yolu kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle istinaf kanun yoluna tâbi olması öngörülen bir yargılama sanığın HAGB kararı verilmesini kabul etmesiyle itiraz yoluna tabi hâle gelmektedir. Sanık, hakkında HAGB kararı verilmesini kabul etmekle birlikte istinaf kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmektedir." diyerek aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

Bu görüşün katı bir şekilde uygulanmasının doğru olmadığını düşünen yazarlara göre ise, kendisini müdafî ile savunmamış bir sanığın HAGB kararının

¹¹¹ Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 845; Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 166.

¹¹² Ali Gürsoy, Başvuru No: 2012/833, 26.03.2013, (Erişim tarihi Eylül 14, 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/833>).

¹¹³ AYM, E.2022/120, K.2023/107, 01.06.2023, §36. Ayrıca bkz. "Anayasa'nın 36. maddesi veya diğer herhangi bir maddesi kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden feragat edilmesini yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla kişilerin mahkeme hakkından feragat etmesi kural olarak Anayasa'ya aykırı olmaz. Ne var ki adil yargılanma hakkının güvencelerinden feragat edilmesinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için feragat iradesinin açık olmasının ve sonuçlarının kişi yönünden makul olarak öngörülebilir olmasının yanında asgari usul güvencelerinin de sağlanmış olması, ayrıca adil yargılanma hakkından feragat edilmesini meşru olmaktan çıkararak üstün bir kamu yararının bulunmaması gerekir." Nurettin Balta, Başvuru No: 2016/10023, 28.12.2021, §45, (Erişim tarihi Eylül 13, 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/10023>).

doğuracağı hukuki sonuçları sağlıklı bir şekilde değerlendiremeyeceği ve aklanma hakkı ve beraat edeceğine dair inanç ile itiraz kanun yoluna giderek HAGB kararının kaldırılmasını isteyebileceği belirtilmiştir.¹¹⁴ Bu görüşe göre, HAGB'nin hukuki detaylarını bilmeyen ve muhakeme sürecinde baskı altında hisseden sanığın durumu müdafinin varlığı ile dengelenecektir.¹¹⁵ Sanığın müdafii bulunması durumunda, mahkeme hem sanığa hem de müdafie görüşünü sormalı; zorunlu müdafilik söz konusu ise görüşler arasında çelişki olması durumunda zorunlu müdafinin görüşü esas alınmalı, iradi müdafilik söz konusu olduğunda ise sanığın görüşü esas alınmalıdır. Mahkemenin sanığa HAGB'nin bütün hukuki sonuçlarını açıklamış ve buna rağmen sanık HAGB'nin uygulanmasını istemiş ise sanığın artık itiraz kanun yoluna başvurması mümkün değildir.¹¹⁶

Diğer bir görüşe göre ise, sanıktan HAGB'nin hukuki sonuçlarını tahlil etmesini beklemek doğru değildir. HAGB uygulanmasının kabulünün itiraz hakkını ortadan kaldırılacağı savunulduğu takdirde, diğer ilgililer başvurmadıkça kanun yolu denetiminden geçmeksizin kesinleşen bir karar söz konusu olacaktır. Bu durumun benimsenmesi hem hukuka aykırı olacaktır, hem de HAGB'yi aleyhe bir kuruma dönüştürecektir. Bu bağlamda, sanığın HAGB'ye karşı kanun yoluna başvuru hakkının istisnasının olmadığı kabul edilmelidir.¹¹⁷

Bu soruna çözüm bulmak için uygulamaya bakmak gerekmektedir. Uygulamada, mahkemeler, HAGB'nin nesnel koşullarının bulunduğunu tespit ettikten sonra sanığa HAGB kararının verilmesini isteyip istemediğini sormamaktadır. Aksine, henüz yargılamanın başındayken, deliller ortaya konmamışken, ileride hakkında mahkûmiyet hükmü verilecek olursa HAGB'yi isteyip istemediği peşinen sanığa sorulmaktadır.¹¹⁸ Sanık, HAGB'nin tüm hüküm ve sonuçları hakkında yeterince bilgilendirilmemektedir. Henüz yargılamanın başındayken sanık, HAGB uygulanmasını kabul ettiği takdirde suç kabul ettiği

¹¹⁴ Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1392-1393.

¹¹⁵ Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 491.

¹¹⁶ Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1393.

¹¹⁷ Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 517.

¹¹⁸ Taner, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin," 294; Akyıldız, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması," 77-78; Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 198; Yabanoğlu, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, 79-80.

varsayımı ortaya çıkmaktadır. Sanığın kendisini müdafî ile temsil ettirdiği zamanlarda bile müdafiler sanığın lehine olmak koşuluyla her türlü kararı kabul ettiklerini söylemektedir. Başka bir ifadeyle, beraat hükmü verilmeyecekse HAGB kararına razı olduklarını bildirmektedir. Bu sebeple uygulamada zaten HAGB kararını kabul etmeyenlere pek rastlanılmamaktadır. Kişi, beraat edeceğine dair bir inanç içerisinde olsa bile HAGB kararını mahkûmiyetten daha lehe bir karar olarak değerlendirdiği için HAGB uygulanmasına razı olmaktadır. HAGB'yi her zaman lehe bir kurum olarak görmek de doğru değildir. HAGB'yi reddedenler de HAGB'yi kabul etmenin mahkeme üzerinde suçu işlediğini kabul ettiği yönünde bir kanaat oluşturacağını düşündüğü için teklifi reddetmektedir. Burada da özgür irade ve tam bir rızanın gerçekleşip gerçekleşmediği bir soru işaretidir.¹¹⁹ Bu itibarla sanığın HAGB'ye rızasının olup olmadığına yönelik sorunlar, aslında Anayasa'ya aykırılıktan değil, daha çok uygulamadan kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, esas sorun, CMK m.231 hükmünün doğru uygulanmamasıyla ilgilidir.¹²⁰

Alman ceza mevzuatında HAGB kurumunun düzenlendiği AICK §59'da ilgili karar verilirken sanığın kabul şartı aranmazken AICMK §153a'da ise kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilirken sanığın kabul şartının arandığı görülmektedir. AICMK'nın 153a paragrafındaki kabul şartı incelendiğinde, kişiye yüklenen yükümlülükleri kabul edip etmediğinin tespitine yönelik olduğu açıktır. Bu anlamda, Türk hukukundaki HAGB kurumunun kabul şartının da bu nitelikte olduğu kabul edilebilir.

Durum böyle olunca, herhangi bir nedenle hakkında HAGB kararı verilmesini istememiş olan bir sanık bulunması durumunda, kanun yolu hakkından feragat edeceğinin kabulü kanaatimizce doğru değildir. Kanun yolu hakkından feragat iradesi açık olmalıdır. HAGB kararının verilmesini isteyip istemediğinin sorulmasının amacı kanun yolu hakkından feragat olarak kabul edilmemelidir. Verilen karar ile sanığın aleyhine bir durum yaratılmış olması ya da lehine bir durum yaratılmamış olması durumunda kanun yoluna başvurabilmesi mümkün

¹¹⁹ Kaya, "İnsan Hakları Açısından," 416.

¹²⁰ Canpolat, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı," 1284.

kabul edilmelidir.¹²¹ Sanığın HAGB ile işlemiş olduğu fiilin tespit edilmesi suretiyle verilen karar ile aleyhine bir durum mevcut olduğu gerekçesiyle HAGB kararına karşı kanun yoluna başvurmasında hukuki menfaatinin bulunduğu ve HAGB'yi kabul etmemesinin kanun yoluna başvuru hakkını ortadan kaldırmadığı fikrindeyiz.

Bu bağlamda, kanaatimizce; sanığın HAGB'yi kabul şartının kaldırılması hukuki sonuçlarını bilmeksizin HAGB'yi kabul etmek zorunda hisseden sanığın lehine bir düzenleme olmuştur ve isabetlidir. Ancak kabul şartının kaldırılmasının HAGB kararına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurabilmesinin önünü açtığına dair bir yorum yapmanın doğru olmadığını düşünmekteyiz.

B. İstinaf

AYM'in yukarıda bahsi geçen iptal kararının ardından yasama organınca çalışmalara başlanmış ve 7499 sayılı ve 02/03/2024 tarihli Kanun'un 15. maddesi ile CMK m.231/12 "272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında 286 ncı madde hükümleri uygulanır. 272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde temyiz yoluna gidilebilir. İstinaf ve temyiz yolunda karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenir." şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle Türk hukukunda uzun süredir devam eden tartışmalar neticesini vermiş ve HAGB kurumu açısından önemli bir değişiklik yapılarak istinaf kanun yolu açılmıştır.

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere, istinaf kanun yolunun 20/07/2016 tarihi itibarıyla yargı sistemimizde uygulanmaya başlaması ile ilk derece mahkemesince verilen hükümlere karşı istinaf yolu açılmıştır. Olağan bir kanun yolu olan istinafta, itiraz

¹²¹ Mustafa Ruhan Erdem, *Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 63; Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 668.

kanun yolunda olduğu gibi hem maddi hem de hukuksal denetim yapılmaktadır.¹²²

Hukuki denetimden kasıt kararın hukuk kurallarına uygun verilip verilmediğinin denetlenmesidir.¹²³ Maddi meselenin denetimi ise olayın gerçekleşme şeklinin tespiti ile ilgilidir. Bu denetim ise hükmün temelini oluşturan delillerin incelenmesi ile gerçekleşmektedir.¹²⁴ Bir delilin ispat değeri bakımından yapılacak değerlendirme maddi meseleye ilişkindir ve kural olarak delilleri değerlendirme ve vicdani kanaat oluşturmak bizzat duruşma yaparak delillerle temasa geçen ilk derece mahkemesine aittir.¹²⁵ Dolayısıyla duruşma yapmaksızın dosya üzerinden delil değerlendirmesi yapılması eleştirilmektedir.¹²⁶

İstinafta, temyizden farklı olarak, delillerle doğrudan temas mümkün olup, gerektiğinde yeniden karar verilebilmektedir.¹²⁷ İlk derece mahkemelerinde geçerli olan doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkeleri istinaf bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.¹²⁸ İstinafta her zaman değil, yeniden muhakeme yapmaksızın sonuca ulaşmaya olanak bulunmadığı hallerde yargılama tekrarlanmaktadır.¹²⁹ Buna karşın söz konusu denetim yolunda bütün delillerin tekrar ortaya konulup değerlendirilmesi gerekmeyip yalnızca yanlış değerlendirildiği iddia olunan hususlar ele alınmaktadır. Bu anlamda örneğin, maddi meselenin ne şekilde cereyan ettiğine ilişkin tartışma veya tereddüt bulunmamakta ise maddi olayın yeniden incelemesi yapılmayacaktır.¹³⁰

¹²² Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 23; Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 88.

¹²³ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 945; Kaymaz, *İstinaf*, 23.

¹²⁴ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 623-624.

¹²⁵ Kaymaz, *İstinaf*, 137.

¹²⁶ Kaymaz, *İstinaf*, 137.

¹²⁷ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 945; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 623; Seydi Kaymaz, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXIV, no. 1 (2016): 107.

¹²⁸ Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 88.

¹²⁹ Muharrem Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 2341.

¹³⁰ Kaymaz, *İstinaf*, 25.

İstinaf kanun yolunda dosyaya ilişkin kararı bizzat istinaf mahkemesi vermekte, bozma yoluyla dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi CMK m.280/1'de belirtilen istisnaî durumlarda gündeme gelmektedir.¹³¹

Yargılama makamlarını meşgul etmeme, davaların çabuk bitirilmesi, denetim mahkemelerinin iş yükünü artırmama gibi saiklerle önemsiz denebilecek nitelikteki kararlara karşı istinaf kanun yolu kapatılmıştır.¹³² HAGB kararı açısından bu durum geçerli değildir. Nitekim CMK m.231/12 "272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere.." ibaresi ile bu hususa vurgu yapılmıştır.

2. Zaman Bakımından Uygulama Meselesi

7499 Sayılı Kanun'un düzenlemiş olduğu yenilikler belirlenen istisnalar dışında, Kanunun Resmî Gazetede yayım tarihi olan 12/03/2024 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte Kanunun geçici 16. maddesinin 2. fıkrasının a ve b bentlerinde "a) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 231 inci maddenin onbirinci ve onikinci fıkrasında yapılan kanun yoluna ilişkin değişiklikler, 1/6/2024 tarihi ve sonrasında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hakkında uygulanır. b) 1/6/2024 tarihinden önce verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hakkında itiraz kanun yolunun uygulanmasına devam olunur. Bu itirazlar, bu maddeyi ihdas eden Kanunla 231 inci maddenin onikinci fıkrasında yapılan değişiklikten önceki hükümlere göre sonuçlandırılır." düzenlemelerine yer verilmiştir.

Bahsi geçen hükümden anlaşılacağı üzere 01/06/2024 tarihi ve sonrasında verilecek HAGB kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilirken, bu tarihten önce verilmiş kararlara karşı itiraz kanun yoluna başvurulacaktır. Bununla birlikte bu tarihten önce verilmiş ancak henüz kesinleşmemiş HAGB kararları için istinaf yoluna başvurulması da mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda kanun yoluna başvuru tarihinde yürürlükte olan düzenlemenin uygulanması, yani sanığa istinaf yoluna başvuru imkanı tanınması zaman bakımından uygulama kurallarıyla daha uyumludur. Şöyle ki, HAGB

¹³¹ Erdem ve Şentürk, *Kanun Yolları*, 89.

¹³² Cengiz Ünsal, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 51.

kararı fail lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Nitekim mahkeme suç teşkil eden fiile ilişkin yaptığı tespiti hüküm olarak ilan etmeyip HAGB kararı vererek söz konusu tespitin fail aleyhine sonuç doğurmasını engellemektedir¹³³. Öğretide, HAGB kararı bir maddi ceza normu olduğundan zaman bakımından uygulama konusunda TCK m.7/2 hükmü esas alınacağı ve lehe kanunun uygulanacağı ifade edilmektedir¹³⁴. Yargıtay CGK da 17/02/2009 tarihli içtihadında HAGB'ye ilişkin ilk yasal düzenlemenin kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hatta hukuki yarar bulunması koşuluyla infaz edilmiş olan hükümlere dahi uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁵ Bununla birlikte HAGB kurumunun şekli ceza hukuku yönü esas alınsa dahi kanun yoluna ilişkin düzenleme muhakeme hukukuna ilişkin olduğundan derhal uygulama ilkesi gereği başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte olan düzenleme esas alınması gerekecektir. Örneğin, 31 Mayıs 2024 tarihinde verilmiş bir karar hakkında 2 Haziran 2024 tarihinde başvuru yapılırken uygulanması gereken kanun yolu itiraz değil, istinaf kanun yolu olmalıdır.

¹³³ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1377.

¹³⁴ Yalçın, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 111.

¹³⁵ Yar. CGK., E.2009/36, K.2009/35, 17.02.2009 "...Karma bir niteliği bulunan bu kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin yönü nazara alındığında, 5237 sayılı Yasanın 7. maddesinde tanımlanan lehe yasanın geçmişe yürümesi ilkesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun önceki hükümlere de uygulanması doğaldır. Kaldı ki, Yasa koyucu da olası tartışmaları engellemek için 23.01.2008 gün ve 5728 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında bu hususu; "Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ila 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi hâlinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir" hükmü ile yasal bir çözüme kavuşturmuştur. Gerek yasal düzenleme gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş yargısal kararları, gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun karma hukuki niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hatta hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş olan hükümlere de uygulanması zorunludur." (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>). Buna karşın öğretide mahkûmiyet kararları ve infaz edilmiş hükümlerde hüküm daha önce ilan edilmiş olduğundan Yargıtay uygulamasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1968.

3. HAGB Kararının İstinaf Kanun Yolu Kapsamında Değerlendirilmesi

Çalışmamızda daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere HAGB kurumu uygulanma şekli bakımından gerek öğreti gerekse uygulamada sıkça tartışma yaratmakta ve özellikle denetim yolu ve kapsamı noktasında eleştiri odaklarında yer almaktaydı. Nitekim HAGB kurumu hakkında AYM'e yapılan bireysel başvurularda Mahkeme, bahse konu kurumun özellikle "yaşam hakkı", "işkence ve kötü muamele yasağını", "ifade özgürlüğünü", "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" gibi birçok temel hak ve hürriyeti ihlâl ettiği yönünde kararlar vermiştir.¹³⁶ Son olarak AYM ilgili hüküm hakkında verdiği iptal kararında HAGB düzenlemesinin Anayasa'nın 13., 17., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. HAGB kararının tâbi olduğu kanun yoluna ilişkin düzenleme ise adil yargılanma hakkı (Any m.36) çerçevesinde ele alınmış ve bahse konu düzenlemenin "hükümün denetlenmesini talep etme" ve "mahkemeye erişim hakkını" ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.

Bu noktada, yeni düzenlemenin belirtilen sorunları çözüp çözmediğine dair bir değerlendirme gerekmektedir.

Çalışmanın itiraz kanun yoluna ilişkin kısmında Yargıtay'ın konuya ilişkin bakış açısının süreç içerisinde nasıl şekillendiğini detaylı olarak açıklamıştık. Esasen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, AYM'in iptal kararında belirttiği hususların farkında olarak, 2013 tarihli içtihadıyla birlikte itiraz merciin hem maddi hem hukuki mesele yönünden inceleme yapması gerektiğini belirtmiş ve süreç içerisinde de bu görüşünü sürdürmüştür.

Yargıtay'a göre, "İtiraz mercisince, sanıkların beraat etmesi gerektiğine yönelik itiraz başvurusu üzerine incelemenin yalnızca şeklen değil, esas bakımında da yapılması, gerekirse cevap vermesi için itirazın katılan vekiline tebliğ edilmesi ve Cumhuriyet savcısı

¹³⁶ Bkz. AYM, E.2022/120, K.2023/107, 01.06.2023, §28: "Seyfullah Turan ve diğerleri, Başvuru No: 2014/1982, 09.11.2017, §§194-197; Necla Kara ve diğerleri, Başvuru No: 2018/5075, 15.03.2022, §§103-110; Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri, Başvuru No: 2018/17635, 26.07.2019; Bekir Coşkun, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015; Osman Erbil, Başvuru No: 2013/2394, 25.03.2015; Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, Başvuru No: 2018/36717, 07.10.2021.", (Erişim tarihi Eylül 13, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-107-nrm.pdf>).

ile sanıklar müdafisinin dinlenmesi, yine ihtiyaç duyulan hususlarda gerekli araştırma ve incelemenin yapılması ya da bunların yapılmasının sağlanması ve bunun sonucunda da sanıkların eyleminin suç olup olmadığı, suç nitelendirmesinin doğru yapıp yapılmadığı, mevcut delillerin mahkûmiyete yeterli nitelikte bulunup bulunmadığı, eksik inceleme sonucu karar verilip verilmediği, hükmedilen hapis ve/veya adli para cezası yanında, uygulanmasına karar verilen güvenlik tedbirleri, vekâlet ücreti vb. hususlarda Yerel Mahkeme kararının isabetli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.”¹³⁷ Nitekim Yargıtay HAGB kararının yalnızca CMK m.231’de yer alan nesnel şartlar çerçevesinde denetlenmesini hak arama özgürlüğünü ve etkili başvuru hakkını (AİHS m.13) ihlâl edebileceği ve maddi gerçeğe ulaşma amacına aykırı sonuçlara yol açabileceği görüşünde idi.¹³⁸

Ancak Yargıtay’ın bu görüşünün yeknesak bir şekilde uygulanmadığı AYM’in 2022 tarihli iptal kararında vurgulanmış ve uygulamada bireylerin etkili

¹³⁷ Yar. CGK., E.2016/1150, K.2020/148, 03.03.2020.

¹³⁸ Yar. CGK. E.2016/1413, K.2019/489, 20.06.2019; Bir karşı oy gerekçesi “...İtiraz mercisince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 267-271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz mercisince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır.” Yar. CGK, E.2016/1150, K. 2020/148, T. 03.03.2020, (Lexpera, Erişim tarihi Eylül 21, 2024, <https://www.lexpera.com.tr>).

başvuru hakkını korunmadığı belirtilmiştir.¹³⁹ AİHM'in içtihatlarında¹⁴⁰ da itiraz kanun yolunun etkin bir kanun yolu niteliği taşımadığı, zira itiraz kanun yolunda çoğu zaman başvurucuların şikayetine yönelik bir telafi sağlanmadığı vurgulanmıştır.

CMK'da olağan bir kanun yolu olarak düzenlenmiş olan itirazın usul ve esasları çerçevesinde değerlendirme yapıldığında bu kanun yolunun HAGB kurumunun kendine özgü yapısıyla bağdaşmadığı ifade edilebilecektir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi itiraz yolu hükme esas olmayan kararlar için öngörülmüş bir yol olup tutuklama ve adli kontrol kararları dışında üst merci tarafından denetim yapılmamaktadır. Ayrıca her ne kadar Yargıtay içtihatlarında maddi denetim yapılması gerektiği vurgulansa¹⁴¹ ve hatta yapılan kanun değişikliği ile CMK m.231'de bu hususa açıkça yer verilmiş olsa dahi uygulamada bu durum şekli bir incelemeden öteye geçememiştir.

¹³⁹ AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20.07.2022: "...Bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlâl etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır..." (Erişim tarihi Eylül 13, 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-88-nrm.pdf>).

¹⁴⁰ AİHM'e göre, iç hukuk yollarının tüketilmesi alanında, ispat yükünün dağılımı söz konusudur. İç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia eden Hükümet, Mahkeme'yi, söz konusu kanun yolunun ilgili zamanda teoride ve pratikte mevcut olan etkili bir kanun yolu olduğuna, yani erişilebilir olduğuna, başvuranın şikayetlerine ilişkin olarak telafi sağlayabilecek bir hukuk yolu olduğuna ve makul bir başarı şansı sunduğuna ikna etmekle yükümlüdür. Bkz. Akdivar v. Türkiye, Başvuru No: 21893/93, 16.09.1996, §68. Ayrıca bkz. Sejdovic v. İtalya, Başvuru No: 56581/00, 10.11.2004, §46. (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 8, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int>).

¹⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca 03.02.2010 tarih ve 13-12 sayı ile; itiraz mercince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın CMK m.231'de yer alan nesnel uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak incelenmesi gerektiği belirtilmiş ancak 22.01.2013 tarih ve 534-15 sayılı karar ile görüş değişikliğine gitmiştir. 20.06.2019 tarihli ve 1413-489 sayılı kararıyla da bu yöndeki görüşünü sürdürmüştür.

Ek olarak, itiraz kanun yolunda itiraz merciin kendisinin karar veriyor olması HAGB kurumunun yapısıyla bağdaşmamaktaydı. Zira itiraz merciin verdiği kararlar kesin olduğundan, açıklanan mahkûmiyet kararına karşı kanun yoluna başvuru hakkı ortadan kalkmaktaydı. Söz konusu sakıncayı gidermek için Yargıtay 13. CD, 29/12/2014, 3254/37202 sayılı kararıyla HAGB kurumuna özel olarak dosyanın hükmün açıklanması için kararı veren mahkemeye gönderilmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunmuştu. Dolayısıyla aksak işleyen bir uygulamanın eksiklerini gidermek için kanununa aykırı çözümler üretilmekteydi. Bu anlamda yapılan son değişiklikle başvurulacak kanun yolunun değiştirilmesi yerinde bir adım olmuştur. Yeni düzenleme ile istinaf merci verilen HAGB kararını hem maddi hem şekli yönden inceleyecektir. Ancak istinaf incelemesine tabi tutulması sorunları kökünden çözmemektedir.

Kanaatimizce bu noktada öncelikle BAM Ceza Dairesi'nin istinaf incelemesinde mahkûmiyet kararını mı yoksa HAGB kararını mı denetleyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim tartışmalara yol açan esas sorun HAGB kararı verilmesi için ön şart olan mahkûmiyet kararıdır. CMK m.231/5'e göre, "sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir". Bir HAGB kararının maddi yönden denetiminin yapıldığından bahsedebilmek için CMK m.231/5'te bahsi geçen şartı taşıyan mahkûmiyet kararının da denetlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, önceden de ifade ettiğimiz üzere öğretide ağırlıklı görüş HAGB kararı verilmesi halinde ilk derece mahkemesindeki yargılamanın derdest olduğunu kabul etmektedir¹⁴² ki bizce de yerinde bir tespittir. Aksi halde sona eren bir yargılama hakkında denetim süresi sonunda düşme kararı verilmesinin izahı mümkün olmayacaktır. Bu durumda sanık hakkında mahkûmiyet kararı tespit edilmiş ancak bu karar ilan edilmediğinden hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bu anlamda açıklanmayan hükmün istinaf denetiminden geçecek olması da kendi içerisinde çelişki doğurmaktadır.

¹⁴² HAGB kararı verildiği durumda mahkûmiyet kararı açıklanıp ilgililere bildirilmediği için bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz ve hüküm kesinleşmez. Söz konusu hüküm adli sicile işlemecek ve tekerrüre esas olmayacaktır. Bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 870.

Öğretide HAGB kararında suç teşkil eden fiile ilişkin tespitin hüküm olarak ilan edilmemesi nedeniyle bu kararın hüküm niteliği taşımadığı ifade edilmektedir.¹⁴³ Denetim süresi sonunda düşme kararı veriliyor olması da HAGB kararının kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü niteliğinde olmadığını göstermektedir.¹⁴⁴ Ek olarak CMK m.223/1'de sayılan hüküm türleri arasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yer almaması da bunun göstergesidir.¹⁴⁵ Dolayısıyla HAGB kararının kendisinin istinafa tabi olması CMK'nın istinaf kanun yolu için kabul ettiği sisteme istisna teşkil etmektedir.

CMK'nın kabul ettiği sisteme göre istinaf incelemesi sonunda BAM kararın onanmasına, düzeltilerek onanmasına, bozulmasına veya davanın yeniden görülmesine karar verebilmektedir. Peki, Mahkeme HAGB kararının incelenmesi neticesinde nasıl karar verecektir? Bu soruyu farklı ihtimaller üzerinden değerlendirmek gerekmektedir.

İlk olarak, mahkûmiyet kararı doğru, HAGB kararı hatalı olmuş olabilir. Bu hâlde öncelikle HAGB kararını kaldırması ve hükmün açıklanması gerekmektedir. Burada karşımıza çıkan sorun ise açıklanan mahkûmiyet hükmünün aynı zamanda istinaf incelemesinden geçmiş kesin bir hüküm olup olmayacağıdır. BAM aynı anda hem söz konusu mahkûmiyet kararının onanmasına hem de açıklanmasına mı karar verecektir?

Diğer bir ihtimalde mahkûmiyet kararı hatalı ve bununla bağlantılı HAGB kararı hatalı olmuş olabilir. BAM'ın bu HAGB kararını kaldıracağından şüphe bulunmamaktadır. Ancak hatalı mahkûmiyet hükmü için nasıl hareket edileceği belirsizdir. BAM'ın diğer dosyalarda olduğu gibi bozma kararı verip ilk derece mahkemesine gönderme veya davanın yeniden görülmesine karar verme yetkisi bulunmakta mıdır?

Bu soruların cevabını yeni düzenleme vermemektedir. Muhtemel ki yine içtihat yoluyla bir sistem oluşturulmaya çalışılacaktır.

¹⁴³ Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde," 80; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1376; Yıldırım, "Mayınlı Bir Alan," 438.

¹⁴⁴ Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1378.

¹⁴⁵ Selen Evirgen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kesin Hüküm* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 215.

Diğer bir sorun ise basit yargılama usulünde karşımıza çıkmaktadır. Basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemenin yer aldığı CMK m.251’de mahkemece, “koşulları bulunması hâlinde uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği” belirtilmiştir. Yine CMK m.252’de 251. madde uyarınca verilen hükümlere karşı itiraz edilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Basit yargılama sonucunda verilen kararı itiraz kanun yoluna tabi tutan sistem, bahse konu usul uygulanarak verilen HAGB kararını da dolaylı olarak itiraz incelemesine tabi tutmaktadır. Bu durum ise CMK m.231 ile çelişmektedir.

4. Açıklanan veya Yeni Kurulan Hükme İtiraz (CMK m.231/11)

İstinaf ve temyiz yolunda HAGB kararı ve açıklanması geri bırakılan esas mahkûmiyet hükmü, usul ve esasa yönelik olarak; yani, hem maddî hem de şekli hukuka aykırılıklar bakımından incelenecektir. Açıklanması geri bırakılan hüküm ise, sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması hâlinde açıklanır. Açıklanan veya yeni kurulan hüküm ise itiraz kanun yoluna tâbi tutulmuştur. İtiraz mercii ancak CMK m.231/11’deki koşullarla sınırlı olarak, başka bir ifadeyle, yalnızca şekli bir değerlendirme yapabilir. HAGB kararının açıklanması kararına itirazda maddî bir denetim yapılamaz. Bu noktada şu husus değerlendirilmelidir: İtiraz kanun yolunda, itiraz merci tarafından verilen karar CMK m.271/4 gereği kesin niteliktedir. HAGB kararının daha önce istinaf denetiminden geçmemiş olması durumunda, itiraz merciin kararı ve açıklanan hüküm hakkında kanun yararına bozma kanun yoluna gidilebilecektir. Ancak HAGB kararının ve HAGB’ye konu olan esas hükmün istinaf kanun yolu denetiminden geçerek hükümde bir değişiklik yapılmamış olması durumunda kanun yoluna başvurulabilecekken hükümde değişiklik yapılarak açıklanan hükmün yeni bir hüküm olması durumunda yalnızca m.231/11’deki koşullarla sınırlı bir itiraz denetimi yapılacak olması hak ihlâlüne yol açabilecektir.

CMK m.231/11’de itirazın kabulüne karar verilmesi durumunda itiraz merciin dosyayı kararı veren mahkemeye mi göndereceği yoksa kendisinin mi yeni bir karar vereceği hakkında açıkça bir düzenleme yapılmadığından, CMK m.271/2 hükmü göz önünde bulundurularak bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek olan tereddütler engellenebilecektir.

Öğretide Şen'e göre, 01/06/2024 tarihi itibariyle verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları istinaf kanun yolunda hem esas hem usule ilişkin bir denetimden geçeceğinden daha sonra CMK m.231/11 çerçevesinde açıklanan veya yeni kurulan hükmün itiraza tabi olması ve sadece şekli bir incelemeden geçecek olması ciddi hak kayıplarına sebebiyet verebilecektir.¹⁴⁶

DEĞERLENDİRME

Yürütülen yargılama sonucunda verilen kararın doğruluğunu güvence altına almak, içtihat birliği oluşturmak gibi amaçlara haiz olan iki dereceli yargılama sistemi hukuk devletinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁷ Bireyler için bir nevi hukuki güvence teşkil eden denetim muhakemesine başvurma hakkı açıkça Anayasa'da yer almasa da bugün hak arama hürriyetinin (Any m.36) bir parçası olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁸ Bu anlamda kanun yolu denetiminin etkinliği, bir taraftan bireylerin haklarını korurken diğer yandan karara konu olan kurumlar hakkında içtihat oluşmasını sağlayarak bu kurumların yerel mahkemelerce doğru bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunmaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan HAGB kurumunun Türk ceza muhakemesindeki en büyük sorunlarından birini kanun yolu denetimi oluşturmaktadır. HAGB kurumu esasen, suçlulukla mücadelede yeni seçenek arayışları doğrultusunda ortaya çıkan, suçluyu topluma yeniden kazandırma, toplumla bütünleştirme, mağdurun tatmini gibi birçok fayda güden bir

¹⁴⁶ Ersan Şen, Taner Akıncı, Eren Polat Kutlu ve Kadir Furkan Köroğlu, "Yeni Değişiklikle HAGB'nin Tatbikinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar," (Erişim tarihi Eylül 29, 2024, <https://sen.av.tr/tr/makale/yeni-degisiklikle-hagbnin-tatbikinde-ortaya-c%C4%B1kabilecek-sorunlar>).

¹⁴⁷ Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.14/5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol m.2. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, *İstinaf*, 18.

¹⁴⁸ Buna karşın uluslararası sözleşmelerde açıkça ihdas edilmiştir. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.14/5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol m.2. Ayrıca Anayasada açıkça yer almasa da AYM vermiş olduğu bir kararında Any m.36'da yer alan hak arama hürriyetinin kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı merci tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini de teminat altına aldığını belirtmiştir. Bkz. AYM, 27.12.2018, 2018/71 E, 2018/118 K.

kurumdur. Özellikle haksızlık içeriği düşük suçlarda suçlunun hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz sonuçlarından korunması ve rehabilite edilerek toplumsal barışa katkı sağlanması çağdaş ceza hukukunun ruhuna uygundur. Bununla birlikte bahse konu kurumun ülkemizde uygulanma oranı çok yüksektir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verileri de bu tespiti doğrulamaktadır. Sanığın kişilik özellikleri, tutum ve davranışları göz önünde bulundurulmaksızın objektif şartların varlığıyla yetinilmektedir. HAGB kurumun kontrolsüz uygulanması suçlulukla mücadele açısından olumsuz sonuçların doğmasına sebebiyet vermektedir.

Yine, AİHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararlarda da HAGB kurumuna yönelik eleştirileri çok sık görmekteyiz. Mahkeme, çoğu kararında HAGB kararının AİHS m.10'da hüküm altına alınan ifade özgürlüğü¹⁴⁹ ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi çeşitli temel hakları ihlâl ettiğine karar vermektedir.¹⁵⁰ Mahkeme, HAGB usulünün, Türkiye'de ulusal yargı makamlarınca benimsenen, benzer suçların faillerinin cezadan kaçmalarına olanak sağlayan üç temel uygulamadan biri olduğunu belirtmektedir¹⁵¹. AİHM'e göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hükmü etkisiz kılma etkisi olduğundan hiç şüphesiz, kabul edilemez "tedbirler" kategorisine girmektedir (bkz. Taylan v. Türkiye, No. 32051/09, § 46, 3 Temmuz 2012; Okkalı, §§ 73-78; ve Zeynep Özcan v. Türkiye, No. 45906/99, §§ 40-46, 20 Şubat 2007).¹⁵²

¹⁴⁹ Ataç v. Türkiye, Başvuru No: 70607/12, 17.12.2019, Seğmen v. Türkiye (Başvuru No: 11314/10, 17.03.2020), Ergüdoğan v. Türkiye, Başvuru No: 48979/10, 17.04.2018, (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 28, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-192937>).

¹⁵⁰ Durukan ve Birol v. Türkiye, Başvuru No. 14879/20 ve 13440/21, 03.10.2023, (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 28, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-228881>).

¹⁵¹ Uğur v. Türkiye, Başvuru No: 37308/05, 13.01.2015, §§98-101 (HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-154710>, E.T. 28.09.2024); Hasan Köse v. Başvuru No: 15014/11, 06.05.2019, §38 (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 28, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-203538>).

¹⁵² Böber v. Türkiye, Başvuru No: 62590/09, 09.04.2013 (HUDOC, Erişim tarihi Eylül 28, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125934>).

Ayrıca Mahkeme Durukan ve Birol/Türkiye kararında HAGB kurumunun Türkiye’de kontrolsüz bir şekilde uygulandığını vurgulamıştır.¹⁵³

Kanaatimizce toplumsal faydayı amaçlayan bir kurumun böylesi olumsuz sonuçlara yol açması yüksek oranda denetim eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere bir kanun yolunun etkinliği, hukuki denetimin kapsamıyla orantılıdır. Buna rağmen HAGB kararının denetimi için uzun yıllar özünde hükme etkisi olmayan ara kararlar için ihdas edilmiş bir kanun yolu olan itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Yargıtay’ın çeşitli içtihatlarına rağmen itiraz mercileri şekli denetim yapmıştır. Kaldı ki itiraz merciden istinaf incelemesi seviyesinde bir denetim yapması da beklenemezdi.

SONUÇ

AYM’in iptal kararıyla birlikte yeni düzenleme yapılmış ve HAGB kararına karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkânı tanınmıştır. İlk bakışta olumlu bir adım olarak gözüken bu değişiklik maalesef HAGB kurumunun hukuk sistemimizde yarattığı karmaşayı tek başına çözememekte, aksine yeni belirsizlikler yaratmaktadır. Özellikle HAGB kurumunda tespit edilmiş ancak ilan edilmemiş

¹⁵³ HAGB kararlarında gözlenen bahsi geçen hukuka aykırılıklar ve bilhassa kararların yeterli gerekçeden yoksun oluşu AİHM’in ifade özgürlüğüne ilişkin birçok ihlâl kararına da konu olmuştur (bk. §§ 82, 83). Nitekim AİHM de söz konusu kararlarında, derece mahkemelerinin HAGB kararlarında ortaya koydukları gerekçelerin AİHM içtihadında belirtilen kriterleri karşılamaktan yoksun olduğunu ve bu çerçevede mahkemelerin müdahalenin haklılığı konusunda tatmin edici bir gerekçe sunamadıklarını belirtmiştir. Ayrıca AİHM yerel mahkeme kararlarındaki gerekçe yetersizliğinin tek başına Sözleşme’nin 10. maddesi bakımından sorun oluşturduğunu tespit etmiştir.

170 “...Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği ihlâl kararlarını, eldeki başvuruda incelenen HAGB dosyalarındaki Anayasa’ya aykırılıkları, AİHM içtihadını ve Yargıtayın aynı konuda verdiği çok sayıda bozma kararını birlikte değerlendirdiğinde derece mahkemelerinin HAGB kararı verilen dosyalarda adil yargılanma hakkının neredeyse tüm ilkelerini sistemsel biçimde yok sayarak usul güvencelerini istismar ettikleri kanaatine varmıştır. Usul güvencelerinin bu şekilde istismar edildiği yargılamalar sonucunda başvuru haklarında HAGB kararı verilmesi, isnatların toplantılara katılma veya düşünce açıklamaları yapma gibi anayasal koruma altında bulunan eylemleri de kapsamı nedeniyle başvuru haklarının ifade özgürlükleri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakları üzerinde ağır ve tümüyle keyfi bir müdahale baskısı oluşturmuştur...” (HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-228881>, E.T. 28.09.2024).

bir mahkûmiyet kararı bir de HAGB kararı şeklinde iki kararın mevcut olması kanun yolu denetimi açısından temel sorunu oluşturmaktadır. Nitekim, denetim merciin HAGB kararının hukuka uygun olup olmadığını gerçek anlamda denetleyebilmesi için ön şart niteliğinde olan mahkûmiyet kararını da incelemesi gerekmektedir. Böylesi bir inceleme ancak istinaf kanun yolunda mümkün olabilse de ne açıklanmayan mahkûmiyet kararının ne de HAGB kararının hüküm niteliğinde olduğunu ifade etmemiz gerekecektir. Bu durum ise istinaf kanun yoluna yalnızca ilk derece mahkemesince verilen hükümlere karşı gidilebileceği (CMK m.272/1) kuralı ile bağdaşmamaktır.

Ayrıca istinaf incelemesinde BAM'ın ilk derece mahkemesince yapılan yargılamanın ve tespit edilen mahkûmiyet hükmünün hatasız olduğu, buna karşın HAGB kararının diğer koşullarının oluşmadığını tespit ettiği durumda nasıl karar vereceği; şayet kararı kaldırıp hükmü açıklayacaksa bu durumun ilk derece mahkemesince verilen hüküm hakkında onama kararı anlamına mı geleceği hususları belirsizdir. Yine, BAM'ın yaptığı inceleme neticesinde ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararını hatalı bir şekilde tespit ettiğine kanaat getirmesi durumunda HAGB kararını kaldırıp dosyayı ilk derece mahkemesine mi göndereceği, eğer öyleyse mahkemenin kararı bozma kararı niteliğinde mi olduğu sorularının yanıtlanması elzemdir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde HAGB kurumunun kendine özgü yapısının Türk ceza muhakemesine ait temel dinamiklerle uyumsuzluk gösterdiği kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Diğer bir sorun ise makul sürede yargılanma hakkı açısından doğmaktadır. Yargıtay'dan farklı olarak aynı zamanda maddi denetim de yapılacağından bir dosyanın istinaf mahkemesinde sonuçlanması daha uzun bir zaman dilimi gerektireceğinden makul sürede yargılanma hakkı açısından risk oluşacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi. "Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolunun Teorik Çerçevesi." *Kamu Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu – I, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, no. 1(2), (2019): 45-70.
- Akyıldız, Anıl. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, Özel Sayı (2020): 65-88.
- Apaydın, Cengiz. *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağaniüstü Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aras, Bahattin. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar". *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 22 (Haziran 2008): 71-88.
- Aydın, Devrim. "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 65, (2006): 61-72.
- Beulke, Werner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Verlag C.F. Müller, 2005.
- Canpolat, Can. "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2023): 1271-1295.
- Centel, Nur ve Hamide, Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2022.
- Çığlı, Halil. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Mercinin Yetkileri". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5, no. 18 (Temmuz 2014): 387-418.
- Çınar, Çağlayan. "HAGB'nin Bazı Ülkelerdeki Örnekleri ve 8. Yargı Paketine Kadar Türkiye'de HAGB Kurumunun Evrimi". *NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, (2024): 151-164.
- Değirmenci, Olgun. "Yargı Kararları Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no: 2 (Temmuz 2019): 71-106.

- Dirican, Derya. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulama Sorunları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Donay, Süheyl. "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi", *İstanbul Barosu Dergisi* 86, no. 5 (2012): 152-163.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir, Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*. Ankara: Der Yayınları, 2020.
- Dülger, Murat Volkan ve Şaban Cankat, Taşkın. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Epözdemir, Rezan. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Erdem, Mustafa Ruhan. *Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Cahide, Şentürk. *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Erdoğan, İhsan. *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*. Ankara: Bilge Yayınları, 2021.
- Ersoy, Uğur. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ersoy, Uğur. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukukî Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi.". *Ceza Hukuku Dergisi* 29 (Aralık 2015): 67-124.
- Ersoy, Uğur. "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri.". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no: 2 (2020): 857-885.
- Evirgen, Selen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kesin Hüküm*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Fezer, Gerhard. *Strafprozessrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 1986.
- Gökçen, Ahmet, M. Emin, Alşahin, ve Kerim, Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

Güngör, Devrim ve Güneş, Okuyucu Ergün. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 1951-1965.

Henkel, Heinrich. *Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1968.

İpek, Ali İhsan. "İtiraz Mercii, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları Açısından Esastan Denetim Yapabilir mi? (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.01.2013 tarih ve E. 2012/10-534, K. 2013/15 Sayılı Kararın Değerlendirilmesi)". *Terazi Hukuk Dergisi* 8, no. 86 (Ekim 2013): 49-63.

Kaya, Emir. "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması". *Ankara Barosu Dergisi* 3, (2013): 410-436.

Kaymaz, Seydi. "Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değişirme Yasağı.". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, no. 2, (2013): 1397-1452.

Kaymaz, Seydi. "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXIV, no. 1 (2016): 107-121.

Kaymaz, Seydi. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Keskin, İbrahim. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, no. 54 (Nisan 2023): 1-38.

Kindhäuser, Urs, Ulfrid, Neumann, Hans-Ullrich, Paeffgen und Frank, Saliger. *Strafgesetzbuch- NK-StGB*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023.

Kudlich, Hans und Bernd, von Heintschel-Heinegg. *BeckOK StGB*. München: Verlag C.H Beck, 2024.

Kumbasar, Enver. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

Meyer-Goßner, Lutz und Jürgen, Cierniak. *Strafprozessordnung (StPO) mit GVG und Nebengesetzen-Münchener Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck, 2010.

- Olgun, Sevinç. "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması.". *Terazi Hukuk Dergisi* 22 (Haziran 2008): 63-69.
- Özbek, Veli Özer ve İsa, Başbüyük. "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine.". *Ceza Hukuku Dergisi* 21, (Nisan 2013): 7-19.
- Özbek, Veli Özer, Koray, Doğan ve Pınar, Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özbek, Veli Özer ve Serkan, Meraklı. "Karar İncelemesi Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim.". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, no. 2 (2013): 221-236.
- Özdemir, Süleyman Emre. *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Özen, Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 2331-2388.
- Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Öztürk, Bahri, Durmuş, Tezcan, Mustafa Ruhan, Erdem, Özge, Sırma Gezer, Yasemin H., Saygılar Kırıt, Esra, Alan, Özdem, Özaydın, Efser, Erden Tütüncü, ve Mehmet Can, Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Roxin, Claus und Bernd, Schünemann. *Strafverfahrensrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2014.
- Sarıgül, Ali Tanju. "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu.". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 125 (2016): 59-84.

- Sarıgül, Ali Tanju. "Türk ve Alman Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 118, (2015): 125-162.
- Schäfer, Gerhard, Günther M., Sander und Gerhard, van Gemmeren. *Praxis der Strafzumessung*. München: Verlag C.H. Beck, 2024.
- Schlüchter, Ellen. *Das Strafverfahren*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983.
- Schönke, Adolf und Horst, Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck, 2022.
- Şahin, Cumhur. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı.". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, no. 2, (2013): 283-294.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan, Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan, Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku-2*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şen, Ersan ve Mert, Maviş. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Taner, Fahri Gökçen. "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinde Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine". *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2011): 285-298.
- Toroslu, Nevzat ve Metin, Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.
- Tulay, M. Emre. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (2021): 477-571.
- Turhan, Faruk. "Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2006): 27-54.
- Ünsal, Cengiz. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Ünver, Yener ve Hakan, Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Ünver, Yener ve Hakan, Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

Yabanoğlu, Mustafa. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Yalçın, Can. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Yenisey, Feridun ve Ayşe, Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yıldırım, Akif. "Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetimi". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, no. 11 (2018): 435-480.

Yüce, Turhan Tufan. "Ceza Muhakemeleri Usulünde İtiraz.". *Adalet Dergisi* 53, no. 5-6 (1962): 491-507.

Zafer, Hamide. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Yapılacak İtirazın İncelenmesi Usulü (Ceza Muhakemesi Kanunu m.231/12)", *İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan* (2011): 846-860.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>. Erişim tarihi Eylül 22, 2024.

<https://www.gesetze-im-internet.de/>. Erişim tarihi Eylül 20, 2024.

<https://hudoc.echr.coe.int/>. Erişim tarihi Eylül 8, 2024.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>. Erişim tarihi Eylül 13, 2024.

<https://www.lexpera.com.tr>. Erişim tarihi Eylül 5, 2024.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>. Erişim tarihi Eylül 22, 2024.

<https://sen.av.tr/tr/makale/yeni-degisiklikle-hagbnin-tatbikinde-ortaya-c%C4%B1kabilecek-sorunlar>. Erişim tarihi Eylül 29, 2024.

7464 SAYILI KONUTLARIN TURİZM AMAÇLI KİRALANMASINA DAİR KANUN ÇERÇEVESİNDE KONUTLARIN KISA SÜRELİ KİRALANMASI

*Short-Term Renting of Houses Within the Framework of the Law
No. 7464 on Renting of Houses for Tourism Purposes*

Onur ALTINKAN*

Öz

Kısa süreli kiralama ilişkileri, özellikle teknolojinin ve kısa süreli kiralama yapmak isteyen kişiler ile kullanıcıları bir araya getiren AirBnB gibi sistemlerin gelişmesiyle ülkemizde de oldukça yaygın hale gelmiştir. Mukayeseli hukukla paralel şekilde ülkemizde de bu alanın düzenleme altına alınması ihtiyacı doğmuştur. Söz konusu ihtiyaç; kayıt dışılığın giderilmesi, vergi kayıplarının önlenmesi, turizm sektöründeki rekabette yer alan dengesizliğin giderilmesi ve kullanıcıların sağlığı ile güvenliği gibi sebeplerden ileri gelmektedir. Ülkemizde yürürlüğe giren 7464 sayılı Kanun ve buna dayanılarak yayınlanan Yönetmelik mukayeseli hukukta yer alan düzenlemelerle benzerlik gösterse de, konutun sadece bir odasının kiralananmasının açıkça yasaklanması gibi noktalarda ayrılmaktadır. Bununla birlikte kiraya verenin profesyonel bir şekilde ve ticari bir

* Avukat, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı'nda Doktor, e-posta: oaltinkan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5355-4443.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 01.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2024.

Atıf/Citation: Altınkan, Onur. "7464 Sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına Dair Kanun Çerçevesinde Konutların Kısa Süreli Kiralanması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2129-2183.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

amaçla hareket ettiği durumlar ile ticari bir iş niteliği taşımaksızın bir konutun kiralanması durumuna ilişkin yükümlülükler mukayeseli hukukta çok daha belirgin şekilde ayrılmaktayken, ülkemizde yürürlüğe giren mevzuatta ayırım bu kadar belirgin değildir. Ülkemizde yürürlüğe giren mevzuatta, her ne amaçla olursa olsun en fazla yüz gün süreyle yapılan kiralama kısa süreli kiralama kapsamına girmekte ve bu şekilde kiralanacak olan konutlar için izin belgesi alma zorunluluğu düzenlenmektedir. Konutlar ve yüksek nitelikli konutlar arasında ayırma gidilmiş ve farklı şartlara tabi kılınmıştır. İzin belgesi alınabilmesi için, apartmanlar bakımından tüm kat maliklerinden ve siteler bakımından diğer bloklar da dahil olmak üzere tüm kat maliklerinden muvafakatname alınması zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte bazı şartların gerçekleşmesi halinde işyeri çalışma ruhsatı alınması zorunlu kılınmış durumdadır. Aynı zamanda kısa süreli kiralama yapılacak olan konutların asgari bir nitelikli yatağa sahip olması, tuvalet ve banyosunun bulunması ve sıcak soğuk suyun mevcut olması, yaşam alanı ve mutfak düzenlemesi ihtiva etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte yangın güvenliği gibi konularda da asgari bazı standartların sağlanmış olması aranmaktadır. Aynı zamanda kısa süreli kiralama ilişkisi kapsamında aynı anda konaklama yapabilecek azami kişi sayısı dahi düzenleme altına alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Kısa Süreli Kiralama, Turizm Amaçlı Kiralama, Günübürlük, Kira, AirBnB.

Abstract

Short-term rental relations have become very common in our country, especially with the development of technology and systems such as AirBnB, which bring together people who want to rent houses for a short time and users. In parallel with comparative law, the need to regulate this field has arisen in Turkey. The reason for this need arises from reasons such as eliminating informality, preventing tax losses, eliminating the imbalance in competition in the tourism sector, and the health and safety of users. Code No. 7464 which has entered into force in Turkey and the regulation published based on it are similar in some points to the comparative law but decomposed in some points like renting only one room of the house. In addition to this, while the obligations related to the situations where the lessor acts professionally and for a commercial purpose and the situation where a residence is rented without being a commercial affair are much

more and clearly separated in comparative law but the distinction is not as clear in the legislation that came into force in our country. In the legislation that came into force in our country, rentals made for a maximum of one hundred days, are included in the scope of short-term rentals regardless of the purpose and the obligation to obtain a permit for the residences to be rented in this way is regulated. A distinction is made between residences and high-quality residences and they are subject to different regulations. In order to obtain a permit, it is mandatory to obtain a consent form from all flat owners in terms of apartments and from all flat owners, including other blocks, in terms of sites. On the other hand, if certain conditions are met, it is mandatory to obtain a business license. At the same time, the residences to be rented for a short term must have at least one qualified bed, a toilet and bathroom, hot and cold water, and a living area and kitchen arrangement. In addition, certain minimum standards are sought to be met in matters such as fire safety. At the same time, the maximum number of people who can stay at the same time within the scope of a short term rental relations is also regulated.

Keywords: Short-Term Rentals, STR, Rental for Tourism Purposes, Daily, Rent, AirBnB.

GİRİŞ

7464 sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'le birlikte, Türk hukukunda konutların günübirlik, kısa süreli veya turizm amaçlı kiralanmalarına ilişkin önemli hükümler ve yaptırımlar içeren düzenlemeler yürürlüğe girmiş durumdadır.

Konutların kısa süreli kiralanması konusu, son yıllarda teknolojik gelişmelerin de etkisiyle,¹ ülkemiz pratiğinde de oldukça yaygınlaşmış

¹ Erol Demir, "Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi," *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 5, no. 11 (2015): 52; Arup Varma, Nenad Jukic, Almir Pestek, Clifford Shultz ve Svetlozar

durumdadır.² Bununla birlikte mukayeseli hukukta benzer yönde düzenlemeler mevcutken, ülkemizde daha önce düzenleme yapılmamış olan bu konuyla ilgili ilk kez yürürlüğe giren mevzuat, özellikle mülkiyet hakkının sınırlandırılması ve oldukça yüksek tutarlarda para cezalarından ibaret yaptırımları içermesi nedeniyle incelenmeye muhtaçtır.

I. GENEL OLARAK KISA SÜRELİ KİRALAMA MÜESSESESİ

A. Kavram

Konutların kısa süreli kiralanması kavramı, borçlar hukuku kapsamında düzenlenmiş olan klasik konut kiralalarına ilişkin sözleşmelerden farklı özellikler taşıyan, bedel ödenmesi karşılığında daha kısa süreli bir şekilde konutların geçici olarak kullanılması ediminin yer aldığı bir sözleşme ilişkisine işaret etmektedir. Ülkemizde yürürlüğe giren 7464 sayılı Kanun uyarınca en fazla yüz gün süreyle yapılan kiralamalar kısa süreli kiralama³ kapsamına girmektedirken, değişik ülkelerin iç hukuklarında aranan şartlar farklılık gösterebilmektedir.

Mukayeseli hukuk örneklerinde de görüleceği üzere,⁴ konutların kısa süreli kiralanmasına ilişkin devletlerin kendi iç hukuklarında yürürlüğe giren

Nestorov, "Airbnb: exciting innovation or passing fad?," *Tourism Management Perspectives* 20 (2016): 228 ff.

² Arzu Akpınar ve Hüseyin, Avunduk, "Seyahat ve Turizmde Paylaşım Ekonomisi: Airbnb Türkiye Örneği," *Uluslararası Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi* 5, no. Özel Sayı (2021): 142; Kısa süreli kiralamaya konu edilen konutların 2012 yılında %7.3 olan pazar paylarının 2022 yılında %14.2'ye yükseldiğine ilişkin bkz: Mehmet Bahar vd., *Günlük Kiralık Ev Pazarının Turizm Sektörü Bağlamında İncelenmesi*, (Ankara: Detay Yay., 2023), 4.

³³ Yürürlüğe giren düzenlemede kavram "konutların turizm amaçlı kiralanması" olarak isimlendirilmekteyken, "konutların kısa süreli kiralanması" kavramını hem 7464 sayılı Kanunun amacına hem de kavramın mukayeseli hukuktaki karşılığına daha uygun bulmaktayız.

⁴ Ülkeler arasında kıyaslamalı araştırmalar için bkz: Claire Colomb ve Tatiana Moreira de Souza, *Regulating short-term rentals*. Platform-based property rentals in European cities: the policy debates (London: Property Research Trust, 2021), 37 ff.; Ewelina Badura, "Legal aspects of short-term lease agreements—on a comparative background," *Societas et Iurisprudentia* 8, no. 4 (2020): 58 ff.; Gracia Vara Arribas, Bettina Steible ve Anthony De Bondt, *Cost of non-Europe in the sharing economy: legal aspects*, (Barcelona: European Institute of Public Administration, 2016), 25 ff.;

düzenlemelerde; kira bedelinin ödenmesi, konutun teslimi, tahliyesi, edimlerin ifa edilmemesi gibi konulardan ziyade sözleşme özgürlüğüne müdahale edilecek şekilde kısıtlamalara yönelik düzenlemelerin yürürlüğe girdiği görülmektedir.⁵

Kaźmierczyk, Aneta, "Issues of short-term rental in light of EU and Member States' regulations," *PWPM – Review of International, European and Comparative Law*, no. 17 (2019): 180 ff.; Alman hukuku bakımından verilebilecek Berlin örneğinde konuya ilişkin yürürlükte olan ZwVbG (Yaşam Alanının Kötüye Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Kanun) ve 4 Mart 2014 tarihli ZwVbVO (Yaşam Alanının Kötüye Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Yönetmelik) da durum benzerdir: Rike Krämer-Hoppe, "Sharing economy vs. Wohnungsmarkt – Das Berliner Zweckentfremdungsverbot," *Juwissblog*, Eylül 14, 2015, <https://www.juwiss.de/82-2016/>; Christian Otto, "Zweckentfremdungsverbote als Instrument zur Sicherung von Wohnraum vor Umnutzung," iç. *Erhaltung und Sicherung von Wohnraum*, editör Stephan Mitschang, (Berlin: Nomos, 2017), 250; İngiliz hukuku açısından bkz: Mara Ferreri ve Sanyal Romola, "Platform economies and urban planning: Airbnb and regulated deregulation in London," *Urban Studies* 55, no. 15 (2018): 3355 ff.; Zahratu Shabrina, Arcaute Elsa ve Michael Batty, "Airbnb and its potential impact on the London housing market," *Urban Studies* 59, no. 1 (2022): 198 ff.; Fransız hukuku açısından bkz: Calum Robertson, Sylvain Dejean ve Raphael Suire, "'Airbnb in the City': assessing short-term rental regulation in Bordeaux," *The Annals of Regional Science* 72, no. 2 (2024): 649 ff.; Avusturya hukuku açısından bkz: Kristin Nemeth ve Marco Scharmer, "Regulating Airbnb in Austria," *Journal of European Consumer and Market Law* 7, no. 6 (2018): 251; Portekiz hukuku açısından bkz: Jorge Morais Carvalho ve Pedro Policarpo, "Regulating Airbnb in Portugal," *Journal of European Consumer and Market Law* 7, no. 6 (2018): 256; Amerika Birleşik Devletleri'nden New York ve San Francisco örnekleri ile Kaliforniya eyaleti için bkz: J. T Minor, "Foregoing the cleaver for the scalpel: how New York can add some nuance to its short-term rental laws," *Iowa Law Review* 103, no. 2 (2017): 817 ff.; Billie Ann Brotman, "San Francisco: rental restrictions and pre-restriction host listing motivation," *Journal of Property Investment & Finance* 38, no. 2 (2020): 148 ff.; Lucy Humphreys, "Regulating Short-Term Rentals in California's Coastal Cities: Harmonizing Local Ordinances with the California Coastal Act," *Loyola of Los Angeles Law Review* 52, no. 3 (2019): 309; İtalyan hukuku açısından bkz: Irene Rubino, "Short-term rentals and transformations in urban areas: The case of Turin (Italy)," *Territorio Italia* 1, (2018): 92 ff.; Alessandra Staiano, "Short-Term Island: Sharing Economy, Real Estate Market and Touristification Interplay in Capri (Italy)," iç. *International Conference on Computational Science and Its Applications* (Cham: Springer Nature Switzerland, 2023), 406 ff.; Giacomo-Maria Salerno ve Antonio Paolo Russo, "Venice as a short-term city. Between global trends and local lock-ins," *Platform-Mediated Tourism*. Routledge (2022): 91 ff.

⁵ Yürürlükte bulunan genel hükümlerin uygulanmasında bir mani bulunmamaktadır. Konuya ilişkin bkz: Elif Aydın Özdemir, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Niteliği Gereği Geçici Kullanıma Özgünlüğü Taşınmazların Kiralanması," *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. Özel Sayı Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan (2017): 1540.

Konutların kısa süreli kiralanmasının düzenleme altına alınma sebebi olarak Anayasalar içerisinde düzenlenen barınma hakkının korunmasının, kira bedellerinde istikrarın sağlanmasının, belli kentlerin belli bölgelerinde imar planlarına aykırı düşecek ve iç huzuru bozacak ölçekte konutların kısa süreli kiralanmasının engellenmesinin, kayıt dışı turizm gelirlerinin kayıt altına alınmasının gerekliliği gösterilmektedir.⁶

Gerçekten de gelişen teknolojinin ve özellikle Airbnb gibi büyüyen dijital platformların etkisiyle ev sahiplerinin güç geçtikçe uzun süreli kira ilişkilerinin yaratacağı risklerden korunmak, kayıt dışılık sebebiyle vergi giderleriyle karşı karşıya kalmaksızın kira geliri elde etmek ve haliyle uzun süreli kira sözleşmelerine nazaran çok daha fazla gelir elde etmek amaçlarıyla konutlarını kısa süreli kiralamaya yöneldikleri anlaşılmaktadır.

⁶ Devletler politik bir tercihle bu alanı düzenleme altına almayı ve özellikle nicelik bakımından konutların kısa süreli kiralanmasını kontrol altında tutmayı hedeflemektedir. Konuya ilişkin bkz: Gianluca Bei ve Filippo Celata, "Challenges and effects of short-term rentals regulation: A counterfactual assessment of European cities," *Annals of Tourism Research*, no. 101 (2023): 1 ff.; Thomas Aguilera, Francesca Artioli, ve Claire Colomb, "Explaining the diversity of policy responses to platform-mediated short-term rentals in European cities: A comparison of Barcelona, Paris and Milan. Environment and Planning A," *Economy and Space* 53, no. 7 (2021): 1691 ff.; Dorine Von Briel ve Sara, Dolnicar, "The evolution of Airbnb regulation - An international longitudinal investigation 2008–2020," *Annals of Tourism Research*, no. 87 (2021): 4 ff.; Yuanyuan Chen, Yuxin Huang ve Chuan Hoo Tan, "Short-Term Rental Regulations on HomeSharing Platforms: What Kinds of Regulation Are Effective?," *Thirty ninth International Conference on Information Systems*, (San Francisco: 2018), 2; Agustin Cocola-Gant, Angela Hof ve Ismael Yrigoy, "Short-term rentals as a new urban frontier—evidence from European cities. Environment and Planning A" *Economy and Space* 53, no. 7 (2021): 1601 ff.; Claire Colomb ve Tatiana Moreira de Souza, "Illegal short-term rentals, regulatory enforcement and informal practices in the age of digital platforms," *European Urban and Regional Studies*, (2023): 6; Ayrıca bkz: Yuanyuan Chen, Yuxin Huang ve Chuan Hoo Tan, "Short-term rental and its regulations on the home-sharing platform," *Information & Management* 58, no. 3 (2021): 1 ff.; Brittany McNamara, "Airbnb: a not – so – safe resting place," *Colorado Technology Law Journal*, no. 13 (2015): 151 ff.; Stephen Miller ve Jamila Jefferson, "Airbnb and the battle between Internet exceptionalism and local control of land use," *ABA Probate & Property* 31, no. 3 (2017): 36 ff.

B. Yürürlüğe Giren Düzenlemelerin Kapsamı

1. maddesinde de ifade edildiği üzere 7464 sayılı Kanun, konutların gerçek ve tüzel kişilere, turizm amaçlı kiralanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektedir.⁷ Her ne kadar terim, “*turizm amaçlı kiralama*” olarak 1. maddede yer alsada Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde “*turizm amaçlı kiralama*” kavramı, konutların kullanıcılara en fazla yüz gün süreyle her türlü amaçla kiralanması olarak tanımlanmıştır. Kavramın tanımından çıkan anlama göre; sadece turizm amaçlı kiralamaların değil, her ne amaçla olursa olsun yüz günden az süreyle yapılan her türlü kiralamanın 7464 sayılı Kanun kapsamına dahil olduğunu ortaya koymaktadır.

Kanun ve Yönetmelik, genel anlamda amaç ne olursa olsun en fazla yüz gün süreyle yapılacak her türlü konut kirası için izin, belgelendirme, bildirim gibi şartlar getirmekte ve bunlara uymamanın yaptırımını oldukça ağır idari para cezaları olarak düzenlemektedir.

C. Kanun Gerekçesi

7464 sayılı Kanunun gerekçesinde turizmin Türkiye için önemi, turizmde rekabetçiliğin artırılması için nitelikli hizmet sunulmasının ve turizmin hem uluslararası pazardan hem de iç turizmden aldığı payın artırılmasının gerekliliği, turizm sektörünün istihdam yaratıcı niteliği ve cari açığı kapatmaktaki önemi vurgulanmış, tüm Dünya’da ikincil konutlarda kısa süreli kiralama uygulamalarının revaçta olduğu, bunun turizm sektöründe yeni bir alt kol haline geldiği ve tüm bu hususlar sebebiyle düzenleme yapılması ihtiyacı doğduğu belirtilmiştir.

Gerekçede bu düzenlemelerle amaçlanan temel hususların; turizmde kayıt dışı geliri engellemek, konutların belgelendirilmesini sağlamak, konaklayacak kişilerin bildirilmesi suretiyle güvenlik handikaplarını engellemek, eşit rekabet ortamını sağlamak ve turizm sektöründe hizmet veren tüm paydaşlara güvenilir

⁷ 7464 sayılı Kanunda en fazla yüz gün süreli konut kiralamalarına ilişkin hükümlerin yanı sıra, bununla ilgisi olmayan pek çok farklı konuda düzenlemelere ve farklı kanunlarda değişiklik yapan hükümlere de yer verilmiş durumdadır. Ancak söz konusu hükümler konunun ve çalışmanın kapsamı dışındadır.

yatırım ortamı oluşturmak olarak belirlendiği görülmektedir. Aynı zamanda resmi verilere göre ülkemizde otuz bin civarında turizm amaçlı kiralanın konutun mevcut olduğu hususu da gerekçede yer almıştır.

Gerekçenin konumuzu ilgilendiren kısmının bütününe bakıldığında; pratikte yaygınlaşın bir uygulamanın düzenleme altına alınmasının bir ihtiyaç olarak kabul edildiği, konutlarda konaklayacak misafirlerin yaratacağı güvenlik probleminin önüne geçilmesi, vergi gelirlerinin artırılması, kayıt dışı kazancın engellenmesi ve bu sayede oteller, pansiyonlar gibi vergi mükellefi olarak sektörde yer alan kuruluşlarla rekabet ortamında eşitlik yaratılması gibi hususların kanun koyucunun yasal düzenlemeye başvurmasındaki genel amaçları olduğu anlaşılmaktadır.⁸

D. Kısa Süreli Kiralama İlişkisinin Konusu

Kısa süreli kiralama ilişkisinin konusunu bir bütün halinde konutlar oluşturmaktadır. Mukayeseli hukuktaki düzenlemelerin aksine, Yönetmeliğin 6. maddesinin 6. fıkrası, konutun belirli odalarının kısa süreli kiralanmasını yasaklamaktadır. Aynı şekilde, Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bütüncül anlamda izin belgesi düzenlenmiş olan bir konutun belirli odalarının ayrı ayrı sözleşmelere konu edilerek farklı kişilere kiraya verilmesi de yasaklanmış ve buna aykırılık idari para cezasına tabi kılınmıştır.

1. Konut ve Yüksek Nitelikli Konut Ayrımı

Konut kavramı, 7464 sayılı Kanunun 2. maddesinde tapu sicilinde konut amaçlı kayıtlı olan veya üzerinde konut amaçlı kat irtifakı ya da kat mülkiyeti⁹

⁸ Mukayeseli hukukta da benzer yönde görüşler için blz: Aguilera ve diğerleri, *Short-term rentals in European cities*, 1691 ff.

⁹ Kavramlara ilişkin bkz: Samim Gönensay, "Kat ve Daire Mülkiyeti," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10, no. 3-4, (2011): 534 vd.; Reisoğlu, Safa, "Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 18, no. 1, (1963): 265 ff.; Kürşad Nuri Turanboy, "Kat İrtifakının Hukuki Mahiyeti," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (1990): 173 vd.

bulunan her türlü bağımsız bölüm olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ En az konut şartlarını sağlamakla birlikte resepsiyon, güvenlik ve günlük temizlik servisi mekanlarının bulunduğu, sağlık hizmetleri, kuru temizleme, çamaşırhane gibi Yönetmeliğin 4. maddesinde sayılan hizmetlerin verildiği konutlar ise yüksek nitelikli konutlardır. Kanun koyucu, kısa süreli kiralama yapılabilecek konutlar arasında bu şekilde bir ayrıma gitmekle yüksek nitelikli konutlar bakımından izin belgesi alınabilmesi adına daha hafif şartlar öngörmüş ve daha çok rezidans niteliği taşıyan yapılarda kısa süreli kiralama ilişkisinin yaygınlaşması amaçlanmıştır.

Konut kavramının tapu sicilinde konut amaçlı kayıtlı olan bağımsız bölümler şeklinde tanımlanmasıyla ortaya çıkan anlam, konut amacıyla tapu kütüğüne kayıtlanmamış olan taşınmaz veya bağımsız bölümlerin kısa süreyle kiralınması halinde, bu kira ilişkisinin 7464 sayılı Kanun kapsamına girmeyeceğine yöneliktir. Kanunun uygulanacak idari yaptırımlar başlıklı 4. maddesinde izin belgesi bulunmaksızın turizm amaçlı kiralanana "konutları" kiraya verenlerin idari para cezası yaptırımıyla karşılaşacağı düzenlenmektedir. O halde gerek Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesi, gerek idari yaptırımlar başlıklı 4. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, konut amacıyla tapu kütüğüne tescil edilmemiş olan veya konut niteliği taşımayan diğer tür taşınmazlarda yapılan kısa süreli kiralamalara ilişkin idari para cezası uygulanması mümkün değildir. Örneğin dükkan amaçlı kayıtlanan bir bağımsız bölümün Kanun kapsamında kaldığı anlamının çıkması mümkün değildir.¹¹

¹⁰ Üzerinde kat mülkiyeti kurulan bir yapıda bağımsız bölüm ve eklentilerinin özgülenme amacına uygun kullanılması Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca zaruridir: Ömer Bağcı, "Kat Mülkiyetinde Cins Tashihine Yönelik Düşünceler," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1 (2016): 301 vd.; Saba Özmen ve Hafize Kır, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar)*, (İstanbul: Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, 2010), 32 vd.

¹¹ Buna karşın, gerek 7464 sayılı Kanunun genel gerekçesinde yapılan izahat, gerekse de Kanunun özü ve sözü, aslında kanun koyucunun amacının bağımsız bölüm niteliği taşıyan her türlü taşınmazı bu kanun kapsamına sokma gayretinin güdüldüğü izlenimini uyandırmaktadır. Ancak Kanunun lafzının açıkça "tapu sicilinde konut amaçlı kayıtlı olan veya üzerinde konut amaçlı kat irtifakı ya da kat mülkiyeti bulunan her türlü bağımsız bölüm" denilmek suretiyle düzenlenmesi, bu kapsama girmeyen tüm taşınmazlar bakımından 7464 sayılı Kanunun uygulanmasının mümkün

Konut niteliği taşıyan ve bu yönde yapı kayıt belgesi tanzim edilmiş olan bağımsız bölümler bakımından izin belgesi alınabilmesi için bu belgenin sunulması zorunlu tutulmuş, buna karşın bir bağımsız bölümün örneğin dükkan niteliğinde olması halinde kısa süreli kiralama ilişkisi kapsamında izin belgesi alınması zorunlu olan yerlerden olup olmadığı konusuna ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Yürürlüğe giren tüm düzenlemeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde bu tür yerlerin 7464 sayılı Kanun kapsamının dışında kaldığı ve hiç izin alınmasa dahi kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilebileceği anlaşılmaktadır.¹²

Kanunun izin belgesinin niteliği başlıklı 3. maddesinin 9. fıkrasında yüksek nitelikli konutlara ilişkin izin belgesi düzenlenmesi açısından kolaylık sağlandığı görülmektedir. Kanunda yüksek nitelikli konutlarla ilgili başkaca bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki kavram 7464 sayılı Kanunda tanımlanmamış olup Yönetmelik kapsamında tanımlanmıştır.

İlgili tanım maddesi incelendiğinde; yüksek nitelikli konut kavramının en az "konut" kavramında aranan şartları taşınması gerektiği belirtilmektedir. O halde gerek müstakil bir taşınmazı konu alsın, gerek kat irtifakı veya kat mülkiyetini

olmayacağı anlamını doğurmaktadır. Bunun yerine Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'te yer alan 4. maddedeki konut tanımının kısa süreli kiralama mevzuatında da kullanılması daha uygun düşecektir. İlgili tanımdaki ifade; "Konut: 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölüm" şeklindedir. Oldukça ağır idari para cezaları düzenleyen 7464 sayılı Kanundaki açık lafza rağmen, tapu sicilinde konut amaçlı kayıtlı olmayan bağımsız bölümler bakımından da Kanunda düzenlenen idari para cezalarının uygulanması idari para cezalarındaki kanunilik ilkesine açıkça aykırı düşecektir. Kanunilik ilkesinin sadece Türk Ceza Kanunu kapsamındaki suçlarla sınırlı olmadığına ilişkin bkz: Ekrem Çetintürk, "Mal Beyanında Bulunmamak Suçlarında Değer Azlığı Sorunu," *Terazi Hukuk Dergisi* 2, no. 8 (2007): 55 vd.

¹² Kanunilik ilkesi ve görüşümüzü destekleyecek şekilde açıkça düzenlenmeyen eylemler hakkında idari para cezası uygulanamayacağına ilişkin bkz: Berrin Akbulut, "Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 9, no. 1 (2021): 15-16; Ayrıca benzer yönde 18.07.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz: AYM, E. 2017/103, K. 2017/108, 31.05.2017, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

konu alsın, her şekilde kısa süreli kiralamaya konu edilecek olan yerin konut amaçlı tescil edilmiş olması aranan başlıca şarttır. Yüksek nitelikli konut kavramının farklılığı ise; yüzme havuzu, spor salonu, çamaşırhane, güvenlik, resepsiyon, yemek gibi sayılan bir çok hizmeti içerebilmesinden ileri gelmektedir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 4. maddesindeki yüksek nitelikli konut tanımı da aynı yöndedir.¹³ Yüksek nitelikli konut kavramı ile konut kavramı arasındaki farklılık, kanun koyucunun yüksek nitelikli konutlara izin belgesi alımında kolaylık sağlamasından ileri gelmektedir. Kanun koyucunun kısa süreli kiralamaların daha çok rezidans tipi binalarda yapılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

2. Konutlarda Aranan Nitelikler

Konutlarda aranacak nitelikler Yönetmelik kapsamında ikiye ayrılmıştır. Bunlar izin belgesi alınmadan önce sağlanması gereken nitelikler ve izin belgesi alındıktan sonra sağlanması gereken niteliklerdir.

a. İzin Belgesi Alınmadan Önce Sağlanması Gereken Nitelikler

Bir konutun kısa süreli kiralamaya konu edilebilmesi için asgari bir yatak, tuvalet – banyo, yaşam alanı ve mutfak düzenlemesi ihtiva etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bulunan yatakların nitelikli yatak olması gerektiği de yine Yönetmelik'te yer alan 9. maddede düzenleme altına alınmıştır. Maddenin geneline bakıldığında rahat ve konforlu bir şekilde konaklama yapılmasının sağlanabilmesi adına asgari bazı standartların belirlemeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Haliyle nitelikli yatak kavramının, konforlu ve rahat bir şekilde uyumaya elverişli bir yatak olarak algılanması yeterlidir.

Kısa süreli kiralanacak konutun içerisinde konaklama yapacak her kişi bakımından kişi başı bir yastık, yastık kılıfı, çarşaf, iklim koşullarına göre pike veya yorganın bulunması da zorunlu kılınmıştır. Aynı zamanda sıcak ve soğuk su bulunması, her kişi başına yüz ve banyo havlularının bulunması da zorunlu kılınmıştır. Kullanıcıların güvenliklerine ilişkin asgari standartlar da

¹³ Söz konusu bu Yönetmelikte kavram tanımlanırken parantez içerisinde “rezidans” ifadesi de kullanılmıştır.

düzenlenmiştir. Yangına karşı önlem alınması açısından banyo ve tuvalet hariç tüm bölümlerde duman detektörünün bulunması, kimyevi yangın söndürücüler bulunması, yangın merdiveninin yerini gösteren bir krokinin tüm kapı arkalarında yer alması gibi nitelikler, yine Yönetmelikte yer alan 9. maddenin aradığı nitelikler arasındadır. Güvenlik önlemlerinden sayılabilecek diğer bir asgari nitelik ise; tefriş, dekorasyon, donanım ve cihazların standartlara uygun, temiz, bakımlı ve çalışır durumda olmasıdır.¹⁴

Düzenlemeler kısa süreli konut kiralamalarında verilecek olan hizmetin belirli bir asgari standarda sahip olması amacına hizmet etmektedir.¹⁵ Yönetmelik'te konutta aranan niteliklerin bulunmaması halinde uygulanacak olan yaptırımın 7464 sayılı Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde düzenlendiği belirtilmiştir. Söz konusu yaptırım idari para cezasıdır.

Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının d bendi uyarınca;¹⁶ konaklayabilecek azami kişi sayısı üç yaşından küçük çocuklar hariç olmak üzere en fazla on iki kişidir. Bununla birlikte bir konutta konaklayabilecek kişi sayısı, her yatak odası için iki kişi olmak üzere hesaplanır ve yatak odası sayısına göre yapılan

¹⁴ Mukayeseli hukukta da benzer detaylı düzenlemeler mevcuttur: Colomb ve Moreira de Souza, *Regulating short-term rentals*, 87; Badura, *Legal aspects of short-term lease agreements—on a comparative background*, 62; Richard Swor, "Long term solutions to the short-term problem: An analysis of the current legal issues related to Airbnb and similar short-term rental companies with a proposed model ordinance," *Belmont Law Review* 6, no.1 (2018): 311-312; Shirley Nieuwland ve Rianne Van Melik, "Regulating Airbnb: how cities deal with perceived negative externalities of short-term rentals," *Current issues in tourism* 23, no. 7 (2020): 813 ff.; Almeida Joana ve Oliveira Frederico, "Understanding short-term rental regulation: a case study of Lisbon (Portugal)," *Critical Housing Analysis* 8, no. 1 (2021): 172 ff.

¹⁵ Benzer bir düzenleme 01.06.2019 tarihli, 30791 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te mevcuttur. İlgili Yönetmeliğin 13. ve 17. maddeler arasındaki tüm maddeleri turizm tesislerinin niteliklerine ayrılmış durumdadır. Burada yer alan düzenlemeler, şüphesiz ki kısa süreli konut kiralamalarına ilişkin mevzuatta aranan niteliklere göre daha ağır ve daha detaylıdır.

¹⁶ Her ne kadar söz konusu bu düzenleme Yönetmelikte konutlarda aranacak nitelikler başlığı altında düzenlenmiş olsa da, kanaatimize göre düzenleme konutların niteliğine ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Buradaki düzenleme, kiraya verenin konuta kabul edeceği azami kişi sayısına ilişkin olmakla, kiraya verenin yükümlülükleri arasında düzenlenmesi gereken bir husustur.

hesaplamaya en fazla iki kişi daha ilave edilebilecektir. Buna rağmen her halükarda azami sayısı on iki kişiyi geçemeyecektir.¹⁷

b. İzin Belgesi Alındıktan Sonra Sağlanması Gereken Nitelikler

Kanun koyucu, bir kısım niteliklerin izin belgesi alındıktan sonra sağlanması gerektiğini düzenlemiştir. Bu husus Yönetmelik'te 9. maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Ancak söz konusu fıkra incelendiğinde, aslında konutlarda yer alması gereken niteliklerin değil, konutların ilanı, tanıtımı ve pazarlamasında kiraya veren tarafın veya pazarlama işletmesinin uyması gereken birtakım yükümlülüklerin düzenleme altına alındığı görülmektedir.

İlgili düzenlemede konutun tanıtımı, pazarlaması ve ilanının yapıldığı her türlü ortamda izin belgesinin yer alması gerektiğine ve tanıtımlarda yer alması gereken diğer hususlara yer verilmiştir.¹⁸ Bu düzenleme aslında konutların sahip olması gereken nitelikleri değil, konutların nasıl pazarlanacağıyla ilgili yükümlülükleri ihtiva etmektedir.

Bununla birlikte konutların tanıtımında değil de bizzat konutlarda yer alması gereken bir nitelik, aslında hem 7464 sayılı Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasında hem de Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, konutların girişinde Bakanlık tarafından hazırlanmış ve soğuk damga ile işaretlenmiş bir plaketin konutların girişinde yer alması zorunludur.

¹⁷ Mukayeseli hukukta benzer yöndeki düzenleme için bkz: Colomb ve Moreira de Souza, *Regulating short-term rentals*, 77-78.

¹⁸ Benzer yönde düzenlemeler pek çok ülkede mevcuttur: Arribas, Steible ve De Bondt, *Cost of non-Europe in the sharing economy: legal aspects*, 25; Badura, *Legal aspects of short-term lease agreements—on a comparative background*, 59; Colomb ve Moreira de Souza, *Regulating short-term rentals*, 73; Kaźmierczyk, *Issues of short-term rental*, 191-192; Carvalho ve Policarpo, *Regulating Airbnb in Portugal*, 256; Kristin Weber-Leibrecht, "Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tourismus," iç. *Digitalisierung in ländlichen und verdichteten Räumen*, editör Annette Spellerberg (Hannover: Verlag der ARL, 2021), 116 ff.

E. Kısa Süreli Kiralama İlişkisinin Tarafları

1. Kiraya Veren

En fazla yüz gün süreyle bir konutu kullanmak isteyen kişilerle kısa süreli kiralama ilişkisine giren tarafa kiraya veren denilmektedir. 7464 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde, kiraya verenin; malik, intifa hakkı sahibi veya üst hakkı sahibi olabileceği ve bu haklardan birine sahip olması sebebiyle konutu tasarrufunda bulundurması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.¹⁹

7464 sayılı Kanun, kiraya verenin gerçek veya tüzel kişi olabileceğini açıkça belirtmiştir. Kiraya verenin mülkiyet, intifa veya üst hakkı sahibi olması gerektiğine yönelik düzenleme, genel hükümlerden oldukça büyük bir ayırım göstermektedir. Genel hükümlere göre TBK'da düzenlenen kira sözleşmesi ilişkisine girerek kiraya veren sıfatını haiz olan bir kişinin, mutlaka mülkiyet veya herhangi bir sınırlı ayni hak sahibi olması şart değildir.²⁰

¹⁹ Oysa genel hükümlere göre başkasına ait olan bir taşınmazın kiraya verilebilmesi mümkündür: Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), 261; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 347; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023) 36; Nevran Suiçmez, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan Özel Sayı (2017): 1601; Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 75.

²⁰ Zira genel hükümlere göre kiraya verme işlemi bir tasarruf işlemi olmayıp, borçlandırıcı bir işlem olması hasebiyle mülkiyet veya başkaca bir sınırlı ayni hak sahibi olmayan kişilerin dahi kiraya verme borcu altına girebileceği, bu haklara sahip olmayan kişilerin yapacağı bir kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş sayılacağı, ancak kira konusu şeyin kullanılamaması ve teslim edilememesi halinde borcun ifa edilmemiş sayılacağı söylenebilmektedir: İpek Yücer Aktürk, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 805; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (İstanbul: Seçkin Yayınları 2019), 169 ff.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 171; Aydın Zevkliiler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 31-32; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, Cilt I* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 51-51; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2019), 132 vd.; Asena Emel

Genel hükümlerle kısa süreli konut kiralamaları arasındaki bu farklılık “kiraya veren” ifadesinin kullanımı açısından tereddütlere yol açabilecektir. Genel hükümlere göre malik olmasa veya sınırlı aynı hak sahibi olmasa dahi kişilerin kiraya veren sıfatını haiz olmaları mümkün iken, kısa süreli konut kiralamaları söz konusu olduğunda bunun mümkün olmaması sebebiyle kavramın isimlendirilmesinde farklı bir tercihte bulunulması doğru olacaktır. Bu nedenle kısa süreli konut kiralamaları bakımından “kiraya veren” ifadesinin yerine “kullandıran” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını ileri sürmekteyiz. Hukuki ilişkinin karşı tarafı, bizzat 7464 sayılı Kanun tarafından “kullanıcı” olarak isimlendirilmiştir. Ortada genel hükümlerde olduğu gibi bir “kiracı” yok iken, “kullanıcı” olarak isimlendirilen tarafın karşı tarafının “kiraya veren” olarak isimlendirilmesi isabetli olmamıştır.²¹

2. Kullanıcı

En fazla yüz gün süreyle bir konutu kullanma hakkı elde etmek amacıyla kiraya verenle hukuki ilişkiye giren ve bu edimin karşılığı olarak belirli bir bedel ödemeyi üstlenen kişiyi 7464 sayılı Kanun “kullanıcı” olarak tanımlamış durumdadır.

Kanunun 2. maddesinde yer alan kullanıcı tanımı, turizm amaçlı kiralama sözleşmesi yapan gerçek veya tüzel kişiler şeklindedir. Söz konusu ifade, turizm amaçlı kiralamanın tanımlanmasını gerekli kılmaktadır. Zira bir günlüğüne iş için bir şehre giderek orada 1 günlük kısa süreli kiralama yapan bir kişinin turizm amacı bulunmamaktadır. Bu durumda bu kişinin kiralama işlemine genel hükümlerin mi uygulanacağı, yoksa bu hukuki ilişkinin 7464 sayılı Kanun kapsamında bir kısa süreli konut kiralama ilişkisi mi olarak kabul edileceğinin

Sinanoğlu, “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi ve Konunun Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem-Tasarruf İşleminin Ayrılığı (Ayrılık Sistemi) Noktasında İncelenmesi,” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32, no. 2 (2024), 983; Buna karşın, kanaatimize göre kısa süreli konut kiralamalarına ilişkin yürürlüğe giren mevzuatta getirilen bu sınırlandırma, mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahibi olmayan kişinin tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem arasındaki bu ayrımından ötürü borçlandırıcı bir işlem yapmak suretiyle kira ilişkisine girebilme hakkına önemli bir istisna getirmiş olmaktadır.

²¹ 7464 sayılı Kanunun çeşitli yerlerinde sözleşmenin tarafları kullanıcı veya izin belgesi sahibi olarak isimlendirilmektedir.

belirlenmesi önem arz etmektedir. Turizm amaçlı kiralama kavramı, aynı madde kapsamında konutların kullanıcılara en fazla yüz gün süreyle her türlü amaçla kiralanması olarak tanımlanmıştır. Haliyle, kavram kendi ismiyle çelişki barındırmakta, turizm amaçlı kiralama, aslında her türlü amaçlı kiralama olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda, verilen örnek bağlamında bir günlüğüne bir şehirde konaklama yapmak isteyen kişinin de 7464 sayılı Kanun kapsamına girdiğinin kabulü gerekmektedir.

Kısa süreli konut kiralanmasına ilişkin 7464 sayılı Kanun ve bu dayanak alınarak çıkartılan Yönetmelik kapsamında kullanıcının yükümlülüklerine yönelik hükümlere rastlanılmamaktadır. Mevcut yasal düzenleme kapsamında taraflar arasındaki hukuki ilişkiye genel hükümlerin uygulanacağını söylemek mümkündür. Haliyle, kullanıcının kısa süreli kira sözleşmesi bakımından hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi noktasında TBK'nın 339. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmayacak, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.²²

²² Aydın Özdemir, *Geçici Kullanıma Özgülenmiş Taşınmazların Kiralanması*, 1527; Emre Gökyayla, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı," *Yaşar Üniversitesi Dergisi* 8, no. Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı (2013): 1215 ff.; Gülşah Sinem Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333)* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013), 28; Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 309; Mehmet Öztürk, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (2017): 1551 vd.; Yasemin Güllüoğlu Altun, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Sona Erme Halleri Üzerine Bir Değerlendirme," *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, no. 26 (2019): 378; Tuba Birinci Uzun, "Belirli Süreli Konut Ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK Md. 347 f.1)," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2017): 141.

3. Mevzuatta Tanımlanan Diğer Taraflar

a. Yönetim İşletmesi

7464 sayılı Kanunda “*yönetim işletmesi*” şeklindeki bir kavram tanımlanmamış, Kanun içerisindeki herhangi bir maddede de yine yönetim işletmesi kavramıyla ilgili herhangi bir düzenleme yürürlüğe girmemiştir. Bununla birlikte söz konusu kavram, Yönetmelik kapsamında tanımlanmış ve yine Yönetmelik kapsamında kavrama ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

Yönetim işletmesi kavramı her şeyden önce bir ticari işletmeyi işaret etmektedir. Ticari işletme ise Türk Ticaret Kanunu’nun 11. maddesinde esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme şeklinde tanımlanmaktadır.²³

Yönetim işletmesinin de bir ticari işletme olarak kabul edilmesi nedeniyle ticari işletmeler için aranılan şartları ihtiva etmesi gerekmektedir. Yönetim işletmelerinin sadece yüksek nitelikli konutlarda faaliyette bulunabileceği de açıkça Yönetmelikte yer alan tanımla düzenlenme altına alınmış durumdadır. Yine Yönetmelikte yer alan tanıma göre, yönetim işletmesinin hem bir ticari işletmenin taşınması gereken nitelikleri taşınması gerekmekte, hem de bir yüksek nitelikli konutta faaliyet göstermesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yüksek nitelikli konutun yönetim planının²⁴ da yönetimin bir işletme olarak faaliyet göstermesine

²³ Bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için; gelir sağlamanın hedef tutulması, bağımsızlık, devamlılık ve hedeflenen gelirin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşması unsurlarının bulunması gerekmektedir; Sami Karahan, “Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 4; Tuğba Çiftçi, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 31 vd.

²⁴ Yönetim planının bütün kat maliklerine ilişkin bağlayıcı bir sözleşme niteliği teşkil ettiğine ilişkin bkz: Fatih Güler, “Kentleşmenin Bireylerin Yönetim Hakkını Zedelemesi Açısından Kat Mülkiyeti Kanununun Yönetim Planına İlişkin Bazı Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım ve Öneriler,” *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi* 17, no. 1 (2021): 25; Tuğçe Tuzcuoğlu, “Kat Mülkiyeti Kanununa Eklenen Toplu Yapılara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi,” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, no. Özel Sayı (2013): 2697-2698; Yönetim planıyla ana gayrimenkulün

cevaz vermesi gerekmektedir. Bu özelliklerin hepsini taşıyan yönetim işletmesi; resepsiyon, güvenlik ve temizlik hizmetlerine ilave olarak kuru temizleme, çamaşırhane, taşıma, yemek ve alışveriş servisi hizmetleri ile spor salonu ve yüzme havuzu gibi hizmetleri sunan veya sunulmasını sağlayan ticari işletme olarak tanımlanmış durumdadır.

Bu düzenleme, yüksek nitelikli konut olarak isimlendirilen rezidans türü binalarda; yukarıda sayılan tüm bu hizmetleri sunan, yönetim planında yetki verilen, gelir sağlamayı hedef tutan, bağımsızlık, devamlılık unsurları taşıyan, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşacak tutarda gelir elde etmeyi amaçlayan ticari işletmeleri, yönetim işletmesi olarak tanımlamaktadır.

Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 2. maddesinde; konut işletmesinin, adına belge düzenlenebilecek yönetim işletmesi anlamına da geleceği düzenlenmiş durumdadır. Buradan çıkan anlam, rezidans niteliğinde olan binalarda yönetimin bir ticari işletme olarak doğrudan kısa süreli konut kiralama faaliyetlerini yapabileceği ve bu sayede "konut işletmesi" olarak nitelendirilebileceği anlaşılmaktadır.

b. Pazarlama İşletmesi

Pazarlama işletmesi, kiraya veren ile kullanıcı arasında kurulacak olan kısa süreli konut kiralama ilişkisine bir anlamda aracılık eden, kiraya verenin konutlarının kısa süreli şekilde kiralama için bunları pazarlayan işletmedir.

Pazarlama işletmesi de 7464 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte Kanunun 3. maddesi ve geçici 1. maddesi gibi maddelerinde seyahat acentelerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Yönetmelikte pazarlama

yönetimine ve bunun için belirlenecek kuralların düzenlenmesine, kat malikleri, denetçiler ve yöneticiler arasındaki ilişkilere ilişkin bağlayıcı nitelik taşıyan bir sözleşme olarak ifade edilebilmektedir: Serhat Küçükçapraz, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının İçeriği İle Kat Maliklerinin Yönetim Hakkının Kısıtlanması," *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 974 vd.; Mehmet Şengül, *Türk Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 144; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021): 554; Abdulkerim Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 53 vd.

işletmelerine ilişkin tanım yapılmış olup, bu tanım uyarınca pazarlama işletmelerinin de seyahat acentesi işletme belgesine sahip ticari işletme niteliğini haiz olmaları gerekmektedir.²⁵

Sadece yüksek nitelikli konutlarda bulunan bağımsız bölümler bakımından pazarlama işletmeleri yetkili oldukları bağımsız bölümlerle sınırlı olmak üzere pazarlama faaliyeti yapabilmektedir. Bu faaliyetin yürütülebilmesi için kiraya verenin ve yönetim işletmesinin muvafakati gerekmektedir. Yönetmelikte yer alan tüm bu hükümler uyarınca, pazarlama işletmesinin sadece yüksek nitelikli konutlarda pazarlama faaliyeti yürütebileceği anlaşılmaktadır. Haliyle bu niteliğe sahip olmayan binalarda yer alan konutlar bakımından sadece kiraya veren sıfatına sahip kişilerin diğer şartları da sağlamak kaydıyla kısa süreli kiralama işlemleri yapabilecekleri kabul edilmelidir.

c. Konut İşletmesi

Konut işletmeleri Yönetmelik kapsamında yüksek nitelikli konutlarda adına belge düzenlenebilecek yönetim işletmesi veya pazarlama işletmeleri olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir deyişle Yönetmelik kapsamında yönetim işletmesi veya pazarlama işletmesini bir arada işaret edebilmek adına “konut işletmesi” kavramı tanımlanmıştır.

I. KONUTLARIN KISA SÜRELİ KİRALANMASINDA TARAFLARIN BORÇLARI

A. Kiraya Veren veya Konut İşletmesinin Yükümlülükleri

7464 sayılı Kanun ve Yönetmelik kapsamında yürürlüğe giren hükümlerin, iki tarafa borç yükleyen bir hukuki ilişkiyi tüm yönleriyle ele almaktan ziyade, sadece kiraya verenin ya da konut işletmelerinin yükümlülüklerini düzenlediğini söylemek mümkündür.

²⁵ 7464 sayılı Kanun ile Yönetmelik arasındaki kavramsal farklılığın giderilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte turizm faaliyetlerine aracılık edecek olan seyahat acentelerinin yetki belgesi alma zorunluluğu bulunmaktadır. Bunun hukuki dayanağı 14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun 4. ve 10. maddeleri hükmüne dayanan Seyahat Acentaları Yönetmeliği'dir.

1. İzin Belgesi Alınması

Konutların kısa süreli kiralamaya konu edilebilmesi için, söz konusu konutta kısa süreli kiralama yapılabileceğine yönelik bir izin belgesinin kiraya veren veya konut işletmesi tarafından alınmış olması zorunludur. Bu zorunluluğa aykırı davranmak, 7464 sayılı Kanunun 4. maddesinde düzenlenen oldukça ağır yaptırımlara tabi kılınmıştır.

a. İzin Belgesinin İçeriği ve Niteliği

İzin belgesi, konutların yüz gün ve daha kısa sürelerle kiralanabilmesi için 7464 sayılı Kanun kapsamında alınması zorunlu kılınmış bir belgedir. İzin belgesinin düzenlenmesiyle birlikte, izin belgesi sahibi, adeta konutunu kısa süreli kiralayabilmek için yetki sahibi olmaktadır.

İzin belgesinin içeriğinde izin belgesi sahibinin adı veya ticaret unvanı, kısa süreli kiralama yapılacak olan konutun adresi, izin belgesi tarihi ve kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilecek olan konutun bulunduğu şehrin plaka kodu ile başlayan belge numarası ve konutta Yönetmeliğin 9. maddesinde yazan koşullara uygun düşecek şekilde konutta konaklayabilecek azami kişi sayısı yazılı olmalıdır.²⁶

Bakanlıkça düzenlenen ve soğuk damgayla işaretlenen bir plakentin konutun girişine²⁷ asılması da zorunlu kılınmıştır.²⁸ Bu plakette; *“Turizm Amaçlı Konut”*

²⁶ İzin belgesinde bulunması gereken bu hususlar, Yönetmeliğin 7. maddesinde açıkça düzenlenmiş durumdadır.

²⁷ Konutun girişi ifadesiyle, daire kapısı açıldıktan sonra evin girişi mi, yoksa konut kapısının hemen dışının mı kastedildiği anlaşılmamaktadır. Denetlenebilmesi adına plakentin konut kapısının dışına asılması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak düzenlemenin lafzının daha anlaşılır olması gerekmektedir.

²⁸ Aynı bina, site veya yüksek nitelikli konutta aynı kişi adına birden çok konut için başvuru yapılması durumunda hepsi için Yönetmeliğin 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tek bir izin belgesi düzenlenecektir. Bu ihtimalde izin belgesinin tek bir tane düzenlenmesine karşın, her bir konut için ayrı ayrı plaketter düzenleneceği de yine aynı fıkra kapsamında düzenleme altına alınmıştır. 4. fıkraya göre ise yüksek nitelikli konutlarda tüm konutların konut işletmesi tarafından kiraya verilmesi durumunda hem izin belgesi hem de plakentin birer tane tanzim

ifadesi, faaliyetin Bakanlık denetimine tabii olduğu hususu, kısa süreli kiralama yapılan konutun adresi, izin belgesinin tarihi, konutun bulunduğu ilin plaka kodu ile başlayan belge numarası ve izin belgesi sahibinin irtibat numarası bulunacaktır. Bu bilgiler, kullanıcının gerçekten de gerekli izin belgesini almış ve yetkisi bulunan birinin konutuna geldiğini gösterecek ve bu anlamda kullanıcıya güven teşkil edecektir.

İzin belgesi; idare hukukuna ait bir müessese olan ruhsat niteliğindedir. Ruhsatın pek çok farklı türü ve tanımı bulunsa da konumuz bakımından ruhsat; bir özel hukuk kişinin yürüteceği faaliyetin, idare tarafından kamu yararı ve kamu düzeni yararları uyarınca denetlenmesi ve kontrol altına alınması suretiyle faaliyetin düzen ve istikrar içerisinde yürütülebilmesi için düzenlenmiş olan bir idari işlem olarak tanımlanabilir. Zira idarenin lisans verme, izin verme, ruhsat verme gibi işlemlerinin hepsi aslında birer ruhsatlandırma süreci olarak kabul edilebilir.²⁹

b. İzin Belgesi Verilmesinin Şartları

i. Başvuru Yapılması

İzin belgesi verilmesinin ön şartı bir başvurunun mevcudiyetidir. İdarenin re'sen izin belgesi tanzim etmesi mümkün olmadığı gibi, başvurunun kiraya veren, konut işletmesi veya pazarlama işletmesi tarafından yapılması zorunludur.³⁰

Başvuran tarafın niteliği ne olursa olsun, başvurunun e-devlet sistemi üzerinden yapılması zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluğa aykırı davranışın

edileceği düzenleme altına alınmıştır. Mukayeseli hukukta da benzer yönde düzenlemeler için bkz: Morais ve Policarpo, *Regulating Airbnb in Portugal*, 256; Kaźmierczyk, *Issues of short-term rental*, 192.

²⁹ Ahmet Eğilmez, *İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatının Sona Ermesi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 5 vd.

³⁰ Yüksek nitelikli konutlarda, aynı konut bakımından hem yönetim işletmesine hem de birden fazla pazarlama işletmesine dahi ayrı ayrı izin belgesi düzenlenmesi, Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca mümkün kılınmıştır.

yaptırımı, Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Fiziki başvuruların değerlendirmeye alınmadan başvuru sahibine iade edileceği belirtilmiştir.³¹

İzin belgesi ve plakelerin ücrete tabi olduğu, 7464 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası hükmünden anlaşılmaktadır. Kanun lafzından anlaşılan husus, ücretin başvuru aşamasında değil, izin belgesinin verilmesi aşamasında ödeneğine yöneliktir.

Başvuruyla birlikte sunulacak olan tüm belgelerin gerçek olduğunun başvuru sahibi tarafından beyan edilmesi gerekmektedir. Gerçeğe aykırı bilgi verilmesi veya belge sunulmasının yaptırımı izin belgesinin iptalidir.³²

ii. Kat Maliklerinin veya Birlikte Mülkiyetin Bulunması Halinde Maliklerin Muvafakatinin Bulunması

Kısa süreli kiralanacak konut üzerinde birden fazla malikin elbirliği mülkiyetinin veya paylı mülkiyetinin bulunması olasıdır. Konut üzerinde elbirliğiyle mülkiyetin bulunması durumunda, elbirliğiyle malik olanların tamamının kimlik belgeleri ve belgelerde imza örneği bulunmaması halinde imza beyannamelerinin sunulması gerekmektedir. Paylı mülkiyetin mevcut olması halinde ise pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması gerekmekte ve çoğunluğa ilişkin kimlik belgeleri ve belgelerde imza örneği bulunmaması halinde imza

³¹ Dilekçe hakkının ihlali anlamına dahi gelebilecek bir düzenlemenin Kanunla değil de Yönetmelik vasıtasıyla yürürlüğe girmiş bulunması hatalı olmuştur. Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 3. maddesinde açıkça vatandaşların yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları düzenleme altına alınmıştır. Açık Kanun maddesi karşısında Yönetmelikte yer alan 5. maddedeki e-devlet üzerinden başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'a ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu ileri sürmekteyiz. Dilekçe hakkına ilişkin bkz: Özgür Selvi, Maide Ulucan ve Arzu Eser Coşgun, "Halkla İlişkiler ve Bir E-Devlet Uygulaması Olarak Cimer," *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 75 (2019): 23.

³² Fail hakkında Türk Ceza Kanunu uyarınca cezai sorumluluğun da doğacağı söylenebilmektedir. Sunulan belgenin niteliğine göre resmi evrakta veya özel evrakta sahtecilik suçunun oluşabilecektir. Konuya ilişkin bkz: Yasin Aslan, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2015): 148 vd.

beyannamelerinin sunulması gerekmektedir. Paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması halinde bu kişilerin, elbirliği mülkiyetinin söz konusu olması halinde ise elbirliğiyle malik olanların tamamının başvuruya onay verdiklerine ilişkin yazılı beyanlarının ibrazı zorunludur.³³

Her iki ihtimalde de birlikte malik olanların tamamının Kültür ve Turizm Bakanlığı nezdinde kendilerini temsil edecek ve sorumluluk altına girecek olan kişiyi belirlemiş olmaları ve buna ilişkin yazılı bir belgeyi de ibraz etmeleri gerekmektedir.³⁴

Konutun birden fazla bağımsız bölümün yer aldığı bir binada bulunması durumunda konut niteliğinde olan tüm bağımsız bölümlerin maliklerinin tamamının oybirliğiyle karar almaları ve bu karar metninin noter onaylı suretinin de ibraz edilmesi gerekmektedir. Bu husus, mukayeseli hukukta da pek çok örneği³⁵ bulunan muvafakatname sunma yükümlülüğünün hukukumuzdaki yansımasıdır.

³³ TMK'nın 702. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme de bu görüşümüzle uyumludur. Elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet için bkz: Mehmet Akçaal, "Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2020): 215; Nuşin Ayiter, *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), 119; İlker Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011), 8 vd.; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 129 vd.; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 247 vd.

³⁴ Bu düzenleme, elbirliği mülkiyeti bakımından TMK'nın 640. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen miras ortaklığına temsilci atanması yönündeki düzenlemeyle örtüşmektedir. Paylı mülkiyet bakımından ise TMK'nın 690 ve 692. maddeleri arasında düzenlenen olağan yönetim işleri, önemli yönetim işleri ve olağanüstü yönetim işlerine ilişkin düzenlemelerle de çelişen bir durum yoktur. Zira TMK'nın 690. maddesindeki düzenleme uyarınca paydaşların çoğunlukla alacağı kararla olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili düzenleme yapma hakları da bulunmaktadır. Konuyla ilgili bkz: Akçaal, *Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim*, 216; Ayiter, *Elbirliği Ortaklıkları*, 120 vd.

³⁵ Colomb ve Moreira de Souza, *Regulating short-term rentals*, 74, 82, 87, 87, 95 ff.; Badura, *Legal aspects of short-term lease agreements—on a comparative background*, 59; Nemeth ve Scharmer, *Regulating Airbnb in Austria*, 251; Arribas, Steible ve De Bondt, *Cost of non-Europe in the sharing economy: legal aspects*, 25.

Gerek 7464 sayılı Kanununun 3. maddesinde gerekse de Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasının d bendinde yer alan bu düzenlemelerin lafzında kat malikleri kurulu kararı şeklinde açık bir ibare yer almamaktadır. Bu nedenle kanaatimize göre, kat malikleri kurulunun olağanüstü toplanması gibi şartlar aranmamalı, bir karar metni üzerinde konut niteliği taşıyan tüm bağımsız bölümlerin kat maliklerinin imzalarının bulunması yeterli görülmelidir. Bununla birlikte 7464 sayılı Kanununun 3. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilecek olan konutun birden fazla binayı barındıran bir site içerisinde yer alması halinde, sadece konutun bulunduğu binada yer alan konut niteliği taşıyan bağımsız bölüm maliklerinin kararı yeterli olup, sitede yer alan diğer binalardaki maliklerin karara katılmasına veya imzalarına gerek yoktur.

Aynı binada aynı kiraya veren adına kısa süreli kiralama için izin belgesi alınmış toplam konut sayısı beşi geçmiş ise, işyeri açma ve çalışma ruhsatının alınması gerekmektedir,³⁶ aynı zamanda bu ihtimalde birden fazla binanın bulunduğu bir konut sitesinin söz konusu olması halinde tüm kat maliklerinin muvafakat verdiğiine ilişkin karar metninin de ibrazı gerekmektedir. Özetle, kiraya verenin aynı binada izin belgesi aldığı veya talep ettiği konut sayısının beşi geçmesi durumunda konut sitesindeki tüm kat maliklerinin muvafakati gerekmektedir, kiraya verenin aynı binada izin belgesi aldığı veya talep ettiği konut sayısının beşi geçmemesi halinde sadece binada bulunan ve konut niteliği taşıyan bağımsız bölümlerin muvafakatini alması yeterlidir. Yüksek nitelikli konutlar bakımından ve ayrıca müstakil konutlar bakımından muvafakat veya karar metni sunulması gibi bir yükümlülük söz konusu değildir.

iii. İzin Belgesi Talep Edilen Konut Sayısına İlişkin Kısıtlamalara Uyulması

7464 sayılı Kanununun 3. maddesinin 4. fıkrasında; bir binada üçten fazla bağımsız bölüm bulunması halinde, aynı kiraya veren için tüm bağımsız bölüm sayısının en fazla yüzde yirmi beşi kadarına izin belgesi verilebileceği

³⁶ Konuyla ilgili bilgi için bkz: Kahraman Berk, "İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsat Harcı," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 12, no. 1-3 (2011): 101 vd.; Kahraman Berk, "İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999) 2 vd.

düzenlenmiştir. Buna göre örneğin binada 8 bağımsız bölüm olması durumunda, aynı kiraya veren için en fazla 2 bağımsız bölüm için izin belgesi düzenlenebilecektir. Yüksek nitelikli konutlar ise Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bu sınırlamanın kapsamı dışındadır. Diğer bir deyişle, yüksek nitelikli konutlarda aynı kiraya veren için toplam bağımsız bölüm sayısının en fazla yüzde yirmi beşine izin belgesi verilebileceğine ilişkin hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

Yüzde yirmi beşlik bu şartın yanı sıra; aynı kiraya verenin aynı binada beşten fazla bağımsız bölüm için izin belgesi talep etmesi halinde aynı zamanda işyeri açma ve çalışma ruhsatı alması da zorunludur.

iv. Belge İbraz Edilmesi

İzin belgesi almak adına yapılacak olan başvurularda; 7464 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan düzenlemelere uygun şekilde, Yönetmeliğin 5. maddesinde yazılı belgelerin ibraz edilmesi gerekmektedir. İlgili maddede sunulacak olan belgelerin konutların niteliğine göre farklı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Maddenin 2. fıkrasında öncelikle izin belgesi talep edilebilmesi için gerekli belgeler genel olarak sıralanmış, 3. fıkrada yüksek nitelikli konutlar bakımından aranacak ek belgeler düzenlenmiş, 4. fıkrada ise yüksek nitelikli konutlar ve müstakil konutlarla ilgili sunulması gerekli kılınmayan belgeler belirtilmiştir.

Genel olarak sunulması gerekli olan belgelerden ilki, kiraya verenin gerçek kişi olması halinde başvurusunun kimlik belgesi nüshasıdır.³⁷ Başvurucu gerçek kişinin yabancı olması durumunda pasaport fotokopisi ile birlikte yabancı kimlik

³⁷ Kimlik belgesi olarak ifade ettiğimiz kavram; Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik kapsamında kimlik kartı veya nüfus cüzdanı olarak belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 4. maddesinde yer alan tanımlamaya göre ise kimlik belgesi, Nüfus cüzdanı, kimlik kartı, uluslararası aile cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, geçici kimlik belgesi ve kurumların kendi mevzuatlarında kimlik yerine geçen belge olarak tanımlanmıştır. Kimlik belgesinin görüldüğü üzere daha geniş tanımlanmış olması karşısında, Yönetmelik kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları bakımından sadece kimlik kartı veya nüfus cüzdanı fotokopisi, yabancılar bakımından ise sadece pasaport fotokopisinin düzenlenmiş olması karşısında, sürücü belgesi gibi diğer belgelerin izin belgesi başvurularında kullanılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira Yönetmelik daha özel nitelik taşımaktadır.

numarasının veya vergi numarasının ibrazı gerekmektedir. Bütün bunlarla birlikte, başvurunun gerçek kişi olduğu durumlar bakımından ibraz edilen kimlik belgesinde imza örneğinin bulunmaması durumunda, ayrıca imza beyannamesi sunulması da zorunlu kılınmış durumdadır. İzin belgesi talep edenin tüzel kişi olması halinde ise başvuruyu yapacak olan kişinin tüzel kişiliği temsile yetkili kişi olması gerekmektedir. Bu kişinin kendi e-devlet hesabından tüzel kişilik adına yapacağı başvuruda, öncelikle kendisine ait olan ve yukarıda açıklandığı şekilde kimlik belgesi sunması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, tüzel kişiliğin ticaret siciline kayıtlı olması halinde vergi kimlik numarası, ticaret sicil numarası veya MERSİS numarasının beyan edilmesi gerekmektedir. Tüzel kişiliğin ticaret siciline kayıtlı olmaması halinde ise sadece vergi kimlik numarasının beyan edilmesi yeterli görülmüştür. Başvurunun vekil tarafından yapılması halinde, bu belgelere ek olarak noter tarafından düzenlenmiş vekaletname suretinin de sunulması gerekmektedir.

İbraz edilmesi gereken belgelerden bir diğeri ise güncel tapu örneği veya kaydı şeklinde belirlenmiştir. Tapu kaydı veya tapu örneğinin izin belgesi başvurusuna konu olan konuta ilişkin mülkiyet ve diğer aynı hakları göstermesi gerekmektedir.³⁸ Eğer bağımsız bölüm bakımından kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış ise, bu tür yerler bakımından tapu kaydı ve örneğinin yanı sıra yapı kayıt belgesi sunulması da zorunlu kılınmıştır.³⁹

Kat maliklerinin kısa süreli kiralama ilişkisine muvafakat ettiğine ilişkin yaptığımız açıklamalara uygun şekilde karar metninin sunulması da gerekmektedir. Aynı zamanda birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu durumlar bakımından da yaptığımız açıklamalar uyarınca kimlik belgeleri, imza beyannameleri, maliklerin onay verdiğini gösterir belgeler ve malikler arasında

³⁸ Bunun sebebi, intifa hakkı veya oturma hakkı gibi bir sınırlı aynı hakkın bulunması halinde, mülkiyet hakkı sahibinin yapacağı kısa süreli kiralamalarda ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçilebilmesidir.

³⁹ Yönetmeliğin 5. maddesinin 6. fıkrası, 6/6/2018 tarihli ve 30443 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esasların 9. maddesinin birinci fıkrasına atf yapmış olup, ilgili düzenleme hükmüne göre yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli kılınmıştır. Buna göre yapının yeniden yapılması veya kentsel dönüşüm uygulaması kapsamına girmesi halinde izin belgesi için mülkiyeti veya aynı hakkı gösteren tapu kaydı sunulması gerekecektir.

seçilen temsilciyi gösteren belge gibi belgelerin ibrazı da yine zorunludur. Bununla birlikte yine evvelce açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde işyeri açma ve çalışma ruhsatının da ibrazı gerekmektedir.

Yüksek nitelikli konutlar bakımından her ne kadar muvafakat metni sunma yükümlülüğü bulunmamaktaysa da Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında belge ibrazına yönelik bazı ek yükümlülükler düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, konutun Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19. maddesinde belirtilen yerlerde yapıldığını gösteren resmi bir belgenin sunulmuş olmasıdır. Yüksek nitelikli konutlar bakımından ibrazı zorunlu tutulan bir diğer belge, tapu kütüğüne şerh edilmiş olan yönetim planının sunulmasıdır.

Yüksek nitelikli konutlarda başvurunun konut işletmesi tarafından yapılmış olması halinde tüzel kişilerin başvurularında aranan yukarıda sayılı belgeler ile kiraya verenin onayını gösteren bir belgenin, başvurunun pazarlama işletmesi tarafından yapılması halinde ise ayrıca yönetim işletmesinin muvafakatini gösterir belge ile seyahat acentesi belgesinin ibrazı zorunlu kılınmıştır.

v. *İnceleme ve Denetimin Olumlu Sonuçlanması*

Tüm şartların sağlanması ve mevzuatta ibrazı zorunlu kılınan belgelerin sunulmasının ardından il müdürlükleri tarafından başvuru otuz gün içinde incelenecek ve şartları sağlayan başvurular bakımından izin belgesi düzenlenecektir. Belgelerde eksiklik bulunması veya mevzuatta belirtilen şartların sağlanmaması halinde Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca başvurular gerekçelendirilerek reddedilecektir.

Gerekli şartların sağlanması ve aranılan belgelerin eksiksiz sunulmasının üzerine izin belgesi düzenlenecektir. Buna karşın Bakanlık tarafından yürütülen bu özel ruhsatlandırma süreci bu noktada bitmemektedir. Kanaatimize göre, kiraya verenlerin mağduriyet yaşamaması adına belge üzerinden yapılacak incelemeyle hızlı bir şekilde izin belgesi düzenlenmesi amaçlanmış ancak izin belgesi düzenlendikten sonra konutların denetime tabi kılınacağı da yine mevzuatta düzenleme altına alınmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, izin belgesinin düzenlenmesinden itibaren otuz gün içerisinde Bakanlık tarafından konutta denetim yapılacaktır. Denetimin amacı, konutun mevzuatta aranılan nitelikleri

taşıyıp taşımadığının incelenmesidir.⁴⁰ Kanaatimize göre önce izin belgesinin düzenlenmesi ve ardından denetimin yapılması isabetli olmamıştır. Zira izin belgesi düzenlenir düzenlenmez kullanıcıların konutu kullanmaya başlamaları olasıdır. Kullanıcıların kullandığı konutta Bakanlık yetkilerinin denetim yapmasının oldukça güç olup, özellikle turizmi ilgilendiren bir konuda turistler nazarında kötü intiba bırakabilecek bu gibi bir durumun yaşanmaması adına, denetimin izin belgesi tanzim edilmeden evvel yapılmasında fayda bulunmaktadır.⁴¹

Denetim sonucunda asgari şartları taşımayan konutlar bakımından izin belgesi sahiplerine idari para cezası uygulanacak ve eksikliklerin giderilmesi için on beş gün süre verilecek, verilen bu süre içerisinde de eksikliklerin giderilememesi halinde izin belgesi iptal edilecektir. Bununla birlikte, konutta herhangi bir sorun ya da eksiklik bulunmamasına rağmen, izin belgesi düzenlenirken verilen bilgilerde bir hata tespit edilmesi halinde izin belgesi iptal edilmeyecek ancak tespit edilen fiili duruma göre düzenlenecektir.

2. Konutların Tanıtımında Mevzuata ve Dürüstlük Kuralına Uyulması

Konutların kısa süreli kiralanması, ülke turizmi açısından da önem arz eden bir konu olduğundan konutların tanıtımına ilişkin yükümlülükler gerek 7464 sayılı Kanunda gerekse de Yönetmelikte farklı maddelerde düzenleme altına alınmış durumdadır. Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde tanıtıma ilişkin yükümlülükler aykırı davranmanın idari para cezası yaptırımı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasında ise konutun tanıtımlarında hangi bilgilerin yer alması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte yine Yönetmeliğin 11. maddesinde tanıtıma ilişkin genel birtakım yükümlülükler yer verilmiş durumdadır. Bütün bu hükümler uyarınca konu üç farklı başlık altında incelenebilmektedir.

⁴⁰ Denetim, konutlarda aranılacak asgari niteliklerin sağlanıp sağlanmadığına ilişkindir.

⁴¹ Öte yandan denetlenecek konuların arasında, konaklayacak olan kullanıcıların güvenliği ve sağlığını ilgilendiren hususlar da bulunmaktadır. Bu hususlar denetlenmeden izin belgesinin tanzim edilmesi, konaklayacak kişilerin sağlığı ve güvenliği açısından da risk teşkil edebilecektir.

a. Tanıtımlarda Yer Alması Zorunlu Kılınan Bilgiler

Kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilecek olan konutların, gerek dijital ortamda gerekse de basılı ilan, afiş, broşür gibi tanıtım araçları vasıtasıyla pazarlanması mümkündür. 7464 sayılı Kanun koyucu, bu tanıtımlarda yer alması zorunlu kılınan bilgileri Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme altına almıştır.

Söz konusu düzenlemeye göre tanıtımın yapıldığı ortam fark etmeksizin izin belgesinin okunaklı bir görselinin tanıtım araçlarında yer alması zorunlu kılınmış durumdadır. Bu husus, kısa süreli kiralamaya konu edilecek olan konutun asgari nitelikleri taşıdığına, güvenlik ve sağlık açısından standartlara sahip olduğuna yönelik kullanıcıda güven oluşturma ihtimali bakımından oldukça mantıklıdır. Bununla birlikte ısıtma – soğutma sistemi, kablolu veya kablosuz internet bulunup bulunmadığı gibi bir çok farklı özelliğin konutta bulunup bulunmadığının da tanıtım araçlarında yazılması zorunlu kılınmış durumdadır.

Tanıtımlarda konut içerisinde sunulacak imkanların ve konutun sahip olduğu özelliklerin yanı sıra, kurallara ilişkin de bilgilendirmede bulunulması zorunlu kılınmış durumdadır. Site veya apartman yönetimi tarafından alınmış kararlara ve uygulanan kurallara ilişkin bilgilendirmelerin de tanıtımlarda yer alması zorunludur. Bununla birlikte; konutun ne zaman teslim alınacağı, kullanım süresi sonunda hangi saat aralığında konutun boşaltılmak zorunda olunduğu, temizlik hizmetinin verilip verilmeyeceği gibi hususların da yine aynı madde kapsamında tanıtımlarda belirtilmesi zorunlu kılınmış durumdadır.

b. Tüketici Hakları Bakımından Doğru Bilgilere Yer Verilmesi

Yönetmeliğin 11. maddesinde konut tanıtımında tüketici hakları açısından doğru bilgilere yer verileceği düzenlenmiştir. Buna karşın Yönetmelikte özel olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un belirli maddelerine atıfta bulunulmamıştır. 7464 sayılı Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde ise konutun konum, nitelik ve fiziksel özelliklerine ilişkin yanıltıcı şekilde tanıtım yapılması, taahhüt edilen koşulların sağlanmaması veya turizm amaçlı kiralama yapılan konutun sözleşmede belirtilen süreden daha kısa süreyle kullanıcıya tahsis edilmesi yaptırıma tabi tutulmuştur.

Buna göre örneğin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinin 2. fıkrasında ilan ve reklamlarda yer alan özellikleri taşımayan hizmetleri ayıplı hizmet olarak belirlemiş durumdadır.⁴² Bu tür yanıltıcı tanıtımların yaptırımı idari para cezasıdır. Yönetmeliğin 11. maddesinde ise tanıtımlarda doğru bilgilere yer verileceği düzenlenmiş ancak doğru bilgilere yer verilmemesinin sözleşme ilişkisinin tarafları bakımından sorumluluğunu düzenleme altına almamıştır. Burada tüketici haklarına atıf yapılmıyorsa dahi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili maddeleri, genel hüküm olmaları sebebiyle uygulama alanı bulacaktı. Buna göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesi uyarınca tanıtımda yer alan yanıltıcı veya eksik bilginin niteliğine göre, kullanıcının; hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönmeden ibaret seçimlik haklardan birini kullanabileceği kabul edilmelidir. Özellikle maddenin 2. fıkrasında yer alan, hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması gibi haller burada da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre; hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususların dikkate alınması ve tüketicinin seçimlik hakkını buna göre kullanması gerekmektedir.⁴³

⁴² Murat Aydoğdu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2013): 27-30; Emrehan İnal, "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Tasarı Taslağı'nın Reklamlara İlişkin Düzenlemesi," iç. 2. *Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri*, editör Hakan Tokbaş ve Fehim Üçşık, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 254-255; Esra Gültekin, "Aldatıcı Reklamlara Karşı 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıp Hükümlerine Başvurulması," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1179 vd.; Esin Gürbüz Güngör, "Tüketicilerin Çevre Konusundaki Duyarlılığına Yönelik Reklamların Hukuki Açından İncelenmesi," *ESAM* 12, no. 1 (2021): 30; Çağlar Özel, "Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu," iç. *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), 780.

⁴³ Konuya ilişkin bkz: Nalan Kahveci, *Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 3 vd.; Hayrunnisa Özdemir, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 3 (2004), 81; Gültekin, "Aldatıcı Reklamlar," 1193.

Aynı zamanda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 ve devamı maddelerinde yer alan ticari reklamlara ve haksız ticari uygulamalara ilişkin hükümlerin de konumuz bakımından uygulama alanı bulma ihtimali mevcuttur.⁴⁴ Zira ticari iş kapsamında kısa süreli konut kiralaması faaliyetinin yapıldığı haller ve özellikle seyahat acentesi niteliği taşıyan pazarlama işletmelerinin faaliyetleri bakımından bu hükümlerin uygulama alanı bulacağı açıktır.

İlgili düzenlemelere göre; ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. Aynı zamanda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü tanıtımların yapılması da yine yasaklanmış durumdadır. Bu bağlamda bu yükümlülükler aykırı yapılan tanıtım faaliyetlerinin hem genel hükümler hem bu hükümler hem de Yönetmeliğin 11. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca sorumluluk doğuracağı açıktır. Doğacak olan sorumluluk, tüketici niteliği taşıyan kullanıcının uğradığı zararın karşılanması olabileceği gibi tüketicinin ayıplı hizmetten doğan seçimlik haklarını kullanması da mümkündür. Aynı zamanda aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamaların haksız ticari uygulama kapsamında yer alacağı da söylenebilmektedir.⁴⁵ Gerek ticari reklamlarda yapılan aykırılıklar, gerekse de haksız ticari uygulamalar bakımından tanıtımın durdurulması ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanan idari para cezası yaptırımları da mevcuttur.

⁴⁴ Aydoğdu, "Genel Bakış," 18; Savaş Bozbel, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), 25 vd.; Neriman Özdemir, "6502 Sayılı Yeni Tkhk'da Düzenlenen Ticari Reklamın Sağlık Alanına Yansımaları İle Birlikte İncelenmesi," *İstanbul Barosu Dergisi* 89, no. 6, (2015), 150.

⁴⁵ Ebru Ceylan, "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar Ve Uygulama Örnekleri," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, no. 15 (2020): 126 vd.; Murat Aydoğdu, *Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 192; Gülenda Atay, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması," iç. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmüne Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, editör Selin Sert Sütçü (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 148; Ege Cenger, "Tüketici Hukuku Açısından Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı," *İzmir Barosu Dergisi* 87, no. 3 (2022), 136 vd.

c. Ülke Turizmini Zedelemeyecek Tanıtımlar Yapılması

Yönetmeliğin 11. maddesinde yer alan, tanıtımların ülke turizmini zedelemeyecek şekilde yapılması gerektiğine yönelik oldukça geniş anlamlar ihtiva eden kavram, Yönetmelikte sınırlandırılmamış durumdadır. Hangi eylemlerin ülke turizmini zedeleyecek nitelikte olduğu, hangilerinin olmadığına yönelik Yönetmelikte somut bir ölçüt belirlenmemiş olması karşısında olası uyuşmazlıklarda hakime geniş bir takdir yetkisinin tanındığını söylemek mümkündür.

Yönetmelikte tanıtımların ülke turizmini zedelemeyecek nitelikte yapılması gerektiğine ilişkin yer alan yükümlülüğün yaptırımını belirlenmemiş durumdadır. Kanaatimize göre, bu tür durumlar bakımından 7464 sayılı Kanunun izin belgesinin iptali başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer alan düzenlemenin uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir. Söz konusu bu hüküm; turizm amaçlı kiralama yapılan konutun, kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel ahlaka aykırı olarak kullanıldığının yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından bildirilmesi halinde izin belgesinin iptal edilebileceğini düzenlemektedir. Konutun genel ahlaka aykırı kullanımının ülke turizmini zedeleyeceği açıktır. Ancak Yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenen husus, yapılan tanıtımın ülke turizmini zedeleyecek nitelikte olmasıdır. Bu durumda genel ahlaka aykırı yapılacak bir tanıtım faaliyetinin hem Yönetmeliğin 11. maddesi kapsamına gireceği, hem de 7464 sayılı Kanunun izin belgesinin iptali başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer alan idari yaptırımın da uygulama alanı bulacağı söylenebilmektedir.⁴⁶

Ülke turizminin zedelenmesi kavramı sadece genel ahlak kurallarıyla da sınırlı değildir. Aldatıcı nitelik taşıyan, turistlerin ülkeyi ileride bir kez daha tercih etmemesine sebep olacak her türden davranış bu kapsamdadır. Tanıtımlarda bu neviden bilgilerin yer alması durumunda da, bilgilerin sadece aldatıcı bilgi sunma kapsamında kalması halinde 7464 sayılı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde yer alan düzenleme gereği idari para cezası yaptırımını uygulanabilecek, tanıtımlarda yer alan bilgilerin kamu düzeni veya kamu güvenliğini etkileyecek

⁴⁶ Örneğin konutun tanıtımında fuhuş yapılmasının serbest olduğu veya kullanıcıya uyuşturucu temin edilebileceği gibi ibarelerin bulunması verilebilecek örneklerdendir.

boyutlara ulaşabilecek nitelikler taşıması halinde ise 7464 sayılı Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer alan izin belgesinin iptal edilmesi yaptırımını dahi uygulanabilecektir.

İzin belgesinin iptaline ilişkin hükmün içeriğinde, durumun yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından bildirilmesi şartı da aranmaktadır. Burada yapılacak olan bildirim, kolluk kuvvetleri, Bakanlıklar ve il müdürlükleri tarafından veya konuyla ilgili olan her türlü kamu kurumu tarafından yapılması mümkün gözükmemektedir.

3. Mevzuata Uygun Niteliklere Sahip Konutun Kullanıcıya Teslim Edilmesi

Kiraya verenin ya da konut işletmesinin en önemli yükümlülüklerden bir tanesi mevzuata uygun niteliklere sahip olan bir konutun kullanıcıya teslim edilmesidir. Bu yükümlülük, hem dürüstlük kuralına göre tanıtımlarda yer alan özelliklere uygun olan konutun hem de mevzuatta yer alan emredici hükümlere uygun olan bir konutun teslim edilmesini kapsamaktadır.

Mevzuata uygun nitelikler taşıyan bir konutun teslim edilmiş olması için öncelikle konutun tapu sicilinde konut amaçlı kayıtlı olan veya üzerinde konut amaçlı kat irtifakı ya da kat mülkiyeti bulunan her türlü bağımsız bölüm niteliği taşıması gerekmektedir. Bununla birlikte konutların taşıması gereken asgari nitelikler, Yönetmeliğin 9. maddesinde detaylı olarak düzenleme altına alınmış durumdadır.

Bir konutun odalarının ayrı ayrı sözleşmelere konu olacak ve farklı kişilerin kullanımına bırakılacak şekilde kiralanması, Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca yasaklanmış durumdadır. Kiraya verenin kendisinin mesken olarak kullandığı konutunun belli odalarının kiralanması ise Yönetmeliğin 6. maddesinin 6. fıkrası uyarınca yasaklanmış durumdadır.⁴⁷

⁴⁷ Mukayeseli hukukta aksi yönde uygulamalar mevcuttur: Badura, *Legal Aspects of Short-Term Lease Agreements—on a Comparative Background*, 54; Colomb ve Moreira de Souza, *Regulating Short-Term Rentals*, 73, 85 - 95; Kaźmierczyk, *Issues of Short-Term Rental*, 193; Ferreri ve Romola, *Platform Economies and Urban Planning: Airbnb and Regulated Deregulation in London*, 3355

Yönetmeliğin her iki hükmünün birlikte değerlendirilmesiyle birlikte; kiraya veren tarafından halihazırda mesken olarak kullanılan konutun odalarının hiçbir şekilde kısa süreli kiralama konusu edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Kiraya veren tarafından halihazırda mesken olarak kullanılmayan bir konutun odalarının da farklı kişilere aynı anda kısa süreli kiralanamayacağı açıktır. Bununla birlikte kiraya verenin kendi kullanmadığı bir konutun tek bir odasını, tek bir kullanıcıya kiralamasının önünde ise bir engel yoktur. Zira bu örnekte kullanıcı tek bir odayı kiralamış olsa dahi, konutta aynı anda başka kullanıcı bulunmadığından kanunun amacına ve söz konusu maddelerin lafzına aykırı bir durum söz konusu değildir.

4. Kullanıcı Değişimlerinde Temizlik ve Bakım İşlemlerinin Yapılması

Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; her kullanıcı değişiminde yapılması gereken iş ve işlemlerle ilgili izin belgesi sahibine yükümlülükler getirilmiş durumdadır. Söz konusu bu bentte yer alan düzenlemeye kanun koyucu özellikle "*asgari olarak*" ifadesiyle başlamıştır. Her kullanıcı değişiminde konutun temizlik ve bakımının düzenli olarak yapılması veya yaptırılması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Cümlenin başındaki "*asgari olarak*" ifadesi ise kiraya verenler ile kullanıcılar arasındaki sözleşmeye bağlı olarak kullanıcı değişimi olmadığında dahi temizlik veya bakımın kiraya veren tarafından belirli periyotlarla üstlenilebileceğini ortaya koymaktadır. Aynı bent kapsamında; haşere ile düzenli olarak mücadele etmek ve buna ilişkin kayıtları muhafaza etmek de bir yükümlülük olarak izin belgesi sahibine yüklenmiş durumdadır. Yürürlükte bulunan Halk Sağlığı Alanında Haşerelere Karşı İlaçlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin konumuz bakımından uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.⁴⁸

Kısa süreli konut kiralaları bakımından kiraya verenler sadece aynı binada aynı kiraya veren adına izin belgesi talep edilen konut sayısının beşi geçmesi durumunda işyeri açma ve çalışma ruhsatı almakla yükümlüdürler. Bu istisnai hal

ff.; Shabrina, Elsa ve Batty, Airbnb and Its Potential Impact on the London Housing Market, 198
ff.; Makovsky, The Shared Economy in the Czech Republic in 2017 and Resulting Problems in Short-Term Housing Rentals, 145.

⁴⁸ Söz konusu bu Yönetmelik, halk sağlığı alanında *insektisit*, *rodentisit*, *mollusisit* gibi maddeler kullanılarak zararlılar ile mücadele etmek isteyen gerçek, tüzel kişiler ve bunların işyerleri ile resmi kurum ve kuruluşlara ilişkin hükümler öngörmektedir.

dışında işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak halk sağlığının korunmasını amaçlayan bu Yönetmelik kapsamında yer alan “işyeri” kavramının mutlaka ruhsatlandırılmış bir işyeri olarak kabulünü gerektirecek bir düzenleme de Yönetmelik kapsamında yer almamaktadır. Haliyle Halk Sağlığı Alanında Haşerelere Karşı İlaçlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin kısa süreli konut kiralari bakımından uygulama alanı bulacağını ileri sürmekteyiz. Yönetmeliğin 19. maddesi, “İşyerinde tutulacak kayıt ve raporlar” başlığını taşımaktadır. Maddede; ilaçlama yapılan yerler, ilaçlama tarihleri, kullanılan ilaçlar, ilaçlamayı yapanlar, varsa meydana gelen kaza ve zehirlenmelerle ilgili bir formun ayrı bir dosyada muhafaza edilmesi ve istenildiğinde denetim elemanlarının incelenmesine açık tutulması zorunlu kılınmış durumdadır. Kullanıcı değişimlerinde temizlik ve bakımın yapılması, aynı zamanda konutların tanıtımında dürüstlük kuralının uygulanmasıyla da doğrudan ilişkilidir. Zira konutları temiz görsellerle tanıtan bir kiraya verenin, yeni kullanıcı girmeden evvel konutu temizletmemesi, ayıplı hizmetten sorumluluğun doğmasına dahi yol açabilecektir.

5. Yönetimin Aldığı Kuralların Kullanıcılara Bildirilmesi

Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; site veya bina yönetimi tarafından alınan kuralların kullanıcılara bildirilmesi, yükümlülük olarak izin belgesi sahiplerine, diğer bir deyişle kiraya verenlere yüklenmiş durumdadır.

Madde metninin lafzında, kullanıcılara yapılacak olan bildirim yazılı olarak veya çevrim içi ortamda yapılabileceği açıkça belirtilmiş durumdadır. Bu düzenlemeyle, kiraya verenin henüz sözleşme ilişkisi başlamadan evvel kuralları yazılı olarak bildirmesi veya kullanıcının henüz çevrim içi ortamda yapılan tanıtımlarda konut tercihi yaparken kuralları görebilmesinin sağlanması mümkün olmuştur. Bununla birlikte, kullanıcının kira süresi devam ederken dahi yönetim tarafından yeni alınacak kararları öğrenebilmesi de yine kiraya verene aynı madde kapsamında yüklenmiş bir yükümlülüktür.

6. Kullanıcıların Kimlik Bilgilerinin Mevzuata Uygun Şekilde Bildirilmesi

Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer alan düzenleme uyarınca kiraya veren tarafın 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nda yer alan yükümlülüklerle uygun davranması zorunlu kılınmıştır.⁴⁹

1774 sayılı Kanunun 1. maddesinde; özel veya resmi, her türlü konaklama, dinlenme bakım ve tedavi tesisleri ve işyerleri ile konutlarda geçici veya sürekli olarak kalanlar, oturanlar, çalışanlar ve ayrılanlar gibi kişilerin kimliklerinin tespiti ve bildirilmesinin kanunun kapsamında yer aldığı düzenlenmiştir. 2. maddede ise konaklama hizmeti veren çeşitli niteliklerdeki yerlerin işleticilerine⁵⁰ genel anlamda ücretli veya ücretsiz, gündüz veya gece, yatacak yer gösterdikleri yerli veya yabancı herkesin kimlik ve geliş- ayrılış kayıtlarını, örneğine ve usulüne uygun şekilde günü gününe tutma, genel kolluk örgütlerinin her an incelemelerine hazır bulundurma, Devlet İstatistik Enstitüsüne, talebi halinde verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu madde kapsamında "her türlü konaklama yerleri" veya "günübirlik kiralanılan evler" gibi yerlerin de kapsama alınmış olması, 7464 sayılı Kanun kapsamında yapılacak olan kısa süreli konut kiralamalarının da zaten Kimlik Bildirme Kanunu kapsamına gireceğini ortaya koymaktadır.

⁴⁹ Tıpkı otellerde, pansiyonlarda ve benzer işletmelerde olduğu gibi, kısa süreli konut kiralayanlara kişisel verilerin korunması mevzuatı kapsamında yükümlülükler öngörülmüştür: Nilgün Bilici ve Mikdat Baykal, "Erzurum'da Otellerin Bilgi Teknolojileri Kullanım Durumlarının Tespiti," *Journal of Silk Road Tourism Research* 1, no. 1 (2021): 44; Füsün Sokullu Akıncı, "Polis-Halk İlişkileri," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 1-4 (2011): 95; Anayasa Mahkemesi'nin kişisel verilerin kolluk kuvvetleriyle paylaşımına ilişkin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun henüz yürürlükte olmadığı 06.01.1999 tarihinde verdiği E. 1996/68, K. 1999/1 sayılı kararı için bkz: Muammer Ketizmen ve Aslıhan Kart, "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme," *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1, no. 2 (2021): 259.

⁵⁰ 7464 sayılı Kanunun 3. maddesinin 8. fıkrası uyarınca 1774 sayılı Kanun kapsamında bildirim yükümlülüğü konusunda sorumlu kişi olarak izin belgesi sahibinin kabul edileceği düzenlenmiştir.

1774 sayılı Kanun kapsamında 2. maddede yer alan genel yükümlülüğün ardından, 3. maddede tesislerin sorumlu işleticilerinin kimliklerinin en yakın kolluk birimine bildirileceği, herhangi bir değişiklik olması halinde bunun da 24 saat için de bildirileceği düzenleme altına alınmıştır. Kısa süreli konutlar bakımından bu yükümlülük, izin belgesi sahibi olan kiraya verenin kolluğa bildirimde bulunması anlamına gelmektedir. Müteakip maddelerde yer alan düzenlemelerde, kiraya verenin veya konut işletmesinin herhangi bir kişiyi çalıştırması halinde bu kişilere ilişkin bilgileri ve bu konuda gerçekleşen değişiklikleri de kolluğa bildirmesi gerektiği yer almaktadır.⁵¹

Gerek 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu gerekse de Kimlik Bildirme Kanununun Uygulanması ile İlgili Yönetmelik uyarınca kiraya verene; kullanıcıların kimliği ile geliş ve ayrılış tarihleri, Konaklama Yeri Kayıt Defteri'ne işlenmek, kalacak kişilerden konaklama belgesi almak, kimlik veya benzeri nitelikteki resmi belgeyle konaklama belgesini kıyaslamak ve buna göre kayıtları sağlamak, tüm kayıtları bilgisayarda günü güne tutmak, genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayar terminallerine bağlanarak mevcut bilgi, belge ve kayıtları genel kolluk kuvvetlerine anlık olarak bildirmek⁵² gibi yükümlülükler de yüklenmiş durumdadır.⁵³ Yine 1774 sayılı Kanuna göre kimliğini nüfus hüviyet cüzdanı veya diğer resmi geçerli belgelerle ispat edemeyen kimselerin konaklama yapmasına müsaade edilmesi mümkün değildir.⁵⁴

⁵¹ Demir, "Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi," 58; Nezih Varcan ve Canatay Hacıköylü, "Konutların En Fazla" Yüz Gün" Süreyle Her Türlü Amaçla Kiralanması ve Elde Edilen Gelirin Vergilenmesi," *Mali Çözüm Dergisi* 34, no. 184, (2024): 940.

⁵² Söz konusu bildirimler, "*Kimlik Bildirme Sistemi*" olarak adlandırılan çevrimiçi internet sitesinden yapılmaktadır.

⁵³ Kaan Hasoğlu, "Günübirlik Konutların Kiralanması ve Mali Yaptırımlar," *Legal Mali Hukuk Dergisi* 13, no. 154 (2017): 2420.

⁵⁴ Bütün bu yükümlülüklerle aykırı davranışlara yönelik idari para cezası yaptırımları da öngörülmüş durumdadır.

7. Kişisel Verilerin Korunması Hukukuna Uygun Davranılması

Yönetmelikte 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve bu kanun dayanak alınarak yürürlüğe giren diğer mevzuat kapsamında yükümlülükleri yerine getirmek de kiraya verenin sorumluluğuna tabi kılınan yükümlülüklerden bir diğeri olarak düzenlenmiş durumdadır.

Kısa süreli konut kiralama ları bakımından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülükler; sözleşme görüşmeleri öncesinde başlamakta ve sözleşme sonrası dönemde de devam etmektedir. Kiraya veren tarafın veri işleyen sıfatını taşıması nedeniyle, KVKK kapsamındaki yükümlülük lere uygun davranması gerekmektedir. Buna göre; alınacak her türlü bilgi ve belge, hukuka uygun şekilde işlenmek zorundadır.⁵⁵

8. Turizm Payının Ödenmesi

7464 sayılı Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi uyarınca 11/7/2019 tarihli ve 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun kapsamında turizm payının ödenmesi ve buna ilişkin belgenin ibrazı da kiraya veren bakımından 7464 sayılı Kanunda öngörülen yükümlülüklerden biridir.

Turizm payı, Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı'nın kuruluş amaçlarının ve faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi adına ödenmesi zorunlu kılınmış bulunan bir ödentidir. Konaklama yapılacak yerler bakımından yapılacak olan ödeme, 7183 sayılı Kanununun 6. maddesi uyarınca binde beş olarak belirlenmiş durumdadır. Binde beşlik ödenti, Katma Değer Vergisi Kanununa göre her vergilendirme dönemini takip eden ayın yirmi dördüncü gününe kadar ödenmek zorundadır.⁵⁶

⁵⁵ Konuya ilişkin detaylı bilgiler için bkz: Sena Akkışla, "Kiracının Verilerinin Korunması," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, no. 2 (2023): 1540 vd.

⁵⁶ Her ne kadar Katma Değer Vergisi Kanununda gelir veya kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmayanlar tarafından turizm payının Gelir İdaresi Başkanlığına belirlenecek vergi dairesine beyan edilerek aynı ayın yirmi altıncı günü akşamına kadar ödeneceği düzenlenmiş olsa da kısa süreli konut kiralalarının düzenli bir organizasyon kapsamında devamlı olarak

B. Kullanıcının Yükümlülükleri

1. Kullanım Bedelinin Ödenmesi

Bir konutun kısa süreli kiralanması, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kapsamında kullanıcının üstlendiği asli edim kullanım bedelinin kiraya verene ödenmesidir.⁵⁷

Kullanım bedelinin ödeneceği zaman veya toptan şekilde mi yoksa irat şeklinde mi ödeneceği gibi konuların tamamı sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenecektir. Bununla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde kısa süreli kiralamalarda kira bedelinin peşin ödeneceğine ilişkin yerel adet mevcut olabileceği de göz önüne alınmalı ve bu durumda aynı anda ifa kuralı uyarınca konutun kullanıcının kullanımına bırakılması anında kullanım bedelinin tamamının ödenmesi gerekeceği kabul edilmelidir.⁵⁸ Kira bedelinin peşin ödeneceği haller bakımından kira bedelinin ödenmemesi halinde kiraya verenin TBK'nın 97. maddesinde yer alan ödemezlik def'ine dayanarak konutu kullanıcıya teslim etmekten kaçınması mümkün kabul edilmelidir.⁵⁹

yapılması halinde gelir vergisi mükellefiyeti doğacağı kabul edilmelidir: Hasoğlu, "Günübirlik Konutların Kiralanması", 2421-2422.

⁵⁷ Söz konusu bu bedeli "kira bedeli" yerine "kullanım bedeli" olarak isimlendirmemizin nedeni, 7464 sayılı Kanunda "kiracı" yerine "kullanıcı" ifadesinin kullanılmış olmasıdır.

⁵⁸ Kira sözleşmelerinde aksine bir sözleşme veya yerel adet bulunmadıkça kira bedelinin her ay sonunda veya sözleşme süresinin bitiminde ödeneceği kabul edilmektedir: Suiçmez, Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri, 1609; Alparslan Akartepe, "Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (2016): 92 vd.; Bununla birlikte yaygın uygulama ve çoğunlukla yerel adet kira bedelinin peşin ödenmesi şeklindedir: Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 181 vd.; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 256; Konuya ilişkin kanaatimiz, günlük veya kısa süreli kiralamalar bakımından işin doğası gereği kira bedelinin peşin ödenmesinin yerel adet niteliği taşıyabilecek bir yaygın uygulama niteliği taşıdığına yöneliktir. Bununla birlikte, tarafların pek tabii ki sözleşme ilişkilerini aksi yönde kurlmaları da mümkündür.

⁵⁹ Genel olarak bkz: Neslihan Çukadar, *Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 67 vd.; Konumuzla doğrudan ilgisi bulunmasa dahi, kira sözleşmelerinde

Çevrimiçi platformlar üzerinden yapılan rezervasyonlarda kullanım bedeli öncelikle platform tarafından tahsil edilmekte, devamında komisyonun mahsup edilmesiyle kalan tutar platformla kiraya veren arasındaki sözleşmeye göre kiraya verene ödenmektedir. Bu türden ilişkilerde, platformun da dahil olduğu ödeme sistemi uyarınca kiraya verenin kullanıcıyla gireceği hukuki ilişki kadar kiraya verenin platformla ve kullanıcının platformla gireceği hukuki ilişkinin hükümlerinin de önem arz edeceği açıktır.

7464 sayılı Kanunda sözleşmenin sona ermesi dışında kiraya veren ile kullanıcı arasındaki ilişki bakımından hükümler düzenlenmemiş olması sebebiyle, aidat⁶⁰ gibi yan giderlere katılma borcuna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 314. maddesine göre aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça kiracı yan giderlere katlanmakla yükümlüdür. Tarafların kısa süreli kiralama için girdikleri sözleşme ilişkisinde aidat gibi yan giderlere yönelik herhangi bir hüküm kararlaştırılmamış olması halinde kullanıcı bu bedelleri ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun yanı sıra kısa süreli kira ilişkisinin yoğun şekilde yapıldığı turistik bölgelerde kullanıcıların

ödemezlik def'inin belli durumlarda uygulanabileceğini göstermesi açısından, salgın hastalık döneminde ciddi şekilde ödeme güçsüzlüğüne düşen tarafın kira ilişkisinde ödemezlik def'ini kullanabileceğine yönelik bkz: Şahin Akıncı, "Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 38 Covid-19 Özel Ek (2020): 83-84; Klasik anlamda alışılmış konut veya çatılı işyeri kiralaları bakımından ödemezlik def'inin uygulama alanı bulamayacağı savunulmaktadır. Zira kiraya verenin kira sözleşmesinin akdedilmesiyle beraber aslında kendi edimi olan konutu veya çatılı işyerini teslim ederek edimini yerine getirdiği, bu nedenle kira sözleşmelerinde ödemezlik def'inin kullanılmayacağı ileri sürülmektedir. Bunun yerine kiraya veren için TBK'nın 336 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan hapis hakkının kullanılabilmesi de ifade edilmektedir: Alper Uyumaz ve Eren Savaşan, "Kiraya Veren Hapis Hakkı," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no.3 (2022): 1810; Alpaslan Akartepe, "Kiraya Veren Hapis Hakkı," *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi* 8, no. Özel Sayı (2013): 56; Ancak konumuz bakımından kısa süreli kira sözleşmelerinde hem yerel adetin gereği olarak hem de kira bedelinin peşin olarak ödeneceğine yönelik tarafların anlaşması ve buna rağmen bedelin ödenmemesi durumunda kiraya verenin ödemezlik def'ini kullanarak kiralananı teslim etmekten kaçınılması için doğasının gereğidir.

⁶⁰ Terim, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesinde genel giderlere katılma borcu olarak isimlendirilmektedir.

aidat gibi yan giderleri ödemeyeceklerine yönelik bir yerel adetin mevcut olması da söz konusu olabilecektir.

2. Konutun Dürüstlük Kurallarına Uygun Şekilde Kullanılması

Konutun dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması; komşuluk hukukuna uygun davranılması ve aynı zamanda uzun süreli kira sözleşmelerinde kiracılardan beklenen konutun bozulmamasına özen gösterilmesi, nitelik ve meziyetlerini, itibar ve değerini kaybetmesine engel olunması, konutla ilgili doğacak onarım ihtiyaçlarının kiraya verene bildirilmesi gibi ortalama bir kiracıdan beklenecek yükümlülüklerle uygun davranmak gibi hususları kapsamaktadır.⁶¹

Komşuluk hukukundan doğan yükümlülüklerle uygun davranılması; gürültü yapılmaması, komşuların rahatsız edilmemesi gibi aynı bina içerisinde gerçekleşen ortaklaşa yaşamın çekilemez hale gelmesine yol açacak davranışlardan kaçınılması şeklinde özetlenebilmektedir.⁶² Bu yükümlülüklerin genel hükümlerdeki karşılığı, TBK'nın 316. maddesinde bulunmaktadır. Bu gibi yükümlülüklerle uygun davranılmamasının yaptırımı, genel hükümlere tabidir. TBK'nın 339. maddesinde ise niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına yönelik düzenleme uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre konutun sözleşmeye uygun, özenli ve komşulara saygı gösterilecek şekilde kullanılmaması halinde konut ve çatılı işyerleri için öngörülmüş olan süre verilmesi şartı aranmaksızın kiraya verenin sözleşmeyi yazılı bildirimle sona erdirebilmesi mümkün kabul edilecektir. Bu gibi

⁶¹ Erzan Erzurumluoğlu, "Kira Sözleşmesinde Yükümlülükler ve Giderimler," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 449; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 360; Suiçmez, "Kiracının ve Kiraya Vereninin Yükümlülükleri," 1616 *vd.*; Emin Zeytinoğlu, "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmesinde Tarafların Borçları," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, no. 28 (2015): 120 *vd.*; Ruhi ve Ruhi, *Kira Hukuku*, 36; Nihat Yavuz, *Kira Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 393 *vd.*; Tuba Karaman, *Kiracının sözleşmeye Uygun ve Özenle Kullanma Borcu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 67 *vd.*

⁶² Damla Mamük, "Kiracının Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu ile Komşuluk Hakkı ve Taşkınlıktan Kaçınma Ödevinin Birlikte Değerlendirilmesi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2013): 407 *vd.*

durumlarda yerine göre Turizm İşletmelerinin Bakanlıkla, Birbirleriyle ve Müşterileriyle İlişkileri Hakkında Yönetmelik de uygulama alanı bulabilecektir. Söz konusu bu Yönetmeliğin 53. maddesinde iyi niyet kurallarına uymayan müşteri ile yapılan sözleşmenin derhal sona erdirilebileceği düzenleme altına alınmıştır. İlgili düzenleme; oteller bakımından yürürlüğe girmiş olsa da, 7464 sayılı Kanunda yer alan “*turizm amaçlı*” ifadesinin mevcudiyeti, özellikle bir kısım kısa süreli kiralama ilişkilerinin sadece seyahat acenteleri tarafından yapılabileceğinin düzenlenmesi ve ayrıca aynı binada aynı kiraya veren adına izin belgesi talep edilen konut sayısının beşi geçmesi durumunda işyeri açma ve çalışma ruhsatı alma yükümlülüğünün düzenlenmiş olması gibi nedenlerle kısa süreli kiralama ilişkileri bakımından da kanaatimizce kıyas yoluyla uygulanabilecektir.⁶³

3. Sözleşme Sonunda Konutun Tahliye Edilmesi

7464 sayılı Kanunun 3. maddesinin 9. fıkrasında kısa süreli kiralama ilişkisinin sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sona ereceği açıkça düzenlenmiş durumdadır. Bu düzenleme, yürürlüğe giren 7464 sayılı kanunda kiraya veren ile kullanıcı arasındaki ilişkiye yönelik maddi hukuku etkileyen nadir düzenlemelerdendir. Bununla birlikte, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenleme altına alınmasaydı dahi, kısa süreli kiralama ilişkilerinin TBK'daki konut ve çatılı işyeri kiralaları kapsamına girmemesi sebebiyle sözleşmenin sürenin bitimiyle sona ereceğini kabul etmek gerekcekti. TBK'daki düzenlemede konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleriyle bunların dışında kalan kira sözleşmeleri için ayrı hükümler öngörülmüş, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş olan taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında ise konut ve çatılı işyeri hükümlerinin uygulanmayacağı 6098 sayılı Kanunun 339. maddesinde açıkça düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; iki şartın bir araya gelmesi halinde sözleşmelerin sona ermesi ve haliyle kiralananın tahliye edilmesine ilişkin konut ve çatılı işyerlerine ilişkin düzenlenmiş olan hükümlerin değil, genel hükümlerin uygulanacağı söylenebilecektir. Bu şartlardan ilki, kira ilişkisinin altı ay ve daha kısa süre için düzenlenmiş olması, ikincisi ise niteliği gereği taşınmazın geçici

⁶³ Buna karşın kısa süreli kiralama ilişkileri bakımından bu gibi durumlara özgü olarak 7464 sayılı Kanun kapsamında düzenleme yapılmamış olması bir eksikliklerdir.

kullanıma özgülenmiş olmasıdır. Kanaatimize göre 7464 sayılı Kanun kapsamında kısa süreli kiralama ilişkisi kapsamında kullanılacak olan ve bu uğurda ruhsat almış olan bir konutun niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş kabul edileceği açıktır. Aynı zamanda en fazla yüz gün süreyle yapılan kiralamalar 7464 sayılı Kanun kapsamında kısa süreli kira ilişkisinin konusu olabileceğinden, çalışmamızın konusu olan konutların kısa süreyle kiralanması halinin, TBK'nın 339. maddesinde genel hükümlerin uygulanması için aranan tüm şartları sağladığını söylemek mümkün hale gelmektedir.

TBK'nın 327. maddesinde kira sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin genel hüküm düzenlenmiş durumdadır. Kısa süreli kiralama ilişkisinin sona ermesi hakkında da söz konusu bu genel hüküm uygulama alanı bulacaktır. Zira kısa süreli kira ilişkisinin kurulmasıyla, tarafların açık bir biçimde kira veya kullanım süresini belirledikleri bir kira ilişkisinin doğduğu açıktır. Buna göre, 327. madde uyarınca sözleşmenin sona ermesiyle birlikte kira ilişkisinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilecektir.⁶⁴ Buna rağmen 7464 sayılı Kanunun 3. maddesinin 9. fıkrasında sürenin dolmasıyla birlikte sözleşmenin sona ereceğinin özel olarak düzenlenmiş olması, olası tereddütleri giderme amacı taşımaktadır. Sözleşmenin sona ereceğinin düzenlenmesine karşın, kullanıcının konutu nasıl ve ne şekilde tahliye edeceğine ilişkin bir hüküm ise bulunmamaktadır. Zira kullanıcının dürüstlük kurallarına uygun şekilde kiralanana kullanmaması halinde sözleşmenin kiraya veren tarafından sona erdirilmesinde aynı durum söz konusudur.

Kira sözleşmesinin sürenin dolması nedeniyle veya dürüstlük kuralına aykırı kullanım nedeniyle kiraya verenin tek taraflı fesih beyanıyla sona ermesi halinde, kullanıcı bakımından konutu tahliye etmek bir yükümlülük haline dönüşecektir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde kiraya verenin kiralanana taşınmazın yazılı sözleşme ile belirlenmiş olan kira süresinin bitmesi durumunda tahliye emri

⁶⁴ Aydın Özdemir, "Geçici Kullanıma Özgülenmiş Taşınmazların Kiralanması," 1540; Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, 66; Ayrıca kanaatimize göre kendiliğinden sona ermenin doğal bir sonucu olarak, sona erme haline rağmen kiracının konutu terk etmemesi halinde, kısa süreli kiralama ilişkileri bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 116. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir kimsenin konutuna rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişinin mağdurun şikayeti üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına ilişkin hükmün de uygulama alanı bulması gerekmektedir.

gönderilmesini talep etmek suretiyle cebri icra yoluna başvurması mümkün kabul edilmelidir. Ancak bu yolda dahi, ilamsız takip yoluyla başlatılacak olan cebri icra süreciyle tahliyenin oldukça uzun zaman alacak olması nedeniyle tahliyeye yönelik özel düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır.

SONUÇ

Günlük veya kısa süreli kiralama ve kiralamaların oldukça yaygınlaştığı ülkemizde bu kiralama yönteminin hukuki bir düzenleme altına alınması kanaatimize göre olumlu bir gelişmedir. Mukayeseli hukukta da pek çok ülkenin aynı alanda düzenlemeleri yürürlüğe soktuğu görülmekte ve hatta Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nda düzenleme farklılıklarının giderilebilmesi adına çalışmalar yapıldığı bilinmektedir.

Buna karşın ülkemizde yürürlüğe giren düzenlemede mukayeseli hukukta yer alan düzenlemelerden ayrılan yönler olduğu gibi, eksik bırakılan veya kendi içerisinde çelişki arz eden hükümler olduğu da görülmektedir. Çelişki arz eden hususların başında, mevzuatın isimlendirilmesi hususu gelmektedir. Zira, kanun koyucu, *"turizm amaçlı kiralama"* kavramını isim olarak tercih etmiş ancak bu kavramın neyi ifade ettiğini tanımlarken, her ne amaçla olursa olsun yüz günden az süreyle yapılan her türlü kiralama ifadesini kullanmıştır. Bu durumda her türlü kiralama 7464 sayılı Kanun kapsamına girmektedirken, bir yandan da Kanunun başlığının turizm amaçlı kiralama olarak belirlenmiş olması kendi içerisinde bir çelişki yaratmıştır. Kanaatimize göre bu alandaki düzenlemelerin *"konutların kısa süreli kiralanması"* şeklinde isimlendirilmesi gerekirdi. Kaldı ki kiracının ne amaçla kiralamayla yaptığının da tespit edilmesi çoğu zaman mümkün olmayacağından, kiralamanın turizm amaçlı olup olmadığının belirlenmesi de oldukça zordur.

Ülkemizdeki düzenlemede bir evin odalarının kiralanmasının yasaklandığı görülmektedir. Bu husus, başta en temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil edebileceği gibi, kayıt dışılığı da arttıracak niteliktedir. Bununla birlikte müsaade edilen kısa süreli kiralama ilişkilerinde azami sınırın yüz gün olarak belirlenmesi de kanaatimize göre hatalıdır. Zira hem mukayeseli hukuktaki düzenlemelere uygunluk açısından, hem de üç ay veya dört aylık bir süreye tekabül etmesi açısından doksan gün veya yüz yirmi gün gibi azami sürelerin belirlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yine mukayeseli hukukta görülen örneklerden bir diğeri, kısa süreli kiralama ilişkilerine yönelik getirilen düzenlemelerin, bireysel olarak ek gelir elde etmek amacıyla yapılan kiralamalar ile profesyonel şekilde, ticari bir iş teşkil edecek boyutta olan kira ilişkilerinin kurulmasının birbirinden ayrıldığına yöneliktir. Örneğin bir evi, bir de yazlığı olan emekli bir kişinin, yazlığını bu şekilde kiralayabilmesi noktasında bu kadar zorlu işlemleri yapmak zorunda kalması, yine mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale teşkil edebileceği gibi, tam tersi şekilde ticari bir faaliyet kapsamında pek çok farklı taşınmazı kiralayan bir gerçek veya tüzel kişinin, hiçbir şekilde kayıt altına girmeden bu faaliyeti yürütmesi de özellikle rekabetin korunmasına ve vergi adaletine engel teşkil edebilecek niteliktedir. Haliyle kısa süreli kiralama işinin profesyonel şekilde veya ticari bir faaliyet kapsamında yapılıp yapılmamasına göre de bir ayrıma gidilmesinin doğru bir yöntem olacağını düşünmekteyiz. Zira kanun koyucunun ticari işletme ile esnaf işletmesi arasında bile bürokrasi ve prosedürler bakımından farklılığa gitmesi ve esnaf işletmelerine ilişkin getirilen şekli yükümlülüklerin daha hafif olması karşısında, onlarca ve hatta yüzlerce konutu kısa süreli kiraya veren bir işletmeyle, yazlığını kısa süreli kiraya vermek isteyen emekli bir kişinin aynı ya da çok benzer izin prosedürlerine tabi tutulması uygun olmamıştır.

Mevzuatta, kiracı tarafla ilgili kullanıcı ifadesinin kullanılmasına karşın, hukuki ilişkinin diğer tarafının kiraya veren olarak ifade edilmesi de doğru olmamıştır. Kanun koyucu, para ödeme yükümlülüğü altına giren tarafı "*kullanıcı*" olarak isimlendirmekteyse, sözleşmenin karşı tarafını "*kullandıran*" olarak isimlendirmeli veya tarafları kiracı ve kiraya veren olarak isimlendirmeliydi.

Yönetmelik ile 7464 sayılı Kanun arasında da kavram bütünlüğünün sağlanması gerekmektedir. Zira Yönetmelikte pazarlama işletmesi kavramı kullanılmaktayken, Kanunda bu kavrama hiç yer verilmemesi de kanaatimize göre hatalı olmuştur. Kanunda seyahat acentesi kavramı kullanılmış olup Kanun ve Yönetmelik arasında bu farklılığın da giderilmesi gerekmektedir. Bunun dışında çalışmamız kapsamında değindiğimiz başkaca eksiklikler de mevcuttur. Örneğin Yönetmelik kapsamında takılması zorunlu kılınan plaketin, konutun girişine asılacağı düzenlenmiştir. Konutun girişinden kastedilen, konutun kapısının içi mi, yoksa hemen dışı mı olduğu da anlaşılamamaktadır.

Yönetmelik'te yer alan 9. madde, "konutlarda aranacak nitelikler" başlığını taşımakta, ancak maddenin 1. fıkrasının (d) bendinde, konutta kalabilecek kişi sayısına ilişkin sınırlamalar düzenlenmektedir. Bu durum, madde başlığıyla içeriğin birbiriyle uyumlu olmadığını ortaya koymaktadır. Bu yöndeki düzenlemenin konutlarda aranacak nitelikler kısmında değil, izin belgesi sahibinin yükümlülükleri kısmında düzenlenmesi gerekirdi.

Yürürlüğe giren mevzuatta yapılması gereken değişikliklerin kanaatimizce en önemli olanı ise, kiraya veren ile doğrudan kiracı arasındaki hukuki ilişkiye yönelik düzenlemeler yapılmasıdır. Sözleşmenin sürenin dolmasıyla birlikte sona ereceğini düzenleyen 3. maddenin 9. fıkrası dışında taraflar arasındaki ilişkinin 7464 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmemesi ve çoğunlukla kiraya verenin idareye karşı olan sorumluluklarının düzenleme altına alınması, taraflar arasındaki ilişkilerin büyük ölçüde genel hükümlere göre çözümlenmesi sonucunu doğuracaktır. Özellikle kiracının tahliyesine ilişkin konuların açık ve belirgin hükümler öngörülerek düzenleme altına alınması, birçok belirsizliği ortadan kaldıracaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Aguilera, Thomas, Francesca Artioli ve Claire Colomb. "Explaining the Diversity of Policy Responses to Platform-Mediated Short-Term Rentals in European Cities: A Comparison of Barcelona, Paris and Milan. *Environment and Planning A.*" *Economy and Space* 53, no. 7 (2021): 1689-1712.
- Akartepe, Alpaslan. "Kiraya Veren Hapis Hakkı." *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi* 8, no. Özel Sayı (2013): 55-78.
- Akartepe, Alparlan. "Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (2016): 83-110.
- Akbulut, Berrin. "Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 9, no. 1 (2021): 1-57.
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Akçaal, Mehmet. "Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2020): 211-249.
- Akıncı, Füsün Sokullu. "Polis-Halk İlişkileri." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 1-4 (2011): 91-100.
- Akıncı, Şahin. "Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 38 Covid-19 Özel Ek (2020): 62-103.
- Akkışla, Sena. "Kiracının Verilerinin Korunması." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, no. 2 (2023): 1538-1561.
- Akpınar, Arzu ve Avunduk, Hüseyin. "Seyahat ve Turizmde Paylaşım Ekonomisi: Airbnb Türkiye Örneği." *Uluslararası Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi* 5, no. Özel Sayı (2021): 135-149.
- Almeida, Joana ve Oliveira Frederico. "Understanding Short-Term Rental Regulation: A Case Study of Lisbon (Portugal)." *Critical Housing Analysis* 8, no. 1 (2021): 171-185.

- Altun, Yasemin Güllüoğlu. "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Sona Erme Halleri Üzerine Bir Değerlendirme." *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, no. 26 (2019): 373-398.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2019.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Arribas, Gracia Vara. *Steible, Bettina ve De Bondt, Anthony, Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Legal Aspects*. Barcelona: European Institute of Public Administration, 2016.
- Aslan, Yasin. "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2015): 147-172.
- Atay, Gülenda. "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması." iç. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmüne Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, editör Selin Sert Sütçü, 147-184. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Aydın, Gülşah Sinem. *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Aydın Özdemir, Elif. "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Niteliği Gereği Geçici Kullanıma Özgülmüş Taşınmazların Kiralanması." *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. Özel Sayı Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan (2017): 1523-1547.
- Aydoğdu, Murat. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2013): 1-62.
- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ayiter, Nuşin. *Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

- Badura, Ewelina. "Legal Aspects of Short-Term Lease Agreements–On a Comparative Background." *Societas et Iurisprudencia* 8, no. 4 (2020): 51-61.
- Bağcı, Ömer. "Kat Mülkiyetinde Cins Tashihine Yönelik Düşünceler." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1 (2016): 301-316.
- Bahar, Mehmet, Muharrem Tuna, Oğuz Diker ve Gaye Deniz. *Günlük Kiralık Ev Pazarının Turizm Sektörü Bağlamında İncelenmesi*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2023.
- Bei, Gianluca ve Filippo Celata. "Challenges and Effects of Short-Term Rentals Regulation: A Counterfactual Assessment of European Cities." *Annals of Tourism Research*, no. 101 (2023): 1-13.
- Berk, Kahraman. "İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsat Harcı." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 12, no. 1-3 (2011): 101-105.
- Berk, Kahraman. *İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.
- Bilici, Nilgün ve Mikdat Baykal. "Erzurum'da Otellerin Bilgi Teknolojileri Kullanım Durumlarının Tespiti." *Journal of Silk Road Tourism Research* 1, no. 1 (2021): 41-50.
- Birinci Uzun, Tuba. "Belirli Süreli Konut Ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK Md. 347 f.1)." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2017): 137-158.
- Bozbel, Savaş. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.
- Brotman, Billie Ann. "San Francisco: Rental Restrictions and Pre-Restriction Host Listing Motivation." *Journal of Property Investment & Finance* 38, no. 2 (2020): 147-155.
- Cenger, Ege. "Tüketici Hukuku Açısından Taşınır Satımında Ayıplı Mal Kavramı." *İzmir Barosu Dergisi* 87, no. 3 (2022), 99-166.
- Ceylan, Ebru. "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar Ve Uygulama Örnekleri." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, no. 15 (2020): 123-147.

- Chen, Yuanyuan, Yuxin Huang ve Chuan Hoo Tan. "Short-Term Rental and Its Regulations on the Home-Sharing Platform." *Information & Management* 58, no. 3 (2021): 1-17.
- Chen, Yuanyuan, Yuxin Huang ve Chuan Hoo Tan. "Short-Term Rental Regulations on HomeSharing Platforms: What Kinds of Regulation Are Effective?." *Thirty Ninth International Conference on Information Systems*. San Francisco: 2018, 1-17.
- Cocola-Gant, Agustin, Hof, Angela ve Yrigoy, Ismael. "Short-Term Rentals As a New Urban Frontier—Evidence from European Cities. Environment and Planning A." *Economy and Space* 53, no. 7 (2021): 1601-1608.
- Colomb, Claire ve Tatiana Moreira de Souza. "Illegal Short-Term Rentals, Regulatory Enforcement and Informal Practices in the Age of Digital Platforms." *European Urban and Regional Studies* (2023): 1-19.
- Colomb, Claire ve Tatiana Moreira de Souza. *Regulating Short-Term Rentals. Platform-Based Property Rentals in European Cities: The Policy Debates*. London: Property Research Trust, 2021.
- Çetintürk, Ekrem. "Mal Beyanında Bulunmamak Suçlarında Değer Azlığı Sorunu." *Terazi Hukuk Dergisi* 2, no. 8 (2007): 55-60.
- Çiftçi, Tuğba. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Çukadar, Neslihan. *Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Demir, Erol. "Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi." *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 5, no. 11 (2015): 51-65.
- Doğan, Murat. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Eğilmez, Ahmet. *İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatının Sona Ermesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Erzurumluoğlu, Erzan. "Kira Sözleşmesinde Yükümlülükler ve Giderimler." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 445-450.

- Ferreri, Mara ve Sanyal Romola. "Platform Economies and Urban Planning: Airbnb and Regulated Deregulation in London." *Urban Studies* 55, no. 15 (2018): 3353-3368.
- Gökyayla, Emre. "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı." *Yaşar Üniversitesi Dergisi* 8, no. Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı (2013): 1203-1251.
- Gönensay, Samim. "Kat ve Daire Mülkiyeti." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10, no. 3-4, (2011): 534-542.
- Güler, Fatih. "Kentleşmenin Bireylerin Yönetim Hakkını Zedelemesi Açısından Kat Mülkiyeti Kanununun Yönetim Planına İlişkin Bazı Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım ve Öneriler." *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi* 17, no. 1 (2021): 17-34.
- Gültekin, Esra. "Aldatıcı Reklamlara Karşı 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıp Hükümlerine Başvurulması." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1177-1198.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Gürbüz Güngör, Esin. "Tüketicilerin Çevre Konusundaki Duyarlılığına Yönelik Reklamların Hukuki Açidan İncelenmesi." *ESAM* 12, no. 1 (2021): 21-50.
- Hasoğlu, Kaan. "Günübirlik Konutların Kiralanması ve Mali Yapıtlarımlar." *Legal Mali Hukuk Dergisi* 13, no. 154 (2017): 2419-2427.
- Humphreys, Lucy. "Regulating Short-Term Rentals in California's Coastal Cities: Harmonizing Local Ordinances with the California Coastal Act." *Loyola of Los Angeles Law Review* 52, no. 3 (2019): 309.
- İnal, Emrehan. "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Tasarı Taslağı'nın Reklamlara İlişkin Düzenlemesi." iç. 2. *Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri*, editör Tokbaş, Hakan ve Üçışık, Fehim, 254-255. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- İnceoğlu, Murat. *Kira Hukuku, Cilt I*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.
- Jamila Jefferson-Jones. "Airbnb and the Housing Segment of the Modern Sharing Economy: Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking." *Hastings Const. LQ* 42, no. 3 (2014): 557-576.

- Kahveci, Nalan. *Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Karahan, Sami. "Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 3-10.
- Karaman, Tuba. *Kiracının Sözleşmeye Uygun ve Özenle Kullanma Borcu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Kaźmierczyk, Aneta. "Issues of Short-Term Rental in Light of EU and Member States' Regulations." *PWPM – Review of International, European and Comparative Law*, no. 17 (2019): 180-198.
- Ketizmen, Muammer ve Aslıhan Kart. "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme." *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1, no. 2 (2021): 256-268.
- Krämer-Hoppe, Rike. "Sharing Economy vs. Wohnungsmarkt – Das Berliner Zweckentfremdungsverbot." *Juwissblog*, Eylül 14, 2015. <https://www.juwiss.de/82-2016/>.
- Küçükçapraz, Serhat. "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının İçeriği İle Kat Maliklerinin Yönetim Hakkının Kısıtlanması." *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 972-1008.
- Makovsky, Petr. "The Shared Economy in the Czech Republic in 2017 and Resulting Problems in Short-Term Housing Rentals." *Acta VŠFS-ekonomické studie a analýzy* 11, no. 2 (2017): 144-159.
- Mamük, Damla. "Kiracının Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu ile Komşuluk Hakkı ve Taşkınlıktan Kaçınma Ödevinin Birlikte Değerlendirilmesi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2013): 407-453.
- McNamara, Brittany. "Airbnb: A Not – So – Safe Resting Place." *Colorado Technology Law Journal*, no. 13 (2015): 149–170.
- Miller, Stephen ve Jefferson, Jamila. "Airbnb and The Battle Between Internet Exceptionalism and Local Control of Land Use." *ABA Probate & Property* 31, no. 3 (2017): 36–39.

- Minor, J. T. "Foregoing The Cleaver For The Scalpel: How New York Can Add Some Nuance to Its Short-Term Rental Laws." *Iowa Law Review* 103, no. 2 (2017): 817-839.
- Morais Carvalho, Jorge ve Policarpo, Pedro. "Regulating Airbnb in Portugal." *Journal of European Consumer and Market Law* 7, no. 6 (2018): 256-258.
- Nemeth, Kristin ve Scharmer, Marco. "Regulating Airbnb in Austria." *Journal of European Consumer and Market Law* 7, no. 6 (2018): 251-253.
- Nieuwland, Shirley ve Rianne Van Melik. "Regulating Airbnb: How Cities Deal With Perceived Negative Externalities of Short-Term Rentals." *Current issues in tourism* 23, no. 7 (2020): 811-825.
- Otto, Christian. "Zweckentfremdungsverbote als Instrument zur Sicherung von Wohnraum vor Umnutzung." iç. *Erhaltung und Sicherung von Wohnraum*, editör Stephan Mitschang, 249-255. Berlin: Nomos, 2017.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 3 (2004), 61-90.
- Özdemir, Neriman. "6502 Sayılı Yeni Tkhk'da Düzenlenen Ticari Reklamın Sağlık Alanına Yansımaları İle Birlikte İncelenmesi." *İstanbul Barosu Dergisi* 89, no. 6, (2015), 149-172.
- Özel, Çağlar. "Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu." iç. *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, 771-788. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- Özmen, Saba ve Hafize Kır. *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar)*, İstanbul: Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, 2010.
- Öztaş, İlker. *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.
- Öztürk, Mehmet. "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (2017): 1549-1595.
- Reisoğlu, Safa. "Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 18, no. 1, (1963): 265-299.

- Robertson, Calum, Sylvain Dejean ve Raphael Suire. "Airbnb in the City": Assessing Short-Term Rental Regulation in Bordeaux." *The Annals of Regional Science* 72, no. 2 (2024): 647-682.
- Rubino, Irene. "Short-Term Rentals and Transformations in Urban Areas: The Case of Turin (Italy)." *Territorio Italia* 1, (2018): 91-109.
- Ruhi, Canan ve Ahmet Cemal Ruhi. *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Salerno, Giacomo-Maria ve Antonio Paolo Russo. "Venice as a Short-Term City. Between Global Trends and Local Lock-Ins." *Platform-Mediated Tourism*. Routledge (2022): 90-109.
- Selvi, Özgür, Maide Ulucan ve Arzu Eser Coşgun. "Halkla İlişkiler ve Bir E-Devlet Uygulaması Olarak Cimer." *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 75 (2019): 13-37.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2019.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Shabrina, Zahratu, Arcaute Elsa ve Michael Batty. "Airbnb and Its Potential Impact on the London Housing Market." *Urban Studies* 59, no. 1 (2022): 197-221.
- Sinanoğlu, Asena Emel. "Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi ve Konunun Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Borçlandırıcı İşlem-Tasarruf İşleminin Ayrılığı (Ayrılık Sistemi) Noktasında İncelenmesi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32, no. 2 (2024), 977-1004.
- Staiano, Alessandra. "Short-Term Island: Sharing Economy, Real Estate Market and Touristification Interplay in Capri (Italy)." iç. *International Conference on Computational Science and Its Applications*, 405-421. Cham: Springer Nature Switzerland, 2023.
- Suiçmez, Nevran. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan Özel Sayı (2017): 1597-1622.
- Swor, Richard. "Long Term Solutions to the Short-Term Problem: An Analysis of the Current Legal Issues Related to Airbnb and Similar Short-Term Rental Companies With a Proposed Model Ordinance." *Belmont Law Review* 6, no.1 (2018): 278-316.

- Şengül, Mehmet. *Türk Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Turanboy, Kürşad Nuri. "Kat İrtifakının Hukuki Mahiyeti." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (1990): 173-180.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe. "Kat Mülkiyeti Kanununa Eklenen Toplu Yapılara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, no. Özel Sayı (2013): 2673-2706.
- Uyumaz, Alper ve Eren Savaşan. "Kiraya Veren Hapis Hakkı." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no.3 (2022): 1805-1834.
- Varcan, Nezih ve Canatay Hacıköylü. "Konutların En Fazla "Yüz Gün" Süreyle Her Türü Amaçla Kiralanması ve Elde Edilen Gelirin Vergilenmesi." *Mali Çözüm Dergisi* 34, no. 184, (2024): 933-951.
- Varma, Arup, Nenad Jukic, Almir Pestek, Clifford Shultz ve Nestorov, Svetlozar. "Airbnb: Exciting Innovation or Passing Fad?." *Tourism Management Perspectives* 20, (2016): 228–237.
- Von Briel, Dorine ve Sara Dolnicar. "The Evolution of Airbnb Regulation - An International Longitudinal Investigation 2008–2020." *Annals of Tourism Research*, no. 87 (2021): 1-7.
- Weber-Leibrecht, Kristin. "Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tourismus." İç. *Digitalisierung in ländlichen und verdichteten Räumen*, editör Annette Spellerberg, 114-124. Hannover: Verlag der ARL, 2021.
- Yavuz, Nihat. *Kira Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yücer Aktürk, İpek. "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 799-809.
- Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Zeytinoğlu, Emin. "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmesinde Tarafların Borçları." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, no. 28 (2015):111-144.

II. DÜNYA SAVAŞI SONRASINDA DÜNYA SİYASETİNDE YAŞANAN KIRILMALARIN TÜRKİYE’NİN DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNE İLK ETKİLERİ: İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

*The First Effects of The Breaks at the end of World War II on
Turkey’s Democratization Process: An Evaluation in the Context
of Human Rights*

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU*

Öz

Savaştan çıkarak temellerini henüz atmış bir ülke olarak Türkiye, II. Dünya Savaşı sürecinde çeşitli ittifaklar ile tarafsızlığını sağlama çalışmış, savaş dışı kalma konusunda özel bir çaba göstermiştir. Buna rağmen savaşın bitimine aylar kala bu tutumundan vazgeçmiştir. Dönemin şartları itibariyle ülkeye en çok fayda sağlayabileceğine kanaat getirdiği, zafere en yakın tarafın yanında yer alan Türkiye, II. Dünya Savaşı sonrası yeni dünya düzenin kuruluş aşamasında müttefiklerle birlikte hareket etmiştir. Savaşın ardından birtakım çıkar çatışmaları ve güvensizliklerin etkisiyle Dünya, ABD merkezli Batı Bloku ve Sovyetler Birliği

* Dr. Öğr. Üyesi, Samsun Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı)
burcu.degirmencioglu@samsun.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-5721-9933.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.11.2024.

Atıf/Citation: Değirmencioğlu, Burcu. "II. Dünya Savaşı Sonrasında Dünya Siyasetinde Yaşanan Kırılmaların Türkiye'nin Demokratikleşme Sürecine İlk Etkileri: İnsan Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2184-2222.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

merkezli Doğu Bloku olmak üzere iki farklı kutba ayrılmıştır. Savaşa müttefiklerin yanında giren ve ABD'nin desteğini alarak Batı Bloku'nda yer alan Türkiye, taraf olmanın ve söz konusu tarafta tutunabilmenin bir gereği olarak demokratikleşme yolunda önemli adımlar atmıştır. Türk kamuoyundaki tartışmaların da kuşkusuz etkisiyle, söz konusu gelişmeler Türkiye'nin insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi evrensel değerleri benimseme ve içselleştirme yoluna girmesine olanak sağlamıştır. İlk etapta insan haklarının tanınması konusunda mevzuat değişikliklerine yansıyan bu gelişmeler, ilerleyen aşamalarda Türk demokrasi ve anayasal tarihini de önemli ölçüde etkilemiştir.

Anahtar Kelimeler: II. Dünya Savaşı, Türk Dış Politikası, Yeni Dünya Düzeni, Demokratikleşme Süreci, İnsan Hakları.

Abstract

Turkey, as a country that had just laid its foundations after coming out of the war, was able to survive World War II. During World War II, Turkey tried to ensure its neutrality through various alliances and made a special effort to stay out of the war. Despite this, Turkey gave up this stance months before the end of the war. Considering the conditions of the period, Turkey sided with the side closest to victory, which it believed could provide the most benefit to the country, during World War II. Turkey acted together with the allies during the establishment of the new world order after World War II. After the war, due to some conflicts of interest and insecurities, the world was divided into two different poles: the Western Bloc, centered on the USA, and the Eastern Bloc, centered on the Soviet Union. Turkey, which entered the war on the side of the allies and was in the Western Bloc with the support of the USA, has taken important steps towards democratization as a requirement of being on a side and being able to hold on to that side. Undoubtedly influenced by the debates in the Turkish public, these developments have enabled Turkey to embark on a path of embracing and internalizing universal values such as human rights, democracy and the rule of law. These developments, which were initially reflected in legislative changes regarding the recognition of human rights, also significantly affected Turkish democratic and constitutional history in the following stages.

Keywords: World War II, Turkish Foreign Policy, New World Order, The Process of Democratization, Human Rights.

GİRİŞ

II. Dünya Savaşı'nın ardından iki süper güç olarak Amerika Birleşik Devletleri ile Sovyetler Birliği'nin çevresinde iki kutup arasında başladığı kabul edilen¹ Soğuk Savaş, Türkiye'yi derinden etkilemiştir. Savaş sürecinde, çeşitli ittifaklar yapıp tarafsızlığını sağlamaya çalışarak, savaşa girmeme konusunda özel bir çaba gösteren Türkiye, savaşın bitimine aylar kala bu tutumundan vazgeçmiştir. Bu hamle ile Türkiye, dönemin şartları itibariyle ülkeye en çok fayda sağlayabileceğine kanaat getirdiği, zafere en yakın tarafın yanında olmayı tercih etmiştir.

Henüz savaş devam ederken dönemin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başkanı Franklin Delano Roosevelt, 1940 yılında ABD Kongresine hitaben gerçekleştirdiği "Dört Özgürlük Üzerine Konuşması"nda yeni bir dünyanın mümkün olduğunu ve güvenli bir geleceğin ancak birlikte inşa edilebileceğini ifade etmiştir.² Ardından müttefiklerle gerçekleştirilen bir dizi toplantı ile hazırlanan bildirimler, tüm dünyayı 1945 yılında toplanan San Francisco Konferansı'na götürmüştür. Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın imzalanacağı bu konferansa katılmak için 1942 tarihli BM Bildirisi'ni kabul etmek ve Almanya ile Japonya'ya savaş ilan etme şartı üzerine pek çok ülke gibi³ Türkiye de II. Dünya Savaşı sonrası kurulacak yeni dünyada kendine bir yer edinebilmek için müttefiklerin yanında savaşa girmiştir.

Savaşın galibi olan müttefikler arasında birtakım çıkar çatışmaları ve güvensizliklerin etkisiyle dünya, ABD merkezli Batı Bloku ve Sovyetler Birliği merkezli Doğu Bloku olmak üzere iki farklı kutba ayrılmıştır. ABD'nin doğrudan desteğini alarak Batı Bloku'nda yer alan Türkiye, taraf olmanın ve söz konusu tarafta tutunabilmenin bir gereği olarak Batılı liberal değerleri benimseme, içselleştirme yoluna girmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak 1942 yılında alınan bir Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) kararı⁴ ile 1942 tarihli BM Bildirisini kabul

¹ Oral Sander, *Siyasi Tarih:1918-1994* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2009), 201.

², Burcu Değirmencioğlu, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası* (Ankara, Adalet Yayınları, 2022), 141.

³ Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, 141.

⁴ Almanya ve Japonya'ya Harp İlanına ve 1 Ocak 1942 tarihli Birleşmiş Milletler Beyannamesine Türkiye'nin Katılmasına Dair Karar, Karar No. 1452, RG. 24.02.1945, S. 5940.

edip, Almanya ve Japonya'ya harp ilan ederek 1945'te katıldığı San Francisco Konferansı'nda BM Anlaşması'nı imzalayan Türkiye, 1949'da Avrupa Konseyi'ne dahil olmuş, savaş sonrası kurulan yeni dünyanın aktörleri içerisinde yer almak için çaba göstermiştir. Düzenin içerisinde yer almanın salt atılan bir imza ile ya da taraf olunan bir sözleşme ile gerçekleşmeyeceğinin farkında olan Türkiye, bugün de Avrupa Konseyi'nin resmi internet sayfasında “değerlerimiz” başlığı altında yer bulan “insan hakları”, “demokrasi” ve “hukukun üstünlüğü” başta olmak üzere⁵ liberal değerleri özümsemek için ulusal politikasında ve mevzuatında önemli değişiklikleri gerçekleştirmiştir. Liberal değerleri iç hukukuna eklemeye sürecinde Türkiye, siyasi partiler ve seçim hukukundan başlayarak, ilk basamakta baskıcı ve totaliter ögelerin önemli bir kısmını törpülemiş, insan haklarının tanınmasına ve gerçekleştirilmesine dair gerçekçi adımlar atmaya başlamıştır.

Bu çalışmada II. Dünya Savaşı ve Soğuk Savaş döneminde Türkiye'nin dış politikası ile bu politika doğrultusunda benimsenen liberal değerlerin iç hukuka eklenmesi süreci ele alınmaya çalışılmıştır. Soğuk Savaş sürecinin tam anlamıyla bitip bitmediğine ya da Savaşın sona erdiği kabul edilecekse de sürecin ne zaman sonlandığına ilişkin tartışmalar bulunmakla birlikte genel olarak bitişinin Sovyetler Birliği'nin yıkıldığı yıllara rastladığı kabul edilir. Bu kapsamda Soğuk Savaş sonrası Türkiye'de insan haklarına ilişkin yaklaşık yarım asırlık bir zaman diliminin incelenmesi gerekmektedir. 100. yılını henüz doldurmuş bir ülke olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin 50 yıllık insan hakları serüveninin incelenmesinin ancak daha geniş kapsamlı bir çalışma ile mümkün olacağına bilinciyle, çalışmanın kapsamı II. Dünya Savaşı'nın bitimiyle başladığı kabul edilen Soğuk Savaş'ın ilk yılları ve bu dönemin başta insan hakları olmak üzere Türkiye'nin liberal değerleri benimsemesi sürecine etkisine ilişkin ortaya konulan bir değerlendirme ile sınırlandırılmıştır. Savaş sonrası Batılı liberal- demokratik değerleri benimsediğini defaatle dile getiren Türk Hükümeti, bu değerlere adapte olabilmek için ilk etapta birtakım politika değişikliklerine girişmiştir. Söz konusu değişiklikler, otoriter kalıpların dönüşmesini sağlamış ve Türkiye'nin gelecek yıllarda uyguladığı geniş kapsamlı insan hakları politikasının temellerini atmıştır.

⁵ Council of Europe. “Values”, Erişim Tarihi, Kasım 27, 2024, <https://www.coe.int/en/web/about-us/values>.

I. DÜNYA SAVAŞINA GİDEN YILLAR: II. DÜNYA SAVAŞI'NDA TÜRK DIŞ POLİTİKASI

A. II. Dünya Savaşı Süresince Türkiye'nin "Savaş Dışılık" Politikası

Armaoğlu, stratejik öneminden dolayı Türkiye'nin II. Dünya Savaşı'ndaki durumunun, gerek müttefiklerin gerek mihverin Türkiye'yi kendi yanlarında savaşa sokmak için harcadıkları çabaların ve Türkiye üzerinde yaptıkları baskıların hikayesinden başka bir şey olmadığını ifade eder.⁶ Türkiye'nin savaş sürecinde izlediği bu politika "faşist ve demokrat cepheler arasında tahterevalliyi andıran bir denge politikası"⁷ olarak nitelendirilebilecektir. Genel anlamda bir denge politikası güden Türkiye, II. Dünya Savaşı'nın son yılına kadar "savaş dışı" kalmıştır.⁸ Bir Avrupa savaşı olarak başlayan ve tüm dünyayı derinden etkileyen II. Dünya Savaşı'na aktif olarak katılmamış olmak, Türkiye açısından ciddi bir başarıyı ortaya koymaktadır.

Küllerinden yeniden doğan bir devletin Cumhurbaşkanı olarak İsmet İnönü, taraf devletler açısından stratejik önemi bulunan ülkenin II. Dünya Savaşı'na girmesinin ülkenin varlığı ve geleceği için oldukça riskli olduğunun farkındalığıyla hareket etmiştir. Bu doğrultuda İnönü'nün esas korkusunu teknik donanım açısından bir taarruz yürütmesi olanaksız olan Türk ordusunun, Almanlar karşısında alınacak bir yenilgiye uğraması oluşturmuştur.⁹ Böyle bir durumun Türkiye'yi ve Türk devrimini tehlikeye sokacak sonuçlar doğurabileceği bilinciyile hareket edilmiştir.

Bu farkındalıkla hareket eden Türk Hükümeti, dış politikasını yaygın ve teknik olarak yanlış kanının aksine "tarafsızlık" üzerine kurmuş değildir.¹⁰ Türkiye, tarafsız kalmaktan çok, "savaş dışı" kalmaya özen göstermiştir. Bu doğrultuda savaşan devletlerle çeşitli ittifaklara imza atmıştır. Savaşan devletlerle

⁶ Fahir Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914-1995)*, (İstanbul: Kronik Kitap, 2020) 310.

⁷ Tefik Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, (İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 2013), 373.

⁸ Sander, *Siyasi Tarih:1918-1994*, 146.

⁹ Sina Akşin, *Kısa Türkiye Tarihi* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021), 235.

¹⁰ Sander, *Siyasi Tarih:1918-1994*, 147.

imzalanan ittifakların ilki, bu denli büyük bir savaşa dair öngörünün dahi olmadığı 1925 yılında Sovyetler ile gerçekleştirilmiştir. 17 Aralık 1925 tarihinde Türkiye, Sovyetler Birliği ile "Türkiye- Sovyetler Birliği Dostluk ve Tarafsızlık (Saldırmazlık) Antlaşması" imzalamıştır. Antlaşma'nın ilk maddesine göre taraflardan birine üçüncü bir devletçe yapılacak askeri bir teşebbüste diğer akit tarafın tarafsız kalacağı, 2. maddesinde ise tarafların birbirlerine saldırmayacakları, birbirlerinin aleyhine karşı oluşturulacak antlaşma ve ittifaklara girmeyecekleri kabul edilmiştir.¹¹ İmzalandığı dönem itibariyle Türkiye'nin konumunu güçlendirmede önemli bir rol oynayan antlaşma¹², II. Dünya Savaşı'nda Türkiye'nin elini kolunu bağlamıştır. Bununla birlikte olası bir Sovyet işgali, Türkiye'nin II. Dünya Savaşı boyunca benimsediği savaş dışı kalma politikasının en önemli sebeplerinden birini oluşturmuştur.

1925 tarihli Türkiye-Sovyetler Birliği Dostluk ve Tarafsızlık Antlaşması ile başlayan süreçte Türkiye denetimli tarafsızlık stratejisi izlemiş, "sulhe hizmet etmek"¹³ ve kendisini güvenceye almak amacıyla çeşitli ittifaklara dahil olmuştur. 7 Nisan 1939'da İtalya'nın Arnavutluk'u işgali üzerine savaşın sıcak temasının Balkan yarımadasına sıçraması, 1930'larda Türkiye'nin girişimiyle oluşturulan Romanya, Yugoslavya ve Yunanistan'ın katıldığı Balkan Antantı'nın kendisinden

¹¹ Ceyhun Öğreten ve Sedef Bulut, "Türk-Sovyet İlişkilerinde Yol Ayrımı: 1925 Türk-Sovyet Saldırmazlık Paktının İptali ve Amerikan Basını," *History Studies International Journal of History* 11, no.5 (2019): 1460.

¹² Royal Institute of International Affairs: "The U.S.S.R. System of Neutrality and Non-Aggression," *Bulletin of International News* 25, no.4 (1928): 589.

¹³ İsmet İnönü, yapılan ittifaklar ve görüşmelerin sulhe hizmet etmek ve devleti korumak amacıyla gerçekleştirildiğini TBMM açılış konuşmasında şu şekilde ifade etmiştir: "Avrupa buhranı, sulhu korumağa matuf gayretlerin zaman zaman ümid verici safhalarından sonra büsbütün alevlenmiş ve nihayet harb faciasının patlaması bir emri vaki olmuştur... Cumhuriyet Hükümeti, bu devrelerde, sulhe hizmet etmek ve kendi masuniyetini temin eylemek gayretini esaslı vazife telakki etti. İngiltere ve Fransa Hükümetleri ile kararlaştırmış olduğu müşterek beyannameler, bu gayretin mahsulüdür... Sulhü korumak ülküsü, her memlekette, kendi hususi bünyesi, coğrafi vaziyeti ve imkanlarına göre ayrı ayrı tedbirler ilham edebilir. Türkiye için, hareket hattını evvelden sarahat ve samimiyetle belli etmek, sulh yolundaki vazife tedbirlerinden en müessir olanıdır denilebilir.", İsmet İnönü, *İsmet İnönü'nün TBMM'deki Konuşmaları 1920-1973*, Cilt 2, (Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1993), 2.

bekleneni ortaya koyamadığını göstermiştir.¹⁴ Bu durum Türkiye'yi İngiltere ile bir ittifak arayışına itmiştir. İngiltere ile Türkiye arasında ittifak için yapılan bu görüşmelerden yalnızca Fransa ve Sovyetler Birliği'ne haber verilmiştir. Sovyetler Birliği Dışişleri Bakanı Littvinof'un yerine Molotov gelince Sovyetler Birliği Molotov'un etkisiyle Türkiye ve İngiltere arasındaki görüşmelere sıcak bakma yaklaşımını değiştirerek Sovyetler Birliği'ni mihver devletleriyle uzlaşma zemini aramaya itmiştir.¹⁵ Bu durumda 12 Mayıs 1939 tarihinde Türkiye ve İngiltere arasında deklarasyon yayınlanmıştır. Aynı gün dönemin Başbakanı Refik Saydam, Türk- İngiliz Ortak Bildirisini TBMM'nin onayına sunarken, bildirinın Türkiye'nin geleceği için önemini şu şekilde açıklamıştır:

"Memleketimizin, Avrupa'da ve bütün dünyada baş gösteren itilaflar önünde sulhperver siyasetimizin samimi bir tezahürü olan bîtarafılığı muhafaza etmek cumhuriyet hükümeti için esas siyaseti teşkil etmekte bulunuyordu. Fakat hadısatın Balkan yarımadasına intikal etmesi ve Akdeniz emniyetinin milli hayatımızda kendisini yeniden hissettirmesi anından itibaren hükümetimiz, kendini ciddi bir milli emniyet meselesi karşısında bulmuş ve bu emniyeti tehlikeli tesadüflere maruz bırakmaksızın lakayıt ve bitaraf bir vaziyette bulunmanın mümkün olmayacağı kanaatine varmıştır. Bu şartlar içinde hükümetimiz milleti harp badiresinden azami imkanlarla uzak bulundurmanın en müessir çaresini gene sulh için birleşen memleketler harbi göze alarak sulh gayesinde teşriki mesai etmekte bulmuştur."¹⁶

Türkiye, ittifaklar sürecine girmişken 23 Ağustos 1939'da bütün dünyada şaşkınlık yaratarak, her şeyin yeniden değerlendirilmesi gerekliliğini hatırlatan bir gelişme olmuş ve Sovyetler Birliği ile Almanya arasında ittifak imzalanmıştır.¹⁷ Sovyet tehdidinden çekinen Türkiye, buna bir de Sovyet-Alman ittifakı eklenince,

¹⁴ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 361.

¹⁵ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 361.

¹⁶ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 361; Atatürk Ansiklopedisi, "Türk-İngiliz Bildirisi (12 Mayıs 1939)", Erişim Tarihi, Mart 23, 2024, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/turk-ingiliz-bildirisi-12-mayis-1939/>.

¹⁷ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 362.

Sovyetler Birliği ile dostane ilişkilerini sürdürmeye özen göstermiş¹⁸, bununla birlikte ittifak arayışlarına hız kesmeden devam etmiştir. Bunun üzerine Fransız Hükümeti ile yapılan görüşmeler sonrasında 19 Ekim 1939'da Türk İngiliz deklarasyonunun kapsamı genişletilerek Türkiye, İngiltere ve Fransa arasında Üçlü Antlaşma şeklinde olmasına karar verilmiştir.¹⁹ Türkiye'nin savaşan gruplardan birini oluşturan İngiltere ve Fransa ile Ankara'da imzaladığı Yardımlaşma Andlaşması (Traité d'Assistance Mutuelle), Batılı devletlerle yaptığı ilk ittifak bağını oluşturmaktadır. Türkiye, söz konusu Yardımlaşma Andlaşması'na ekli "Sovyet Çekincesi"ni ileri sürerek 26 Haziran 1940 günü "savaş dışı" müttefik durumunu açıklamıştır.²⁰

Ertesi yıl ise Türkiye, 18 Haziran 1941²¹ tarihinde Almanya ile bir Saldırmazlık Paketi imzalamıştır.²² Dönemin şartları itibariyle Almanya'dan gelebilecek herhangi bir saldırıyı tolere edemeyecek durumda olan Türkiye, savaş dışı kalma

¹⁸ Sovyetler Birliği ile dostane ilişkileri gösterme yönündeki üstün çaba İsmet İnönü tarafından gerçekleştirilen 1 Kasım 1939'da TBMM'nin Açılış Konuşmasına da yansımıştır: "Arkadaşlar! Malumunuz olduğu veçhile Hariciye vekilimiz, Sovyet Hükümeti'nin misafiri olarak Moskova'da üç hafta kadar temas ve müzakerede bulundu. Bu müzakerelerden eski dostumuz Sovyet İttihadile aramızda bugünkü mesud münasebetlerden daha ileri bir vaziyet ifa edecek bir antlaşma meydana geleceğini ümit etmiştik. Neticeye varmak için iktidarımızda bulunan bütün gayreti sarfetmiş ve bir an muvaffakiyetin elde edildiği anlayışına varmıştık. Buna rağmen, bizim menfaatimize olduğu kadar karşı tarafın menfaatine de muvafık olduğunu zannettiğimiz neticenin istihali, bu defa mümkün olamamıştır. Bununla beraber, bilirsiniz ki, iki komşu memleket arasındaki dostluk kuvvetli esaslara müsteniddir. Bu devrin muvafakat icablarından doğan şartlar ve imkansızlıklar, bu dostluğu ihlal etmemelidir. Biz mazide olduğu gibi atide de Türk- Sovyet münasebetlerinin dostane seyrini samimi olarak takib edeceğiz." İnönü, *İsmet İnönü'nün TBMM'deki Konuşmaları 1920-1973*, 2-3.

¹⁹ Atatürk Ansiklopedisi, "Türk-İngiliz Bildirisi (12 Mayıs 1939)," Erişim Tarihi, Mart 23, 2024, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/turk-ingiliz-bildirisi-12-mayis-1939/>.

²⁰ İsmail Soysal, "1939 Türk-İngiliz-Fransız ittifakı", *Bellekten* 182, no.46 (1982): 367.

²¹ Saldırmazlık Paketi'nin imzalandığı 18 Haziran 1941'den yaklaşık 3,5 ay önce Hitler İnönü'ye tarafsızlığını ve işbirliğini, bir yandan tehditvari bir üslupla vurgulayan özel bir mektup göndermiştir. Bu mektuba ilişkin ayrıntılar için bkz. Baskın Oran, "1923-1939: Göreli Özerklik-1" İç. *Türk Dış Politikası*, ed. Baskın Oran (İstanbul: İletişim Yayınları, 2009) 439.

²² Soysal, "1939 Türk-İngiliz-Fransız İttifakı," 368. Türkiye Cumhuriyeti ve Alman Reich'i arasında imzalanan Saldırmazlık Paketi için bkz. Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 367-368.

halini sürdürerek, savaş dışılığının bir yandan müttefikler için anlaşılır olmasına da özen göstermeye devam etmiştir.²³ Dönemin Başbakanı Şükrü Saraçoğlu Almanya ile imzalanan Saldırmazlık Paktı'nı şöyle açıklamıştır:

“Balkanlarda taarruzun şu arz ettiğim şekilde inkişafı esnasında üstümüze doğru sarkan tehlikenin ehemmiyetini müdrik olarak aldığımız karar şu oldu: Trakya'daki köprüleri uçurduk ve kendimizi müdafaaya karar verdik. Vaziyet bu merkezde iken Almanlar bize kendileriyle harp etmek tasavvurunda olup olmadığımızı sordular. Biz de cevaben kendilerine tarzı hareketimizi onların tavrı hareketlerine göre tanzim etmek kararında olduğumuzu bildirdik. Buna cevap olarak Alman'lar icab etmedikçe, bizimle harp etmeyeceklerini ve ordularına herhangi bir yanlış anlayışa meydan vermeyecek şekilde Türk Hududlarından uzak kalmaları için emir verdiklerini bildirdiler. Ve bunu müteakip bize bir ademi tecavüz misakının akdini teklif ettiler. Bu teklifi ve işin müteakip bütün safahatını müttefiklerimize haber vererek ve danışarak 18 Haziran 1941 tarihinde Alman-Türk muahedesini imzaladık.”²⁴

Tüm bu ittifaklar sebebiyle Türkiye kimi zaman sıcak savaşa çekilmeye çalışılsa da Türk dış politikası, Çavdar'ın deyiimiyle, “usturanın keskin tarafında yürüyen bir insanın denge ve dikkatine taş çıkaracak bir yol” izlemiştir.²⁵ Devleti yönetenlerin I. Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti'ni savaşa sokup sonunda yıkan gelişmeleri iyi değerlendirmeleri ve yakın tarihten ders alarak aynı hataları tekrarlamamaları ve Mustafa Kemal Atatürk'ün tedbirli, serüvenci olmaktan uzak ve barışçı politika geleneğini sürdürme isteğinin bir sonucu olarak yapılan ittifaklar ve savaş dışı yaklaşım sayesinde II. Dünya Savaşı sürecinde başarılı bir dış politika yürütülmeye çalışılmıştır.²⁶ Ulusal bağımsızlığını kazanmak için büyük savaşlardan zaferle çıkan ve yeni kurulan bir ülke olarak Türkiye, 1925 tarihli Sovyet-Türk Saldırmazlık Paktı başta olmak üzere ulusal çıkarlarını

²³ Soysal, “1939 Türk-İngiliz-Fransız ittifakı,” 368.

²⁴ Şükrü Saraçoğlu, “Alman Hükümetiyle İktisadi ve Siyasi Münasebetlerimiz Kesilmesine Dair Beyanatu,” *İç. Başbakanlarımız ve Genel Kurul Konuşmaları*, Haz. İrfan Neziroğlu ve Tuncer Yılmaz, Cilt 3 (Ankara: TBMM Basımevi, 2014), 187.

²⁵ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 367.

²⁶ Sander, *Siyasi Tarih:1918-1994*, 147.

korumak amacıyla gerçekleştirdiği ittifaklar ile yürüttüğü savaş dışı kalma politikası, II. Dünya Savaşı ülkenin dış politikasını ifade etmektedir. İnönü, 1 Kasım 1942'de TBMM açılış konuşmasında vurguladığı üzere milli menfaatlerin gerekli kıldığı Türk dış politikasına ilişkin şu cümleleri kurmuştur:

“Muharebe edenler arasında bir antlaşmayı bugün için ümit ettirecek hiçbir delil yoktur. Öyle görünüyor ki 1943 yılı daha geniş ve daha insafsız muharebelerle geçecektir. Biz önümüzdeki sene dahi, milli siyasetimizin içerde ve dışarda herkesçe bilinen istikametlerini, dürüst ve ciddi olarak muhafaza edeceğiz. Ahitlerimize, ittifaklarımıza ve dostlarımıza sadık olarak ve herhangi bir devlete karşı hileli ve saklı fikirli olmaktan dikkatle sakınarak milli emniyet siyasetimizi takip edeceğiz. Büyük Meclis takdir eder ki gittikçe şiddetlenen düşmanlık havası içinde her gün biraz daha sinirlenmiş taraflar ortasında, tarafsızlık politikası yürütmek, Hükümet için çok yorucu olmaktadır. Biz, her devletle olan münasebetlerimizin mahiyetini açıkça söyleyebilir bir karakterde ve kuvvette olduğumuz için politikamızı gelecekte de sebatla takip etmekten çekinmeyeceğiz.”²⁷

B. II. Dünya Savaşı Sona Ererken Yeni Dünya Düzeninin İnşası ve Türkiye'nin Konumu

Bütün dünyayı derinden etkileyen II. Dünya Savaşı yılları ve sonrası tarihin hızlandığı ve köklü dönüşümlerin yaşandığı bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸ Savaş sonucunda Avrupa'da hegemonya kurmak isteyen Almanya ve İtalya ile Uzakdoğu'da hegemonya peşinde olan Japonya'nın yenilgisi aynı zamanda genel itibariyle bu ülkelerin ideolojisi olan faşizmin yenilgisi anlamına da gelmektedir.²⁹ Faşizm yıkılmasıyla birlikte uluslararası sistemde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Dünyada, artık, demokratik- kapitalist ve komünist ideolojiler boy ölçüşmeye başlamıştır.³⁰ Bu süreçte Batı'nın temsil ettiği demokratik-kapitalist ideolojiler ile liberal değerler odağında yeni bir düzenin sinyalleri verilmiştir. Henüz savaş devam ederken kurulmaya başlanan bu sürecin

²⁷ İnönü, İsmet İnönü'nün TBMM'deki Konuşmaları 1920-1973, 31-32.

²⁸ Tolga Akdan, *Soğuk Savaş ve Türkiye'nin Batıya Yönelişi* (İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2020) 267.

²⁹ Akşin, *Kısa Türkiye Tarihi*, 239.

³⁰ Akşin, *Kısa Türkiye Tarihi*, 239.

odağında, klasik ulus devletler sistemini dönüşüme uğratabacak, egemenlikte kırılmalara sebep olacak insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü başta olmak üzere bir takım evrensel değerler yer almıştır.

Avrupa kıtasının stratejik dengesini alt üst eden bu süreç, çok kutuplu uluslararası düzenin yerini sistemler arası mücadelenin şekillendirdiği iki kutuplu bir düzene bırakırken³¹, Türkiye'nin bundan etkilenmemiş olması elbette beklenemeyecektir. Savaşın sonuna doğru yaklaşırken Türkiye bir yandan savaş sürecinde başarıyla sürdürdüğü savaş dışı kalma politikasını korumaya çalışmış diğer yandan savaşın ardından uluslararası politikada gerçekleşen köklü dönüşüm dolayısıyla oluşmakta olan yeni uluslararası düzene ayak uydurma çabasına girmiştir.³²

Savaşın sonuna doğru yaklaşırken yeni dünyanın aktörleri bir araya gelerek savaş sonrası dünyayı şekillendirebilmek adına birtakım toplantılar gerçekleştirmişlerdir. Yeni dünyayı tasarlayacak bu toplantılara ilişkin fikirlerin 1933 yılında ABD Başkanlık görevine gelen Franklin D. Roosevelt'in ABD Kongresi'ne hitaben gerçekleştirdiği "Dört Özgürlük Üzerine Konuşma (Four Freedom Speech)" ile tohumlarının atıldığı söylenebilecektir. 6 Ocak 1941 tarihinde gerçekleştirdiği konuşmada "özgür bir dünya"yı yeniden kazanma ve sürdürme gücü vermek için çabaladıklarını ifade eden Roosevelt, "güvenli bir geleceğin" inşa edilmesinin temel aracı olarak nitelendirdiği "dört temel özgürlüğe dayanan bir dünyayı sabırsızlıkla beklediklerini" belirtmiştir.³³ Sistemini korku ve kavga üzerine inşa eden Hitler liderliğindeki Almanya tüm dünyayı büyük bir savaşa doğru sürüklerken, "her şeyden önce korkmamız gereken tek şeyin korkunun kendisi olduğuna ilişkin kesin inancı"ni yenileyen Roosevelt, "dünyanın her yerinde (everywhere in the world)" sağlanacak dört temel özgürlük üzerine bir dünya hayal etmiştir.³⁴

"İlki, dünyanın her yerinde, konuşma ve ifade özgürlüğüdür.

³¹ Akşin, Kısa Türkiye Tarihi, 267.

³² Akdan, Soğuk Savaş ve Türkiye'nin Batıya Yönelişi, 268.

³³ Franklin Delano Roosevelt, "Message to Congress", Erişim Tarihi: 16.03.2024, FDR and the Four Freedoms Speech - FDR Presidential Library & Museum (fdrlibrary.org).

³⁴ Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, 140-141.

İkincisi, dünyanın her yerinde, herkesin kendi Tanrısına, kendi istediği şekilde tapınma özgürlüğüdür.

Üçüncüsü, dünyanın her yerinde, yoksulluktan kurtulma özgürlüğüdür; ki bu, her ulusa kendi vatandaşları için sağlıklı bir barışçıl yaşamı temin edecek ekonomik yakınlaşma kurulması anlamına gelir.

Dördüncüsü, dünyanın herhangi bir yerinde, korkudan kurtulma özgürlüğüdür; ki bu, hiçbir ulusun herhangi bir komşusuna karşı fiziksel saldırı eylemi gerçekleştirmek durumunda olamayacağı noktaya ve davranış aşamasına gelene dek sürecektir dünya çapında etkin ve tam silahsızlanma anlamına gelir.”³⁵

Roosevelt tarafından bahsedilen bu özgürlüklerin “dünyanın her yerinde” ifadesiyle vurgulanması ve güvenli bir dünyanın ancak bunlar üzerine inşa edilebileceğinin belirtilmesi³⁶, Roosevelt’in nasıl bir ulus ya da Amerika değil, nasıl bir “dünya” özlemi duyduğunun en açık göstergesidir.³⁷ Roosevelt’in Dört Özgürlük Üzerine Konuşma’sıyla üzerine inşa edilen duvarlardan birinin insan hakları olduğu yeni bir düzen hayalinin gerçekleştirileceği mekanın, ulus devletin çok ötesinde yeni bir dünya olduğu ortaya konulmuştur.³⁸

Roosevelt’in konuşmasının ardından II. Dünya Savaşı sonrasında yeni bir uluslararası düzeninin inşası için ortak çalışmalara başlanmıştır. Bu bağlamda ilk olarak ABD Başkanı Roosevelt ile İngiltere Başbakanı Winston Churchill bir araya gelerek savaş sonrası dünyayı şekillendirecek “ortak ilkeler” konusunda istişare

³⁵ Franklin Delano Roosevelt, “Message to Congress,” Erişim Tarihi, Mart 16, 2024, FDR and the Four Freedoms Speech - FDR Presidential Library & Museum (fdrlibrary.org), 20- 21; Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller* (Ankara, Adalet Yayınevi, 2020) 18.

³⁶ Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 17.

³⁷ Burcu Değirmencioğlu, “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: ‘Pozitif Yükümlülük Doktrini’ ve Türkiye’ye Yansımaları”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 39 (2021): 64.

³⁸ Değirmencioğlu, “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: ‘Pozitif Yükümlülük Doktrini’ ve Türkiye’ye Yansımaları”, 64.

etmişlerdir.³⁹ Toplantının ardından BM Sisteminin yaratılmasında kilometre taşı olarak nitelendirilen Atlantik Şartı⁴⁰'nı imzalayan Roosevelt ve Churchill, "yeni bir dünya için daha iyi bir gelecek sağlamak amacıyla ülkelerin ulusal politikalarında bazı ortak ilkelerin benimsenmesi" noktasında mutabakata varmışlardır.⁴¹

Atlantik Şartı ile savaşın ve BM dahil olmak üzere savaş sonrasının çerçevesi çizilmiş, Roosevelt'in Dört Özgürlüğü teyit edilerek, savaş sonrası sürecin ana hatları ortaya konulmuştur.⁴² BM Şartının temelini oluşturan Atlantik Bildirisi'nin ilanının ardından 7 Aralık 1941'de Japonya'nın ABD'nin Pearl Harbor deniz üssüne saldırması ABD'nin II. Dünya Savaşı'na girmesine sebep olmuş ve böylece savaş tüm dünyaya yayılmıştır.

Artık resmen savaşa dahil olan ABD, II. Dünya Savaşı'nın ardından kurulacak yeni dünyaya ilişkin uzlaşmalar gerçekleştirmeye devam etmiştir. 1 Ocak 1942'de "Büyük Dörtlü (Big Four)" olarak adlandırılan ABD, İngiltere, Sovyetler Birliği ve Çin'in öncülüğünde Washington Konferansı'nda bir araya gelen devletler, "kendi topraklarında olduğu kadar diğer topraklarda da insan haklarını, adalet ve barışı

³⁹ The Atlantic Conference & Charter, 1941, Erişim, Mart 22, 2024, <https://history.state.gov/milestones/1937-1945/atlantic-conf>.

⁴⁰ Sekiz maddelik Atlantik Şartı şunları içermektedir: Savaştan sonra toprak kazanılmayacak; ilgili halkın onayı alınmadan toprak değişikliği yapılmayacak; uluslararası işbirliği gerçekleştirilip, geliştirilecek; temel hammaddeleden eşit biçimde yararlanılacak; insanlar korku ve açlıktan kurtarılacak; açık denizlerde ticaret serbestliği gerçekleştirilecek; mihver devletleri silahtan arındırılacak, topyekûn silahsızlanmaya gidilecek. Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 369-370.

⁴¹ Değirmencioğlu, "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: 'Pozitif Yükümlülük Doktrini' ve Türkiye'ye Yansıması," 65, UN: "The Atlantic Charter: Revitalizing the Spirit of the Founding of the United Nations Over Seventy Years Past," Erişim Tarihi, Mart 22, 2024, <https://www.un.org/en/chronicle/article/atlantic-charter-revitalizing-spirit-founding-united-nations-over-seventy-years-past>,

⁴² Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, 142.

güvenceye almak ve sürdürmek" amacıyla "Birleşmiş Milletler Bildirisi"⁴³ ni ilan etmişlerdir.⁴⁴

BM Bildirisi'ni çeşitli ittifak ve toplantılar izlemiştir. Bildiri'nin ilanının üzerinden henüz bir ay geçmemişken İngiltere liderliğinde müttefikler Londra'da bulunan St.James Sarayı'nda bir araya gelmişlerdir. "Kalıcı barışın tek gerçek temeli"ni inşa etmek üzere bir araya gelen müttefikler, 13 Ocak 1942 tarihinde, herkesin ekonomik ve sosyal güvenlikten yararlanabileceği bir dünyada "özgür insanların ortak işbirliği" olarak "St. James Sarayı Bildirgesi (The Declaration of St. James' Palace)"ni ilan etmişlerdir.⁴⁵

Müttefikler arasında bu görüşmeler devam ederken, zaferin ufukta görüldüğü 1942 yılından itibaren müttefiklerin Türkiye'nin kendi saflarında savaşa girmesi yönündeki baskılar da artmıştır.⁴⁶ Savaşın gidişatını tartışmak üzere 14 Ocak 1943'te Casablanca'da bir araya gelen Roosevelt ve Churchill, Türkiye'nin savaşa girmesini temin için gerekli teşebbüslerde bulunulmasına, bu girişimin de her iki ülke adına doğrudan Churchill tarafından gerçekleştirilmesine karar verilmiştir.⁴⁷

İlk olarak 30-31 Ocak 1943'de Adana'da gerçekleştirilen Churchill-İnönü görüşmesinde Churchill tüm gücüyle Türkiye'yi savaşa girmesi yönünde ikna etmeye çalışmıştır. Türkiye ise Sovyetler'in yayılmacı emellerine ilişkin çekincelerini ve araç gereç yetersizliğini ileri sürerek bu teklifi reddetmek zorunda kalmıştır. Görüşmeden çıkan sonuç, Türkiye'nin askeri anlamda desteklenmesi olmuştur. İlerleyen aşamalarda Truman Doktrini ve Marshall Yardımlarının gerçekleştirilmesindeki temel hareket noktasını da bu yaklaşım oluşturmuştur. 12-

⁴³ Declaration by United Nations, January 1, 1942, Erişim Tarihi, Mart 22, 2023, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade03.asp.

⁴⁴ Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, s.143.

⁴⁵ Punishment for Crimes: The Inter- Allied Declaratio signed at St.James's Palace, 13th January, 1942, Erişim Tarihi: Mart 23, 2024, <https://nla.gov.au/nla.obj-648522001/view?partId=nla.obj-648522082#page/n0/mode/1up>.

⁴⁶ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 371.

⁴⁷ Mustafa Aydın, "1945-1960: Savaş Kaosunda Türkiye, Görelî Özerklik-2," İç. *Türk Dış Politikası*, ed. Baskın Oran (İstanbul: İletişim Yayınları, 2009) 451.

16 Mayıs 1943'te Washington'da gerçekleştirilen Churchill- Roosevelt görüşmesinde "Türkiye'nin savaşa girmesini mümkün kılmak" için çaba gösterilmesi üzerinde durulmuş⁴⁸, 4-7 Aralık 1943'te ise İnönü-Churchill-Roosevelt görüşmesi Kahire'de gerçekleştirilmiştir. Kahire'de Churchill Türkiye'nin savaşa girmesinde ısrarlıyken ABD ve Sovyetler Birliği bu konuda ısrarlı bir tutum takınmamışlardır.⁴⁹

1943'te Moskova ve Tahran'da⁵⁰ bir araya gelen Büyük Dörtlü, konferanslara ulusal sınırların üzerinde, dünya çapında önemli bir bilinç ve sorumluluğu deklare ederek başlamışlardır.⁵¹ Türkiye'nin savaşa girişine ilişkin görüşmelerin de yapıldığı "Ortak Dört Ulus Deklarasyonu (Joint Four- Nation Declaration)" olarak resmîyet kazanan Moskova Deklarasyonu'nda "barışsever devletlerin egemen eşitliğine dayalı ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması için büyük ve küçük tüm devletlerin üyeliğine açık bir uluslararası örgütün kurulması sözü" verilmiştir.⁵²

Moskova Konferansı sonrası dönüşü İngiltere Dışişleri Bakanı Anthony Eden ile Türk Dışişleri Bakanı Numan Menemencioğlu 5-6 Kasım 1943'de Kahire'de bir araya gelmişlerdir. Menemencioğlu'nun Sovyetlerin yayılmacı emellerine ilişkin endişelerini gidermeye çalışan Eden, Türkiye'yi savaşa girmesi konusunda ikna etmeye çalışmıştır.

⁴⁸ Aydın, "1945-1960: Savaş Kaosunda Türkiye, Görelî Özerklik-2," 454.

⁴⁹ Çavdar, Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950, 371.

⁵⁰ Tahran'da Sovyetler Birliği'nin Türkiye'ye karşı tutumu önem arz etmektedir. Mustafa Aydın'ın ifadelerine göre; "Stalin'in Tahran'daki genel tutumuna bakıldığında, artık Türkiye'nin savaşa girmeyeceğine ikna olduğu, fakat Türkiye'yi bu durumu açıkça ifade etmeye zorlayacak İngiliz-Amerikan ortak baskısına maruz bırakma ve bu vesileyle Türkiye'nin Batılı müttefiklerle arasını bozma gayretine girdiği" söylenebilecektir. Aydın, "1945-1960: Savaş Kaosunda Türkiye, Görelî Özerklik-2," 461.

⁵¹ Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, 143. "Dünya halklarının ezici çoğunluğunun iyi niyetine hakim olan ve savaşın belasını ve terörünü nesiller boyu sürgün edecek bir barış yapma konusunda bize ve tüm Birleşmiş Milletlere ait olan en büyük sorumluluğu tamamen kabul ediyoruz." UN, "Moscow Declaration and Tehran Conference", Erişim Tarihi, Mart 23, 2023, <https://www.un.org/ru/node/44721>,

⁵² UN, Moskow Declaration on General Security, October 30, 1943, İç. The Yearbook of the United Nations 1946-1947, (New York: United Nations, 1947) 3.

Henüz Tahran Konferansı bitmeden Roosevelt ve Churchill İnönü'yü Kahire'ye davet etmişlerdir. 4-6 Aralık 1943'te Kahire'de gerçekleştirilen toplantıda, Türkiye'ye savaşa girmesi konusunda ısrarcı olan Roosevelt ve Churchill, Tahran'da açıklanan taktikle Türkiye'nin savaşa girmesi halinde Sovyetler dahil tüm müttefiklerle dostane ilişkilerinin devamlılığının sağlanacağını ve savaştan sonra dost ve müttefik sıfatıyla galipler arasında oturacağını, aksi halde ise çok yalnız kalarak "hakimler arasında değil, seyirci olarak koridorda dolaşacağını" vurgulamışlardır.⁵³ Müttefiklerin ağır baskısını hisseden İnönü, "prensip olarak" savaşa girmeyi kabul etmiştir.⁵⁴

Tüm bunların yanında Almanya ile başta ticari bağlantılar olmak üzere ilişkilerini sürdüren Türkiye, 1944'ün yaz aylarına geldiğinde İngiltere ve ABD'nin Türkiye'nin savaştan sonra tecrit olmaması için Almanya ile ilişkilerini kesmesine ilişkin uyarılarıyla karşılaşmıştır.⁵⁵ Bunun üzerine 2 Ağustos 1944 tarihinde Başbakan Şükrü Saraçoğlu tarafından TBMM Genel Kurulu'nda Alman Hükümeti'yle iktisadi ve siyasi münasebetin kesilmesine ilişkin bir konuşma gerçekleştirmiştir. Konuşmasına İngiltere ve Amerika'ya teşekkürle başlayan Saraçoğlu, şöyle devam etmiştir:

"İngiliz müttefiklerimiz en dar günlerinde bile, bize imkânlarının müsaade ettiği kadar her türlü malzeme yardımından geri kalmamışlar ve onların yaptıkları yardımdan başka olarak Amerika da bize icar ve iareden yardımlarda bulunmuştur. Arkadaşlar müttefikimiz İngiltere ittifak çerçevesi dâhilinde bizden Almanya ile siyasi ve iktisadi bilcümle münasebatımızın kesilmesini istemiştir. Birleşik Amerika Hükümeti İngiliz talebini desteklemiştir. Hükümetiniz bu talebi inceden inceye tetkik ederek bunun ittifak çerçevesi dâhilinde ve haklı bulunduğunu görmüştür ve müspet cevabını Meclisin kabulüne arz etmeyi kararlaştırmıştır. Bu yüzden doğacak güçlüklerle karşı koymak için de iktiza eden iktisadi ve malî yardım ve askerî malzeme istenmiştir... müspet cevabımızı Londra büyük bir memnunlukla karşılamıştır. İki gün sonra İngiltere Büyük Elçisi Hariciyeye imzalı bir

⁵³ Aydın, "1945-1960: Savaş Kaosunda Türkiye, Görelî Özerklik-2," 462, Armaoğlu, *20.Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914-1995)*, 315.

⁵⁴ Armaoğlu, *20.Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914-1995)*, 315.

⁵⁵ Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*, 372.

mektupla bu kararımızın Türk - İngiliz ittifakının hayatiyet kudretini gösteren maddi bir delili olduğunu ifade etmiş ve bu suretle Türkiye'nin almakta olduğu kıymetli vaziyeti tebarüz ettirmiştir. Arkadaşlar, alacağınız bu karar bir harp kararı değildir. Bunun bir harp kararına munkalip olması veya olmaması karşı tarafın alacağı tavra bağlıdır. Türkiye Cumhuriyetinin mukadderatını elinde tutan Büyük Millet Meclisinin alacağı bu karar muhakkak ki tarihî ve büyük bir karar olacak ve vatanın hayrına ve selâmetine yarayacaktır.”⁵⁶

Müttefikler bir yandan savaşta başarılarını sürdürüp askeri işbirliklerini genişletmeye çalışırken, diğer yandan da savaş sonrasının dünyasına ilişkin toplantılarını sürdürmeye devam etmişlerdir. Tarihler 7 Ekim 1944'ü gösterdiğinde Dumbarton Oaks'ta “Barışı İnşa Etmek (Building The Peace)” sloganı altında toplanan Sovyetler Birliği, İngiltere, ABD ile Çin “Uluslararası Organizasyon için Dumbarton Oaks Önerileri (Dumbarton Oaks Proposals for a General International Organization)”ni ilan etmişlerdir.⁵⁷ Bu organizasyonun temelde “uluslararası barış ve güvenliği korumak”, “ortak amaçlara ulaşmak için ulusların eylemlerini uyumlu (harmonising) hale getirmek” misyonlarıyla hareket etmeyi amaçladığı söylenebilecektir.⁵⁸

11 Şubat 1945'te düzenlenen Yalta Konferansı'nda Churchill, Roosevelt ve Stalin “barışı ve güvenliği sağlayacak uluslararası örgütün olabildiği en erken zamanda kurulabilmesi için” 25 Nisan 1945'te San Francisco'da bir konferans düzenleneceğini ilan etmişlerdir.⁵⁹ 5 Mart 1945 itibariyle “BM Konferansı (San Francisco Konferansı)” için Almanya ve Japonya'ya savaş ilan eden ve 1942 BM Bildirisi'ni kabul eden devletlere davetiye gönderileceği açıklanmıştır.⁶⁰

⁵⁶ Saraçoğlu, “Alman Hükümetiyle İktisadi ve Siyasi Münasebetlerimizin Kesilmesine Dair Beyanatu,” 187.

⁵⁷ UN, The Dumbarton Oaks Conversations, October 7, 1944, İç. The Yearbook of the United Nations 1946-1947 (New York: United Nations, 1947) 4-9.

⁵⁸ Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, 144.

⁵⁹ Dumbarton Oaks and Yalta Conference, 1944-1945, Erişim Tarihi, Mart 23, 2024. <https://www.un.org/ru/node/44721>.

⁶⁰ “Bizler barış ve güvenliği korumak için müttefiklerimizle mümkün olan en erken zamanda uluslararası kuruluşu kurmak için karar kıldık. 25 Nisan 1945'te Dumbarton Oaks'ta yapılan

II. Dünya Savaşı boyunca savaş dışı kalmayı tercih eden Türkiye, Churchill, Roosevelt ve Stalin'in aldığı karar doğrultusunda BM Konferansına çağrı sonrasında, savaş sonrası düzenin kurucu aktörleri arasında yer alma kaygısıyla 24 Şubat 1945 tarihinde TBMM'de "Almanya ve Japonya'ya harb ilanına ve 1 Ocak 1942 tarihli Birleşmiş Milletler Beyannamesine Türkiye'nin katılmasına dair karar" alındığı Resmi Gazete'de ilan edilmiştir.⁶¹

Görsel-1: TBMM Kararı-Almanya ve Japonya'ya harb ilanına ve 1 Ocak 1942 tarihli Birleşmiş Milletler Beyannamesine Türkiye'nin katılmasına dair

T. B. M. M. KARARI

Almanya ve Japonya'ya harb ilânına ve 1 Ocak 1942 tarihli Birleşik Milletler Beyannamesine
Türkiye'nin katılmasına dair

Karar No: 1452

Başbakanın ve Hariciye Bakanının verdiği izahat dinlendikten sonra Cumhuriyet Hükümetinin teklifi ve hile Almanya ve Japonya'ya harb ilânına ve aynı zamanda 1 Ocak 1942 tarihli Birleşik Milletler Beyannamesine Türkiye'nin katılmasına (401) oyla yani mevcudun ittifakıyla karar verilmiştir.

23/2/1945

Savaşın neredeyse sonuna gelinmişken alınan bu karar ve zamanlaması Türk dış politikası açısından oldukça önemli olmakla birlikte, TBMM'de kararın görüşüldüğü 23 Şubat 1945 günü Şükrü Saraçoğlu tarafından yapılan konuşma da hayli dikkat çekicidir:

"Arkadaşlar,

resmi konuşmalarda ortaya konulan öneriler bağlamında, böyle bir organizasyonun tüzüğünün hazırlanması için Birleşmiş Milletler Konferansının ABD'deki San Francisco'da toplanması için çağrıda bulunduk." Letter Inviting Delegates to the United Nations at San Francisco, February 28, 1945, Erişim Tarihi, Mart 23, 2024, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/letter-inviting-delegates-the-united-nations-conference-san-francisco>; San Francisco Conference, 1945, Erişim Tarihi, Mart 23, 2024, <https://www.un.org/ru/node/44721>.

⁶¹ Almanya ve Japonya'ya Harp İlanına ve 1 Ocak 1942 tarihli Birleşmiş Milletler Beyannamesine Türkiye'nin Katılmasına Dair Karar, Karar No.1452, RG. 24.02.1945, S. 5940.

İnsanlık tarihinin son yıllarında birtakım insanlar türedi. Bunlar, bayraklarını üstün ırk ve hayat sahası gibi saçmalarla süslediler. Bununla da kalmayarak, bütün hak ve adalet kaidelerini çiğneyerek küçük ve masum milletleri, birer birer boyunduruk altına almaya başladılar ve dünyayı kapkara bir zindan haline soktular. Bu manzara karşısında insanlığı, medeniyeti, hürriyeti ve demokrasiyi kurtarmaya çalışan büyük devletler, birbiri ardınca silahlara sarıldılar ve büyük, ağır ve uzun fedakarlıklar sayesinde dünyaya yeniden yaşamak ümidi verdiler.

Türk Cumhuriyeti, ilk tehlike dakikalarından itibaren sözünü, silahını ve kalbini Demokrat Milletlerin yanına koydu ve bugüne kadar Meclis olarak ve Hükümet olarak aldığı kararlarla aynı istikamette yol aldı. Bugün, bir adım daha atarak insanlığı, medeniyeti, hürriyeti, istiklali, demokrasiyi kurtarmak ve harb mücrimlerini şiddetle cezalandırmak isteyenlerin arasına katılmak ve harp ortakları içinde öteden beri fiilen işgal ettiğimiz yeri bu defa da resmen doldurmak istiyoruz. Bunu temin için de dünya ve insanlık menfaatlerine uygun olduğu kadar milli menfaatlerimize de uygun olarak Almanya ve Japonya'ya harb ilan etmek istiyoruz."⁶²

Türkiye'nin Almanya ve Japonya'ya savaş ilanının dünyayı yeniden inşa etmek durumunda olan Batılılara katılmak gayesinin yanında Ortaylı, dünya savaşı sonrasında Nazi Almanya'sına yeterince karşı olmamak töhmetinden kurtulma amacının da bulunduğunu ifade etmektedir.⁶³ San Francisco'ya giderek BM Şartı'nı kabul etmekle birlikte yeni dünyanın kurucu ortakları arasında yer bulan Türkiye, yeni dünyanın demokratik değerlerine uygun bir sistemi de taahhüt etmiştir.⁶⁴ Nitekim San Francisco'daki konferansa katılan bir Türk delegesinin Reuters Ajansı muhabirlerine verdiği demeç bunu doğrulamaktadır. Karpat'ın aktardığı üzere Türk delegesi tarafından verilen ilgili demeçte, Cumhuriyet rejiminin siyasi bakımdan kesinlikle modern demokrasi yolunda

⁶² Türkiye Büyük Millet Meclisinin 23/02/1945 tarihli toplantısında Başbakan Şükrü Saraçoğlu tarafından verilen söylev, RG. 24.02.1945, S. 5940.

⁶³ İlber Ortaylı, *Türkiye'nin Yakın Tarihi* (İstanbul: Kronik Kitap, İstanbul, 2018) 114.

⁶⁴ Kemal Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi* (İstanbul: Timaş Yayınları, 2010) 229; Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2021), 337.

ilerlediği, Türk anayasasının en ileri memleketlerin anayasalarıyla kıyaslanabileceği, hatta bazılarında üstün bile olduğu belirtilmiş ve savaştan sonra Türkiye'de her türlü demokratik akımın gelişimine izin verileceği ifade edilmiştir.⁶⁵

24 Şubat 1945 itibariyle savaş dışı pozisyonundan resmen çıkan ve Nisan 1945'te San Francisco'da gerçekleştirilecek olan BM Konferansı'na katılmak üzere gün sayan Türkiye, savaş ilanının üzerinden henüz bir ay geçmemişken savaşın başından beri en büyük çekincelerinden biriyle yüz yüze gelmek zorunda kalmıştır. Tarihler 19 Mart 1945'i gösterdiğinde Sovyet Dışişleri Bakanı Molotov, Türk Hükümeti ile Sovyetler Birliği arasında 17 Aralık 1925'te imzalanan ve süresi 7 Kasım 1945'te bitecek olan Türkiye Sovyetler Birliği Dostluk ve Saldırmazlık Antlaşması'nın II. Dünya Savaşı sırasında ortaya çıkan "derin değişiklikler"den dolayı yenilenmemesi konusundaki isteğini Türkiye'nin Moskova Büyükelçisi Selim Sarper'e bildirmiştir.⁶⁶ Uzun yıllardır Türk dış politikasının temeli olan ve iki devlet arasında dostluğun ve saldırmazlığın bir simgesi haline gelmiş olan bu pakta Türkiye, çok önem verse de⁶⁷ Sovyetler Birliği, dostluk politikasının devamı için birtakım değişiklikler istemiştir. Türk- Sovyet doğu sınırında değişiklik, herhangi bir saldırı karşısında ortak savunmayı sağlamak üzere Boğazlar'da Sovyetler'e üst verilmesi ve Montrö Sözleşmesi'nin yeniden gözden geçirilmesini içeren bu değişiklikler Türkiye'yi fazlasıyla zora sokabilecek nitelikte olmuştur.⁶⁸

Sovyetler Birliği'nin uzun yıllardır devam eden Saldırmazlık Paktı'nı yenilemeye yanaşmaması, yenilemek için Türkiye'den ciddi tavizler istiyor olması, Türkiye'nin II. Dünya Savaşı süresince takındığı denetimli tarafsızlık stratejisini değiştirmesinde mihenk taşı vazifesi görmüştür. Süreç içerisinde Türkiye'nin Batı'ya daha yakın durması, Sovyetler Birliği'nin Saldırmazlık Paktı noktasında süreci zora sokması birbirinden beslenen bir döngüyü ve sebep-sonuç ilişkisini oluşturuyorsa da, Türkiye bu süreçte Sovyet tehdidini de göze alamayarak süreç içerisinde zaten ilerlemiş olan Batı ile ilişkileri yakınlaşmayı da

⁶⁵ Karpat, Türk Demokrasi Tarihi 229.

⁶⁶ Sander, Siyasi Tarih: 1918-1994, 252.

⁶⁷ Sander, Siyasi Tarih: 1918-1994, 252.

⁶⁸ Sander, Siyasi Tarih: 1918-1994, 252.

dikkate alarak, Savaş içerisinde yerini sağlamlaştırma güdüsü ile hareket etme yolunu tercih etmiştir.

Türkiye'nin ABD merkezli Batı'ya yaklaşmaya başlaması, Sovyetler Birliği'nin Türkiye'ye yönelik politikasını değiştirmesine neden olmuştur. Türkiye'nin II. Dünya Savaşı'na girmeme gerekçelerinden biri olan Sovyetler Birliği tehdidi var gücüyle ortaya çıkmıştır. Sovyetler Birliği'nin II. Dünya Savaşı sırasında ortaya çıkan "derin değişiklikler" sebebiyle yenilenmemesine karar verilen dostluk politikasının devamı için Türkiye'den istediklerinin, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan beri sürdürdüğü dış politikasıyla hiçbir surette bağdaşmayacak ölçüde olduğu ifade edilebilecektir.

Türkiye, bir süre müzakereleri sürdürmekle birlikte, Sovyetler Birliği'nin isteklerini kabul etmeyip, Nisan 1945'te toplanan BM Konferansı'na katılarak Batılı devletlerden yana olan tarafını netleştirmiştir. Almanya ve Japonya'ya savaş ilan ederek BM Bildirisi'ni kabul eden devletlerin katılımıyla toplanan "Uluslararası Örgütlenme Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı (The United Nations Conference on International Organization)", ABD Başkanı Harry S. Truman'ın konferansın önemine binaen "tarihte daha önce San Francisco'da açacağımız konferanstan daha önemli ve gerekli bir toplantı yapılmadığı" ifadesiyle başlamıştır.⁶⁹

"Biz Birleşmiş Milletler halkları (We the people of United Nations)" ifadesiyle başlayan ve BM'nin anayasası olarak kabul edilen⁷⁰ BM Şartı, 26 Haziran 1945'te San Francisco Konferansı'nda 50 ülke tarafından imzalanarak 24 Ekim 1945 itibariyle yürürlüğe girmiştir. Yalta Konferansı'nda belirtilen şartlara uygun olarak Almanya ve Japonya'ya harp ilan eden ve BM Bildirisi'ni kabul ettiğini ilan eden Türkiye, dönemin başbakanının ifadesiyle savaşın başından beri fiilen var

⁶⁹ Harry S. Truman, "Adress to the United Nations Conference in San Francisco," Erişim Tarihi Mart 1, 2024 <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/address-the-united-nations-conference-san-francisco>,

⁷⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Teorisine Giriş*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997) 227; Bardo Fassbender, "The Charter of the United Nations as a World Constitution," *Colombia Journal of Transnational Law*, 36 (1998): 529-620; Michael W. Doyle, "Dialectics of a global constitution: The struggle over the UN Charter", *European Journal of International Relations* 18, no.4 (2012): 601-624.

olduğu tarafı resmen ilan etmiş ve böylece BM'nin kurucu üyeleri arasında yer almayı başarmıştır.

II. 1945 SONRASINDA TÜRKİYE VE BATI BLOKU İLİŞKİSİ

A. ABD Yardımları ve Liberal Değerlerin Benimsenmesine İlişkin Türk Kamuoyundaki Tartışmalar

19 Mart 1945 itibariyle Sovyetler Birliği ile arasındaki Dostluk ve Saldırmazlık Antlaşması Sovyetler'in "değişen koşulları" öne sürerek bitirmesinden ve yeni bir antlaşma yapılması için yayımlacı emelleri doğrultusunda Boğazlar'ın yönetiminde ve sınırlarda birtakım değişiklikler istemesi dolayısıyla yeniden yapılmamasından ötürü Türkiye-Sovyetler ilişkisinde derin bir kopuş meydana gelmiştir. Bunun üzerine savaş sonrasında Stalin, Batılılar nezdinde Türkiye aleyhinde propagandalar yapmaya başlamıştır. Türkiye'nin savaşa geç katılması, savaş sırasında Almanlar ile ticari ilişkilerini sürdürmesi Stalin'in Türkiye aleyhine kullandığı konular olmuştur.⁷¹ Batılıların Sovyetler ile ipleri koparmadıkları dönemde Türkiye kısa da olsa bir süreliğine uluslararası alanda bir yalnızlık dönemi geçirmiştir.⁷² Fakat zamanla Türkiye, Batı ile özellikle Nisan 1946 itibariyle ABD ile bir yakınlık dönemine geçiş yapmıştır.

1945 Temmuz'unda Potsdam Konferansı'nda bir araya gelen ABD, İngiltere ve Sovyetler Birliği, başta Sovyetler Birliği'nin Boğazlar'da üs elde etme çabası karşısında meydana gelen gerginlik olmak üzere⁷³ çeşitli sorunları çözmeye başarılı olamamış, üç büyükler arasındaki güvensizlik ortamı belirginleşmiş, özellikle ABD ve İngiltere arasındaki işbirliği güçlenerek Sovyetler'e güç gösterme eğilimi güç kazanmaya başlamıştır.⁷⁴

Savaş sonrası dünyada birtakım kopuşların yaşandığı, yavaş yavaş Doğu ve Batı Bloklarının oluşmaya başladığı dönemde ABD Donanmasına bağlı Missouri

⁷¹ Akşin, Kısa Türkiye Tarihi, 240.

⁷² Akşin, Kısa Türkiye Tarihi, 240.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914-1995)*, 317.

⁷⁴ Cüneyt AKALIN, "Missouri'nin Ziyaretinin Tarihsel Anlamı," *Yakın Dönem Türkiyat Araştırmaları*, 3 (2013): 2.

Zırhlısı'nın 5-9 Nisan 1946'da Türkiye'ye gerçekleştirdiği ziyaret büyük önem arz etmektedir. Kasım 1944'de vefat eden Türkiye Cumhuriyeti'nin Washington elçisi Münir Ertegün'ün naaşı savaş yılları içerisinde Türkiye'ye götürülememiş, Washington'daki Arlington Ulusal Mezarlığı'nda muhafaza edilmiştir.⁷⁵ Savaş bittikten sonra diplomatik geleneklere uygun olarak Ertegün'ün cenazesinin bir savaş gemisi ile Türkiye'ye yollanmasına karar verilmiştir. Truman'ın da onayıyla Türkiye'ye doğru yola çıkan Missouri, ABD ve Türk basınında geniş yer bulmuş, ardından dönemin siyasi konjonktürüyle bağlantılı olarak Yunanistan ve İtalya'ya uğrayarak ABD'ye geri dönmüştür.⁷⁶

Missouri ziyaretinin ABD'nin Türkiye'ye yönelik bir dayanışma ve yakınlaşma göstergesi⁷⁷ olmakla birlikte Washington'un o sıralarda dünyaya egemen olmak için büyük bir çekişme içine girdiği Sovyetler Birliği'ne yönelik bir tehdit mesajı da ifade ettiği söylenebilecektir.⁷⁸ Türkiye açısından ise Missouri çıkarılması oldukça önemlidir. Türkiye'nin 1940'lı yılların ikinci yarısında ABD ile siyasi-ekonomik-askeri-kültürel ilişkilerini hızla geliştirdiği, BM'nin bölgesel bir prototipi olarak oluşturulan Avrupa Konseyi'nin 1949 yılı itibariyle üyesi olduğu, 1950'lerde NATO'ya girerek Batı ile çok yönlü bir bütünleşmeyi gerçekleştirdiği düşünülürse, Missouri'nin Nisan 1946'daki ziyaretinin bu sürecin başlangıç noktasını oluşturduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.⁷⁹

Batı Bloku ile yakınlaşmanın Türkiye tarafından görünen ikinci somut basamağını Truman Doktrini oluşturmaktadır. Dönemin ABD Başkanı Harry Truman II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupalı müttefiklerin savaş yaralarını sardığı bir dönemde Sovyetler'in jeopolitik alanını sınırlandırmak için 12 Mart 1947'de Kongre'de bir dış politika doktrini açıklamıştır.⁸⁰ Kongre'deki görüşmeler

⁷⁵ AKALIN, "Missouri'nin Ziyaretinin Tarihsel Anlamı," 2.

⁷⁶ AKALIN, "Missouri'nin Ziyaretinin Tarihsel Anlamı," 13.

⁷⁷ Akşin, Kısa Türkiye Tarihi, 240.

⁷⁸ AKALIN, "Missouri'nin Ziyaretinin Tarihsel Anlamı," 1.

⁷⁹ AKALIN, "Missouri'nin Ziyaretinin Tarihsel Anlamı," 1.

⁸⁰ Keyman'ın ifade ettiği üzere; 24 Şubat 1947'de İngiltere'nin, Türkiye ve Yunanistan'ı kast ederek "sıcak hat" dediği bölgedeki etki politikasından çekildiğini ABD'ye bildirmesi sırasında Sovyet ordusu Romanya ve Bulgaristan'ı işgal etmiş, Yunanistan'daki iç savaşı ise komünistlerin

esnasında Türkiye'nin geleceğinin de en az Yunanistan'ın geleceği kadar "bağımsız ve ekonomik olarak iyi bir konumda" olacağına ilişkin kanısı ifade edilerek⁸¹, Yunanistan ile Türkiye üzerindeki olası bir Sovyet etkisi ve komünist bir ihtilali, Ortadoğu ve Avrupa'yı tehlikeye sokacağından bu iki ülkenin desteklenmesi için 400 milyon dolarlık askeri ve ekonomik yardım yapılması ve askeri ve sivil danışmanlar gönderilmesine karar verilmiştir.⁸² Truman Doktrini sayesinde hem bu ülkelerdeki Sovyet tehdidi önlenerek yerine ABD etkisi gelecek, hem de Amerikan savaş malzemesini ABD'ye geri götürme sorunu ortadan kalkacaktı.⁸³

Yardım Kanunu'nun görüşüldüğü Amerikan Kongresi'ni yakından izleyen Türk Hükümeti, Kongre'de Türkiye'deki demokrasiye dair belirtilen olumsuz görüşleri birer eleştiri olarak kabul edip Batı ile daha sıkı ilişkiler kurma

kazanma ihtimali doğmuştur. Bu durumda Türkiye ve özellikle Boğazların olası bir Sovyet kuşatması altına girme tehlikesi ve Yunanistan ve Türkiye'nin kaybedilmesi durumunda, bağımsızlıkları yeni kazanan ve siyasi olarak henüz dengeye kavuşamamış olan Ortadoğu'nun Sovyet etkisi altına girmesi, böylece Sovyet donanmasının da Akdeniz'e inme tehlikesi doğabilecektir. Bu durumundan kurtulabilmek için Truman, Yunanistan ve Türkiye'nin desteklenmesi gerekliliğini dikkate alarak yardım programı oluşturmuştur. E. Fuat Keyman, "Truman Doktrini ve Marshall Yardımı," İç. *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, ed. Yekta Saraç, 4.Cilt, (Ankara: TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2022) 276.

⁸¹ Harry Truman Amerikan Kongresi'ne 12 Mart 1947'de gönderdiği mesajda şöyle ifade eder: "Bağımsız ve ekonomik olarak sağlam bir devlet olarak Türkiye'nin geleceği, dünyanın özgürlükçü halkları için Yunanistan'ın geleceğinden daha az önemli değildir. Bugün Türkiye'nin içinde bulunduğu koşullar, Yunanistan'inkinden oldukça farklıdır. Türkiye, Yunanistan'ı kuşatan felaketlerden kurtulmuştur. Bununla birlikte savaş sırasında Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere Türkiye'ye maddi yardımda bulunmuştur. Türkiye'nin şu anda desteğimize ihtiyacı var. Savaştan bu yana Türkiye, ulusal bütünlüğünün korunması için gerekli olan bu modernizasyonu gerçekleştirmek amacıyla Büyük Britanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nden mali yardım istemiştir. Bu bütünlük, Ortadoğu'da düzenin korunması için elzemdir." Harry Truman, "Recommendation for Assistance to Greece and Turkey Address to The President of the United States," Erişim Tarihi, Mart 31, 2024 <https://www.archives.gov/milestone-documents/truman-doctrine#transcript>.

⁸² Keyman, "Truman Doktrini ve Marshall Yardımı," 276.

⁸³ Atay Akdevelioğlu ve Ömer Kürkçüoğlu, "1945-1960: Batı Bloku Ekseninde Türkiye-1," İç. *Türk Dış Politikası*, ed. Baskın Oran (İstanbul: İletişim Yayınları, 2009) 484.

zorunluluğunun farkına varmıştır.⁸⁴ Batı'ya entegre olma sürecinde en önemli noktalardan biri olan Truman Doktrini, sadece Türkiye'ye yönelik ekonomik ve askeri yardımları değil, aynı zamanda Türkiye'nin ABD'ye yönelik güveni sağlamlaştırdığı bir süreci de ifade etmektedir. Truman Doktrini sayesinde ABD yardımlarından yararlanan ve Batı Bloku'ndaki yerini iyice sağlamlaştıran Türkiye, aynı zamanda siyasal ikliminde de önemli değişiklikleri sağlamıştır. Truman Doktrini vasıtasıyla Türk siyasal hayatında meydana gelen dönüşüm karşısında Cumhurbaşkanı İnönü, o dönemde Associated Press muhabirine verdiği demeçte Amerikan yardımının demokrasiyi savunmak yolunda bir adım olduğunu ve Türkiye ile Birleşik Devletler arasında daha sıkı ilişkiler kurulmasının Türkiye'deki demokrasinin sağlam bir şekilde yerleşmesine yardım edeceğini ifade etmiştir.⁸⁵

Truman Doktrini'ni Nisan 1948'de yürürlüğe giren ABD'nin asıl ekonomik girişimi olarak nitelendirilen Marshall Yardımı izlemiştir.⁸⁶ Batı Avrupa'yı ayağa kaldırarak dünya ticaretine kazandırmayı, yardım alan ülkelerin ekonomilerini denetlemeyi ve ABD ekonomisini canlandırarak mallarına pazar sağlamayı amaçlayan ve "Avrupa'daki ekonomik ve siyasi krize ABD'nin cevabı"⁸⁷ olarak

⁸⁴ U.S. "Congressional Record: 80th Congress First Session," Erişim Tarihi, Mart 28, 2024 <https://www.congress.gov/bound-congressional-record/1947/03/12/daily-digest>. Bununla birlikte Türkiye'ye yardım konusu ABD basınında ateşli tartışmalara sebep olmuştur: "... ateşli tartışmalar dikkati Türkiye'ye ve Türkiye'nin siyasi rejimi üzerine çekmişti. Bir çok mektupta ve Amerikan gazetelerinde çıkan başmakalelerde yardımın istibdada karşı demokrasiyi korumak amacını güttüğü, oysa Türkiye'de demokrasinin mevcut bulunmadığı belirtiliyordu... Nihayetinde Amerikan Kongresi, Yardım Kanunu'nu isteksizce de olsa kabul etti; Türk siyasi rejimini tutmak arzusundan ziyade uluslararası durumun bu kanunu gerektirdiği duygusu vardı." Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi*, 276.

⁸⁵ Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi*, 276; Cumhuriyet: "Cumhurbaşkanı İnönü Beyanatu," Erişim Tarihi, Mart 28, 2024 <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/oku/192/1947-05-13/0>.

⁸⁶ Keyman, "Truman Doktrini ve Marshall Yardımı," 276; Akdevelioğlu ve Kürkcüoğlu, "1945-1960: Batı Bloku Ekseninde Türkiye-1," 485.

⁸⁷ "The Political and Economic Crisis in Europe and The United States Response," *Foreign Relations of the United States, 1947, The British Commonwealth*; Europe, III, Erişim Tarihi, Nisan 2, 2024 https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1947v03/pg_197.

ifade edilen Marshall Planı⁸⁸, dönemin Dışişleri Bakanı George Marshall'ın 5 Haziran 1947 tarihinde Harvard Üniversitesi'nde verdiği bir nutukla açıklanmıştır.⁸⁹ Tüm dünyayı derinden etkileyen Dünya Savaşı dolayısıyla Avrupa'nın büyük ölçüde yıprandığını ifade eden Marshall, Avrupa'nın üç veya dört yıl boyunca mevcut ödeme gücünden çok daha fazla başta Amerika olmak üzere yabancı ülkelerden yardıma ihtiyacı olduğunu ifade etmiştir. Aksi halde Avrupa'nın ciddi boyutta ekonomik, sosyal sorunla ve siyasal bozulma ile karşılaşma ihtimali ortaya konulmuştur. Marshall'ın ifadesiyle çare Avrupa'nın içinde bulunduğu kısır döngüyü kırmak ve Avrupa halkının kendi ülkelerine ve bir bütün olarak Avrupa'nın ekonomik geleceğine olan güvenini yeniden tesis etmektir.⁹⁰ Türkiye'nin girişimleri sonucu Truman Doktrini ile yapılan yardımın yeterli olmadığına ikna olan ABD, imzalanan ekonomik işbirliği antlaşmasıyla Marshall yardımı kapsamına Türkiye'yi de dahil etmiştir.⁹¹

Siyasi alanda Truman Doktrini ile başlatılan, ekonomik alanda Marshall Yardımı ve Amerikan dış borç/yardımlarıyla ve yapısal uyum önerileriyle sürdürülen, savaş sonunda yeni bir "dünya düzeni" kurmayı amaçlayan "Pax Americana" olarak adlandırılan bu düzen askeri alanda 1949 yılında imzalanan Kuzey Atlantik Antlaşması ile kurulan NATO vasıtasıyla devam ettirilmiştir.⁹² Kurulduğu yıl ABD Kongresi tarafından Sosyalist Blok'a karşı geniş çaplı bir

⁸⁸ Akdevelioğlu ve Kürkçüoğlu, "1945-1960: Batı Bloku Ekseninde Türkiye-1," 486.

⁸⁹ George C. Marshall, "The 'Marshall Plan' speech at Harvard University, 5 June 1947," Erişim Tarihi: Mart 31, 2024 <https://www.oecd.org/general/themarshallplanspeechatharvarduniversity5june1947.htm#:~:text=It%20is%20logical%20that%20the,%2C%20poverty%2C%20desperation%20and%20chaos.>

⁹⁰ George C. Marshall, "The 'Marshall Plan' speech at Harvard University, 5 June 1947," Erişim Tarihi: Mart 31, 2024 <https://www.oecd.org/general/themarshallplanspeechatharvarduniversity5june1947.htm#:~:text=It%20is%20logical%20that%20the,%2C%20poverty%2C%20desperation%20and%20chaos.>

⁹¹ İsmail Efe, "NATO ya Üyelik Sürecinde Türkiye-ABD İlişkileri ve Türk Kamuoyundaki Akisleri," *History Studies International Journal of History* 11, no.2 (2019): 607.

⁹² Akdevelioğlu ve Kürkçüoğlu, "1945-1960: Batı Bloku Ekseninde Türkiye-1," 485.

ambargoyu öngören “İhracatı Dengeleme Yasası” ile desteklenen NATO, Doğu Bloku ’nu “çevreleme” ve “püskürtme” politikasını içermektedir.⁹³

Kuruluş tarihinde üyeliğe kabul edilmeyen Türkiye, NATO’ya girerek uluslararası alandaki tarafını netleştirmek için çabalarken⁹⁴, Avrupa’da Birleşik bir Avrupa idealinin gerçekleştirilmesi için önemli adımlar atılmıştır. Henüz savaş devam ederken, düşmanlıklar sona erdiğinde Avrupa’nın bir araya gelmesine yönelik inancını iki kez dünya kamuoyuna açıklayan Winston Churchill’in ifadesiyle “Avrupa Konseyi (Council of Europe)”⁹⁵, 5 Mayıs 1949’da Londra’da imzaya açılan “Avrupa Konseyi Statüsü” ile kurulmuştur. Belçika, Danimarka, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, İsviçre ve Birleşik Krallık’ın imzasıyla 3 Ağustos 1949’da yürürlüğe giren Statü⁹⁶ ile oluşturulan Avrupa Konseyi, esasen BM Şartı’nın 52.maddesi gereği⁹⁷ BM organizasyonu ile uyumlu bir gaye güderek⁹⁸ “Birleşik Avrupa Ülküsü”nü dile getirmiştir. Bütün

⁹³ Akdevelioğlu ve Kürçüoğlu, “1945-1960: Batı Bloku Ekseninde Türkiye-1,” 486.

⁹⁴ Türkiye 17 Ekim 1951 tarihinde Kuzey Atlantik Antlaşması’na taraf olarak NATO’ya dahil edilmiştir. NATO, “Resolution on the accession of Greece and Turkey to the North Atlantic Treaty,” Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 <https://www.nato.int/docu/review/articles/2012/02/15/the-historic-document-confirming-greece-and-turkey-joining-nato/index.html>.

⁹⁵ Council of Europe Parliamentary Assembly, “Origins and History,” Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/the-coe>,

⁹⁶ Statute of Council of Europe, “Charts of Signatures and Ratification of Treaty 001,” Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatyenum=001>.

⁹⁷ “İşbu Antlaşma’nın hiçbir hükmü, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin olup, bölgesel anlaşma ya da kuruluşların varlığına engel değildir; yeter ki bu antlaşma ve bu kuruluşların çalışmaları Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkeleri ile bağdaşır olsun.” BM Şartı, m.52, Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf.

⁹⁸ Winston Churchill’in onursal başkanlığında toplanan “Uluslararası Avrupa Birliği Hareketleri Komitesi” tarafından 7-10 Mayıs 1948’de Lahey (The Hague/Den Haag)’da gerçekleştirilen Avrupa Kongresi’ne Churchill toplantının BM organizasyonu ile uyumlu bir gaye güttüğünü ifade ederek başlar: “Burada yaptığımız veya planladığımız hiçbir şey, Birleşmiş Milletler’in dünya organizasyonunun üstün yetkisiyle çelişmez. Aksine, savaşta da ilan ettiğim gibi, her zaman inanmışımdır ki, bir Avrupa Konseyi, ikincil olmakla birlikte dünya organizasyonunun önemli bir bölümüdür. Büyük sorumlulukların olduğu zamanlarda, ikincil olmak koşuluyla,

insanlığı derinden etkileyen Dünya savaşları, totalitarizm ve Nazizm uygulamaları, soykırım, insan hakları ihlalleri ve Sovyet modeline karşı demokrasi, liberalizm, insan hakları ve özgürlükleri savunmak ve BM'nin bölgesel bir prototipi olarak ortak bir siyasi bloku ortaya çıkarmak için oluşturulan Avrupa Konseyi, hem Sovyet geleneğine bir tepki hem de faşist uygulamalardan bir aklanma girişimi olarak ifade edilebilecektir.⁹⁹

Milletlerarası işbirliğini, barışın güçlendirilmesini, birey özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü prensiplerine bağlı olarak aynı duyguları benimseyen Avrupa ülkeleri arasında sıkı bir birlik kurulması amacıyla¹⁰⁰ oluşturulan Avrupa Konseyi Statüsü'nü, 8 Ağustos 1949 tarihi itibarıyla imzalayan Türkiye, Avrupa Konseyi'ne dahil olmuştur.¹⁰¹ Konsey'in ortak hareket hattına gecikmeksizin dahil olan Türkiye, arzulanan ortaklıkta temel araç olarak kabul edilen insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi¹⁰² noktasında çaba göstermeyi kabul etmiştir.¹⁰³ Nitekim Statü'nün 3.maddesi gereği Avrupa Konseyi'nin her üyesi gibi Türkiye de "hukukun üstünlüğü prensibini ve yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini" kabul ederek, bu gayenin güdülmesine "samimi ve fiili bir surette katılmayı" taahhüt etmiştir.¹⁰⁴

birçok bölgesel konsey olması gerektiğini ve bunların dünya organizasyonunun ihtisamlı ve sarsıntısız şekilde kurulmasını sağlayacak muazzam sütunları şekillendirmesi gerektiğini düşünmüşümdür." Winston Churchill, "Birleşik Avrupa," Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/birlesik-avrupa.html>, Değirmencioğlu, *Westphalian Model*, s.224.

⁹⁹ Ali Servet Öncü ve Erkan Cevizliler, "Avrupa Bütünleşmesi İçin Önemli Bir Adım: "Avrupa Konseyi" ve Türkiye'nin Konseye Üyeliği Meselesi," *Gazi Akademik Bakış* 7, no.13 (2013): 23.

¹⁰⁰ Avrupa Konseyi Statüsü, Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf.

¹⁰¹ Avrupa Konseyi'nin Kurulması Hakkında İmzalanmış Olan Statünün Onanmasına Dair Kanun, Kanun No. 5456, Kabul Tarihi: 12.12.1949, RG. 17.12.1949, S. 7382.

¹⁰² "Bu gayeye, Konsey organları vasıtasıyla, ortak çıkarları ilgilendiren sorunların incelenmesi, anlaşmalar akdi ve ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel, yasal ve idari alanda bir ortak hareket hattının kabulü ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesiyle varılacaktır." Avrupa Konseyi Statüsü, m.1/b.

¹⁰³ Değirmencioğlu, "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: 'Pozitif Yükümlülük Doktrini' ve Türkiye'ye Yansıması," 70.

¹⁰⁴ Avrupa Konseyi Statüsü, m.3.

Türkiye'nin Avrupa Konseyi'ne üyeliği, ulusal düzeydeki siyasi reformları hızlandırmıştır. Söz konusu yasal ve siyasal reformlar ile politika değişiklikleri, Konsey üyesi bir ülke olmanın ve uyumlaşma sürecinin de birer gerekliliği olarak Avrupa Konseyi'nin temel değerleri olan demokrasi, hukukun üstünlüğü ile insan hakları odağında şekillenmiştir. Bu noktada Türkiye, demokratikleşmenin, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve evrensel değerler olarak insan haklarının mevzuata ve politikalara eklenmesi sürecine hızla giriş yapmıştır.

1945 sonrasında Batı ile yakınlaşma sürecine giren Türkiye, gerek ABD yardımlarının gerek NATO'nun gerekse Avrupa Konseyi üyeliğinin etkisiyle, iç politikasında önemli değişikliklere gebe bir döneme geçiş yapmıştır. Savaşın ardından dahil olduğu örgütler, taraf olduğu antlaşmalarla tarafını netleştiren Türkiye, Batı Blokuna eklenmek için sadece atılan imzaların yeterli olmadığını bilinciyle hareket etmiştir. Yeni düzene entegre olabilmek için ulusal politikasında ve mevzuatında gerekli değişiklikler yapılması gerektiğinin farkındalığı ve içeriden yükselen seslerin etkisiyle önemli değişiklikler gerçekleştirmiştir.

B. Çok Partili Siyasal Hayata Geçiş ve İnsan Haklarını Eklelemeye Yönelik Mevzuat Değişiklikleri

Egemenliğin halka ait olduğu ve halk adına TBMM tarafından kullanıldığı temel düşüncesi üzerine kurulan Cumhuriyet rejimi, kurulduğu günden II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar sürekli bir savaş hali, olağanüstü durumlar içerisinde kendisini idame ettirmeye çalışmıştır. Bu bağlamda 1921 Anayasası ile yasamanın üstünlüğüne dayanan Meclis Hükümeti sistemi benimsenmiş, Cumhuriyetin kurulması ile birlikte hazırlanan 1924 Anayasası ile Parlamenter Hükümet sistemine geçiş yapılmıştır. Bununla birlikte seçimler ve hükümetin Halk Partisi'nin kontrolü altında olması dolayısıyla pratik olarak 1923-1946 yılları arasındaki tek parti devrinde bütün kuvvet yürütme organının elinde toplanmıştır.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Çavdar, Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950, 371.

1946'dan sonraki liberalizasyon süreci, her şeye muktedir devlet kavramının birey yararına değiştirilmesi yolunda isteklere yol açmıştır.¹⁰⁶ Bu isteklerle öncelikle devletin dayandığı felsefeyi dönüştürmesi, devletin iktisadi alanda sınırlandırılması insan hakları, hukukun üstünlüğü, demokratik değerler başta olmak üzere liberal değerlerin benimsenmesi gayesi güdülmüştür. Bu gayenin benimsenmesinde savaş ertesinde esen rüzgarın demokrasi cephesinden esmesi ile birlikte birtakım uluslararası gelişmeler elverişli bir ortam hazırlamıştır.¹⁰⁷

Dünya Savaşı'nı ve olağanüstü dönemleri atlatan fakirleşmiş bir halk ile birlikte 23 yıllık iktidarında yıpranan tek parti, Türkiye'nin yönünü demokrasi talep eden Batı Blokuna çevirmesinin ardından, içeriden ve dışarıdan gelen bu talepleri gerçekleştirmek için yeni arayışlara girmiştir. Savaşın son yıllarına rastlayan bu gelişmeler, ülkenin hızlı bir değişim sürecine girmesini sağlamıştır.¹⁰⁸ Savaştan sonra Batı Bloku'nun içinde yer almak isteyen Türkiye, mevcut yasal düzenlemelerini gözden geçirerek yeni bir demokratik açılım yapmak istemiş, Basın Kanunu, Cemiyetler Kanunu ve Seçim Kanunu'nu değiştirmekle işe başlamıştır.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Çavdar, Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950, 372.

¹⁰⁷ Bununla birlikte müttefikler Türkiye'nin siyasal rejiminden çok, güçlü ve istikrarlı olmasıyla ilgileniyorlardır. Nitekim ABD Başkanı Truman 1946 yılında Senato'daki konuşmasında şu ifadeleri kullanmıştır: "Harap tehlikesinin henüz zail olmadığı böyle bir sırada Türkiye'nin harp politikasına göre iç idaresini yürütmesi gerekirken, çok partili hayata atılması tecrübesine girişmesini, zamansız bir icraat şeklinde vasıflandırıyoruz." GİRİTLİOĞLU, Fahir: Türk Siyasi Tarihinde Cumhuriyet Halk Partisi'nin Mevkii Cilt. 1, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965, s.164. Tanör, içeride tek partili rejimin artık dar geldiğini, ama bunu değiştirecek bir muhalefetin bulunmadığını; dış dünyada ise Türkiye'de çok partililik için elverişli bir ortam doğduğunu ama bunun ötesinde bir baskının söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Tanör, *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*, 338.

¹⁰⁸, Kürşat Birinci, "Terakkici Muhafazakar Bir Mütefekkirin Sivil Toplum Tecrübesi: Hür Fikirleri Yayma Cemiyeti," *Muhafazakar Düşünce Dergisi* 14, no.52 (2017): 178.

¹⁰⁹ M. Korkud Aydın, "An Association Lost in The Search For Democracy of Turkey After The Second World War: Human Rights Association (1946)," *International Journal of Social Science Research* 6, no.2 (2017): 84.

1938 tarihi Cemiyetler Kanunu, cemiyetlerin ve siyasi cemiyet olan partilerin faaliyete geçebilmesini, "tescil" şartına bağlayarak¹¹⁰, siyasi partilerin kurulması için bir izin sistemi öngörmekteydi. Bu Kanun kapsamında Halk Partisi dışında ilk siyasi partinin kurulmasına (Milli Kalkınma Partisi) 18 Temmuz 1945 tarihinde izin verilmiştir.¹¹¹ Aynı yıl sonuna doğru 1 Kasım 1945'te gerçekleştirilen TBMM'deki açılış konuşmasında İnönü şöyle diyecekti:

"Demokratik karakter bütün cumhuriyet devrinde prensip olarak muhafaza olunmuştur. Diktatörlük prensip olarak hiçbir zaman kabul olunmadıktan başka, zararlı ve Türk milletinde yakışmaz olarak, daima itham edilmiştir. Bizim tek eksiğimiz, hükümet partisinin karşısında bir parti bulunmamasıdır."¹¹²

1946 yılına gelindiğinde Cemiyetler Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır.¹¹³ Bunların en önemlilerinden biri, derneklerin, siyasi partilerin kurulmasında "tescil (izin)" koşulunun kaldırılması olmuştur. İzin şartının kaldırılması ve serbestlik ilkesinin kabulü ile idarenin derneklerin faaliyetlerini yasaklama yetkisi ve sınıf esasına dayalı parti kurma yasağının kaldırılmıştır.

Demokrasi adına 1946'da başlayan bu yeni süreç, birçok açıdan ülkenin hızlı ve olumlu değişimleri yaşadığı bir döneme geçmesini sağlamış, ülkenin sosyal, siyasi ve entelektüel tüm alanlarında köklü değişiklikler yaşanmıştır.¹¹⁴ Çok partili siyasa hayatta seçmenlerin eskisine nazaran geldikleri güçlü konum ve demokratikleşme yolunda verilen sözler ulusal ve uluslararası camiada

¹¹⁰ "Bir cemiyetin faaliyete geçebilmesi için ana nizamnamesinin verildiği mülkiye makamlarınca tescil olunduğuna dair bir vesika alınması şarttır." Cemiyetler Kanunu, Kanun No. 3512, Kabul Tarihi: 26.08.1938, RG. 14.07.1938, S. 10269.

¹¹¹ 340.

¹¹² Tanör, Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, 340.

¹¹³ Cemiyetler Kanununun Tanör, *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*, Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine dair Kanun, Kanun No. 4919, Kabul Tarihi: 05.06.1949, RG. 10.06.1946, S. 6329.

¹¹⁴ Birinci, "Terakkici Muhafazakar Bir Mütefekkirin Sivil Toplum Tecrübesi: Hür Fikirleri Yayma Cemiyeti," 179.

beklentilerin yükselmesine neden olmuştur.¹¹⁵ Bu doğrultuda Türkiye Cumhuriyeti, pek çok mevzuatında değişikliğe giderek özgürlükler adına ciddi adımlar atmıştır.

Seçim hukukuna ilişkin düzenlemeler bu dönemin en önemli katkılarından biridir.¹¹⁶ 1946 tarihli Milletvekili Seçim Kanunu ile getirilen tek dereceli seçim ilkesi¹¹⁷, 1950 tarihli değişikliklerle perçinlenmiştir. Esas olarak seçimlerin adil ve dürüstçe gerçekleştirilmesine imkan verecek olan yasa 1950 tarihli Milletvekilleri Seçim Kanunu'dur. Bu kanunun ilk maddesinde düzenlenen "Milletvekili seçimleri tek derecelidir ve ekseriyet usulüne göre genel, eşit, gizli oyla yapılır. Oy, serbest ve şahsidir. Oyların sayılması ve ayrılması açıktır" hükmü ile seçimlere yargısal güvence getirilmiştir.¹¹⁸

Düşünce özgürlüğü bağlamında bakıldığında "düşünce suçları" kaldırılmamış ve hatta daha da ağırlaştırıldığı hükümler söz konusu olmuştur (TCK 140,141, 142). Bununla birlikte 1950 tarihli Basın Kanunu daha özgürlükçü bir bakış getirene dek, basın özgürlüğünde birtakım görelî iyileştirmeler sağlanmıştır.¹¹⁹ Hükümetin dergi ve gazete kapatma yetkisi kaldırılmış, basın suçlarında azaltılmaya gidilmiş, yayın çıkarmak için gerekli ruhsat alma ve para yatırma işleri kaldırılmıştır.¹²⁰ Nitekim basın özgürlüğü konusunda 1950 genel seçimlerinden sonra çıkartılacak olan, ilk maddesinde "basın serbesttir" hükmüne yer veren 5680 sayılı Basın Kanunu daha da özgürlükçü temeller getirecektir.¹²¹

¹¹⁵ Birinci, "Terakkici Muhafazakar Bir Mütefekkirin Sivil Toplum Tecrübesi: Hür Fikirleri Yayıma Cemiyeti," 179.

¹¹⁶ Tanör, *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*, 347.

¹¹⁷ Devlet Memurlarının Aylıklarının Tevhit ve Teadülüne dair olan 3656 sayılı Kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu Kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkındaki 4598 sayılı Kanununa ek Kanun, Kanun No. 4908, Kabul Tarihi: 29.05.1946, RG. 06.06.1946, S. 6326.

¹¹⁸ Milletvekili Seçimi Kanunu, Kanun No. 5545, Kabul Tarihi: 16.02.1950, RG. 21.02.1950, S. 7438.

¹¹⁹ Matbuat Kanununun 50 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No. 4935, Kabul Tarihi:13.06.1946, RG. 18.06.1946, S. 6336; Tanör, *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*, 348.

¹²⁰ Matbuat Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No. 4955, Kabul Tarihi: 20.09.1946, RG. 24.09.1946, S. 6416.

¹²¹ Basın Kanunu, Kanun No. 5680, Kabul Tarihi: 15.07.1950, RG. 24.07.1950, S.7564.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün bir unsuru olarak akademik özgürlüğün sağlanması noktasında bir başka olumlu değişiklik, 1946 tarihli Üniversiteler Kanunu'nun kabulüdür. Bu kanun ile üniversitelerin idari ve bilimsel özerkliğin ve akademik özgürlüklerin tanınması oldukça önemli bir aşamayı oluşturmuştur.¹²²

1946 yılında toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılabilmesi için izin sistemi öngören İctimaat-ı Umumiye Kanunu kaldırılmıştır.¹²³ Böylece izin sistemi terk edilmiş, bildirim sistemine geçiş yapılarak toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü konusunda liberalleşmeye gidilmiştir.

Grevin yasak olduğu ve öyle olmaya da devam ettiği Türkiye Cumhuriyeti'nde, o dönemde, çalışanların hakları konusunda kapsayıcı bir ilerleme sağlanamamış olsa da, 1947'de örgütlenme hakkı son derece dar bir çerçevede tanınmıştır¹²⁴:

"İşçi ve işveren sendikalara, sendika olarak, siyasetle, siyasi propaganda ve siyasi yayın faaliyetleriyle iştilal edemezler ve herhangi bir siyasi yayın faaliyetiyle iştilal edemezler ve herhangi bir siyasi teşekkülün faaliyetine vasıta olamazlar. Sendikalar milli teşekküllerdir. Milliyetçiliğe ve milli menfaatlere aykırı hareket edemezler."¹²⁵

Hukuk devletinin en önemli dayanaklarından biri olan yargılama hukukunda ise yargı bağımsızlığı ve güvenceleri konusunda ciddi eksiklikler bulunmasına rağmen önemli bir değişikliğe gidilmemiştir.¹²⁶ Bununla birlikte 1927'den beri zaten işlerliği kalmamış olan İstiklal Mahkemelerine son verilmesi amacıyla İstiklal Mehakimi Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.¹²⁷

¹²² Üniversiteler Kanunu, Kanun No. 4936, Kabul Tarihi: 13.06.1946, RG. 18.06.1946, S.6336, m.1-3.

¹²³ İctimaatı Umumiye Kanununa Müzeyyel Kanununun Kaldırılmasına Dair Kanun, Kanun No. 4921, Kabul Tarihi: 10.06.1946, RG. 13.06.1946, S. 6332.

¹²⁴ Tanör, Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, 348.

¹²⁵ İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun, Kanun No. 5018, Kabul Tarihi: 20.02.1947, RG. 26.02.1947, S. 6542.

¹²⁶ Tanör, Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, 349.

¹²⁷ İstiklal Mehakimi Kanunu ile Taditlerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun, Kanun No. 5384, Kabul Tarihi: 04.05.1949, RG. 11.05.1949, S. 7204.

SONUÇ

II. Dünya Savaşı sürecinde, devletler arası ilişkileri yönetip ittifaklara girerek savaş dışı politikasını korumaya çalışan Türkiye, savaşın bitimine aylar kala bu politikasını bir kenara bırakarak müttefikler yanında savaşa girmiştir. BM Şartı'nın imzaya açılacağı San Francisco Konferansı'na gidebilmek için 1942 tarihli BM Bildirisi'ni kabul eden ve Almanya ve Japonya'ya savaş ilan eden Türkiye, dönemin şartları itibariyle ülkeye en çok fayda sağlayabileceğine kanaat getirdiği tarafın yanında olmayı tercih etmiştir.

Bu hamle ile zafere en yakın tarafta kendisine bir yer bulan Türkiye, savaş sonrası yeniden şekillenen dünya düzeninin kurucu aktörleriyle birlikte hareket etmeye başlamıştır. Savaş süresince uluslararası ilişkilerde yaşanan değişim ve dönüşümlerin etkisiyle, savaşın ardından kurulan yeni düzen iki kutuplu bir süreci getirmiştir. ABD merkezli Batı Bloku ve Sovyetler Birliği merkezli Doğu Bloku arasında şekillenen yeni ilişkiler ağı, Türkiye'yi bir tarafa itmiştir.

Tarafını Almanya ve Japonya'ya savaş ilan edip savaşa girerek seçen Türkiye, 1945 sonrasında Batı ile yakınlaşma sürecine girmiştir. Bu süreçte ABD yardımlarının, NATO'nun ve BM'in bölgesel bir prototipi olarak oluşturulan Avrupa Konseyi üyeliğinin etkisiyle Türkiye, iç politikasında önemli değişikliklere gebe bir döneme geçiş yapmıştır. Savaşın ardından dahil olduğu örgütler, taraf olduğu antlaşmalarla tarafını netleştiren Türkiye, Batı Bloku'na eklenmek için sadece atılan imzaların yeterli olmadığını bilinciyle hareket etmiştir. Yeni düzene entegre olabilmek için ulusal politikasında ve mevzuatında gerekli değişiklikler yapılması gerektiğinin farkındalığı ve içeriden yükselen seslerin etkisiyle, iç politikada ve mevzuatta önemli değişiklikler gerçekleştirmiştir.

II. Dünya Savaşı sürecinde benimsediği savaş dışılık politikası ile birlikte bir yandan taraflar arasında titiz bir denge sistemi uygulayarak savaştan yara almadan kurtulan Türkiye, savaş sonrası yeni dünyanın aktörlerinden biri olarak savaş sürecini sonlandırmasının ardından bunun gereklerini yerine getirme yoluna girmiştir. Yeni dünyanın aktörü olarak, resmi olarak da içinde bulunduğu konumun bilinciyle, yanında durduğu Batı'nın değerlerini benimsemek ve iç hukukuna eklemek üzere, dış faktörlerin ve içeriden gelen demokratikleşme dalgasının da etkisiyle, birtakım mevzuat değişiklikleri gerçekleştirmiştir. Bu

değişiklikler Türkiye'nin çıktığı liberalleşme yolundaki ilk basamakları oluşturmuştur.

1946'dan sonra başlayan demokratikleşme süreci ile ilk etapta atılan söz konusu adımlar, 9 Temmuz 1961 tarihinde kabul edilen Anayasa ile perçinlenmiştir. 1961 Anayasası ile benimsenen temel hak ve özgürlükler rejimi ve yeni anayasaya dayanarak gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleri, Türkiye'nin insan haklarının korunması ve güvence altına alınması yolunda başka bir çağa giriş yapmasını sağlamıştır. İnsan haklarının küresel düzlemdeki gelişime paralel olarak 1924 Anayasasına oranla 1961 Anayasasında daha geniş bir düzenleme alanı bulan temel hak ve özgürlükler, sınırlandırılması konusunda hakkın özü odağı kabul eden güvenceli bir sisteme kavuşmuştur. Savaşın ardından başlayan bu sürecin somut yansımaları gözler önüne seren 1961 Anayasası ile oluşturulan temel hak ve özgürlükler rejimi daha geniş ve kapsamlı çalışmaların konusunu oluşturacağından bu çalışma kapsamında gelecek çalışmalara yol göstermesi açısından hatırlatılmakla yetinilmiştir. Bu bağlamda söz konusu çalışma ile Türkiye'nin demokratikleşme sürecinde insan hakları bağlamında kat etmiş olduğu ilk adımlar siyasi tarih ekseninde ortaya konularak yapılacak çalışmalara ışık tutulması amaçlanmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akalın, Cüneyt. "Missouri'nin Ziyaretinin Tarihsel Anlamı." *Yakın Dönem Türkiyat Araştırmaları*, 3 (2003): 1-14.
- Akdan, Tolga. *Soğuk Savaş ve Türkiye'nin Batıya Yönelişi*. İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2020.
- Akdevelioğlu, Atay ve Kürkçüoğlu, Ömer. "1945-1960: Batı Bloku Ekseninde Türkiye-1." İç. *Türk Dış Politikası*, ed. Baskın Oran, 477-652, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.
- Akşin, Sina. *Kısa Türkiye Tarihi*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021.
- Armaoğlu, Fahir. *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914-1995)*. İstanbul: Kronik Kitap, 2020.
- Atatürk Ansiklopedisi. "Türk-İngiliz Bildirisi (12 Mayıs 1939)". Erişim Tarihi, Mart 23, 2023 <https://aturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/turk-ingiliz-bildirisi-12-mayis-1939/>.
- Aydın, M. Korkud. "An Association Lost in The Search for Democracy of Turkey after the Second World War: Human Rights Association (1946)." *International Journal of Social Science Research* 6, no.2 (2017): 83-101.
- Aydın, Mustafa. "1945-1960: Savaş Kaosunda Türkiye, Görelî Özerklik-2." İç. *Türk Dış Politikası*, ed. Baskın Oran, 385-466, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.
- Birinci, Kürşat. "Terakkici Muhafazakar Bir Mütefekkirin Sivil Toplum Tecrübesi: Hür Fikirleri Yayma Cemiyeti." *Muhafazakar Düşünce Dergisi* 14, no.52 (2017): 177-199.
- Churchill, Winston. "Birleşik Avrupa." Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/birlesik-avrupa.html>.
- Council of Europe Parliamentary Assembly. "Origins and History." Erişim Tarihi, Nisan 3, 2024 <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/the-coe>.
- Council of Europe. "Values." Erişim Tarihi, Kasım 27, 2024 <https://www.coe.int/en/web/about-us/values>.
- Cumhuriyet, "Cumhurbaşkanı İnönü Beyanatu." Erişim Tarihi, Mart 28, 2024 <https://egazete.cumhuriyet.com.tr/oku/192/1947-05-13/0>.
- Çavdar, Tevfik. *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi:1839-1950*. İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 2013.

- Değirmencioğlu, Burcu. "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: 'Pozitif Yükümlülük Doktrini' ve Türkiye'ye Yansıması." *İnsan Hakları Yıllığı*, 39 (2021): 55-104.
- Değirmencioğlu, Burcu. *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Doyle, Michael W. "Dialectics of a global constitution: The struggle over the UN Charter." *European Journal of International Relations* 18, no.4 (2012): 601–624.
- Dumbarton Oaks and Yalta Conference, 1944-1945, Erişim Tarihi, Mart 22, 2024 <https://www.un.org/ru/node/44721>.
- Efe, İsmail. "Nato'ya Üyelik Sürecinde Türkiye- Abd İlişkileri ve Türk Kamuoyundaki Akisleri." *History Studies International Journal Of History* 11, no.2 (2019): 601-619.
- Fassbender, Bardo. "The Charter Of The United Nations As A World Constitution." *Colombia Journal of Transnational Law* 36 (1998): 529-620.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Teorisine Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- Giritlioğlu, Fahir. *Türk Siyasi Tarihinde Cumhuriyet Halk Partisi'nin Mevkii*. Cilt. 1, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1965.
- İnönü, İsmet. *İsmet İnönü'nün TBMM'deki Konuşmaları 1920-1973*. Cilt 2, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1993.
- Karpat, Kemal. *Türk Demokrasi Tarihi*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2010.
- Keyman, E. Fuat. "Truman Doktrini ve Marshall Yardımı." *İç. Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, ed. Yekta Saraç, 16-25, Cilt 4, Ankara: TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2022.
- Letter Inviting Delegates to the United Nations at San Francisco, February 28, 1945, Erişim Tarihi, Mart 23, 2024 <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/letter-inviting-delegates-the-united-nations-conference-san-francisco>.
- Marshall, George C. "The 'Marshall Plan' speech at Harvard University, 5 June 1947." Erişim Tarihi, Mart 31, 2024, <https://www.oecd.org/general/themarshallplanspeechatharvarduniversity5ju>

ne1947.htm#:~:text=It%20is%20logical%20that%20the,%2C%20poverty%2C%20desperation%20and%20chaos.

Oran, Baskın. "1923-1939: Görelî Özerklik-1." İç. *Türk Dış Politikası*, ed. Baskın Oran, 239-384, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.

Ortaylı, İlber. *Türkiye'nin Yakın Tarihi*. İstanbul: Kronik Kitap, 2018.

Öğreten, Ceyhun ve Bulut, Sedef. "Türk- Sovyet İlişkilerinde Yol Ayrımı: 1925 Türk- Sovyet Saldırmazlık Paktının İptali ve Amerikan Basını." *History Studies International Journal of History* 11, no.5 (2019):1457- 1489.

Öncü, Ali Servet ve Cevizliler, Erkan. "Avrupa Bütünleşmesi için Önemli Bir Adım: 'Avrupa Konseyi' ve Türkiye'nin Konseye Üyeliği Meselesi." *Gazi Akademik Bakış* 7, no.13 (2013): 15-44.

Roosevelt, Franklin Delano. "Message to Congress." Erişim Tarihi, Mart 16, 2024, FDR and the Four Freedoms Speech - FDR Presidential Library & Museum (fdrlibrary.org).

Royal Institute of International Affairs. "The U.S.S.R. System of Neutrality and Non-Aggression." *Bulletin of International News* 4, no.25 (1928): 3-13.

Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

San Francisco Conference, 1945. Erişim Tarihi Mart 23, 2024, <https://www.un.org/ru/node/44721>.

Sander, Oral. *Siyasi Tarih:1918-1994*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.

Saraçoğlu, Şükrü. "Alman Hükümetiyle İktisadi ve Siyasi Münasebetlerimizin Kesilmesine Dair Beyanâtı, 2 Ağustos 1944." iç. *Başbakanlarımız ve Genel Kurul Konuşmaları*, Haz. İrfan Neziroğlu ve İrfan Yılmaz, Cilt 3, Ankara: TBMM Basımevi, 2014.

Soysal, İsmail. "1939 Türk- İngiliz- Fransız İttifakı." *Bellekten* 46, no.182 (1982): 367-414.

Tanör, Bülent. *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2021.

The Political and Economic Crisis in Europe and The United States Repsonse, Foreign Relations of the United States, 1947, The British Commonwealth; Europe, III,

- https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1947v03/pg_197, (Erişim: 02.04.2024).
- Truman, Harry S. "Adress to the United Nations Conference in San Francisco", Erişim Tarihi, Mart 23, 2024
<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/address-the-united-nations-conference-san-francisco>.
- Truman, Harry S. "Recommendation for Assistance to Greece and Turkey Address to The President of the United States." Erişim Tarihi Mart 31, 2024
<https://www.archives.gov/milestone-documents/truman-doctrine#transcript>.
- U.S. "Congressional Record, 80th Congress First Session." Erişim Tarihi Mart 28, 2024,
<https://www.congress.gov/bound-congressional-record/1947/03/12/daily-digest>.
- UN. "Moscow Declaration and Tehran Conference." Erişim Tarihi Mart 23, 2024,
<https://www.un.org/ru/node/44721>.
- UN. "Moskow Declaration on General Security." October 30, 1943, in. The Yearbook of the United Nations 1946-1947, New York: United Nations, 1947.
- UN. "The Atlantic Charter: Revitalizing the Spirit of the Founding of the United Nations Over Seventy Years Past." Erişim Tarihi Mart 22, 2024
<https://www.un.org/en/chronicle/article/atlantic-charter-revitalizing-spirit-founding-united-nations-over-seventy-years-past>.

İSLAM HUKUKUNDAKİ MÜHÂYE'E İLE TÜRK MEDENİ KANUNU'NDAKİ PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLARIN YARARLANMA, KULLANMA VE YÖNETİME İLİŞKİN ANLAŞMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

The Comparison of Muhaye'e in Islamic Law and The Agreements of the Shareholders Regarding the Utilisation, Use and Management in Joint Ownership in the Turkish Civil Code

Gamze Nur ŞAHİN*

Hakkı Mert DOĞU**

Öz

Mülkiyet kavramı ile kaynağını mülkiyetten alan hukuki ilişkiler tarihin her devrinde ve tüm hukuk sistemlerinde kendine esaslı ölçüde yer bulmuştur. Bu nedenle mülkiyete ilişkin hukuki ilişkileri incelerken tarihi arka planla karşılaştırma yapmak konunun özünü ortaya çıkarmak bakımından önem arz

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, gamzenur.demir@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0933-5996.

** Doç. Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, hakkimertdogu@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4695-9623.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 14.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 16.12.2024.

Atıf/Citation: Şahin, Gamze Nur ve Hakkı Mert Doğu. "İslam Hukukundaki Mühâye'e ile Türk Medeni Kanunu'ndaki Paylı Mülkiyette Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Anlaşmalarının Karşılaştırılması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2223-2268.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

etmektedir. Ortak mülkiyete tabi malların kullanımının ortaklar arasında yapılacak anlaşma ile belirlenmesi İslam Hukukunda mûhâye'e şeklinde ifade edilmektedir. Mûhâye'e Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de 18 maddeden oluşan müstakil bir fasılda düzenlenmiş olup mahkeme kararları ve fetvalardan anlaşıldığı üzere geniş bir uygulama alanına sahiptir. Türk Medeni Hukukunda paylı mülkiyete tabi mallara ilişkin olarak paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma yapımları mümkündür. 2002 tarihli Türk Medeni Kanun'u ile hukukumuzda giren söz konusu düzenleme henüz literatürde kendine yeterince yer bulamamıştır. Bahsi geçen kurumlar taraflar arasında sulhe dayalı bir kullanım tesis ederek ortak mülkiyetin devamını hedeflemektedir. Bunun yanında çalışmada yapılan karşılaştırmalar sonucunda konuları, çeşitleri, hukuki nitelikleri, hükümleri, sona ermeleri, şekil ve bağlayıcılıkları bakımından önemli benzerlikler tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mûhâye'e, Menfaat Taksimi, Mecelle, Paylı Mülkiyet, Yararlanma-Kullanma-Yönetim Anlaşmaları.

Abstract

The concept of property and the legal relations originating from property have found a place in every period of history and in all legal systems. For this reason, while analysing the legal relations related to property, it is important to make a comparison with the historical background in order to reveal the essence of the subject. The determination of the use of the goods subject to joint ownership by an agreement between the shareholders is expressed in Islamic Law as mûhâye'e. Mûhâye'e is regulated in a separate chapter consisting of 18 articles in Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye and has a expansive execution area as understood from court decisions and fatwas. In Turkish Civil Law, it is possible for the shareholders to make agreements regarding the utilisation, use and management of the property subjects to joint ownership. With the 2002 Turkish Civil Code, this regulation has not yet found its place in the literature. The aforesaid institutions aim to resume joint ownership by establishing a use based on reconciliation between the shareholders. In addition, as a result of the comparisons made in the study, significant similarities were identified in terms of their subjects, types, legal qualifications, provisions, termination, form and bindingness.

Keywords: Mühâye'e, Partition of Benefit, Mecelle, Joint Ownership, Utilisation-Use- Management Agreements.

GİRİŞ

Mülkiyet kavramı ve buna bağlı ilişkiler tarih boyunca insanların toplumsal yaşantısında önemli bir yer işgal etmiştir. Söz konusu önemli yer mülkiyeti hukukun önemli konularından biri haline getirmiştir. Geçmişten günümüze hukuk sistemleri hem mülkiyet kavramını anlamlandırmaya hem de mülkiyet kurumundan kaynaklı olarak ortaya çıkan problemlere çözümler üretmeye yönelik normlar ortaya koymuşlardır. Nitekim mülkiyet ve buna bağlı olarak ortaya çıkan problemlere çözüm aramak tüm zaman dilimlerinde ve tüm coğrafyalarda insanlığın ve toplumsal yaşamın ortak ihtiyacı olmuştur. Bu bakımdan günümüz hukukundaki mülkiyet hukukuna ilişkin kurumların geçmişi ile birlikte ele alınması, geçmiş uygulamalarla karşılaştırma yapılarak incelenmesi önem arz etmektedir.

Çalışmada eski hukukumuzdaki mühâye'e kurumu ile günümüz hukukundaki paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarının karşılaştırılması amaçlanmaktadır. İslam hukukunda mühâye'e ortak mülkiyet altındaki malların ortaklar arasında zaman veya mekan esasına göre kullanılması konusunda anlaşmaya varılması veya hakim kararıyla aynı esaslar etrafında kullanımına karar verilmesi demektir. Türk Medeni Kanunu'nun 689. maddesinde de paylı mülkiyette ortakların oybirliği ile yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin düzenleme yapabileceklerini düzenlenmektedir. İlgili düzenlemeler arasında ortak mülkiyetin devamı ve bu esnada ortakların kullanım haklarını belirlemeleri bakımından önemli benzerlikler bulunmaktadır. Söz konusu benzerlik bizi iki kurum arasında karşılaştırma yapmaya yöneltmiştir.

Literatürde mühâye'e kurumunun devre mülk anlaşmasıyla karşılaştırıldığı örnekler bulunmaktadır. Ancak söz konusu karşılaştırmalar çalışmada esas alınan 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmediği tarihlerde yapılmıştır. İlgili tarihlerde paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları açık kanuni düzenlemeler bulunmadığı için mühâye'eye en çok benzeyen anlaşma devre mülk anlaşması olarak düşünülmüş olabilir. Çalışmada ise yürürlükteki hükümler dahilinde mühâye'enin paylı mülkiyette paydaşların yararlanma,

kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarına benzerliği noktasından hareket edilmiştir.

Paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları Türk Hukukuna 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile girmiştir. Bundan önceki dönemlerde uygulanan 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinde konuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim 743 Sayılı Kanun'un iktibas edildiği mehz kanun İsviçre Medeni Kanunu'nda tarafların kullanım anlaşması yapmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 1965 yılında yapılan değişikliklerle İsviçre Medeni Kanunu'na giren düzenlemeler, Türk hukukuna 2002 tarihli Türk Medeni Kanun ile girebilmiştir.

İslam hukukunda yüzyıllardır uygulanan mühâye'e kurumu ile Türk Hukukunda yaklaşık yirmi yıl gibi kısa bir süredir uygulanan iki kurumu karşılaştırmak bazı güçlükleri de beraberinde getirmiştir. Mühâye'e oldukça uzun zamandır uygulanan bir kurum olarak literatürde ayrıntılı şekilde tartışılma fırsatı bulmuş ve buna bağlı olarak mühâye'e ile ilgili birçok sorun ve çözüm bir araya gelerek hacimli bir muhteva oluşturmuştur. Oysa paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları henüz yeni uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla literatürde çok geniş şekilde yer verilen bir kurum değildir. Karşılaştırılan kurumlar arasındaki söz konusu farklılıklar çalışmanın yöntemine ve ilgili kurumlara ilişkin açıklamaların hacmine de doğal olarak etki etmiştir. Bu nedenle çoğunlukla mühâye'e ile ilgili daha geniş açıklamalar yapılmış, Türk Medeni Hukuku ile ilgili açıklamalara karşılaştırma amacını gerçekleştirecek ölçüde yer verilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde tanımı, meşruluğu ve hukuki delillerine değinilmek suretiyle mühâye'enin, ardından Türk Medeni Hukukunda paylı mülkiyet ve paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları genel hatlarıyla açıklanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise mühâye'e ile paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları konuları, çeşitleri, hukuki nitelikleri, hükümleri, sona ermeleri, şekil ve bağlayıcılıkları bakımından karşılaştırılmıştır.

I. MÜHÂYE'E İLE PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLARIN YARARLANMA, KULLANMA VE YÖNETİME İLİŞKİN ANLAŞMALAR

A. İslam Hukukunda Mühâye'e

1. Tanımı

Mühâye'e sözcüğünün kökü hey'ettir. Hey'et, sözlükte "şekil, suret görünüş" demektir.¹ Hey'et sözcüğünün tefâül babındaki hali tehâyü' olup "kişilerin bir şey üzerinde anlaşıp, ona razı olmaları"dır.² Müfâale babında ise mühâyee haline gelerek "ortaklardan her birinin bir hey'eti tercih ederek ona razı olmaları" anlamına gelir.³

Terim anlamı ile mühâye'e ise fıkıh literatüründe "menfaatlerin taksim edilmesi" olarak tanımlanmaktadır.⁴ Bir mala ortaklaşa malik olan kişilerin zaman veya mekân esasına dayalı olarak o maldan yararlanma usullerini belirlemeleri veya bazı durumlarda söz konusu usulün hakim tarafından belirlenmesi mühâye'enin temelini oluşturmaktadır.⁵

Mühâye'e kurumuna fıkıh kitaplarında ortak mallardaki hisselerin paylaşılmasını konu eden taksime ilişkin bölümlerde yer verilmiştir. Ortak mülkiyete tabi mallar üzerinde söz konusu olması bu sistematığı gerektirse de mühâye'e taksimdeki gibi ortaklığı sona erdiren bir kurum değildir. Mühâye'ede ortaklığın sona erdirilmesi değil tam tersine ortak mallarda kullanım ve yararlanmanın hukuki rejime bağlanması yoluyla ortaklığın devamını mümkün kılmak amaçlanmaktadır. Zira ortak malların kullanımı noktasında taraflar bir

¹ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî* (İstanbul: Nadir Eserler Kitaplığı, 2016), 1517.

² Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), C. 4, çev. Arif Erkan (İstanbul: Eser Neşriyat, 1980), 357.

³ Vehbe Zuhaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, C. 7 (İstanbul: Feza Yayıncılık, 1990), 183-184.

⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhîyye Kamusu*, C. 7 (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi), 155; Mola Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 357.

⁵ İbrahim Kâfi Dönmez, "Mühâye'e" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 31 (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2006), 508-509.

anlaşmaya varamazlarsa uyuşmazlığın çözüme kavuşamaması ve bu nedenle ilgili malın satılarak bedelinin paylaşılmasından başka çare kalmayacaktır. Bu bakımdan mühâye'e ortaklığın sulh içinde devamını hedeflemek bakımından klasik anlamıyla taksimden ayrılır.

İslam hukukunda mülkiyet hakkı günümüz hukukuna benzer şekilde malın asını kullanma, hukuki ve doğal semerelerinden faydalanma ile malın aslı üzerinde tasarruf etme yetkilerini içinde barındırmaktadır.⁶ Mühâye'e ortak mülkiyete sahip tarafların malı kullanma yetkisi üzerinde düzenleme yapmasıdır. Ortakların mal üzerinde tasarruf etme ve semerelerinden yararlanma yetkileri ise düzenlemenin konusu dışındadır. Bu bakış açısıyla mühâye'e ortak mülkiyete tabi mallar üzerinde ortakların yaptığı bir "kullanma sözleşmesi" dir.

2. Meşruluğu ve Hukuki Delilleri

Ortak mülkiyete tabi mallar üzerinde ortaklar hisseleri oranında menfaate sahiptirler. Karşıt kavram olarak ise her bir ortak diğer ortağın hissesi oranında da menfaate sahip değildir. Mühâye'e ile ortaklar kendilerine isabet eden menfaatler ile karşı tarafa isabet eden menfaatleri zaman veya mekan esasına göre değiştirmektedir. Bir anlamda ortaklar anlaşma sonucunda uyguladıkları rejimde karşı tarafa da ait olan bir menfaati kullanmaktadırlar. Bu durum menfaatlerin kendi cinsi ile mübadelesi olduğu için kıyasa aykırı düşmektedir.⁷ Çünkü mübadelenin kıyasa uygun olarak değerlendirilebilmesi için değiştirilen menfaatler arasında mutlak eşitlik olmalıdır.⁸

Ortak mülkiyete tabi malların aynen taksimi her zaman mümkün olmadığı gibi satılarak elde edilen ücretin paylaşılması da ortaklarca değer kaybı ihtimaline binaen uygun görülmeyebilir. Bahsi geçen durumda ortaklığın devam etmesi ve

⁶ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Basım, 2022), 341.

⁷ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:357. İlgili eserde mühâye'enin icma ile sabit olduğu bilgisine yer verildiği görülmektedir. Ancak başkaca bir kaynak ile bunu teyit etmek mümkün olmadı.

⁸ Talip Türcan, "İslam Hukukunda Muhâyee ve Türk Hukukundaki Devre Mülk Kurumları Arasında Bir Mukayese," *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (Cumhuriyetimizin 77. Yılına Armağan)*, no. 7 (2000): 84.

mal üzerinde bir kullanma rejimi kurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır.⁹ Buradan yola çıkan İslam hukukçuları mühâye'eyi ihtiyaç nedeniyle istihsanen meşru kabul etmiştir.¹⁰

Mühâye'enin meşruluğu nass nedeniyle istihšana da örnek teşkil etmektedir.¹¹ Mühâye'eyi istihsanen meşru kabul etmeyi gerektirecek Kur'an ve sünnetten deliller bulunmaktadır. Mühâye'eyenin delili olarak öncelikle Şu'arâ Suresi 155. ayette "*Salih: İşte (mucize): bu dişi devedir; onun bir su içme hakkı vardır, belli bir günün içme hakkı da sizindir, dedi.*"¹² ayeti gösterilmektedir.¹³ İlgili ayet öncesi ve sonrası ile beraber değerlendirildiğinde (Şuâra 141-159) burada Salih Peygamber ile Semûd kavmi arasında geçenleri anlatan bir kıssa ile karşılaşmaktadır. Semûd kavmi Salih Peygamberin tebliğ ettiği dine itibar etmeyerek kendisini büyücülük ile itham etmekte ve bir rivayete göre kendisinden peygamberliğini kanıtlaması için bir mucize olarak kayanın içinden çıkacak ve hemen bir yavru dünyaya getirecek bir deve göstermesini istenmekte ve bunun üzerine gösterilmesi istenen mucize olarak ayette bahsi geçen deve işaret edilerek Semûd kavmi ve deve arasında suyu kullanma bakımından bir sıra öngörülmektedir.¹⁴

Şu'arâ Suresinin ilgili ayetleri incelendiğinde bahsi geçen konunun İslam dininin tebliğinden önceki döneme ilişkin açıklamaları içerdiği görülmektedir. İslam'dan önce gelen dinlerin hükümlerinin Müslümanlar için geçerliliğini koruyup korumadıkları hakkında görüş ayrılıkları bulunmaktadır.¹⁵

⁹ Dönmez, "Muhâye'e," 508.

¹⁰ Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir Merginâni, *Delilleriye Hanefi Fıkhı El-Hidâye*, C. 4, çev. Ahmed Meylânî (İstanbul: Kahraman Neşriyat), 76.

¹¹ Türcan, "İslam Hukukunda Muhâyee ve Türk Hukukundaki Devre Mülk Kurumları Arasında Bir Mukayese," 84.

¹² *Kur'ân-ı Kerim Meâli*, haz. Hayrettin Karaman vd. (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2014), 372.

¹³ Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, 7:184.

¹⁴ Fahrüddîn Er-Râzi, *Tefsîr-i Kebîr Mefâtihu'l-Gayb*, ed. Ahmet Hikmet Ünalmiş (İstanbul: Huzur Yayınevi, 2002), 62-65.

¹⁵ Abdülkerim Zeydân, *Fıkh Usûlü*, çev. Ruhi Özcan (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1993), 247.

Önceki Peygamberlerin tebliğ ettiği hükümlerden Kitap ve sünnette yer almayanların geçerliliğinin bulunmadığı üzerinde görüş birliği vardır. Ancak Kitap ve sünnette zikri geçen hükümler bakımından üçlü bir ayırım yapılmaktadır. İlk kısım ilgili hükmün yürürlükten kaldırıldığına ilişkin delil bulunmasıdır. Eski dinlere ait bu tür hükümler pek tabii ki geçersizdir. İkinci kısım ilgili hükmün geçerliliğini koruduğuna ilişkin bir delil bulunmasıdır. Burada da yine tabii durum eski dine ait hükmün geçerli olmasıdır. Asıl görüş ayrılığı eski dine ait hüküm konusunda Kitap ve sünnette geçerlilik veya geçersizliğe ilişkin bir açıklığın bulunmaması durumudur. Hanefi hukukçuların çoğunluğu bu durumda eski dine ait hükmün Müslümanlar için de geçerli olduğunu düşünmektedirler.¹⁶

Hanefi mezhebinin Kitapta bahsi geçip kaldırıldığına ilişkin bir hüküm bulunmayan eski dinlere ait hükümleri Müslümanlar için de geçerli kabul eden söz konusu görüşüne göre Salih Peygamber kıssası mühâye'e için delil teşkil etmektedir.¹⁷ Zira Kitap ve sünnette yer alan önceki dinlere ilişkin hükümleri geçerli kabul etmek bakımından İmam Muhammed Şuara Suresi 55. ayeti delil göstererek mühâye'eyi meşru kabul etmiştir.¹⁸

Mühâye'e için sünnette de deliller bulunmaktadır. Örneğin, "Peygamber (a.s.) Bedir gazvesinde yetmiş deveden her bir deveye üç kişi (sırasıyla binmek üzere) ayırmıştı. Ve ayırdığı bu kişiler sırasıyla peşpeşe deveye biniyorlardı."¹⁹ şeklinde nakledilen hadiste mühâye'enin meşruluğunu istihsan yoluyla kabule delil teşkil etmektedir.

¹⁶ Zekiyüddin Şa'bân, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkıh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), 208-211; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi-Fıkıh Usûlü*, çev. Abdülkadir Şener (Ankara: Fecr Yayınları, 2017), 263; Zeydan, *Fıkıh Usûlü*, 247-248.

¹⁷ Dönmez, "Muhâye'e," 508.

¹⁸ İbn'ul-Emîn Mahmud Esad Seydişehrî, *Fıkıh Usûlü/Telhis-u Usûl-i Fıkıh*, haz. Talha Alp vd. (İstanbul: Yasin Yayınevi, 2011), 197.

¹⁹ İbn Hişam, *İslam Tarihi-Sîret-i İbn-i Hişam Tercemesi*, C. 2, çev. Hasan Ege (İstanbul: Karaman Yayınları, 2006), 345; Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer el-Vâkîdî, *Hız. Peygamberin Savaşları (Kitâbü'l Meğazî)*, C. 1, çev. Musa K. Yılmaz (İstanbul: İlk Harf Yayınevi, 2014), 71.

Hanefi Hukukçular Kitap ve sünnette yer alan sözü edilen hükümleri değerlendirerek ihtiyaç nedeniyle istihsan yanında nass nedeniyle istihsan da yapmış olmaktadır. Ayrıca mühâye'enin meşru kabul edilmesi arazilerin küçük parçalara bölünerek verimsizleşmesi gibi uygulamaların önüne geçerek önemli bir işlevi de yerine getirebilir.²⁰ Böylelikle kamunun üretime ilişkin menfaatinin korunması da maslahata uygun düşmektedir.

B. Paylı Mülkiyet ve Paylı Mülkiyette Paydaşların Yararlanma, Kullanma Ve Yönetime İlişkin Anlaşmaları

1. Paylı Mülkiyet Kavramı

Mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisini veren en geniş ayni haktır²¹. Kişinin, eşya üzerindeki hakimiyetinin bir sonucu olarak ortaya çıkan mülkiyet hakkının sadece hukuki bir temelini olduğunu düşünmek yanlıştır. Hukuk ilminin yanı sıra sosyoloji, felsefe, ekonomi, siyaset ve daha birçok farklı ilmi ilgilendirmektedir.²²

Mülkiyet hakkının farklı ayrımlara tabi tutularak çeşitlendirilmesi mümkündür. Bu çeşitlerden bir tanesini hak sahibinin sayısına göre yapılan ayırmadır. Bu ayırmda tek kişi mülkiyeti ve birlikte mülkiyet yer alır. Bir malın mülkiyeti tek bir kişiye ait olabileceği gibi birden fazla kişiye de ait olabilmektedir. Birlikte mülkiyette paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti ayırımı ortaya çıkar.

Paylı mülkiyet, mülkiyet hakkı sahibinin sayısına göre yapılan ayırım içerisinde birlikte mülkiyetin hâllerinden biri olarak kabul edilir. Paylı mülkiyet, birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belirli

²⁰ Hadi Sağlam, "İslâm fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu (İştirak ve Müşterek Araziler Örneği)," *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, no.2 (2012): 385.

²¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2021), 312; Şeref Ertaş, Emre Cumalioğlu ve İlknur Serdar, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış Yayınları, B.12, 2015), 211; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 415.

²² Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta, 2009), 375; Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler* (Ankara: Yetkin, 2009), 87.

paylarla malik olması durumunda ortaya çıkar.²³ TMK madde 688/1'de de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Paylı mülkiyete konu şey, bir bütün olarak tek bir mülkiyet konusudur ve mülkiyet hakkı birden çok kişiye aittir.²⁴

Paylı mülkiyet hukuki işlem, yetkili makamın işlemi veya mahkeme kararı ya da kanun gereği kurulabilir.²⁵ Paylı mülkiyette her ortağın söz konusu mülkiyette belirli payları bulunmaktadır. Nitekim paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda pay oranları kütükteki kayıta gösterilir.²⁶

2. Paylı Mülkiyette Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Anlaşmaları

Türk Medeni Kanunu madde 689/1'e göre paydaşlar, paylı mülkiyet konusu eşyanın nasıl yönetileceğini aralarında yapacakları bir anlaşmayla belirleyebilirler.²⁷ Bu düzenlemeyle paydaşlara kanun hükmünden farklı olarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma yapma imkânı tanınır.²⁸ Örneğin paylı eşyaya ilişkin yönetim işleri, malın tamamı ya da belli bir yönü

²³ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1991), 99; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Legem, 2023), 382; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 346.

²⁴ Selâhattin Sulhi Tekinay vd. *Eşya Hukuku*, C. 1 (İstanbul: Filiz, 1989), 565; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 347.

²⁵ Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 99.

²⁶ Tekinay vd., *Eşya Hukuku*, 567.

²⁷ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2017), 195; Burak Özen, "Paylı Mülkiyete İlişkin Paradigmalar ve Türk Medeni Kanunu'nun Tutumu," *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.2 (2023): 159; Ethem Sabâ Özmen, *Devre Mülk Hakkı* (Ankara: Olgaç, 1988), 88; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 358; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 400; Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 394.

²⁸ İlker Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı* (İstanbul: On İki Levha, 2011), 33; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler* (İstanbul: Vedat, 2007), 154; A. Lâle Sirmen, "Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler," *Turgut Kalpsüz'e Armağan* (Ankara: Turhan, 2003): 729; İsmail Atamulu, "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Bir Neticesi Olarak Taşınmazın Fiili Taksimi," *Terazi Hukuk Dergisi* 119 (2023): 14.

bakımından paydaşlardan birine, birden fazla paydaşa veya belirlenen bir yöneticiye verilebilir.²⁹

Söz konusu anlaşma, paydaşların oybirliğiyle kabul ettikleri ve paylı mülkiyet konusundan paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin düzenlemeleri içermektedir.³⁰ ZGB Art. 647/1'de de benzer şekilde paydaşların, kanuni hükümlerden farklı kullanma ve yönetim kuralları kararlaştırabilecekleri belirtilmekle birlikte TMK madde 689'dan farklı olarak kuralların, paydaşların oy çokluğuna dayanan kararları ile değiştirilebileceğinin anlaşmada yer alabileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte ek fıkrada kullanım ve yönetim kuralları ile münhasır kullanım haklarının tahsisine ilişkin hükümlerinde yapılacak her türlü değişikliklerde, doğrudan etkilenen paydaşların da onayının gerekeceği ifade edilmektedir. BGB § 745/1'de ise paydaşların oy çokluğuyla, paylı malın niteliğine uygun olan yönetim ve kullanıma ilişkin karar verilebileceği belirtilirken; BGB § 745/2'de de yönetim ve kullanımın bütün paydaşların oybirliğiyle de belirlenebileceği düzenlenmektedir.³¹ Paydaşların oy çokluğu, paydaş sayısına göre değil, payların büyüklüğüne göre tespit edilir.³² Paydaş çoğunluğuyla alınan kararlar, ortak amacın niteliğini yansıtmalıdır. Yasal sınırlar içerisinde kalan çoğunluk kararları, kayıtsız şartsız ve en kısa sürede yerine getirilmelidir. Yasal sınırlamaların ihlali iddiası söz konusuysa, kararların bağlayıcılığı açılacak bir tespit davasıyla ileri sürülebilir.³³

Türk Medeni Kanunu madde 689'da paydaşlar oybirliğiyle bir karar almış olsalar bile iki durumda paydaşın hak ve yetkilerinin kaldırılamayacağı ve sınırlandırılmayacağı ifade edilmektedir. İlk durum paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim

²⁹ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2014), 102.

³⁰ Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 329.

³¹ Ayrıca bkz., Abdülkadir Arpacı, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim* (İstanbul: Kazancı, 1990), 58-59.

³² Horst Schulze-Wenck, "Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch," Hrsg. Walter Erman (Kommentierung zu § 746 BGB) (Münster/Westf.: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 3. Aufl., 1962), 1362.

³³ Schulze-Wenck, "Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch," 1362.

işlerini yapmak ve gerektiğinde mahkemeden buna ilişkin önlemlerin alınmasını istemek iken; ikinci durum ise eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhâl alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almaktır. Kanun koyucu tarafından düzenlenen bu iki emredici hâl, TMK madde 689'daki kuralın istisnasını oluşturur. Paydaşların bu sınırlamalarla bağdaşmayan anlaşmaları geçersizdir.³⁴ Doktrindeki bir görüşe göre ise sınırlamalarla bağdaşmayacak şekilde yapılan anlaşmalar, kısmi butlan yaptırımıyla karşı karşıya kalır.³⁵

II. MÜHÂYE'EYE İLE PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLARIN YARARLANMA, KULLANMA VE YÖNETİME İLİŞKİN ANLAŞMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. Konu Bakımından Karşılaştırılması

Mühâye'enin konusu menfaatlerdir. Mecelle madde 1174'de "*Mühâye'e kismet-i menâfi'den ibaretdir.*"³⁶ düzenlemesiyle mühâye'eye ancak menfaatların konu edilebileceğini açıkça düzenlemektedir. Mühâye'e ile menfaatlerin ortaklar arasında ne ölçüde veya hangi sıra ile paylaşılacağını belirlenir. Böylelikle mal üzerindeki ortak mülkiyet devam ederken, malın kullanımı konusunda uyumsuzluk giderilmiş olur.

Mecelle madde 1187'de "*A'yan üzerine muhayee caiz olmaz.*"³⁷ denilerek aynların mühâye'nin konusu olamayacağı ifade edilmektedir. "Ayn" terimi fıkıh literatüründe üç farklı anlamda kullanılmaktadır. İlk anlamı belirli ve somut olan şeydir. İkinci anlamı "deyn" karşıtı, hükmi nitelikte olmayan, fiilen muhafaza altında bulunandır. Üçüncü anlamı ise çıplak mülkiyet, malın menfaatten

³⁴ Arzu Genç Arıdemir ve Sanem Aksoy Dursun, "Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 77, no.1 (2019): 82; Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 197vd.

³⁵ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2010), 132.

³⁶ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)* (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1982), 238.

³⁷ Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, 241.

arındırılmış halidir.³⁸ Her ne kadar Mecelle'nin 159. Maddesinde "*Ayn, muayyen ve muşahhas olan şeydir.*"³⁹ şeklinde bir tanıma yer verilse de Mecelle madde 1187'de kastedilen anlamın çıplak mülkiyet, malın menfaatten arındırılmış hali olduğu açıktır. Nitekim 1187.maddenin devamında "...*Mesela müşterek eşcarın meyveleri ve müşterek hayvanların sütü ve yünü a'yandan olmakla eşcâr-ı müşterekeden bir miktarının meyvesini müşariklerden biri ve diğer miktarının meyvesini diğeri devşirmek ve müşterek koyunların bir sürüsünün sütünü ve yününi biri ve diğer sürüsünün sütünü ve yününi diğeri almak üzere muhayee sahih olmaz.*" denilmektedir.

Başka bir ifadeyle mühâye'ede malın maddi varlığı üzerinde bir anlaşma söz konusu değildir. Örneğin, iki ortağı bulunan bir evin belirli bir süre bir ortak belirli bir süre ise diğer ortak tarafından kullanılması üzerinde yapılan bir mühâye'e hukuka uygundur. Ancak ortak olunan bir koyun sürüsünün bir kısmının sütünden bir ortağın diğer kısmının sütünden diğer ortağın yararlanması hukuka uygun değildir. Çünkü buradaki sütün bizzat kendisi rakabe mülkiyetini içerir, ayn nitelikte birer maldır.⁴⁰

Aynların mühâye'eye konu edilememesi mühâye'enin meşru olma sebebiyle ilgilidir. Mühâye'e zaruret ve ihtiyaç sebebiyle meşrudur. Menfaatler üzerinde mühâye'eye ihtiyaç vardır, çünkü menfaatler çabukça yok olduğu için taksim edilmeleri imkansızdır. Aynlar ise menfaatler gibi geçici olmadığından taksime elverişlidir. Bu nedenle mühâye'eye konu edilmelerinde ihtiyaç bulunmamaktadır.⁴¹

Ağacın meyvesi, koyunun sütü veya yavrusu ayn nitelikte olup taksim edilebilir bu nedenle mühâye'e hukuka uygun değildir.⁴² Ancak şöyle bir hile ile

³⁸ Hayrettin Karaman, "*Ayn,*" *Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi*, C. 4 (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1991), 258.

³⁹ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 34.

⁴⁰ Ebubekir Muhammed b. Ahmed Serahsî, *Mebûsât*, ed. Mustafa Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 20: 272; Zuhaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 7:185.

⁴¹ Molla Hüsrev, Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkıhı, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:358; Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:156.

⁴² İbrahîmi Halebî, *İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi*, C. 4, çev. Mustafa Uysal (Konya: Kanaat Matbaası, 1971), 4, 87.

söz konusu şeylerin kullanımı hakkında bir paylaşımına gidilmesi mümkün hale gelebilir: Örneğin, ortaklardan biri ağaç veya koyundan hissesini ortağına satın nöbeti bittikten sonra ondan hepsini satın alırsa veya belirli bir süre için ortağın hissesinden ödünç alarak sütten faydalanırsa hile ile caiz olur. Çünkü ortak maldan borç almak caizdir.⁴³

Mecelle madde 1175, "*Misliyyatda mühâye'e câri olmaz. Mühâye'e ol kıyemiyatda câri olur ki ayların bakî olarak anlarla intifa' mümkün ola.*"⁴⁴ şeklindeki düzenleme ile mühâye'enin konusu ile ilgili bir belirleme ve sınırlama hükmüne yer vermektedir. Bahsi geçen düzenlemeye göre mühâye'e misli olan, yani piyasada benzeri bulunan malları konu edinemez. Tam tersine benzeri bulunmayan mallar üzerinde geçerli olur.

Fıkıh literatürünün kazuistik metodu gereği evlerin ve hayvanların mühâye'eye konu olma bakımından ayrı ayrı değerlendirildiği görülmektedir.

Evler üzerinde yapılan mühâye'e konusunda Ebu Hanife'den iki rivayet nakledilmektedir. İlkine göre iki evden birinden bir ortak diğerinden diğer ortak yararlanmak üzere mühâye'e hukuka uygun değildir. Çünkü burada evlerin satışına benzer bir durum söz konusudur. Diğer rivayet ise iki evin mühâye'esinde karşılıklı rıza ile mühâye'e mümkün, ancak hakim kararı ile mühâye'e mümkün değildir. Ebu Hanife'den nakledilen söz konusu görüşlere muhalafeten İmameyne göre iki evin mühâye'esi hususunda hem karşılıklı rıza hem de hakim kararı ile mühâye'e mümkündür.⁴⁵

Hayvanlar üzerinde mühâye'e konusunda da literatürde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ebu Hanife iki binek hayvanından biri bir ortak diğeri diğer ortak tarafından ne şahsen kullanmak ne de başkasına kullandırıp ücretini almak şeklinde taraflar arasında mühâye'e yapılması hukuka uygun değildir. Burada binek hayvanları arasında fark olduğu gibi binici kişiler arasında da fark vardır. Dolayısıyla menfaatlerin eşit paylaştırıldığından söz edilemez. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise bir veya iki hayvanı şahsen veya başkasına

⁴³ Mergînanî, Delilleriye Hanefi Fıkıhı El-Hidâye, 4:78; Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:156.

⁴⁴ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 238.

⁴⁵ Mergînanî, Delilleriye Hanefi Fıkıhı El-Hidâye, 4:77.

kullandırıp ücret almak yoluyla mühâye'eye konu etmek hukuka uygundur. Ancak tek bir hayvan üzerinde belirli süre bir ortak belirli bir süre diğer ortak şeklinde bir kullanım sırası oluşturmak yoluyla mühâye'e yapılamaz. Çünkü kullanım sürelerinde eşitlik olduğu için iki hayvan üzerinden yapılan mühâye'elerde eşitlik vardır. Ancak tek hayvan üzerinde yapılanda her bir ortağın nöbetinde hayvanın gücü ve gayreti diğer nöbettekinden farklı olabilir. Dolayısıyla menfaatler arasında eşitlik her zaman mümkün olmayabilir.⁴⁶

Mecelle madde 1177 "Bir müşterek hayvanı sahipleri bil-münavebe kullanmak üzere muhayee câiz olduğu gibi iki müşterek hayvandan birini biri ve diğerini diğeri kullanmak üzere muhayee dahi câiz olur." düzenlemesi ile hayvanları konu edinen mühâye'ede İmameynin görüşünü tercih etmiş görünmektedir.

Paylı mülkiyet ilişkisinin konusunu eşya oluşturmaktadır. Bu çerçevede paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları paylı mülkiyet konusu eşya hakkında olacaktır. Bir başka ifadeyle mühâye'eden farklı olarak gerek taşınır gerekse taşınmaz eşyalar açısından yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin bir anlaşma yapılabilir.

B. Çeşitleri Bakımından Karşılaştırılması

1. Karşılıklı Rızaya veya Mahkeme Kararına Dayalı Olmaları Bakımından

Müşterek bir mal üzerinde ortakların kendi rızaları ile karşılıklı olarak maldan yararlanma konusunda bir rejim belirlemelerine mühâye'enin ilk türüdür.⁴⁷ Müşterek bir malın ortakları karşılıklı olarak malı taksim etmek istemez ve ortaklaşa kullanmak konusunda rıza gösterirlerse mühâye'eye başvurabilirler. Karşılıklı rıza ile mühâye'e malın taksime elverişli olmaması halinde yapılabileceği gibi taksim edilmesinin önemli değer kaybına yol açması nedeniyle

⁴⁶ Serahsî, Mebsût, 20:275; Merginânî, Delilleriye Hanefi Fıkhı El-Hidâye, 4:77; Molla Hüsrev, Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:358; Halebî, İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi, 4:87; Zuhaylî, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, 7:191.

⁴⁷ Zuhaylî, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, 7:186.

ortaklar tarafından uygun görülmemesi nedeniyle de gerçekleşebilir.⁴⁸ Ortaklar malın aynen taksiminin mümkün olmadığı durumlarda satılarak paraya çevrilmesini söz konusu malın aile yağdigarı olması gibi manevi nedenlerle de istemeyebilirler. Sonuç olarak tarafların gerekçelerinden çok taksimden kaçınma ve malı ortaklaşa kullanma konusunda irade göstermeleri karşılıklı rıza ile mühâye'enin esasını oluşturmaktadır.

Karşılıklı rıza ile mühâye'ede ortakların hepsi tarafından ortaklaşa kullanma iradesinin aynı anda ve aynı yöne doğru gerçekleşmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile ortakların mühâye'e konusunda birleşen kollaktif iradelerine ihtiyaç vardır. Ortaklardan birinin taksim diğerinin mühâye'e istemesi durumunda hakim taksime karar verir. Çünkü taksim mühâye'eden tamamlanma bakımından üstündür. Mal taksim edildiğinde ortakların payları birbirinden ayrılır ve her biri kendi müstakil hisselerinde eş zamanlı yararlanma hakkına kavuşurlar.⁴⁹ Nitekim taksimin temelinde "yarar konusunda karşılıklı adaleti sağlama" ve "bir ortağın payını diğerinden ayırma" şeklinde iki amaç bulunmaktadır.⁵⁰

Mahkeme kararı ile mühâye'e de ise ortaklardan birinin mühâye'e talebinin diğer ortaklar tarafından kabul görmemesi durumunda hakim tarafından diğer tarafın mühâye'eye mecbur edilmesi söz konusudur. Hanefi mezhebinde bazı şartların gerçekleşmesi durumunda mahkeme kararı ile tarafların mühâye'eye zorlanması mümkündür. Diğer mezhepler ise mahkeme kararı ile mühâye'eyi hukuka uygun görmemektedir.⁵¹

Hanefi mezhebine göre taksim mahkeme kararı ile nasıl cebrolunuyorsa mühâye'e de hakim kararı ile gerçekleşebilir.⁵² Nitekim hakim ortaklar arasında adaleti gerçekleştirmek ve tarafların maslahatını gözetmekle yükümlüdür. Söz

⁴⁸ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1997), 94; Dönmez, "Muhâye'e," 508.

⁴⁹ Merginânî, *Delilleriye Hanefi Fıkıhı El-Hidâye*, 4:76.

⁵⁰ Ebubekir Muhammed b. Ahmed Serahsî, *Mebûsât*, ed. Mustafa Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 15:1.

⁵¹ Zuhaylî, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, 7:187.

⁵² Merginânî, *Delilleriye Hanefi Fıkıhı El-Hidâye*, 4:76.

konusu yükümlülük hakime mahkeme kararı ile tarafları daha adaletli olana mecbur etmek yetkisindedir.⁵³

Mecelle madde 1181, madde 1182 ve madde 1183'de hangi tür mallar için mahkeme kararı ile mühâye'nin mümkün olduğunu düzenlenmektedir. İlgili hükümleri sırasıyla inceleyeceğiz.

Mecelle madde 1181, "Müşterek ve müteaddid şeylerin sahiblerinden biri muhayee isteyip de diğeri imtina ettikde eğer ol ayn-ı müşterekler müttefik-ül-menfaa iseler muhayeye cebrolunur ve eğer muhtelif-ül-menfaa iseler cebrolunmaz.

Meselâ, iki müşterek haneden birinde biri ve diğesinde diğeri sâkin olmak ve iki müşterek hayvandan birini biri ve diğeri diğeri kullanmak üzere bir muhayee isteyip de diğeri imtina eylese muhayeye cebrolunur. Amma bir hanede sakin olup da diğeri hammamı icar eylemek yahut biri hanede sakin olup da diğeri araziyi ziraat etmek üzere bitterazi muhayee câiz ise de biri imtina' etse muhayeye cebrolunmaz."⁵⁴

İlgili maddeye göre taraflardan birinin mühâye'e isteyip diğeri buna razı olmadığı durumlarda müşterek malın öncelikle müteaddid nitelikte yani çok sayıda olması gerekir. Hakimin tarafları mühâye'eye zorlayabilmesi için ayrıca müteaddin nitelikte malların menfaatlerinin de müttefik olması yani birleşmiş olması gerekmektedir. Örneğin iki evden birinde bir ortak diğesinde diğeri ortak oturmak üzere mahkeme kararıyla mühâye'e mümkündür.

Menfaatleri muhtelif yani çeşitli olan mallar müteaddid nitelikte olsa bile mahkeme kararı ile mühâye'eye yanaşmayan tarafın mecbur bırakılması söz konusu olamaz. Aslında menfaatleri çeşitli çok sayıda mal üzerinde karşılıklı rıza ile mühâye'e mümkündür. Tarafların her ikisinin de kabulü ile biri evde oturmak biri araziyi ekip biçmek üzerine mühâye'e yapılabilir. Ancak taraflardan birinin bahsi geçen şekilde mühâye'eye yanaşmaması durumundan mahkeme kararı ile mühâye'e gerçekleştirilemez.

⁵³ Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, 7:187.

⁵⁴ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 239.

Mecelle madde 1182 ve madde 1183'de ise mahkeme kararı ile mûhâye'enin mümkün olması bakımından taksimi mümkün olan ve taksimi mümkün olmayan mallar şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir:

Madde 1182 "Kabil-i kısmet olan mal-i müşterek sahiblerinden biri kısmet ve diğeri muhayee istese kısmet iddiası kabul olunur. Ve hic birisi kısmet talebinde olmadığı halde biri muhayee isteyip de diğeri imtina eylese muhayeeeye cebrolunur."

Madde 1183 "Kabil-i kısmet olmayan bir ayn-ı müşterek sahiblerinden biri muhayee isteyip de diğeri imtina' eylese muhayeeeye cebrolunur."⁵⁵

Söz konusu düzenlemelere göre taksimi mümkün olan mallarda ortaklardan biri taksim istemeksizin mûhâye'eye yanaşmıyorsa hakim tarafından mûhâye'eye karar verilebilir. Ancak bu tür mallarda ortaklardan biri taksim isterse, diğerlerinin mûhâye'e talebi dikkate alınmaz ve taksime karar verilir.

Taksimi mümkün olmayan mallar bakımından taraflardan birinin mûhâye'e talebi mahkemenin mûhâye'eye karar vermesi için yeterlidir. Nitekim diğer ortağın taksim istemesi mümkün değildir. Sonuç olarak hakim önüne gelen bir tarafın mûhâye'e talep ettiği diğer tarafın buna yanaşmadığı uyuşmazlıkta öncelikle malın taksime elverişliliğine bakacaktır. Mal taksime elverişli ise mûhâye'eye yanaşmayan tarafın taksim talebi olup olmadığını sorgulayacaktır. Taksim talebi varsa taksime yoksa mûhâye'eye karar verecektir. Malın taksime elverişli olmadığı durumlarda ise taksim talebi değerlendirilemeyeceğinden doğrudan mûhâye'eye karar verecektir.

Taksimi mümkün olmayan mallarda ortaklardan birinin mûhâye'e talebinin diğer tarafça bertaraf edilemeyeceği fetvalara da yansımıştır. Örneğin, Şeyhülislam Feyzullah Efendiye ait bir fetvada şu ifadelerle rastlanmaktadır:

"Zeyd ve Amr ale'l-iştirak malik oldukları dükkan kâbil-i kısmet olmamakla Zeyd Amr'a "Dükkanı mûhâyeeten mutasarrıf olalım" dedikte Amr razı olmayıp "Ancak ben mutasarrıf olurum" demeğe kadir olur mu?"

⁵⁵ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 240.

El-cevap: Olmaz."⁵⁶

Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi'ye ait diğer bir fetvada da benzer bir soruya benzer bir cevapla karşılaşılmaktadır:

“Süknâsı vâkıfın evladına ve evladına meşruta vakıf menzil sağırlup nöbet-i süknâ ashâbı olan evlad cümlesi sâkin olmak mümkün olmamakla içlerinden Zeyd ve Amr sairlerine “mühâyeeten sâkin olalım” dedikde sair evlad razılar olmayıp “ancak biz sâkin oluruz” demeğe kâdir olur mu?”

El-cevap: Olmazlar"⁵⁷

Mecelle madde 1184 ise genellikle kiraya verilerek yararlanılan malların müşterek olması durumunda ortakların kendi hissesine düşen kısmı kiralamaktan imtina etmesi durumunda mahkeme kararı ile mühâye'eye karar verilmesine ilişkindir. İlgili maddeye göre “*Sefine ve değirmen ve kahvehane ve han ve hammam gibi umumun ücretle müntefi' olduğu akarat-ı müstereke ehline icar ile ücreti hissedarlar beyninde hisselerine göre taksim olunur. Ve eğer hissedarlardan biri hissesini icardan imtina' ederse muhayeye cebrolunur. Fakat birinin nöbetinde galesi ya'ni kirası ziyade olursa ol ziyade hissedarlar beyninde taksim olunur.*”⁵⁸

Konuya ilişkin olarak Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi'ye ait bir fetva da şöyledir:

“Zeyd Amr ile ale'l-iştirak malik olduğu hamamdan hissesini Amr'a ızrâr kasdıyla, bey' veyahud îcâr etmekden ibâ etmekle hakim Amr'ın talebiyle “Hamamı beyninizde mühâyeeten tasarruf edin deyu Zeyd'e cebre kâdir olur mu?”

el-Cevab: Olur.”⁵⁹

Kiraya verilerek yararlanılması mutad olan han, hamam, değirmen gibi gelir getiren mallarda ortakların menfaatini sürekli kılmak için kiraya vermekten kaçınan ortağın mühâye'eye zorlanması gerekebilir. Böyle bir durumda zaman

⁵⁶ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, haz. Süleyman Kaya (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 408.

⁵⁷ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, haz. Süleyman Kaya vd. (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), 249.

⁵⁸ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 240.

⁵⁹ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, 558.

bakımından mühâye'eye karar verilmişse, her bir ortağın nöbetinde kira bedeli değişiklik gösterebileceğinden ortakların hisseleri oranında maldan faydalanmalarını sağlamak için fazlalık ücretler ortaklar arasında hisseleri oranında pay edilir.

Mahkeme kararı ile mühâye'eyle tarafların müşterek malların menfaatini zaman veya mekan esasına göre kullanmalarına karar verebilir. Hakim ortakların hisse oranına göre belirli süre ile nöbetleşmeye veya yine hisseleri oranında malların belirli mekanlarını kullanıp, kalanını diğer tarafın kullanımına bırakmalarına karar verebilir.⁶⁰

Mahkeme kararı ile mühâye'e hususunda literatürde tartışılan diğer bir konu tarafların zaman bakımından veya mekan bakımından mühâye'e yapmak konusunda uyuşmazlık yaşaması durumunda hakimin bir tercihe tarafları zorlayıp zorlayamayacağıdır. Bir görüşe göre ortaklar mühâye'eyi mekan bakımından mı zaman bakımından mı yapacakları hususunda uyuşmazlık yaşarlarsa hakim zamanen mühâye'eye karar verebilir, mekanen mühâye'eye karar veremez. Çünkü mekanen mühâye'e zamanen mühâye'eye göre daha adildir. Zira mühâye'e mekan bakımından olduğunda ortaklar maldan aynı anda yararlanırlar.⁶¹ Diğer bir görüşe göre ise ortaklar zaman veya mekan konusunda mühâye'e arasında uyuşmazlık yaşarlarsa hakim tercihte bulunamaz ve taraflardan ittifak etmelerini ister. Çünkü mekan bakımından mühâye'e daha adil olsa da zaman bakımından mühâye'e daha kusursuzdur. Çünkü zaman bakımından mühâye'ede ortaklar malın tamamından yararlanmaktadır.⁶²

Paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlar anlaşarak kural olarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme belirleyebilirler. TMK madde 689/1'de açıkça belirtildiği üzere paydaşların oybirliğiyle paylı mala ilişkin kullanma, yararlanma ve yönetme rejimi uygulama konusunda anlaşabilirler. İlgili düzenleme karşılıklı rıza ile mühâye'eyle benzerlik göstermektedir.

⁶⁰ Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, 7:187.

⁶¹ Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:155-156.

⁶² Merjinânî, Delilleriye Hanefî Fıkıhı El-Hidâye, 4:77; Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu. 7:155-156.

TMK madde 693'de ise paydaşlar arasında kullanıma ilişkin bir anlaşma olmaması durumunda uyuşmazlık halinde paylı malı kullanmasına engel olunan paydaşın talebi üzerine kullanma ve yararlanma şeklinin hakim tarafından belirlenmesi düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme ise mahkeme kararıyla mühâye'eye benzemektedir.

2. Zaman veya Mekân Esasına Dayalı Olmaları Bakımından

Hanefi mezhebine göre mühâye'e zaman ve mekan bakımından olmak üzere iki çeşittir.⁶³ Müşterek malda ortak olan taraflar ilgili malın menfaatini belirli bir zamanda biri kalan zamanda diğeri olmak üzere paylaşabilecekleri gibi malın bir kısmında biri kalan kısmında diğeri olmak üzere de paylaşabilirler.⁶⁴ İlk durumda zaman bakımından mühâye'e ikinci durumda ise mekan bakımından mühâye'e gerçekleşmiş olur.⁶⁵

Mecelle madde 1176'da mühâye'enin çeşitleri ve bunların nasıl gerçekleşeceği düzenlenmektedir:

“Muhayyee iki nevidir: Nev'i evvel zemânen muhayeedir. Nitekim iki kişi beyninde müşterek araziye bir sene biri ve diğeri sene diğeri ziraat etmek ve bir müşterek konak sahiblerinden her biri bil-münavebe ol konakda birer sene oturmak üzere muhayeeleri gibi. Nev'i sâni mekânen muhayeedir. Nitekim iki kişi beyninde müşterek olan arazinin yarısını biri ve diğeri yarısını diğeri ziraat etmek ve müşterek konağın bir tarafında biri diğeri tarafında diğeri yahut üst katında biri

⁶³ Serahsî, *Mebsût*, 20:270.

⁶⁴ Malikiler ise mühâye'eyi zaman bakımından mühâye'e ve aylar üzerinde mühâye'e olarak iki kısma ayırlar. İkinde taraflar ortakların herbiri ortak ayn'ın tamamında diğeri ortağın yararlandığı süre ile eşit bir müddet boyunca faydalanır. İkincisinde ise ortaklar malın kendi hissesine düşen rakabesini belli süre faydalanmak üzere paylaşmaktadırlar. Mühâye'e çeşitleri konusunda söz konusu farklılık mezheplerin mühâye'enin konusu hususundaki farklı görüşlerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Malikiler mühâye'enin aylar üzerinde de mümkün olduğunu ileri sürerek sadece menfaatler üzerinde gerçekleşebileceğini ileri süren Hanefilerden ayrılırlar. Zuhaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 7:188.

⁶⁵ Molla Hüsrev, Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:357; Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:155.

ve alt katında diğeri ve müşterek iki hanenin birisinde biri ve diğesinde diğeri oturmak üzere muhayeeleri gibi.”⁶⁶

Zaman bakımından mühâye'e ortakların müşterek malın tamamından hisseleriyle orantılı bir zaman dilimi için peş peşe yaralanması şeklinde gerçekleşir. Bu anlamıyla aslında ortakların hisselerinin zaman ölçeğiyle ifade edilmesi anlamı taşır. Mekan bakımından mühâye'e ortak malın taraflara hisseleri oranında tahsis edilmesi demektir. Bu tür mühâye'ede ortaklar menfaatlerini aynı anda kendilerine tahsis edilen parçada kullanırlar.⁶⁷ Bir kısım evde oturmak ve bir kısım yerlerde ziraat etmek gibi menfaatleri muhtelif şeylerde mühâye'e yapılabilir. Bu durumda da mekan bakımından mühâye'e gerçekleşmiş olur.⁶⁸

Zaman bakımından mühâye'e ile ilgili Bab Mahkemesi 172 numaralı sicilde (H.1152/M.1740) tarihli bir örnekle karşılaşılmaktadır. İlgili mahkeme kararında müşterek bir mal vakıf malı olduğu için taksime elverişli değildir. Bu nedenle ortaklar hisseleriyle orantılı zaman dilimleri belirleyerek müşterek malı nöbetleşe kullanmaya karar vermektedirler.⁶⁹

Bab Mahkemesi 197 Numaralı sicilde kayıtlı (H. 1162/M.1749) tarihli bir başka mahkeme kararında da tarafların zaman bakımından mühâye'e konusunda

⁶⁶ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 238.

⁶⁷ Bu bakımdan Mekan mühâye'esi mekânsal paylaşımın mümkün olduğu mallarda söz konusu olur. Araba, kitap, hayvan veya küçük bir ev gibi mekânsal paylaşımın mümkün olmadığı mallarda sadece zaman bakımından mühâye'e yapılabilir. Zuhaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 7:188, 190.

⁶⁸ Halebî, *İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi*, 4:87.

⁶⁹ “...mezbûr kâbil-i taksîm olmamağla muhâyee iktizâ etmeğın ben menzil-i mezbûrdan çıkıp târîh-i kitâbdan iki sene tamâmına değın bi'l-muhâye karındaşım mezbûr Hasan sâkin olduktan sonra bir sene dahi ben sâkin olmak üzere beynimizde terâzi ve tevâfuk eyledik dedikte mezbûr Hasan dahi mukırr-ı mezbûr Süleyman'ı ikrâr-ı meşrûhunda vicâhen tahkik ve şifâhen tasdik etmeğın mâ-hüve'l-vâki' bi't-taleb ketb olundu...” Kararın tam metni için bkz. *Bab Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (1152-1153/1740)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 135. Aynı yönde başka bir karar örneği için bkz. *Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (1143-1144 / 1730-1732)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 375.

anlaştıkları görülmektedir. Taraflardan nöbet sırası geçmiş olanın evi tahliye etmesi ve nöbet sırası gelene teslim etmesi hüküm altına alınmıştır.⁷⁰

Mekan bakımından mühâye'e ile ilgili de mahkeme kararlarında örnekler rastlamak mümkündür. Örneğin İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicilde (H. 1107/M.1695) tarihli bir kararda bir malın babalarından miras kalan hisseleri oranında mekan bakımından mühâye'e yoluyla birçok malın menfaatinin paylaşıldığı görülmektedir. İlgili kararda hangi ortağın hangi malın hangi kısmında kullanım hakkına sahip olacağı ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir.⁷¹

⁷⁰ "...üzere bin yüz altmış iki senesi Rebî'ülevvel'inin on dördüncü gününden iki yüz on yedi gün tamamına değin müvekkile-i mezbûre Hadîce ile sagîre kızı mezbûre Âişe muhâyeeten sâkineler olup müddet-i mezkûr tamamında yüz kırk iki gün tamamına değin ben sagîre kızım Ümmügülüm ile ber-vech-i muharrer muhâyeeten sâkineler olmak üzere herbirimiz asâleten ve vesâyetin râziyeler olmuşidik hâlâ müvekkile-i mezbûre Hadîce Hatun ile sagîre kızı mezbûre Âişe'nin ber-vech-i meşrûh müddetler tamam olmağın menzil-i mahdûd-ı mezkûru tahliye ve bana teslim olunması bi'l-asâle ve bi'l-vesâye matlûbumdur deyü da'vâ eyledikde vekîl-i mezbûr Mustafa dahi fi'l-hakîka hâl vech-i meşrûh üzere olduğunu ikrâr ve i'tirâf etmeğın mücebiyle menzil-i mahdûd-ı mezkûru müvekkile-i mezbûre Hadîce Hatun tahliye ve müdde'îye-i mezbûre Zeyneb Hatun'a yüz kırk iki gün kızı ile ma'an sâkine olmak için teslimine vekîl-i mezbûr Mustafa'ya tenbîh olunduğu Mahkeme-i Bâb'da ba'de't-tescîl huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu..." Kararın tam metni için bkz. *Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (1162-1163 / 1749-1750)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 379.

⁷¹ "...menzil-i mezbûr kâbil-i kısmet olmağla tevliyetim hasebiyle kız karındaşım mezbûre Havva ile beynimizde muhâyee bi'l-mekân vechi üzere taksîm olunmak matlûbumdur dedikde gibbe't-tasdîki's-şer'î mi'mârân-ı mezbûrân menzil-i mezbûru mesâha eylediklerinde tûlen ve arzen bi-hesâbı terbî'î beş yüz kırk iki zirâ' binâlı arsa ve üç bin altı yüz yetmiş sekiz zirâ' arsa-i hâliyeden mezbûrân el-Hâc Hürrem Çelebi ve Havva'dan herbirine ikişer yüz yetmiş birer zirâ' binâlı arsa ve bin sekiz yüz otuz dokuzar zirâ' arsa-i hâliye isâbet etdiği zâhir ve müte'ayyen olmağın dâhiliyede vâkî' tahtânî üç bâb oda ve sofa ve hamam ve câmekân odası ve sofanın köşesinde vâkî' direkden cunba üçüncü parmaklıktan doğru kal'a duvarı ve bende vaz' olunan alâmete münthehî oluncaya değin sağ cânibde vâkî'a hadîka mezbûr el-Hâc Hürrem Çelebi'ye hisse ta'yîn olunup ve hâriciye-i menzil-i mezbûr ma'a arsa-i hâliye ve dâhiliyede vâkî' matbah ve köşk ve orta kapı ve sol tarafda vâkî'a bâkî hadîka mezbûre Havva'ya hisse ta'yîn ve tahsîs olundukda herbiri muhâyee bi'l-mekân vechi üzere kabz ve kabûl etmeğın vâkî' hâli mevlânâ-yı mezbûr mahâllinde tahrîr ve ma'an ba's olunan Ali Çelebi b. Mustafa ve Mehmed Çelebi b. İbrahim ile meclis-i şer'a gelip alâ vukû'ihî inhâ ve takrîr etmeğın mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu..." Kararın tamamı için bkz. *İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (1107-1108 / 1695-1697)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 119.

Zaman bakımından olsun mekan bakımından olsun mühâye'ede anlaşılması beraberinde şöyle soruları akla getirebilir: Önce kim yararlanmaya başlayacak ya da malın hangi kısmından kim faydalanacak? Tarafların bu sorular üzerinde de bir anlaşmaya varması gerekecektir. Varamadıkları takdirde hakimın sırayı belirleme yetkisi bulunmaktadır. Hakim tıpkı taksimde olduğu gibi tarafların durumunu değerlendirerek taraflar arasındaki sıralamayı belirler.⁷² Ancak hakimın ileride kendisiyle ilgili oluşabilecek kötü düşünceleri bertaraf etmek ve dolayısıyla töhmeti ortadan kaldırmak için kur'a yöntemine başvurabilir.⁷³ Mecelle madde 1180, "*Zemânen muhayeeede bidayet için yani hissedarlardan kangisi evvel intifa etmek için kur'a çekildiği gibi mekânen muhayeeede dahi kur'a ile ta'yin-i mahal olunmalıdır.*"⁷⁴ hükmüyle söz konusu anlaşmazlık ihtimalinin ortadan kaldırılması için kur'a yöntemini düzenleme altına almıştır.

Kur'a yöntemiyle kullanım sırasını belirlemeye örnek olarak Bab Mahkemesi 92 Numaralı sicile kayıtlı (H.1121/1709) tarihli bir mahkeme karar gösterilebilir. İlgili kararda vakıf malı olduğu ve mütevellisi izin vermediği için taksim edilemeyen bir müşterek malın zaman bakımından mühâye'e ile menfaatinin paylaşılmasına taraflarca karar verilmiştir. Ancak taraflar kullanmaya başlama sırası bakımından uyuşmazlığa düşünce kur'a çekilerek kullanım sırası belirlenmiştir.⁷⁵

⁷² Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:157.

⁷³ Serahsî, Mebsût, 20:275; Merjinânî, Delilleriye Hanefî Fıkhî El-Hidâye, 4:77.

⁷⁴ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 239.

⁷⁵ "...menzilin üç hisseden bir hissesi benim ve iki hissesi kız karındaşım müvekkile-i mezkûrenin taht-ı tasarrufumuzda olup menzil-i mezkûr vakıf olmağla mütevellî-i vakf-ı mezbûr taksîme izin vermediğinden gayrı hisselerimiz mikdârı taksîme benim dahi rızâm olmayıp ve muhâye'e-i mekâniye mümkün olmamağla muhâye'e-i zamâniye ile her birimiz hisse mikdârı sâkin olmak lâzım gelmeğın her bir senede dört ay ben ve sekiz ay karındaşım müvekkile-i mezkûre sâkine olmak üzere vekîl-i mezkûr ile kavî ü ittifâk edip lâkin evvelen ve sâniyen sâkin olmakda beynimizde ihtilâf olunmağın şer'an kur'a olundukda evvelen sâkin olmak mezkûr Mehmed Çelebi'nin kur'asında zuhûr edip târih-i kitâbdan dört ay tamamına değın mezkûr Mehmed Çelebi sâkin olup ba'dehû mezkûr Mehmed Çelebi menzil-i mezkûrdan hurûc ve sekiz ay müvekkile-i mezkûre Sâliha sâkine olmak üzere tarafeynden her birine tenbîh olunmağın mâvaka'a bi't-taleb ketb olundu..."

Mühâye'e zaman bakımından yapılmışsa ortakların her birinin menfaatten yararlanma süresi açıkça belirlenmelidir. Çünkü ortakların yararlanma süresinin tespit edilebilir oluşu menfaatin ne oranda pay edildiğini göstermektedir. Mekan bakımından mühâye'e ise zaman belirlemesi yapılması şart değildir.⁷⁶

Mecelle madde 1178'de "..... Binaenalâzalik zemânen muhayeede şu kadar gün yahut şu kadar ay gibi bir müddet zikr ve ta'yin olunmak lazımdır." ve Mecelle madde 1179'da ".....Binaenalâzalik mekânen muhayeede zikr ve ta'yin-i müd det lazım değildir." denilerek zaman ve mekan bakımından mühâye'enin yararlanma süresi belirleme şartı bakımından durumu ortaya koyulmuştur.⁷⁷

Paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarında yararlanma ve yönetime ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi ile eşyanın kullanım şeklinin düzenlenmesi söz konusudur. Paydaşların yaptıkları anlaşmayla maldan yararlanma ile yönetim konularında değişiklik olmakta; kanundan farklı olarak işlerin yürütülmesi anlaşma yoluyla farklılık göstermektedir.⁷⁸

Paydaşlar yaptıkları anlaşmayla eşyanın kullanım biçimini de düzenlemektedir. Eşyanın kullanma biçiminin değiştirilmesi, birden fazla kişi tarafından o eşyanın kullanılacak olması sebebiyle son derece önemlidir. Ancak kimi durumlarda eşyanın aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılması mümkün olmaz. Böyle bir durumun varlığı halinde zaman ve mekân esasına göre birtakım belirlemeler yapılır. Örneğin taşınır bir eşyada, bu eşyanın kullanımı belirli zaman aralıklarıyla sağlanabilir. Taşınmaz eşyalarda ise belirli zaman aralıklarıyla kullanım söz konusu olabileceği gibi taşınmaz fiilen bölünerek her bir

Kararın tamamı için bkz. *Bab Mahkemesi 92 Numaralı Sicil (1120-1121 / 1709)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 500.

⁷⁶ Serahsî, *Mebûsât*, 20:270; Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:357; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, 7:189.

⁷⁷ Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, 239. Zaman ve mekan bakımından mühâye'enin yararlanma süresini belirleme açısından farklılık taşınması hukuki niteliklerindeki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bu durum "Hukuki Niteliği" başlığı altında izah edilecektir.

⁷⁸ Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 246.

kısmın paydaşlardan biri tarafından kullanılabilceği düzenlenebilir.⁷⁹ Ayrıca zaman esasına göre yapılacak belirlenmelerde eşyanın, sıra ile ve belirli dönemlerde bütün ortaklar tarafından kullanıma sunulması mümkündür.⁸⁰

Paydaşların eşyanın kullanımını zaman ve mekân esasına göre belirleyebilecekleri gibi başka bir kullanım biçimi de öngörebilirler. Bu çerçevede bir eşyanın belirli bir kısmının belirli zaman aralıklarıyla kullanılacağına ilişkin anlaşmaları geçerlidir ve böyle bir durumda zaman ile mekân esaslarının birleştiği görülmektedir.

C. Hukuki Niteliği Bakımından Karşılaştırılması

Mühâye'nin akit niteliğinde olması üzerinde literatürde tartışma bulunmamaktadır. Hangi türde bir akit olduğu konusunda ise çeşitli benzetmeler yapılsa da görüşlerin genellikle mühâye'enin muâvazattan bir akit olduğu ve icâre hükümlerine başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸¹

Mühâye'enin muâvaza türünde (ivâzlı) bir akit olduğu ortadadır. Nitekim taraflar bir takım hak ve yetkilerini değiş tokuş etmektedirler.⁸² Bununla birlikte icâreye benzemekle birlikte mühâye'ede tümüyle icâre hükümlerini uygulamak da mümkün değildir. Çünkü mühâye'e ile elde edilen hak ve yetkiler icâre ile elde edilenin altındadır. Nitekim icâre tarafların tek taraflı iradesi ile feshedilemezken mühâye'e de taraflardan birinin taksim istemesi ile mühâye'e sona erer. Ayrıca icâre taraflardan birinin ölümüyle geçersiz hale gelirken böyle bir durumda mühâye'e geçerliliğini korur.⁸³

⁷⁹ Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 247-248; Atamulu, "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Bir Neticesi Olarak Taşınmazın Fiili Taksimi," 14.

⁸⁰ Özmen, *Devre Mülk Hakkı*, 90.

⁸¹ Dönmez, "Muhâye'e," 509.

⁸² Muâvaza terimi ivazdan türemiş olup değiş tokuş anlamına gelmektedir. Şemsettin Sami, *Kâmûs-ı Türki*, 1368.

⁸³ Ayrıca Mühâye'e ariyet akdi ile de benzetilemez. Çünkü ariyet hak doğurucu bir akit değildir. Oysa mühâye'e hak doğurucu niteliktedir. Serahsî, *Mebûat*, 20:269.

Mühâye'enin ifraz ve mübadele yönü ise zaman veya mekan bakımından olması durumunda farklı değerlendirilmiştir.

Hanefilere göre zaman bakımından mühâye'ede mübadele yönü baskındır. Çünkü her bir ortağın kendi nöbetindeki menfaatiyle karşı tarafın nöbetindeki menfaati değiştirilmiş olur.⁸⁴ Böylelikle ortaklar kendilerine ayrılan zaman diliminde hem kendi menfaatini hem karşı tarafın menfaatini kullanırlar. Ancak zaman bakımından mühâye'ede ifraz yönü de bulunmaktadır. Nitekim burada ortaklığın payı istikraz edilmiş kabul edilir.⁸⁵

Mekan bakımından mühâye'e ise her bakımdan ifrazdır.⁸⁶ Burada ortaklar paylarını ayırmakta ve fakat değiştirmemektedir.⁸⁷ Mühâye'e öncesi ortakların hisseleri malın her yerine dağılmışken, mekan bakımından mühâye'e sonrası hisseler ortaklara tahsisi edilen kısımlarda birleştirilmiş ve dolayısıyla bir ayırma işlemi gerçekleşmiştir.⁸⁸

Mecellede zaman bakımından ve mekan bakımından mühâye'enin ifraz mı mübadele mi olduğuna ilişkin olarak şu şekilde bir yaklaşımla karşılaşılr:

Mecelle madde 1178 “Zemânen muhayee bir nevi mübadeledir. Şöyle ki bir hissedarın kendi nöbetindeki hisse-i menfaati diğer hissedarın nöbetindeki hisse-i menfaati ile mübadele edilmiş olur. Bu cihetle zamanen muhayee icare hükmündedir.”

Mecelle madde 1179 “Mekânen muhayee bir nevi ifrazdır. Şöyle ki iki hissedarın mesela bir müşterek konakda olan menfaatleri şayi ya'ni ol konağın her

⁸⁴ Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:157.

⁸⁵ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:357. Hanbelilere göre zaman bakımından mühâye'e muâvaza yani karşılıklı ivazlaşmadır. Şafiilerin görüşünde ise hissesinden fazlasını tahsil edenin ücret ödeme yükümlülüğü olduğundan mühâye'enin mübadele niteliğinde olduğunu ileri sürdükleri anlaşılmaktadır. Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, 7:188-189.

⁸⁶ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:357.

⁸⁷ Merginânî, *Delilleriye Hanefi Fıkhı El-Hidâye*, 4:76.

⁸⁸ Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:157.

cüz'üne şâmil iken muhayee ile birinin menfaati ol, konağın bir kıtasında ve diğerinin menfaati diğer kıt'asında cem' edilmiş olur."⁸⁹

Paylı mülkiyette paydaşların, paylı mülkiyet konusu eşyadan yararlanma ve yönetimine ilişkin anlaşmaları, doktrindeki hâkim görüşe göre sözleşme niteliğindedir.⁹⁰ Doktrindeki hâkim görüş, mühâye'enin de bir sözleşme olduğu hâkim görüşüyle birbirine uygun düşmektedir. Söz konusu anlaşmada, edim değişimi olmayıp eşyadan yararlanma ve eşyayı yönetmeye ilişkin bir amaç söz konusu olduğundan, sinellagmatik sözleşme özelliği gündeme gelmez.⁹¹ Doktrindeki bir diğer görüşe göre paydaşların yaptıkları anlaşma, karşılıklı borç doğuran sözleşme olmayıp oybirliğiyle alınan karar niteliğindedir.⁹² Ayrıca söz konusu anlaşmaları, çok taraflı olduklarından dolayı şirket sözleşmeleriyle benzetener de vardır.⁹³

Paydaşların yaptığı anlaşma her ne kadar sinellagmatik sözleşme niteliğinde olmasa da buradan paydaşların yükümlülüklerinin bulunmadığı sonucu çıkmaz.⁹⁴ Söz konusu anlaşmayla birlikte paydaşlar birtakım yükümlülükler yüklenir.

D. Hükümleri Bakımından Karşılaştırılması

Mühâye'enin kurulmasından sonra taraflar müşterek mal üzerinde zaman veya mekana bağlı olarak kullanım hakları elde ederler. Ortaklardan her biri

⁸⁹ İlgili maddelerin devamında zaman bakımından mühâye'enin mübadele niteliği gereği muhakkak süre belirlenmesine ihtiyaç olduğu, mekan bakımından mühâye'e ise ifraz niteliğinde olduğu için süre tayinine gerek bulunmadığı ifade edilmektedir. Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, 238-239.

⁹⁰ Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 244; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 358; Atamulu, "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Bir Neticesi Olarak Taşınmazın Fiilî Taksimi," 14.

⁹¹ Genç Arıdemir ve Aksoy Dursun, "Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi," 81; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 401; Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 244.

⁹² Özmen, *Devre Mülk Hakkı*, 88; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 329.

⁹³ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 401.

⁹⁴ Atamulu, "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Bir Neticesi Olarak Taşınmazın Fiilî Taksimi," 15; Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 245.

kendine ayrılan zaman diliminde veya kendine ayrılan mekanda müşterek maldan istediği gibi bizzat yararlanabilir.⁹⁵

Tarafların mühâye'e konusu malın sınırları konusunda ihtilafa düşmeleri durumu söz konusu olabilir. Burada anlaşmazlık tarafların mühâye'den doğan hak ve yetkilerini kullanma sahaları hususundadır. Bu gibi durumlarda mahkemelerin bilirkişi marifetiyle malın sınırlarını belirleme yoluna gittikleri görülmektedir. Örneğin, İstanbul Mahkemesi 172 Numaralı Sicile kayıtlı (H. 1257/M.1841) tarihli bir mahkeme kararında zaman bakımından mühâye'eye konu olmuş bir mal bulunuyor. Taraflar mühâye'enin varlığı konusunda değil mühâye'eye tabi malın sınırları konusunda bir anlaşmazlığa düşüyor. Üzerinde anlaşmazlık olan kısmın da mala dahil olduğu konusunda bilirkişi kanaati nedeniyle davalı davacıya müdahaleden men ediliyor.⁹⁶

⁹⁵ Zuhaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 7:192; Ortaklar menfaatleri muhtelif şeylerde de mühâye'e yapabilir. Bir kısım evde oturmak ve bir kısım yerlerde ziraat etmek gibi. Halebî, *İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi*, 4:87.

⁹⁶ "...gedik-i mezkûru bi'l-iştirâk isti'mâl mümkün olmadığından evvelen beş sene-i kâmile mersûm Acı Ligor zimmî ile zevcesi ve müvekkilesi mersûme müstakillen ve ba'dehû bir sene-i kâmile ben müstakillen bi'l-münâvebe zabt u tasarruf etmek üzere bâ-re'y-i mütevellî muhâyee olunmuş idi lâkin dükkân-ı mezkûrun derûnunda kâin üç bâb odalardan sikke-i nâfizeye küşâde sokak kapısı ve nerdubân ve matbah ve âbdesthâne ve memşâ ve bir mikdâr sofayı müştemil ...? zemîne kadar tahta perde ile müfrez bir bâb odada ben ez kadîm zevcem hâzıra-i mersûme ile ma'an mütemekkinler iken mersûm Ligor zimmî bu oda dahi gediğin müştemilâtındandır deyü mârrü'z-zikr tahta perde ve âbdesthâneyi hedm birle benim oda-i mezkûreyi tasarrufuma mûmâna'at eder suâl olunup mûmâna'atı ref' olunmak murâdımdır deyü da'vâ ettikte asıl ve vekîl-i mersûm Acı Ligor zimmî dahi cevâbında ber-vech-i muharrer muhâyeeyi ikrâr lâkin oda-i mezkûrenin müştemilât-ı mezbûre ile ber-minvâl-i muharrer müfrez olduğunu tasdik etmemekle husûs-ı mezkûrun mahâllinde bi'l-mu'âyene tahkiki'çün cânib-i şer'-i kaviyyü'l-esâdan irsâl olunan Kâtib es-Seyyid Mustafa Rifat Efendi mahâll-i mezkûra varıp cerîdede mazbûtü'l-esâmî Müslim ve re'âyâ huzûrlarında oda-i mezkûrenin müştemilât-ı merkûme ile ber-vech-i meşrûh müfrez olduğunu müşâhede ve mu'âyene birle hâzırûn-ı merkûm[ûn]un dahi ber-vech-i muharrer ihbâr eylediklerini mahâllinde ketb ü tahrîr ve ma'an meb'ûs ümenâ-i şer'le meclis-i ma'kûd-ı mezkûra gelip tarafeyn muvâcehelerinde tasdiklerine mukârin alâ-vukû'ihî inhâ ve takrîr etmeğin zevce-i hâzıra-i mersûme ile oda-i mezkûrede temekkünlerine asıl [ve] vekîl-i mersûm Acı Ligor zimmînin ber-vech-i muharrer vâkî' olan mûmâna'atı men' olunmak iktizâ eylediği İstanbul Mahkemesi'nden huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu..." Kararın tam metni

Mühâye'enin taraflarının müşterek malı bizzat kullanmak yerine icare, iare veya buna benzer diğer istiğlâl yollarına başvurmak suretiyle kullanmanın mümkün olup olmadığı müşterek malın niteliğine ve mekan veya zaman bakımından yapılmasına göre farklı değerlendirilmiştir.

Literatürde ev veya evleri icara vermek suretiyle mühâye'e mümkündür. Ancak hayvan ve köle bakımından icare verip ücreti paylaşmak hukuka uygun bulunmamıştır.⁹⁷

İstiğlâl yoluyla yararlanmayı zaman veya mekan bakımından mühâye'ede de ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Mekan bakımından mühâye'de taraflar kendine tahsis edilen mekanda istiğlâl yoluna başvurabilirler. Çünkü mühâye'e ile taraflar menfaate malik olmuştur ve bunu istediği yolla kullanabilirler. Ortaklardan her birinin kendisine düşen mekandan bizzat yararlanması mümkün olduğu gibi, istiğlâl yoluyla kullanması da mümkündür. Bu yararlanma şekline akid kurulurken ayrıca yer verilmesine gerek bulunmamaktadır.⁹⁸ Başka bir ifadeyle ortaklar mühâye'e ile kendisine isabet eden hisseden kazanç sağlayabilir. Akid sırasında şart koşulmuş olsun veya olmasın farketmez. Nitekim menfaatler mülkünde doğmuştur.⁹⁹

Zaman bakımından mühâye'ede ise istiğlâl yoluyla yararlanma konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir kısım hukukçu zaman yoluyla mühâye'ede istiğlâl yolunun akid kurulurken şart koşulması gerektiğini aksi halde tarafların kendi nöbetlerinde müşterek malı icare veya iare gibi yollarla kullanamayacaklarını ileri sürmektedir. İstiğlâl yolunun şart koşulduğu zaman bakımından mühâye'eler için ise görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bazı hukukçular zaman bakımından mühâye'ede ariyet manası olduğunu ve ariyetin ücret ile başkasına kiralanmayacağını ifade ederek istiğlâl şart koşulmuş olsa da zaman

için bkz. *İstanbul Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (1257-1258 / 1841-1842)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 167.

⁹⁷ Halebî, *İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi*, 4:87; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, 7:157.

⁹⁸ Ariyet ve icare sözleşmelerinde ise durum böyle değildir. Mola Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı*, (Gurer ve Dürer Tercümesi), 4:357.

⁹⁹ *Merginânî, Delillere Hanefî Fıkhı El-Hidâye*, 4:76.

bakımından mühâye'e de şartın geçersiz olduğunu kabul ederler. İmam Muhammed başta olmak üzere diğer bir kısım hukukçular ise zaman bakımından mühâye'e istiğlâlin şart koşulabileceğini, tarafların her birinin kendi nöbetinde müşterek malı kiraya verebileceğini belirtmektedirler.¹⁰⁰

Osmanlı dönemi uygulamasında baktığımızda ise her iki çeşit mühâye'e için de örneğin kiraya vermek yoluyla kullanımın mümkün olduğunu görmekteyiz. Nitekim Mecelle madde 1185'de "*Hissedarlardan her biri zemânen muhayeeden sonra kendi nöbetinde akar-ı müştereki ve mekânen muhayeeden sonra kendi hissesine isabet eden kıtayı bizzat istimal edebildiği gibi ahara icar ile kendisi için ücretini ahzedebilir.*"¹⁰¹ düzenlemesi mühâye'e taraflarının kullanım haklarına ilişkindir. İlgili madde hem zaman hem de mekan bakımından mühâye'ede ortakların bizzat kullanım hakkı olduğu kadar icara vermek gibi istiğlâl yoluyla da müşterek malın kullanılabilceğini düzenlemektedir.

Pîrizâde'te ait bir fetvada tarafların zaman bakımından mühâye'e üzere menfaati pay edilmiş bir malda nöbetleri sırasında malı kiralamaları ile ilgili şöyle bir fetva ile karşılaşmaktadır:

"Zeyd Hind ile ael-iştirak malik oldukları menzil kabil-i kısmet olmamakla Zeyd ve Hind ol menzilde mühâyeeten sâkin olmak üzere terâhi ettiklerinden sonra Hind ol menzilde nöbetinde kendi sakine olmayıp menzili Amr'a îcâr eylese Hind nöbetinde Amr'ın bi'l-icâre iskân olunmasının Zeyd'e zararı yokken Zeyd mücerred "Nöbetinde kendin sâkine ol, âharı iskân ettiğine razı olmam" deyu Hind'i men'a kâdir olur mu?

el-Cevab: Olmaz."¹⁰²

Mühâye'eye konu olan malın icara verilerek ücretinin paylaşılması hususunda mahkeme kararlarında örnekler bulmak mümkündür. Söz konusu

¹⁰⁰ Burada yazar zaman bakımından mühâye'ede şart koşulmadığında tarafların kendi nöbetinde istiğlale başvuramayacağı konusunda Hanefi mezhebinde ittifak olduğunu dile getirmektedir. Zuhaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 7:192.

¹⁰¹ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 240.

¹⁰² Nefîcetü'l Fetâva, es-Seyyid Ahmed Efendi ve es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî (İstanbul: Klasik Yayınları, 2014), 380.

örneklerden biri Bab Mahkemesi 197 numaralı sicile kayıtlı (H.1163/M.1750) tarihli mahkeme kararlarıdır. İlgili kararda müşterek bir evde mühâye'e ile ortaklardan birinin kızıyla birlikte ikamet ettiği, ancak mahalle sakinlerinin kendilerinden şikayetçi olmaları sebebiyle başka bir mahalleye taşınıp evin kiraya verilerek mühâye'ede nöbet süreleri olan yüz kırk iki günün bitimine kadar ücretin kendilerine verilmesi hususunda ortaklar anlaşmaya varmaktadırlar.¹⁰³

Mühâye'e ile menfaati paylaşılan bir malın taraflardan birinin kendi hissesi bakımından bizzat kullanması diğer ortağın hissesi bakımından ise kira yoluyla kullanmaya devam etmesi de mümkündür. Örneğin, İstanbul Mahkemesi 94 numaralı sicilde kayıtlı (H.1222/M.1807) tarihli bir mahkeme kararında zaman bakımından mühâye'e yapılacakken taraflar öncelik sonralık konusunda ihtilafa düşüyorlar. Kur'a çekilecekken davacının kendi nöbetinde davalıyı kiracı olarak tutmayı kabul etmesiyle uyuşmazlık çözülüyor.¹⁰⁴

¹⁰³ "...mantûkunca bi-tarıkl'l-muhâyee hâlâ yüz kırk iki gün mezbûre Zeyneb ile kızı sağire-i mezbûre Ümmügülüm'ün nevbet-i tasarrufları olmağla mezbûre Zeyneb Hatun menzil-i mezkûrda sâkine olmak murâd ederken mezbûre Zeyneb kendi hâlinde olmayıp ahâl-i mahallenin ricâl ve nisâsı mezbûrenin lisânından mütezziler olup her vechile kendiden râhat ve emniyetimiz olmamağla mezbûre Zeyneb'in ve kızı sağire-i merkümenin nevbet-i muhâyeeleri olan yüz kırk iki gün tamamına değin menzil-i mezkûr âhara icâr olunup icâresi kendiyeye verilmek murâdımızdır deyü herbiri ba'de't-teşekkî mezbûre Zeyneb Hatun dahi ba'de'l-yevm menzil-i mezkûrda nevbet-i muhâyeesi tamam olunca kendi sâkine olmayı[p] mahalle-i mezbûre imâmı ma'rifetiyle küfelâsıyla bir âhar kimesneye icâr olunmak üzere râziye olup bu vechile kat'-ı nizâ' eyledikleri Bâb'dan huzûr-ı âlilerine i'lâm olundu..." Kararın tam metni için bkz. *Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil*, 401.

¹⁰⁴ "...akd-i muhâyee birle bizler dahi hissemize iktizâ eden müddetde müstakillen sâkin olmak murâdımızdır deyü mütevellî vekîli hâzır olduğu hâlde asâleten ve vekâleten eylediğimiz da'vâmızı mezbûr Ömer bi-tamamihi ikrâr ve tasdik, lâkin dükkân-ı mezkûrda külliyetli zimemâtım olmağla işbu târihten evvelâ muhâyee ben hissemeye göre müstakillen sâkin olurum deyüp evvel ve sâni husûsunda beynimizde münâza'a peydâ olmağla kur'a olunmak üzere iken beynimiz islâh ve tevfiik olunmağla biz ber-vech-i muharrer mutasarrif olduğumuz üç rub' hisse-i mezkûre ile nısf gedik-i mezkûru hüsn-i rızâ ve tayyib-i ihtiyârımızla şehri-âtî Zilka'deti's-şerîfesi gurrasinden mezbûr Ömer Ağa'ya beher şehri yirmişişer guruşa cümlemiz icâr ve teslim, ol dahi ber-vech-i muharrer isticâr ve kabûl edip mâh be-mâh yirmişişer guruş kirâyı bize bilâ-ta'allül tamamen edâ ve teslim ta'ahhüd eyledi deyü ba'de'l-ikrâr ve't-tasdik bu vechile kat'-ı münâza'a eyledikleri İstanbul Mahkemesi'nden huzûr-ı âlilerine i'lâm olundu..." Kararın tam metni için bkz. *İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (1222-1223 / 1807-1809)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul:

Malın başkasına kullandırılıp ücretinin alınması durumu beraberinde başka soruları da getirmektedir. Örneğin birinin nöbetinde ücret fazla olursa, birine tahsis edilen mekanın ücreti fazla olursa, bu fazlalıkta diğer tarafın hakkı var mıdır?

Mecelle madde 1186 bahsi geçen soruya şu şekilde cevap vermektedir: "İbtida menâfi' üzerine muhayee olunduktan sonra hissedarlar kendi nöbetlerini icar edip de birinin nöbetinde galle ziyade olsa diğer hissedar ol ziyadede müşârik olmaz. Amma ibtida istiğlâl etmek üzere mesela bir müşterek hanenin kirasını bir ay biri ve bir ay diğeri almak üzere muhayee etseler fazlası müşterek olur. Fakat iki haneden birinin gallesini biri ve diğerinin gallesini diğeri almak üzere muhayee etdiklerinde bir hanenin galleli ziyade olsa diğer hissedar ana müşârik olmaz."

Mecele'nin ilgili maddesine göre akid kurulurken kararlaştırılmamasına rağmen taraflar kendi nöbetlerinde müşterek malı kiraya vererek kullanıyorsa, kira bedelleri arasında oluşan farklılıklar taraflar nezdinde hak doğurmaz. Başka bir ifadeyle az gelir elde eden çok gelir elde edenden aradaki farkı talep edemez. Mühâye'e akdi kurulurken istiğlâl kararlaştırılmışsa durum değişebilir. İstiğlâlen kullanılacak bir müşterek malın kirasında oluşan farklılıklar ortaklar arasında paylaşılır. Ancak istiğlâlen kullanılan mallar birden fazlaysa, örneğin bir evi bir ortak diğer evi diğer ortak kullanacaksa taraflar malların kiralari arasında oluşan farkta ortak değillerdir.

Tek bir mal üzerinde yapılan mühâye'ede mübadele yönü ağır basar ve taraflar ödünç alan ve veren durumundadır. Oysa iki mal üzerine yapılan mühâye'ede ifraz yönü ağır basmaktadır ve herbir ortağın hissesinde meydana gelen fazlalık kendisine ait olur.¹⁰⁵

Taraflar karşı tarafın rızası olmadan mühâye'e konusu mal üzerinde karşı tarafın izni ve rızası olmaksızın hiçbir değişiklik yapamazlar. Örneğin, yeni yapılar ekleyemezler, duvarına kapı veya pencere açamazlar. Çünkü mühâye'e bir menfaat paylaşımıdır. Taraflar ortak mülkiyetten kaynaklı diğer haklarını

İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 145. Aynı yönde başka bir karar örneği için bkz. *Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil*, 488.

¹⁰⁵ Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:159.

muhafaza etmektedirler. Hatta mühâye'eye konu olan malların birden çok oluşu da durumu değiştirmez. Örneğin biri üst katta biri alt katta oturmak üzere mühâye'e yapılmışsa taraflar kendi kullanım alanlarındaki mekanlarda değişiklik yapamazlar.¹⁰⁶

Paylı mülkiyet ilişkisinde TMK madde 689/1'den hareketle paydaşlar paylı mülkiyet konusundan yararlanma ve onun yönetimine ilişkin oybirliğiyle anlaşarak diledikleri gibi sözleşme yapabilirler ve kullanım hakkına sahip olurlar. Bu açıdan tartışmalı olan husus oybirliği ile alınan bir kararın, oyçokluğuyla değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesidir. Örneğin paydaşlar paylı mülkiyet konusunun kiraya verilmesi hususunda oybirliğiyle anlaşmışlar ve fakat sonradan bazı paydaşlar kiraya ilişkin bazı şartlarda değişiklik yapmak istemiştir. Burada kanaatimizce oybirliğiyle alınan kararların, ancak oybirliğiyle değiştirilmesi kabul edilmelidir.¹⁰⁷

Paydaşlar, zaman ve mekân esasına göre eşyanın kullanımı belirleyebilecekleri gibi kullanımı bir ya da birkaç paydaşa bırakarak bunun karşılığında bir kullanma bedeli alınmasını da kararlaştırabilirler.¹⁰⁸ Paylı mülkiyet konusu şeyin gelir getirmesi amacıyla kiraya verilmesi de söz konusudur.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Serahsî, *Mebsût*, 20:271.

¹⁰⁷ Ayrıca bkz., Genç Arıdemir ve Aksoy Dursun, "Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi," 83.

¹⁰⁸ Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 249; Özmen, *Devre Mülk Hakkı*, 90.

¹⁰⁹ Özmen, *Devre Mülk Hakkı*, 90.

E. Sona Ermesi Bakımından Karşılaştırılması

Mühâye'e karşılıklı rıza ile kurulan bir akid olduğu için yine karşılıklı rıza ile sona erdirilmesi mümkündür. Bunun dışında taraflar tek taraflı iradeleri ile de mühâye'eyi sona erdirip erdiremeyeceği mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefilerin de içinde bulunduğu çoğunluğu görüşü mühâye'enin gayri lâzım nitelikte olduğu yönündedir. Buna göre her iki taraf da sözleşmeyi özürsüz olarak feshedebilir. Malikiler ise mühâye'eyi lâzım akidlerden sayarlar tarafların tek taraflı iradesi ile sona ermeyeceğini ileri sürerler.¹¹⁰

Karşılıklı rıza ile kurulan mühâye'enin tek taraflı olarak sona erdirilmesinin istisnası taraflardan birinin kendi nöbetinde müşterek malı icara vermiş olmasıdır. Böyle bir durumda icare süresi dolmadan mühâye'e feshedilemez. Çünkü artık malda kiracının hakkı bulunmaktadır. Kiracı razı olmadıkça fesih gerçekleşmez.¹¹¹

Mecellede bahsi geçen istisna şu şekilde ifade edilmiştir:

Mecelle madde 1188 "Hissedarlar bitterazi beyinlerinde muhayee ettiklerinde ba'dehu yalnız birisi anı feshedebilir ise de biri kendi nöbetini ahara icar etmiş ise müddet-i icare münkazı olmadıkça diğeri muhayeeyi feshedemez."¹¹²

Osmanlı dönemine ait bir fetvaya da kira süresi sona ermeden fesih yapılamayacağına ilişkin istisna şu şekilde yansımaktadır:

"Hind ve Zeyneb ale'l-iştirâki's-sevî mâlike oldukları hamamın bir sene gallesini Hind ve bir sene Zeyneb almak üzere mühâye'e edip senelerin galleleri müsâvî olsa Hind nevbet-i senesinde hamamı âhara icar ve gallesini almak istedikte Zeyneb bi-gayri veçhin men'e kâdire olur mu?

El-cevâb: Olmaz."¹¹³

Mühâye'enin gayri lâzım nitelikte oluşu karşılıklı rıza ile gerçekleşen çeşidi için geçerlidir. Mahkeme kararıyla mühâye'e ise lâzım nitelikte bir akittir. Taraflar

¹¹⁰ Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, 7:185-186.

¹¹¹ Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:159.

¹¹² Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 241.

¹¹³ *Ceride-i İlmiye Fetvaları*, haz. İsmail Cebeci (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 57.

sulh olup mahkeme kararıyla mühâye'eye son verebilir, ancak anlaşma olmaksızın taraflardan birinin kendi başına özürsüz şekilde mühâye'eyi feshetmesi mümkün değildir.¹¹⁴ Mahkeme kararı ile mühâye'enin sona ermesi ile ilgili Mecelle'de şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir:

Mecelle Madde 1189 "Hükm-i hâkim ile icra olunan muhayeeyi hissedarlardan yalnız biri fesh edemezse de hepsi bitterazi fesh edebilir."¹¹⁵

Mekki Mehmed Efendi'ye ait bir fetvada mahkeme kararı ile mühâye'enin ancak tarafların oybirliği ile bozulabileceğine ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmektedir:

"Zeyd ve Amr'ın ale'l-iştirak malik oldukları menzil sağır olup kısmet olmamakla her biri menzilde birer sene müstakillen sakin olmak üzere hükm-i hakimle mühâyee ettiklerinden sonra Zeyd nöbetini ba'de't-tasarruf nöbet Amr'a gelmekle Amr menzilde süknâ murad ettikde Zeyd "Razı olmam" deyu Amr'ın izninsiz mühâyeyi fesh ve nakza kâdir olur mu?

el-Cevab: Olmaz"¹¹⁶

Mahkeme kararı ile mühâye'eyi tek taraflı irade ile feshetmek isteyen taraf muhakkak bir özre dayanmak zorundadır. Bu özür satmak veya taksim etmek şeklinde olabilir. Çünkü aksi takdirde hakim tekrar mühâye'eye karar verebilir. Bunda ise hukuki bir fayda bulunmamaktadır.¹¹⁷ Başka bir ifadeyle mahkeme kararıyla mühâye'ede taraflar taksim veya satışı gerekçe göstermeksizin malı eski haline döndüremezler. Bahsi geçen durum Mecelle'de şu şekilde ifade edilmiştir:

Mecelle Madde 1190 "Hissedarlardan biri hissesini satmak yahut taksim eylemek murad ettikde muhayeeyi feshedebilir. Amma mücerred mal-i müştereği eski haline iade etmek üzre bilâ sebep muhayeeyi feshedecek olsa hâkim ana müsaade etmez."

¹¹⁴ Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, 7:186.

¹¹⁵ Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 241.

¹¹⁶ Neficetü'l-Fetâvâ, 380-381.

¹¹⁷ Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, 7:159.

Taraflardan birinin taksim talebi durumunda ise mühâye'e sona erer ve mal taksim edilir.¹¹⁸ Çünkü ayn'ların paylaşılması menfaatlerin paylaşılmasından daha güçlüdür.¹¹⁹

Mühâye'e taraflardan birinin hissesini diğerine satması ile de sona erebilir. Böylece mal üzerinde ortaklık sona erdiği için mühâye'ede feshedilmiş olur. İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı sicilde kayıtlı (H.1242/M.1827) tarihli bir mahkeme kaydında bir vakıf malından yarı yarıya hisse ile mutasarrıf olan taraflar daha önceden mühâye'e yoluyla ilgili malın kira gelirini paylaşmaktayken hakim önünde mühâye'eyi karşılıklı rıza ile bozup, birinin hissesini diğerine devrettiği görülmektedir.¹²⁰

Türk Medeni Kanunu bakımından özel sona erme şekillerinden bahsedilmez. Bu sözleşmenin sona ermesinde genel kurallar dikkate alınmalıdır.

F. Bağlayıcılık ve Şekil Bakımdan Karşılaştırılması

Mühâye'e taraflardan birinin veya her iki tarafın ölümü ile sona ermez.¹²¹ Çünkü böyle olursa hakim mühâye'yi yeniden başlatır. Yeniden başlatmanın ise bir faydası yoktur. Nitekim mirasçı sıfatıyla mühâye'eye yeni taraf olan mirasçı

¹¹⁸ Merginânî, Delilleriye Hanefi Fıkhı El-Hidâye, 4:76; Halebî, İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi, 4:87.

¹¹⁹ Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, 7:185-186.

¹²⁰ "...icâre-i müecceleli bir bâb menzile mutasarrıf Mehmed Sâdık Efendi b. İbrahim hayatında bin iki yüz kırk bir senesi şehri Reb'ülevvelinin on yedinci günü nisfını bana ve nisf-i âharını zevcesi mezbûre Âişe Hatun'a meccânen fâriğ ve mütevelliyesi hâzıra-i mezbûre dahi vech-i meşrûh üzere tasarrufumuza izin verdikten sonra biz sene-i mezbûre Recebî'l-ferdi guresinden i'tibâren evvelen ben müstakillen bir sene ve sâniyen mezbûre Âişe Hatun kezâlik müstakilleten bir sene zabtetmek üzere mütevelliyeye-i hâzıra-ı mezbûrenin izniyle kur'a-i şer'iyeye olunarak bâ-i'lâm akd-i muhâyee etmişdik el-hâletü hâzihî biz beynimizde bi't-terâzî fesh-i akd-i muhâyee-birle ben menzil-i mahdûd-ı mezkûrda olan nisf hisse-i şây'âmı hüsn-i rızâ ve tayyib-i hâtırım ve ferâğ-ı mu'teber-i kat'î ile sekiz yüz gurusu bedel-i mabûz-ı müstehlek mukâbelesinde mezbûre Âişe Hatun'a ferâğ ve tefvîz ve teslim eylediğimde ol dahi tefevvüz ve kabûl ve mütevelliyeye-i hâzıra-i mezbûre dahi tasarrufuna izin verip ol ..." Kararın tam metni için bkz. *İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (1241-1242 / 1826-1827)*, haz. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019), 208.

¹²¹ Halebî, İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi, 4:87.

özürsüz şekilde akdi feshetme yetkisini haizdir.¹²² Mecelle madde 1191'de "Hissedarlardan birinin yahut hepsinin vefatı ile muhayee bâtil olmaz." düzenlemesine yer verilerek ölümle mühâye'nin sona ermeyeceği açıkça ortaya koyulmuştur.

İslam hukukunda rızaî akidler genellikle şekle bağlı değillerdir.¹²³ Mühâye'enin de rızai bir akid olması dolayısıyla geçerliliği için bir şekil şartı bulunmamaktadır. Taraflar yazılı veya sözlü bir şekilde mühâye'e yapabilirler. Ayrıca mühâye'enin mahkemece onaylanmasına veya herhangi bir sicile kaydedilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Paydaşların oybirliğiyle aldıkları kararlar ve yaptıkları düzenlemelerin bağlayıcılığı TMK madde 695'te açıkça düzenlenmektedir. Nitekim maddenin birinci fıkrasından söz konusu bağlayıcılığın sadece paydaşlar ve külli halefleri için değil sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanan kimseleri de kapsadığı görülmektedir.¹²⁴ Taşınmazlar bakımından da aynı bağlayıcılık, kararların tapu kütüğüne şerh edilmesine bağlanmıştır.¹²⁵

Paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları tıpkı mühâye'de olduğu gibi herhangi bir şekle tabi değildir.¹²⁶ Anlaşma, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. TMK madde 689/2'de taşınmazlarla

¹²² Merginâni, *Delilleriye Hanefi Fıkhı El-Hidâye*, 4:76; Serahsî, *Mebûsât*, 20:270.

¹²³ Hayreddin Karaman, "Akid," *Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi*, C. 2, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1989), 252.

¹²⁴ Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht* (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2003), 153; Yıldırım Keser, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim* (Ankara: Bilge, 2006), 74; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 358; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 330; Özen, "Paylı Mülkiyete İlişkin Paradigmalar ve Türk Medeni Kanunu'nun Tutumu," 160.

¹²⁵ Atamulu, "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Biresi Olarak Taşınmazın Fiilî Taksimi," 15.

¹²⁶ Keser, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, 71; Schulze-Wenck, "Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch," 1362; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 358; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 331; Arpacı, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yaralanma ve Yönetim*, 58; Öztaş, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 234; Atamulu, "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Biresi Olarak Taşınmazın Fiilî Taksimi," 15.

İlgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebileceği ifade edilse de bu düzenleme paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarının şekle tabi olduğu sonucunu doğurmaz. Söz konusu fıkradaki şekil, şerhin bir koşulu olarak kabul edilir.¹²⁷

SONUÇ

Kişiler bazen kendi tercihleriyle bazense mirasçılık gibi sebeplerle tercihleri dışında çeşitli nedenlerle ortak mülkiyet ilişkileri içinde bulunabilirler. Ortak mülkiyeti sürdürülebilir hale getiren ortakların kullanım, yararlanma ve yönetim hususlarında sulh içinde hareket edebiliyor oluşlarıdır. Kişiler ortaklaşa mülkiyete sahip oldukları mallarda ne menfaat elde edecekleri üzerinde bir anlaşmaya vardıkları takdirde mülkiyet ilişkisinin devamı mümkün olabilir. Aksi halde ortaklığın giderilmesinden başka çare kalmamaktadır. Ortaklığın giderilmesi ise her zaman ortaklar tarafından tercih edilmeyen bir durum olabilir. İslam hukukunda mühâye'eyle ve Türk Medeni Hukukunda paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarıyla tarafların sulh içinde kalarak ortak mülkiyetin devamı sağlanmaktadır. Çalışmada bahsi geçen iki kurumu karşılaştırılmış ve birtakım sonuçlara varılmıştır.

Mühâye'e ortaklıkların mal üzerindeki menfaatlerini paylaşmaları yoluyla ortaklığın devamını öngören bir sözleşmedir. Her ne kadar fıkıh kitaplarında taksim bölümlerinde bahsi geçse de taksimin ortaklığı sona erdiren ve ortakların paylarını münferit mülkiyete dönüştüren kurumdan farklılık arz eder. Mühâye'e yaygın tanımı ile menfaatlerin taksimidir. Mühâye'eyle bir ortak kendisine düşen menfaatle diğer ortağa düşen menfaati değiştirmektedir. Bu anlamda ortaklar aralarında yaptıkları anlaşma ile karşı tarafa da ait bir menfaati kullanmaktadırlar. Söz konusu durum menfaatlerin kendi cinsi ile değiştirilmesi anlamına geldiği için kıyasa aykırıdır. Ancak ortak mülkiyetin sürdürülebilirliğine ilişkin ihtiyaçtan yola çıkan İslam hukukçuları Şuara Suresinde geçen Salih Peygamber kıssasına ve çeşitli hadislere başvurarak istihsan yoluyla mühâye'eyi meşru kabul etmişlerdir.

¹²⁷ Sirmen, "Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler," 730; Özen, "Paylı Mülkiyete İlişkin Paradigmalar ve Türk Medeni Kanunu'nun Tutumu," 161.

Türk Medeni Kanunu madde 689 ile paydaşların paylı mülkiyet konusu eşyadan yararlanma, söz konusu eşyayı kullanma ve yönetme konularında oybirliği ile yapacakları bir anlaşmayla kanundan farklı düzenleme yapabilme imkanı tanınmaktadır. Ortaklar arasında yapılacak anlaşmalar zorunlu olan yönetim işlerini yapmak ve gerektiğinde mahkemeden buna ilişkin önlemlerin alınmasını istemek ve eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhâl alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almak hak ve yetkilerini ortadan kaldıramayacağı açıkça düzenlenmektedir.

Mühâye'enin konusu menfaatlerdir. Aynlar üzerinde mühâye'e yapılamaz. Ayrıca mühâye'e misli malların menfaatleri üzerinde gerçekleştirilemez, sadece misli olmayan malların menfaatleri üzerinde mümkündür. Bunun dışında İslam hukukçuları mühâye'eye yapılacak malın ev veya hayvan oluşuna ve hatta bunların sayılarına kadar ayrıntılı şekilde değerlendirmeler yapmışlardır. Türk Medeni Hukukunda ise konu bakımından bir sınırlama veya tartışmaya yer verilmediğini, niteliği uygun düştüğü ölçüde taşınır ve taşınmaz tüm eşya çeşitleri için paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşma yapmalarının mümkün olduğu görülmektedir.

Mühâye'e karşılıklı rıza ile olabileceği gibi sınırlı durumlarda hakim kararıyla da gerçekleşebilir. TMK madde 689/1'de tarafların oybirliği ile yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilecekleri ifade edilmektedir. İlgili düzenleme karşılıklı rıza ile mühâye'eye karşılık gelmektedir. TMK madde 693'de ise paydaşlar arasında kullanıma ilişkin bir anlaşma olmaması durumunda uyuşmazlık halinde kullanma ve yararlanma şeklinin hakim tarafından belirlenmesi düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme ise mahkeme kararıyla mühâye'eye benzemektedir. Diğer çeşitleri bakımından ilgili kurumlar karşılaştırıldığında ortakların kullanım rejiminin zaman veya mekan esasına göre belirlenmesi hem mühâye'e bakımından hem de Türk Medeni hukuku hükümleri bakımından mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

İslam hukukuna göre mühâye'e muâvaza türünde bir akittir. Mühâye'e ile taraflar bir takım hak ve yetkilerini karşılıklı olarak değiştirmektedir. Türk Medeni Hukukuna göre ise paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarında taraflar arasında bir edim değişimi

bulunmamakta, eşyadan yararlanma ve eşyayı kullanmaya ilişkin bir amaç söz konusudur. Bu nedenle söz konusu anlaşmalar sinellagmatik nitelikte değildir.

Mühâye'e ile ortaklar kendilerine ayrılan zaman dilimi veya mekanda maldan bizzat yararlanabilirler. Bizzat yararlanmanın yanında malı gelir getirecek şekilde bir hukuki ilişkiye konu edip gelirini de kullanabilirler. Türk Medeni Hukukunda da paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarında malın kiralanması veya paydaşlardan birine kullanma bedeli ile verilmesi kararlaştırılabilir.

Mühâye'e tarafların ortak kararı ile sona erebileceği gibi taraflardan birinin taksim veya satış istemesiyle sona erebilir. Türk Medeni Hukukunda ise paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları için öngörülmuş özel sona erme şekilleri olmadığı ve bu bakımdan genel hükümlerin dikkate alınması gerektiği görülmektedir.

Mühâye'e tarafların ölümü ile sona ermez, mirasçılar arasında geçerliliğini sürdürür. Türk Medeni Hukukunda ise paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaları sadece paydaşlar ve külli halefleri için değil sonradan paydaş olan ve pay üzerinde aynî hak kazanan kimseleri için de bağlayıcıdır. Taşınmazlar bakımından da aynı bağlayıcılık, kararların tapu kütüğüne şerh edilmesine bağlanmıştır.

Mühâye'e ve Türk Medeni Hukukunda ise paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmaların her ikisi de şekle tabi değildir. Hem yazılı hem de sözlü şekilde yapılabilirler. TMK madde 689/2'de taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebileceği ifade edilse de bu düzenleme paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalarının şekle tabi olduğu sonucunu doğurmaz. Söz konusu fıkradaki şekil, şerhin bir koşulu olarak kabul edilir.

Sonuç olarak, mühâye'e ve Türk Medeni Hukukundaki paylı mülkiyette paydaşların yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalar birçok açıdan birbiriyle benzerlik göstermektedir. 1926 Türk Kanunu Medenisî'ne kadar uygulanan mühâye'e ile paylı mülkiyete tabi mallar üzerinde anlaşma yapılması kurumu 2002 Türk Medeni Kanunu ile benzer özelliklerle tekrar hukukumuza

girmiştir. Mühâye'e üzerinde yüzyıllardır yapılan değerlendirmeler bu yeni kurumun uygulanmasına ve gelişmesine kaynaklık edebilecek niteliktedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Akıntürk, Turgut. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta, 2009.
- Arpacı, Abdülkadir. *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*. İstanbul: Kazancı, 1990.
- Atamulu, İsmail. "Paylı Mülkiyette Kullanma ve Yararlanmaya Dair Anlaşmanın Bir Neticesi Olarak Taşınmazın Fiilî Taksimi." *Terazi Hukuk Dergisi* 119 (2023): 10-16.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Basım, 2022.
- Bab Mahkemesi 92 Numaralı Sicil (1120-1121 / 1709)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (1143-1144 / 1730-1732)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- Bab Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (1152-1153/1740)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (1162-1163 / 1749-1750)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- Başpınar, Veysel. *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Berki, Ali Himmet. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*. İstanbul: Hikmet Yayınları, 1982.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*. C. 7. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi.
- Ceride-i İlmiye Fetvaları*. Haz. İsmail Cebeci. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Muhâye'e." *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. C. 31. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2006.
- Ebu Zehra, Muhammed. *İslam Hukuku Metodolojisi-Fıkıh Usûlü*. Çev. Abdülkadir Şener. Ankara: Fecr Yayınları, 2017.
- el-Vâkıdî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer. Hz. Peygamberin Savaşları (Kitâbü'l Meğazî). C. 1. Çev. Musa K. Yılmaz. İstanbul: İlk Harf Yayınevi, 2014.

- Er-Râzi, Fahrüddîn. *Tefsîr-i Kebîr Mefâtîhu'l-Gayb*. Ed. Ahmet Hikmet Ünalmuş. İstanbul: Huzur Yayınevi, 2002.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Ertas, Şeref, Emre Cumalıoğlu ve İlknur Serdar. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları, 2015.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2017.
- Genç Arıdemir, Arzu ve Sanem Dursun Aksoy. "Paylı Mülkiyete Tabi Bir Taşınmazda Paydaşların Yararlanma, Kullanma ve Yönetime İlişkin Hukuki İşlemlerinin Şerhi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 77, no.1 (2019): 71-102.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*. İstanbul: Vedat, 2007.
- Halebî, İbrahîmi. *İzâhlı Mülteka El Ebhur Tercümesi*. C. 4. Çev. Mustafa Uysal. Konya: Kanaat Matbaası, 1971.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz, 1991.
- İbn Hişam. *İslam Tarihi-Sîret-i İbn-i Hişam Tercemesi*. C. 2. Çev. Hasan Ege. İstanbul: Karaman Yayınları, 2006.
- İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (1107-1108 / 1695-1697)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (1222-1223 / 1807-1809)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (1241-1242 / 1826-1827)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (1257-1258 / 1841-1842)*. Haz. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İBB Kültür AŞ Yayınları, 2019.
- Karaman, Hayreddin. "Ayn." *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. C. 4. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1991.
- Karaman, Hayreddin. "Akid." *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 2. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1989.
- Keser, Yıldırım. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*. Ankara: Bilge, 2006.

- Köse, Saffet. *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1997.
- Kur'ân-ı Kerim Meâli*. Haz. Hayrettin Karaman vd. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2014.
- Merginâni, Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir. *Delilleriye Hanefî Fıkhı El-Hidâye-C. 4*. Çev. Ahmed Meylânî. İstanbul: Kahraman Neşriyat, t.y.
- Molla Hüsrev. *Kaynaklarıyla Büyük İslâm Fıkhı* (Gurer ve Dürer Tercümesi). C. 4. Çev. Arif Erkan. İstanbul: Eser Neşriyat, 1980.
- Ne'îcetü'l Fetâva*. Der. es-Seyyid Ahmed Efendi ve es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî. İstanbul: Klasik Yayınları, 2014.
- Nomer, Halûk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2021.
- Özmen, Ethem Sabâ. *Devre Mülk Hakkı*. Ankara: Olgaç, 1988.
- Özen, Burak. "Paylı Mülkiyete İlişkin Paradigmalar ve Türk Medeni Kanunu'nun Tutumu." *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.2 (2023): 153-177.
- Öztaş, İlker. Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı. İstanbul: On İki Levha, 2011.
- Sağlam, Hadi. "İslâm fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu (İştirak ve Müşterek Araziler Örneği)." *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (2012): 365-415.
- Sami, Şemseddin. *Kâmûs-ı Türki*. İstanbul: Nadir Eserler Kitaplığı, 2016.
- Schmid, Jörg ve Bettina Hürlimann Kaup. *Sachenrecht*. Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2003.
- Schulze-Wenck, Horst. *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Hrsg. Walter Erman, (Kommentierung zu BGB § 746). Münster/Westf.: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 3. Aufl., 1962.
- Serahsî, Ebubekir Muhammed b. Ahmed. *Mebûsât*. Ed. Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- Seydişehrî, İbn'ul-Emîn Mahmud Esad. *Fıkıh Usûlü/Telhîs-u Usûl-i Fıkıh*. Haz. Talha Alp. İstanbul: Yasin Yayınevi, 2011.

- Sirmen, A. Lâle. "Yeni Türk Medenî Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler." İç. *Turgut Kalpsüz'e Armağan*, 729-740. Ankara: Turhan, 2003.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Legem, 2023.
- Şa'bân, Zekiyüddin. *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh)*. Çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi. *Fetâvâ-yı Feyziye*. Haz. Süleyman Kaya. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-Fetâvâ*. Haz. Süleyman Kaya vd. İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atillâ Altop. Tekinay *Eşya Hukuku-Cilt I*. İstanbul: Filiz, 1989.
- Türcan, Talip. "İslam Hukukunda Muhâyee ve Türk Hukukundaki Devre Mülk Kurumları Arasında Bir Mukayese." *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (Cumhuriyetimizin 77. Yılına Armağan)*, no. 7 (2000): 83-102.
- Zeydân, Abdülkerim. *Fıkh Usûlü*. Çev. Ruhi Özcan. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1993.
- Zuhaylî, Vehbe. *İslâm Fıkh Ansiklopedisi*. C. 7, İstanbul: Feza Yayıncılık, 1990.

İLAC PATENTLERİNE KARŞI AÇILACAK MENFİ TESPİT DAVALARINDA JENERİK/EŞDEĞER İLACIN RUHSATLANDIRILMASI ŞART MIDIR?

Is It Necessary to License Generic Drug in Negative Declaration Cases to Be Filed Against Drug Patents?

Fatma Betül Çakır Çelebi*

Öz


Jenerik ilaç üreticileri açısından bir ilaca dair üretim ve satış gibi fillerinin bir başkasına ait patent hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığının tespiti önemlidir. Zira milyonlarca liralık yatırım yapılarak piyasaya sürülebilecek hale gelen ilaçların piyasadan toplanması, bu ilaçlar nedeniyle yüksek tazminatlarla karşı karşıya kalınması gibi ihtimaller jenerik ilaç firmaları için büyük bir tehdit oluşturmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 154 ile jenerik ilaç firmalarına, belli fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle patentli ve orijinal ilaç sahibine karşı menfi tespit davası açma imkânı tanınmıştır. Ancak Yargıtay, böyle bir davayı açabilmesi için jenerik ilaç firmasının ruhsat almış olması şartını aramaktadır. Yargıtay'ın bolar istisnası kapsamında değerlendirip, hukuki yarar yokluğuna dayandırarak temellendirdiği bu içtihadı, birçok yönden SMK m. 154 ile düzenlenen menfi tespit davasının ruhuna ve lafzına uygun

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Anabilim Dalı, fbcaakir.celebi@aybu.edu.tr, ORCID: ORCID: 0000-0001-5090-8373.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.12.2024.

Atıf/Citation: Çakır Çelebi, Fatma Betül. "İlaç Patentlerine Karşı Açılacak Menfi Tespit Davalarında Jenerik/Eşdeğer İlacın Ruhsatlandırılması Şart Mıdır?" *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2269-2292.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

değildir. Bu çalışmada Yargıtay'ın, ruhsat almamış olan jenerik ilaç firmalarının menfi tespit davası açamayacağına ilişkin, kanaatimizce hatalı içtihadına dair hukuki değerlendirmeler yapılmıştır. Bu çerçevede öncelikle konuya ilişkin temel kavram niteliğindeki jenerik ilaç kavramı incelenmiş, ardından ilaç patent hukukunda menfi tespit davası ile bu davanın şartları, tarafları, görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiştir. Son olarak Yargıtay'ın yaklaşımı ve bu yaklaşımın değerlendirilmesi ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İlaç Patenti, Jenerik İlaç, Eşdeğer İlaç, İlaç Patent Hukukunda Menfi Tespit Davası, Jenerik İlacın Ruhsatlandırılması.

Abstract

It is important for generic drug manufacturers to determine whether their actions such as production and sale of a drug constitute an infringement on someone else's patent right. Because the possibility of drugs that can be put on the market after millions of liras of investment are withdrawn from the market and facing high compensations due to these drugs poses a great threat to generic drug companies. Article 154 of the Turkish Industrial Property Law (IPL) has granted generic drug companies the opportunity to file a negative declaratory lawsuit against the patented and original drug owner, requesting that certain acts of theirs do not constitute infringement. However, the Supreme Court requires the generic pharmaceutical company to have a license in order to file such a lawsuit. This jurisprudence, which the Supreme Court evaluated within the scope of the bolar exception and based on the lack of legal benefit, is in many ways in line with SMK art. It is not in accordance with the spirit and letter of the negative declaratory action regulated by Article 154. In this study, legal evaluations have been made regarding the Supreme Court's erroneous jurisprudence, in our opinion, stating that generic pharmaceutical companies that have not received a license cannot file a negative declaratory lawsuit. In this context, first of all, the concept of generic drug, which is a basic concept related to the subject, has been examined, then the negative determination lawsuit in drug patent law and the conditions of this lawsuit, the parties, the competent and authorized court have been determined. Finally, the approach of the Supreme Court and the evaluation of this approach are presented.

Keywords: Drug Patent, Generic Drug, Negative Determination Lawsuit in Drug Patent Law, Licensing of Generic Drug.

GİRİŞ

İlaçların piyasaya çıkabilmesi için, etkin ve güvenli olduklarına ilişkin klinik çalışma sonuçlarının yetkili otoriteye ibraz edilerek ruhsatlandırılması ve ilacın satış izninin alınması gerekir.¹ Türkiye’de ilaçların ruhsatlandırma ve satış izin işlemleri Sağlık Bakanlığı’na bağlı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından yapılmaktadır.² Ruhsatlandırma ve satış izin işlemleri de Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan “Beşerî Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği³”ne (Yönetmelik) göre gerçekleştirilmektedir. Söz konusu Yönetmeliğe göre ruhsatlandırma bir ürünün pazara sunulabilmesi için Bakanlıkça yapılan inceleme ve onay işlemlerini ifade eder. Ruhsatlandırılmayan hiçbir ilaç piyasaya sunulamaz. Ruhsatlandırılan ürünün piyasaya sunulabilmesi için de Yönetmelik m. 28 uyarınca satış izni alınması gerekir.

Patent ile koruma gerekliliğini karşılayan ilaçlar patent belgesi ile korunmakta ve sahibine ilacın yirmi yıl süre ile üretilmesi, piyasaya sürülmesi, çoğaltılması gibi konularda tekel hakkı sağlamaktadır. Ülkemizde ilaçlar 1999 yılından beri patent ile korunmaktadır.⁴

İlaçlar uygulamada referans ve jenerik ilaç olarak ikiye ayrılmaktadır. Uzun ve masraflı AR-GE ve klinik çalışmalar sonucunda belli bir hastalık üzerinde olumlu etki yaptığı kanıtlanan ve daha önce aynısı ya da benzeri bulunmayıp yeni geliştirilen ilaçlar referans ilaç olarak adlandırılır.⁵ Jenerik ilaç ise referans ilacın tedavi açısından eşdeğeri olan ilaçtır.⁶

¹ Cahit Suluk, “Türkiye’de İlaçların Patent ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması,” *Terazi Hukuk Dergisi*, 9, no:100 (Aralık 2014): 732.

² Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 846.

³ RG. 11.12.2021, S. 31686.

⁴ Suluk, “İlaçların Patent ile Korunması,” 731.

⁵ Erişim Tarihi Ekim 03, 2024, <https://www.aifd.org.tr/yenilikcilik/orijinal-ilac-nedir/>.

⁶ Fülurya Yusufoglu, “Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi,” *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2, (2014): 1156.

SMK m. 154, menfaat sahiplerinin, belli fiillerinin sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda hak sahiplerinden görüş talebinde bulunabileceklerini, aynı şekilde, mahkemeye müracaatla aynı fiillerinin belli bir sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespitini isteyebileceklerini öngörmektedir.

Sınai mülkiyet hakları ile ilgili ekonomik yatırımların büyük maliyetler gerektirmesi ve yatırımcıların, yatırım gerçekleştikten sonra bir tecavüz davasına maruz kalması yerine, varsa olası ihtilafların yatırım kararlarından önce çözülmesini hedef alan SMK m. 154 ile düzenlenen dava önemli bir düzenlemedir. Menfi tespit davası⁷ niteliğinde olduğu görüşüne katıldığımız bu davanın davacısı tecavüzün olmadığı yönünde karar verilmesini talep eder.⁸ Uygulamada bu dava genellikle jenerik/eşdeğer ilaç firmaları tarafından araştırmacı ilaç firmalarına karşı açıldığından⁹, söz konusu dava özellikle ilaç sektörü bakımından oldukça büyük bir öneme sahiptir.¹⁰ Davanın amacı, yüksek yatırım harcaması yapılarak piyasaya sürülecek olan jenerik ilaçlar nedeniyle, jenerik ilaç firmalarının tazminat, ilaçların piyasadan toplatılması yahut ihtiyati haciz gibi kararlarla karşı karşıya kalmasının önlenmesidir. Diğer bir ifadeyle, jenerik ilaç firmaları ilaçlarını piyasaya sürmeden önce bu davayı açmak suretiyle, piyasaya güvenle girmeyi amaçlamaktadır.

SMK m. 154 ile düzenlenen menfi tespit davasını *menfaati olan herkes* açabilecektir. Buradaki menfaat kavramı HMK m. 114'te dava şartı olarak düzenlenen *hukuki yarar* kavramına karşılık gelmektedir. SMK m. 154'te geçen "*Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari ve sınai faaliyeti ya da bu amaçla yapmış olduğu*"

⁷ Baki Kuru ve Ali Cem Budak, *Tespit Davaları*, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010), 229; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 409; Çolak, *Patent Hukuku*, 1143. Kuru ve Budak tarafından kaleme alınan "Tespit Davaları" isimli eser mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmü Kararname (PatKHK) döneminde yazılmış olsa da "Patente tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve şartları" başlıklı PatKHK m. 149 ile SMK m. 154 temel olarak aynı düzenlemeyi içerdiğinden ilgili eserde yapılan açıklamalar günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

⁸ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 410.

⁹ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 410.

¹⁰ Çolak, *Patent Hukuku*, 1143; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 409.

ciddi ve fiili girişimleri bulunan kişiler” ifadesi ile dava açmakta hukuki yararı bulunan kişiler gösterilmiştir. Ancak istikrarlı içtihadına göre Yargıtay, ruhsat almamış jenerik ilaç firmalarının menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığını kabul etmektedir.¹¹ Yargıtay bu içtihadını esasen bolar istisnasına dayandırmakta, ruhsat başvurusunun ve bundan önceki test ve deneylerin SMK m. 85/3-c çerçevesinde zaten patent hakkı kapsamı dışında bulunduğunu, bu nedenle de menfi tespit davası açmada hukuki yarar olmadığını kabul etmektedir.¹² Diğer bir ifadeyle, Yargıtay’a göre, yasa hükmüyle koruma kapsamı dışında bırakılan bir eylem ve işlem hakkında ihlal oluşturmadığına ilişkin bir dava açılmasında hukuki bir yarar bulunmamaktadır.¹³ Yargıtay’ın “hukuki yarar” kavramına dayandırarak temellendirdiği bu içtihadı, kanaatimizce SMK m. 154 ile düzenlenmiş olan menfi tespit davasının amacına ve ruhuna uygun değildir.

Yargıtay’ın jenerik ilaçlar için açılan menfi tespit davasında benimsediği ruhsat almış olma şartının değerlendirildiği bu çalışma, Türk Hukuku uygulaması ile sınırlandırılmış, çalışmanın mahiyeti gereği karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde bir inceleme yapılmamıştır. Bu kapsamda çalışmada ilk olarak jenerik ilaç kavramı, ardından SMK m. 154 ile düzenlenmiş olan menfi tespit davasının özellikleri, daha sonra Yargıtay’ın içtihadı ve nihayet bu içtihadı ilişkin değerlendirmelerimiz yer almaktadır.

I. JENERİK/EŞDEĞER İLAÇ KAVRAMI

İlaç patent hukukunda menfi tespit davası jenerik/eşdeğer ilaçlar için açıldığından jenerik/eşdeğer ilaç kavramının tanımı ve kapsamının belirlenmesi çalışma bakımından son derece önemlidir. Bu kavramın tam olarak anlaşılabilmesi

¹¹ Yar. 11. HD, E. 2012/802, K. 2013/1540, 24.01.2013; Yar. 11. HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015; Yar. 11. HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11. HD, E. 2016/14642, K. 2018/6811, 06.11.2018; Yar. 11. HD, E. 2020/7801, K. 2022/3995, 24.05.2022.

¹² Yar. 11. HD, E. 2012/802, K. 2013/1540, 24.01.2013; Yar. 11. HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015; Yar. 11. HD., E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11. HD, E. 2016/14642, K. 2018/6811, 06.11.2018.

¹³ Yar. 11. HD, E. 2012/802, K. 2013/1540, 24.01.2013; Yar. 11. HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015; Yar. 11. HD., E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11. HD, E. 2016/14642, K. 2018/6811, 06.11.2018.

için referans ilaç kavramına değinilmesi gerekir. Yönetmelik m. 4/çç ile referans tıbbi ürün "*Bilimsel olarak kabul edilebilir etkililik, kalite ve güvenliliğe sahip olduğu kanıtlanmış, etkin madde/maddeler açısından... klinik dışı ve klinik veriler ile birlikte tam dosya ile ruhsatlandırılmış veya izin verilmiş beşerî tıbbi ürün*" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, referans ilaç, uzun yıllar süren AR-GE çalışmaları, klinik test ve deneyler ile önemli yatırımlar sonucu ortaya çıkan ve belirli bir hastalık üzerinde olumlu etki doğurduğu kanıtlanan, *tam dosya ile ruhsatlandırılmış, ilk kez piyasaya sürülen ilaç* olarak tanımlanabilir.

Yönetmelik m. 4/çç uyarınca, referans ilaç için tam dosya ile ruhsat başvurusu yapılmış olması gerekir. Bu çerçevede, orijinal ilacın ruhsatlandırılması için istenilen terapötik kullanım bakımından etkinlik, yararlılık ve güvenilirliğin ortaya konulabilmesi için klinik öncesi aşamada hayvanlar üzerinde, klinik aşamada ise insanlar üzerinde bir takım test ve deneylerin yapılması ve bunların sonuçlarının Sağlık Bakanlığına sunulması gerekir.¹⁴ Bu ise oldukça uzun zaman ve masraflar gerektirmektedir.¹⁵ Bu durum, patentli ilaçlar bakımından ilacın efektif patent koruma süresinin kısılmasına neden olmakta, eşdeğer/jenerik ilaçlar bakımından ise ilacın piyasaya girmesini engelleyici rol oynamaktadır.¹⁶

Yönetmelik m. 4/i'ye göre, jenerik ilaç, (eşdeğer tıbbi ürün), "*etkin maddeler açısından referans tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik şekle sahip olan ve biyoeşdeğerliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi ürünü*" ifade eder. Buna göre, jenerik/eşdeğer ilaç, referans ilacın tedavi açısından eşdeğeri olan ilaçtır.¹⁷

¹⁴ Uğur Çolak, "Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması," *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*, C.1, ed. Tekin Memiş (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2009) 229; Suluk, "İlaçların Patent ile Korunması," 732.

¹⁵ Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 230.

¹⁶ Bazı ilaçlarda ruhsatlandırma için gerekli olan klinik çalışmaların yaklaşık 10 yıl sürdüğü ve bunun için yaklaşık 1 milyar dolar harcama yapıldığı ifade edilmektedir. Suluk, "İlaçların Patent ile Korunması," 732; Barış Kaya, "Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükmü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, no. 2 (2018): 429.

¹⁷ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1156.

Yönetmelik m. 9 ile belirli koşulların gerçekleşmesi şartıyla jenerik/eşdeğer ilaçlar için kısaltılmış ruhsat başvurusu yapabilme imkânı getirilmiştir. Kısaltılmış ruhsat başvurusu, jenerik ilaç üreticisi firmaların, araştırmacı ilaç üreticisi tarafından Sağlık Bakanlığına ibraz edilen klinik test ve deney verilerine dayanarak, bu test ve deneyleri yeniden yapması gerekmeksizin aynı etken maddeli ilaç için yaptığı ruhsat başvurusu olarak tanımlanabilir.¹⁸ Bu çerçevede, başvuru sahibi, yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca **ruhsatlandırılmış ve veri imtiyazı süresini doldurmuş** bir referans tıbbi ürüne (orijinal ilaca) **temelde benzer olması**¹⁹ durumunda yapılacak eşdeğer tıbbi ürün (jenerik ilaç) başvurusunda toksikolojik ve farmakolojik testlerin ve klinik çalışmaların sonuçlarını sunmak zorunda değildir. Böylece jenerik ilaç firmaları, araştırmacı ilaç firmaları tarafından sonuçları ibraz edilen test ve deneyleri referans göstererek kısaltılmış ruhsat başvurusu yapabilir.

Jenerik ilaç firmaları tarafından araştırmacı ilaç firmalarının verileri referans gösterilerek kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunulmuş olması uygulamada jenerik ilaç firmaları ile araştırmacı ilaç firmaları arasında uyumsuzlukların doğmasına sebep olmaktadır. Jenerik ve referans ilacın etken maddelerinin aynı olması ve biyoeşdeğerlik nedeniyle, araştırmacı ilaç firmaları, jenerik ilaç firmalarının patent hakkını ihlal ettikleri gerekçesiyle davalar açmaktadır.²⁰ Bu tür davalarda gerçekten de jenerik ilaç ile referans ilacın etken maddeleri çoğunlukla aynı olduğu için ilk bakışta bir ihlalin bulunduğu kanaatine varılabilir.²¹ Ancak, etken maddeye ilişkin temel patentin koruma süresi dolmuş ve dayanılan patent ikincil/tali patent niteliğinde ise etken maddeler aynı olsa da jenerik ilaç patent kapsamında olmayabilir.²²

¹⁸ Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 265.

¹⁹ Yönetmelik m. 9 uyarınca, orijinal ilaç sahibinin muvafakati ile verilerine atf yapılmak suretiyle ve literatürü referans göstererek de kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılabilir. Ancak uygulamada uyumsuzluklar daha çok veri imtiyaz süresi sona eren bir tıbbi ürüne temelde benzer olma şartına dayalı olarak ruhsatlandırılan jenerik ilaçlar için çıktığından çalışmada yalnızca bu kısaltılmış ruhsat başvuru yolu incelenmiştir.

²⁰ Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 276.

²¹ Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 276.

²² Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 276.

Gerçekten de Yönetmelik m. 9'a göre, bir jenerik ilaç için kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunulabilmesi için bunun referans ilaca *temelde benzer* olması yeterlidir. "Temelde benzerlik" ile kastedilen jenerik ilaç ve referans ilaç arasında bir ayniyetin bulunması değil, bu ilaçların etkinliğinin ve güvenilirliğinin aynı olmasıdır.²³ Bu çerçevede "temelde benzerlik" ile patente tecavüz için gerekli olan "taklit" birbirinden farklı kavramlardır.²⁴ Temelde benzerlik, tedavi edici etkinin aynı olmasıdır; bunun için ilaçların içeriğinin aynı olması gerekmez.²⁵

O halde, kısaltılmış ruhsat başvurusuna konu olan jenerik ilacın her durumda referans ilacı koruyan patente tecavüz oluşturduğunu söylemek mümkün değildir.²⁶ Bu çerçevede mahkeme, kısaltılmış ruhsat başvurusuna konu jenerik ilacın etken maddesi ile patentle korunan ilacın etken maddesinin aynı olup olmamasına göre değil, jenerik ilacın patentin istemleri ile belirlenen koruma kapsamında olup olmamasına göre bir değerlendirme yapmalıdır.²⁷ Nitekim Yargıtay da patent hakkına tecavüz bulunduğu gerekçesiyle açılan bir davada, davacının patentli ilaçlarının veri dosyalarına referans yapmak suretiyle kısaltılmış ruhsat başvurusu sonucu ruhsat alınmış olmasının, tek başına, tecavüzün varlığını kanıtlamayacağını, davalının ruhsatını aldığı ilacın içerik itibarıyla davacı patentini ihlal eder nitelikte olup olmadığının tespitinin bilirkişi incelemesini gerektiren teknik bir husus olduğunu ifade etmiştir.²⁸

II. PATENT HUKUKUNDA MENFİ TESPİT DAVASI

A. Genel Olarak

SMK m. 154'e göre, "*menfaati olan herkes Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini*

²³ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1166.

²⁴ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1159.

²⁵ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1162.

²⁶ Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 276; Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1158-1159.

²⁷ Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 277.

²⁸ Yar. 11. HD, E. 2015/3343, K. 2015/9233, 15.09.2015.

bildirmesini talep edebilir. Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi tarafından kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi, hak sahibine karşı fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle dava açabilir. Bildirimin yapılmış olması, açılacak davada dava şartı olarak aranmaz. Bu dava, kendisine karşı tecavüz davası açılmış bir kişi tarafından açılmaz”.

SMK m. 154 ile düzenlenen tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava kanaatimizce menfi tespit davası niteliğindedir.²⁹ Bir hakkın ya da hukuki ilişkinin yokluğunun belirlenmesini konu alan davalara menfi tespit davaları denir.³⁰ Diğer bir ifadeyle, menfi tespit davaları sadece bir hakkın veya hukuki ilişkinin yokluğunun belirlenmesine yönelik bir işlevi yerine getirirler³¹. Bu çerçevede, kesin hüküm ve kesin delil oluştururlar.³²

Tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava, özellikle ilaç sektörü bakımından büyük bir öneme sahiptir. Zira bu dava uygulamada esasen jenerik/eşdeğer ilaç firmaları tarafından ilaç patenti sahiplerine karşı açılmaktadır. Söz konusu dava ile jenerik ilaç firmaları, ürettikleri ilaçların patent sahibi ilaç üreticilerinin patent haklarına tecavüz oluşturup oluşturmadığı yönünde mahkeme kararı elde etmekte, böylece on milyonlarca liraya ulaşabilecek yatırım harcamalarını bu karara göre belirlemektedir. Öte yandan patent sahibi ilaç firmaları da bu dava yoluyla ilaç patentlerini ihlal edebilecek nitelikte olan jenerik ilaçların üretilmesini en baştan engelleyebilmektedir.

²⁹ Aynı yönde; Kuru ve Budak, “*Tespit Davaları*,” 229; Çolak, “*Patent Hukuku*,” 1143; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 409.

³⁰ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 584; Ramazan Arslan vd. *Medeni Usul Hukuku* (Ankara, Yetkin Yayınları, 2020), 296.

³¹ Tanrıver, “*Medeni Usul Hukuku*,” 584; Arslan vd., “*Medeni Usul Hukuku*,” 299; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015), 256; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 329; Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 132.

³² Tanrıver, “*Medeni Usul Hukuku*,” 584; Arslan vd., “*Medeni Usul Hukuku*,” 300; Postacıoğlu ve Altay, “*Medeni Usul Hukuku*,” 256.

Kanaatimizce SMK m. 154'e göre açılacak davada patent hakkı sahibine bildirim yapılması, dava şartı olarak aranmaz. Buna çerçevede, patent sahibine karşı menfi tespit davası açmayı düşünen kimselerin noterden ihtarname göndermeleri gibi bir zorunlulukları bulunmadığını düşünmekteyiz.

Patent hakkından dolayı kendisine karşı tecavüz davası açılmış bir kişi artık tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin menfi tespit davası açamaz. Bununla birlikte, patent sahibinin ihtarname göndererek haklarını ileri sürmesi durumunda, patent sahibine karşı menfi tespit davası açmakta herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, yalnızca ihtar çekilmiş olması menfi tespit davasının açılmasına engel değildir³³. Hükümde geçen "*kendisine karşı tecavüz davası açılmış olan*" ibaresi ile yalnızca hukuk davalarının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁴

SMK m. 154 ile düzenlenmiş olan menfi tespit davasının patentin hükümsüzlüğü davası ile açılması mümkündür. Bu durumda davacı davasında, fiillerinin tecavüz oluşturmadığı ve aslında patentin zaten hükümsüz olduğu şeklinde iki talep ileri sürmektedir.³⁵ Bu iki talep birbiriyle bağdaşmakta olup bunların terditli olarak ileri sürülmesi hükmün amacına uygundur.³⁶ Buna karşılık tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin menfi tespit davası devam ederken ayrı bir dava ile patentin hükümsüzlüğü talep edilirse, hükümsüzlük davasının bekletici mesele yapılması gerekir.³⁷

SMK m. 154/2 uyarınca, menfi tespit davası sicile kayıtlı tüm hak sahiplerine tebliğ edilir. Bu çerçevede, böyle bir dava açılır açılmaz davayı görececek olan mahkemenin derhal Türk Patent ve Marka Kurumu'ndan söz konusu patentle

³³ Samiye Eyüboğlu "551 Sayılı KHK ile Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Karşılaştırmalı Olarak Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava," *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)* 19, no. 2 (2018): 38.

³⁴ Çolak, "*Patent Hukuku*," 1145.

³⁵ İdil Tuncer, "Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. Özel S. (2009): 263.

³⁶ Tuncer, "Tespit Davası," 263.

³⁷ Yar. 11. HD, E. 2005/11206, K. 2006/11960, 20.11.2006.

ilgili kimlerin hak sahibi olduğunu öğrenip, bu kişilere dava dilekçesini ve duruşma gününü tebliğ etmesi gerekir. Bu çerçevede, mahkemenin söz konusu davayı patent hakkı sahibine, bu hak üzerinde lehine rehin, haciz veya lisans hakkı kurulmuş olan kişilere bildirmesi gerekmektedir.³⁸ Mahkeme tarafından yapılan bildirim üzerine bu kişiler davaya fer'i müdahil olarak katılabilir.³⁹

B. Davanın Şartları

SMK m. 154 ile düzenlenmiş olan tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava, menfi tespit davası niteliğinde olduğundan bu kısımda ilk olarak hak ve hukuki ilişki şartı incelenmiştir. Ardından SMK m. 154'te yer alan menfaat kavramın HMK'daki karşılığı olan hukuki yarar şartı ele alınmıştır.

1. Hak ve Hukuki İlişki Şartı

Tespit davasının konusu, yalnız hak ve hukuki ilişkiler olabilir.⁴⁰ HMK m. 106/2 uyarınca, "*maddi vakıalar tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.*" Borç ilişkileri, aynı haklar, zilyetlik, aile hukuku ilişkileri, miras hakkı, saklı pay, *fikri haklar* tespit davasının konusu olabilir.⁴¹ Çalışmanın konusu fikri hak kategorisine girdiğinden tespit davasının kapsamındadır.

2. Hukuki Yarar

SMK m. 154/1 uyarınca *menfaati olan herkes* menfi tespit davası açabilir. Burada yer alan menfaat kavramı, 6100 sayılı HMK m. 114'te yer alan "*hukuki yarar*" kavramına karşılık gelmektedir.⁴² HMK m. 114 uyarınca, "*davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması*" dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, davacının bir hakkın veya hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığının hemen tespit

³⁸ Tuncer, "Tespit Davası," 643.

³⁹ Tuncer, "Tespit Davası," 643-644.

⁴⁰ Arslan vd., "Medeni Usul Hukuku," 297.

⁴¹ Arslan vd., "Medeni Usul Hukuku," 297; Kuru ve Budak, "Medeni Usul Hukuku," 80.

⁴² Eyüboğlu, "Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava," 36.

edilmesinde hukuki yararı bulunmalıdır.⁴³ HMK m. 106/2 uyarınca, “tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır”. Bu çerçevede menfi tespit davasının açılmasında hukuki yararın bulunduğu kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir: i) davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı, ii) bu tehdidin, davacının hukuki durumunu tereddütte bırakacak veya ona zarar verebilecek nitelik arz etmeli, iii) tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır.⁴⁴ Buna göre, davacının, hakkına kavuşabilmesi ve kendisine hukuksal korunma sağlanabilmesi için gerçekten mahkeme kararına ihtiyaç bulunması halinde onun hukuki yararının bulunduğu söz edilebilir.⁴⁵ Görüldüğü üzere, davacının dava hakkına sahip olması dava açılması için yeterli olmaz, buna ek olarak davayı açmasında hukuki bir yararın bulunması gerekir.⁴⁶ Buna göre, *dava hakkı hukuki yarar* ile sınırlandırılmıştır.⁴⁷ Davacının dava açmaktaki hukuki yararının korunmaya değer bir yarar olması gerekir.⁴⁸ Hukuki yarar dava açıldığı anda var olmalıdır, gelecekteki bir yarar yeterli değildir.⁴⁹

Tespit davaları, hukuki ilişkideki bir belirsizlik nedeniyle, davacı bir tehlike ile karşı karşıya ise içinde bulunduğu hukuki durumdan kaygı ve endişe duyuyorsa açılabilir davalardandır.⁵⁰ Bu kapsamda, bir hakkın zarara uğraması kadar kişinin içinde bulunduğu bir hukuki durumdan şüphe duyması ve bir hakkının tehlikeyle karşı karşıya bulunması durumlarında da dava açmasında hukuki yararının bulunduğu kabul edilmesi gerekir.⁵¹

⁴³ Kuru ve Budak, “Medeni Usul Hukuku,” 87; Arslan vd., “Medeni Usul Hukuku,” 297; Hanağası, “Davada Menfaat,” 132.

⁴⁴ Arslan vd., “Medeni Usul Hukuku,” 298; Tanrıver, “Medeni Usul Hukuku” 473; Kuru ve Budak, “Medeni Usul Hukuku,” 89.

⁴⁵ Tanrıver, “Medeni Usul Hukuku,” 470.

⁴⁶ Arslan vd., “Medeni Usul Hukuku,” 315.

⁴⁷ Arslan vd., “Medeni Usul Hukuku,” 470.

⁴⁸ Arslan vd., “Medeni Usul Hukuku,” 315; Tanrıver, “Medeni Usul Hukuku,” 470.

⁴⁹ Tanrıver, “Medeni Usul Hukuku,” 470-471; Hanağası, “Davada Menfaat,” 230.

⁵⁰ Hanağası, “Davada Menfaat,” 247.

⁵¹ Hanağası, “Davada Menfaat,” 247.

Eda davaları ile inşai davalarda, davacının hukuki yararının bulunduğu karine olarak kabul edilir.⁵² Bununla birlikte, tespit davalarında, davacı, hukuki yararın bulunduğunu ispat etmelidir.⁵³ Bunun istisnası tespit davasının özel bir kanun hükmü ile açıkça düzenlendiği hallerdir.⁵⁴ Bu hallerde, kanun hükmünün öngördüğü şekilde açılan tespit davalarında hukuki yararın bulunduğu kabul edilir ve diğer dava şartlarında da bir eksiklik yok ise davanın esasının incelenmesine geçilir.⁵⁵ Diğer bir ifadeyle, kanun ile açıkça düzenlenmiş tespit davalarında eda ve inşai davalarda olduğu gibi davacının hukuki yararının bulunduğunu ispatlaması gerekmemekte, hukuki yararın bulunduğu varsayılmaktadır.⁵⁶ Nitekim, çalışma konusunu oluşturan menfi tespit davası özel bir kanun niteliğinde olan SMK ile düzenlenmiştir. Bu çerçevede, kanaatimizce SMK m. 154'te aranan şartın bulunduğu ispatı davada hukuki yararın bulunduğu kabulü için yeterlidir.

SMK m. 154 incelendiğinde kanun koyucunun Türkiye'de *giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyeti ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunan kişilerin* dava açmakta hukuki yararı bulunan kişiler olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁵⁷ Buna göre, davacının bu davayı açabilmesi, ihlal etmediğini ileri sürdüğü patentle ilgili olabilecek nitelikte Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyeti veya bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri ispatlaması, dava şartı olarak öngörülmüştür.⁵⁸ Bu kapsamda, SMK m. 154 çerçevesinde, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari ve sınai faaliyetleri veya yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunduğunu ispatlayan kişilerin menfi tespit davası açabileceği kabul edilmelidir.

⁵² Kuru ve Budak, "Medeni Usul Hukuku," 88.

⁵³ Kuru ve Budak, "Medeni Usul Hukuku," 88; Hanağası, "Davada Menfaat," 133.

⁵⁴ Kuru ve Budak, "Medeni Usul Hukuku," 88; Hanağası, "Davada Menfaat," 133.

⁵⁵ Hanağası, "Davada Menfaat," 133. Bu davalara örnek olarak, Türk Medeni Kanunu m. 26, İcra İflas Kanunu m. 69/2, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 15, İş Kanunu m. 20 ve 21 verilebilir.

⁵⁶ Merve Usta, "Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukuki Yarar," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 88.

⁵⁷ Tuncer, "Tespit Davası," 638.

⁵⁸ Eyüboğlu, "Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava," 38.

C. Davanın Tarafları

1. Davacı

SMK m. 154'te düzenlenen tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin menfi tespit davasının davacısı Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetinin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerinin bulunduğunu ispatlayan kişi olabilir. Buna karşılık, kendisine karşı tecavüz davası açılmış olan kişi bu davayı açamaz.

2. Davalı

SMK m. 154'te düzenlenen tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin menfi tespit davası patent belgesi sahibine karşı açılmalıdır. Ancak bu davanın açılabilmesi için patentin kesin olarak tescile bağlanması şart değildir.⁵⁹ *Patent başvurusu bültende yayımlanan* başvuru sahibine karşı da menfi tespit davası açılması mümkündür. Patent başvurusunun bültende yayımlanmasının ardından patent başvuru sahibi üçüncü kişilere karşı hukuki talep hakkına sahip olacağı için üçüncü kişilerin de menfi tespit davası açabilmesi gerekir.⁶⁰ Fakat mahkeme, SMK m. 154/4 uyarınca patentin nihai olarak verildiğine dair kararın bültende yayımlanmasına kadar menfi tespit davasını sonuçlandıramaz.

Bu çerçevede, bültende yayımlanmamış olan patent başvuru sahibine karşı SMK m. 154 uyarınca menfi tespit davası açılması mümkün değildir.

D. Yetkili ve Görevli Mahkeme

SMK m. 156/1 uyarınca, jenerik ilaç firmaları tarafından patent belgesi ile korunan ilaç sahiplerine karşı tecavüzün bulunmadığının tespiti amacıyla açılan menfi tespit davasında görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleridir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde bu mahkemelerin görev alanına giren dava ve işlere asliye hukuk mahkemeleri tarafından bakılır. Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun 24.03.2005 tarihli kararı ile fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı ve ikiden

⁵⁹ Çolak, "Patent Hukuku," 1144.

⁶⁰ Çolak, "Patent Hukuku," 1144.

fazla asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yerlerde, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görev alanına giren dava ve işlere 3. asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılacaktır. Ancak asliye hukuk mahkemesi kararını fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla vermelidir.

SMK m. 154 çerçevesinde açılan menfi tespit davası patent hakkı sahibi aleyhine açılacağı için bu davada yetkili mahkeme SMK m. 156/5 uyarınca belirlenir. Buna göre, yetkili mahkeme davalının yani patent hakkı sahibinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Patent sahibinin Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması halinde yetkili mahkeme davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

III. YARGITAY’IN YAKLAŞIMI VE BU YAKLAŞIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay’a göre ilaç patent hukukunda menfi tespit davası açılabilmesi için davacı jenerik/eşdeğer ilaç firmasının dava konusu jenerik ilaç için *ruhsat almış olması* gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay’a göre, ruhsat almamış jenerik/eşdeğer ilaç firmaları menfi tespit davası açamaz.⁶¹ Yargıtay bu içtihadını “*bolar istisnası*” ve buna bağlı olarak menfaat yokluğuna dayandırmaktadır.⁶² Söz konusu içtihadı göre, bolar istisnası olarak adlandırılan düzenleme uyarınca, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında bırakıldığından, ruhsat almadan önce davacının davayı açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır.⁶³

Yargıtay’ın bolar istisnası kapsamında değerlendirip hukuki yarar kavramına dayandırarak temellendirdiği bu içtihadın, birçok yönden, SMK m. 154 ile

⁶¹ Yar. 11. HD, E. 2012/802, K. 2013/1540, 24.01.2013; Yar. 11. HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015; Yar. 11. HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11. HD, E. 2016/14642, K. 2018/6811, 06.11.2018; Yar. 11. HD., E. 2020/7801, K. 2022/3995, 24.05.2022.

⁶² Yar. 11. HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11 HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015.

⁶³ Yar. 11. HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11 HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015.

düzenlenen menfi tespit davasının ruhuna ve lafzına uygun olmadığı kanaatindeyiz. **İlk olarak**, bu davanın amacı zaten jenerik/eşdeğer ilaç firmalarının ilaçlarını piyasaya sürdüklerinde herhangi bir tecavüz davası ile karşı karşıya kalmalarını önlemektir. Jenerik/eşdeğer ilaç firmaları bu davayı açmak suretiyle, piyasaya girdiklerinde kendilerine karşı herhangi bir dava açılmaması için en baştan tedbir almak istemektedir. Zira milyonlarca lira yatırım yaparak üretip piyasaya sürdükleri ilaçların bir tecavüz davası sonucu toplatılması ve tazminata mahkûm olunması gibi durumlarla karşılaşmak istememektedir. Ruhsat sürecinin yaklaşık iki-üç yıl, davaların ise en iyi ihtimalle yedi yıl sürdüğü ülkemizde, bu davanın açılması için ruhsat alınmasını şart koşmak ciddi bir zaman ve piyasaya geç girmeye bağlı olarak önemli bir para kaybına neden olacağından hakkaniyetli görünmemektedir. Zira jenerik/eşdeğer ilaç firmalarının menfi tespit davalarını kısaltılmış ruhsat başvurusu ile eş zamanlı olarak açmalarının bir nedeni de zaman kazanmaktır. Türkiye'deki uzun yargılama süreleri, ruhsat işlemlerinin maliyetli ve zaman alıcı niteliği karşısında Yargıtay'ın bu içtihadının isabetli olmadığını düşünüyoruz⁶⁴.

Menfi tespit davası sadece jenerik/eşdeğer ilaç firmaları için değil, aynı zamanda patent ile korunan ilaç sahibi firmalar için de olumlu neticeler doğurabilecek niteliktedir. Söz konusu davanın jenerik/eşdeğer ilaç firmalarının lehine sonuçlandığı durumlarda, jenerik/eşdeğer ilaç firmaları piyasaya tereddüt yaşamadan girebilecektir. Bu durumda, patent sahibi ilaç üreticileri de en baştan tecavüz olmadığı tespit edildiği için dava süreçleri ile zaman ve para kaybetmeyecektir. Davanın jenerik/eşdeğer ilaç firması aleyhine, diğer bir ifadeyle, tecavüzün tespiti hükmüyle sonuçlandığı durumlarda da araştırmacı ilaç üreticisi daha en baştan patent hakkına tecavüz eden ilaçların piyasaya girmesini engelleyebilecektir.

İkinci olarak, SMK m. 154'ün lafzı incelendiğinde Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunan kişilerin bu davayı açabileceğinin kabul edildiği

⁶⁴ Suluk, Karasu ve Nal, "Fikri Mülkiyet Hukuku," 410. Çolak da ilaç henüz Sağlık Bakanlığı'ndan üretim ve satış ruhsatı almadan, jenerik ilaç üreticisi firmanın menfi tespit davası açmasının ilacın piyasaya çıkmasından sonra açılacak davalar nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların engellenmesi bakımından yerinde olduğunu ifade ederek görüşümüzü desteklemektedir, Çolak, "Kısaltılmış Başvuru," 282.

görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, SMK m. 154'te düzenlenen menfi tespit davasının açılabilmesinin tek şartı davacının Türkiye'de ticari veya sınai faaliyetlere giriştiğini ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunduğunu ispatlamasıdır. Söz konusu düzenleme incelendiğinde kanun koyucunun menfi tespit davasının açılabilmesi için başka herhangi bir şart aramadığı anlaşılmaktadır. Öyleyse, SMK m. 154 uyarınca, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyeti ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunan kişiler dava açmakta hukuki yararı bulunan kişilerdir. Yapılan deneme amaçlı fiiller, ARGE çalışmaları, yapılan yatırımlar, ruhsat başvurusu gibi faaliyetler her biri tek başına SMK m. 154'te aranan şartı sağlamaktadır. Bu çerçevede, kanunun lafzına rağmen Yargıtay'ın ruhsat sahibi olmayan jenerik/eşdeğer ilaç firmalarının açtığı menfi tespit davalarını "hukuki yarar" yokluğundan reddetmesi isabetli değildir.

Üçüncü olarak, Yargıtay'ın menfi tespit davasını bolar istisnası kapsamında değerlendirmesi de kanaatimizce isabetli değildir. Yargıtay'a göre, ilaçların ruhsatlandırılması SMK m. 85/3-c çerçevesinde tecavüz olarak kabul edilemeyeceğinden, ruhsat başvurusu devam ederken menfi tespit davasının incelenmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır⁶⁵.

Bolar istisnası olarak adlandırılan SMK m. 85/3-c uyarınca, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, *patent konusu buluşu içeren* deneme amaçlı fiiller patentin sağladığı hakkın kapsamı dışındadır. Görüldüğü üzere, bu istisna *patent konusu ilaçla aynı olan diğer bir ifadeyle patent hakkına tecavüz oluşturan ilaçlarla ilgili ruhsatlandırma faaliyetlerine* ve deneme amaçlı fiillere ilişkin olarak kabul edilmiştir. Buna göre, bu istisna patentin koruma kapsamında bulunan ilaçlar için öngörülmüştür. Bu istisna sayesinde, koruma süresi içerisinde jenerik/eşdeğer firmalar patentle korunan ilacın üretilmesi için deneme amaçlı fiiller gerçekleştirebilecek ve ruhsat başvurusu yapabilecektir. Böylece yirmi yıllık koruma süresi sona erer ermez, patentli ilacın aynısı başka firmalar tarafından piyasaya sürülebilecektir⁶⁶. Bolar istisnası kabul edilmeseydi patent konusu ilaca ilişkin deneme amaçlı fiiller ve ruhsatlandırma faaliyetleri patent hakkını ihlal edecekti. Bu nedenle patentle

⁶⁵ Yar. 11 HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014.

⁶⁶ Suluk, "İlaçların Patent ile Korunması," 733.

korunan ilaçla ilgili deneme amaçlı fiillerin yapılması için koruma süresinin sona ermesinin beklenmesi gerekecekti. İlacın üretilmesi için gerekli olan deneme amaçlı fiiller ve uzun ruhsatlandırma süreçleri ile satış izni nedeniyle yirmi yıl olan patent koruma süresi fiilen yirmi iki – yirmi üç yıla uzayabilecekti.

Bu çerçevede, bolar istisnası patent konusu buluşun koruma kapsamında yer alan ilaçlar için kabul edilmiş bir istisnadır. Buna karşılık, menfi tespit davası, patentli ilaç sahibine karşı koruma süresi devam ederken jenerik/eşdeğer ilacın patentle korunan ilaca tecavüz etmediğinin tespiti için açılan bir davadır. Diğer bir ifadeyle, jenerik/eşdeğer ilaç firması, koruma süresi devam ederken piyasaya sürmeyi planladığı jenerik/eşdeğer ilacının patentle korunan ilacı ihlal etmediğini ileri sürmektedir. Günümüzde ilaç sektörünün ulaştığı teknolojik gelişim göz önünde bulundurulduğunda, firmaların patentle korunan referans ilaçla aynı işlevi gören ancak patent hakkını ihlal etmeyen birçok ilaç üretebilmesi şaşırtıcı değildir. Zira bir teknik soruna farklı kişiler tarafından birden fazla teknik çözüm getirilebilir. Bu durumda, koruma şartlarını yerine getiren her bir teknik çözüm patent ile korunmaya hak kazanır. Nitekim jenerik ilaçların orijinal ilaçla tamamen aynı olması gerekmemekte, yalnızca aynı etkinliğe ve aynı güvenilirlik kriterlerine sahip olması gerekmektedir⁶⁷. Buna göre, jenerik ilaçlar referans ilaçlardan formülasyonlarında içerdikleri etken maddenin oranları ve yardımcı maddenin türleri ve oranları kapsamında farklılık gösterebilir⁶⁸. Bu çerçevede, jenerik/eşdeğer ilacın her durumda patentle korunan referans ilaca tecavüz ettiğini söylemek mümkün değildir. İşte menfi tespit davası da özellikle bu nitelikteki jenerik/eşdeğer ilaçlar için açılmaktadır. Gerçekten de jenerik/eşdeğer ilaç firmaları tarafından açılan menfi tespit davalarında, ilk derece mahkemeleri tarafından jenerik ilacın patentli ilaca tecavüz etmediği tespit edilmektedir⁶⁹. Ancak bu kararlar Yargıtay tarafından jenerik/eşdeğer firmanın henüz ruhsat almamış olması gerekçesiyle bozulmaktadır⁷⁰.

Bu kapsamda, ruhsat almamış jenerik/eşdeğer ilaç firmaları tarafından açılan menfi tespit davalarının, bolar istisnası gerekçe gösterilerek hukuki yarar

⁶⁷ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1158.

⁶⁸ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1158.

⁶⁹ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2012/83, K. 2014/261, 11.12.2014.

⁷⁰ 11. HD., E. 2015/3305, K. 2015/9146, 15.09.2015.

yokluğuna dayalı olarak reddedilmesinin iki müessesenin düzenleme amaçları açısından da yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Yargıtay'ın bu içtihadının temelinde jenerik/eşdeğer ilaçların her durumda patentle korunan referans ilaçla aynı olduğu, onu ihlal ettiği yanlısamasının bulunduğu düşünmekteyiz. Bu hukuki gerekçelere ek olarak Türkiye'de daha çok jenerik/eşdeğer ilaç firmasının bulunduğu gerçeği de göz önünde bulundurularak bu içtihadın bir an önce değiştirilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Yargıtay'ın ruhsat almamış jenerik/eşdeğer ilaç firmaları tarafından açılan menfi tespit davalarını hukuki yarar yokluğundan reddetmesinin diğer bir sebebi de ruhsat sürecinin sonunda ilacın içeriğinin değişebileceği gerçeğidir. Zira ancak idari işlem niteliğinde olan ruhsatlandırma işleminin tamamlanmasından sonra ruhsata konu olan ilacın içeriği ve formülasyonu kesinleşecektir⁷¹. Ruhsata konu ilacın formülü, dozu, farmasötik formu, ambalaj ve kısa ürün bilgileri Bakanlığın bilgisi ve onayı ile ruhsat süreci boyunca değiştirilebilir⁷². Nitekim Yargıtay tarafından onaylanmış olan bir ilk derece mahkemesi kararı⁷³ ile menfi tespit davasının reddedilmesinin gerekçelerinden biri olarak bu husus gösterilmiştir. Söz konusu karara göre, *"İçeriği her an değişen bir ruhsatlandırma süreci devam ederken, şu an için bir menfi tespit davasının açılabileceği kabul edilirse, yargılama sonunda tesis edilen bu kararın ruhsatın hangi aşamasını kapsayacağı belirsiz hale gelir. Çünkü şu andaki haliyle olumsuz tespit kararı verilse dahi, bu karar belki bir gün sonra ruhsat başvurusunun içeriğinin değişmesi sebebiyle hükmünü kendiliğinden kaybedecektir. Bu ihtimalleri de öngören kanun koyucu 551 sayılı KHK'nın 75.maddesinin f bendinde açıkça ruhsatlandırma işlemlerinin patent hakkı kapsamı dışında kaldığını ifade etmiştir. Bu süreç, patent hakkına yönelik bir istisna değil, hakkın kapsamı dışında kalan bir zaman aralığıdır."* Gerçekten de ruhsatlandırma sürecinde ilacın içeriğinin farklılaşması, değişmesi mümkündür. Ancak bu durum yine de Yargıtay'ın menfi tespit davasını düzenleyen SMK m. 154'ün aramadığı jenerik ilaç firmalarının ruhsat almış olma şartını aramasını haklı göstermemektedir. SMK m. 154 ile menfi tespit davası açmak için bulunması gereken şartlar düzenlenmiştir. Bu şartlar

⁷¹ Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1166.

⁷² Yusufoglu, "Jenerik İlaç," 1166.

⁷³ Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2012/248, K. 2013/223, 27.11.2013.

arasında da jenerik/eşdeğer ilaç firmalarının ruhsat almış olması gibi bir şart bulunmamaktadır.

Kaldı ki henüz ruhsat almamış bir jenerik ilaç firması menfi tespit davası açtığında bu davanın mevcut ilaç için inceleneceğini göze almış olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, jenerik ilaç firmaları da ilacın içeriğinin ruhsatlandırma sürecinde değişebileceğinin bilincinde olmalıdır ve bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Zira tecavüzün bulunup bulunmadığı sadece söz konusu davada incelenen ilaç içeriği için değerlendirilecektir. Ruhsatlandırma süreci sonunda ilacın içeriğinin değişmesi durumunda menfi tespit davasında davacı lehine kurulan olumlu hüküm patentle korunan ilaç sahibi firmalar için artık tecavüz davasına engel teşkil etmeyecektir. Bu çerçevede Yargıtay'ın ve ilk derece mahkemesinin ilacın içeriğinin ruhsatlandırma sürecinde değişebileceği bu nedenle de dava açmakta hukuki yarar bulunmadığı şeklindeki gerekçesine de katılmak mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

SMK m. 154 çerçevesinde, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari ve sınai faaliyetleri veya yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunduğunu ispatlayan kişilerin menfi tespit davası açabileceği kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay artık istikrar kazanmış içtihadı ile ruhsat almamış olan jenerik firmalarının menfi tespit davası açamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay bu içtihadını bolar istisnası ve buna bağlı olarak hukuki yarar yokluğuna dayandırmaktadır⁷⁴. Yargıtay'a göre, bolar istisnası uyarınca, ilaçların ruhsatlandırılması ve ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında bırakıldığından patent hakkına tecavüz edilmediğine ilişkin tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bu içtihadının SMK m. 154'ün amaç ve lafzına aykırı olduğu kanaatindeyiz.

İlk olarak, bu davanın amacı zaten jenerik/eşdeğer firmalarının ilaçlarını piyasaya sürdüklerinde herhangi bir tecavüz davası ile karşı karşıya kalmalarını önlemektir. Başka bir ifadeyle, anılan düzenlemenin amacı, jenerik/eşdeğer ilaç firmasına hukuk güvenliği sağlamaktır. Jenerik/eşdeğer ilaç firmaları bu davayı

⁷⁴ Yar. 11. HD, E. 2014/6103, K. 2014/11843, 23.06.2014; Yar. 11 HD, E. 2015/3305, K. 2015/9146, 14.09.2015.

açmak suretiyle, piyasaya girdiklerinde kendilerine karşı herhangi bir dava açılmaması için en baştan tedbir almak istemektedir. Milyonlarca lira yatırım yaparak üretilen ilaçların bir tecavüz davası sonucu toplatılması ve tazminata mahkûm olunması gibi durumlarla karşılaşmak istememektedir. Ruhsat sürecinin yaklaşık iki-üç yıl, davaların ise en iyi ihtimalle yedi yıl sürdüğü ülkemizde, bu davanın açılması için ruhsat alınmasını şart koşmak ciddi bir zaman ve para kaybına neden olacağından hakkaniyetli görünmemektedir. Zira jenerik ilaç firmalarının menfi tespit davalarını ruhsat başvurusu ile eş zamanlı olarak açmalarının bir nedeni de zaman kazanmaktır.

İkinci olarak, SMK m. 154'ün lafzı incelendiğinde Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyeti ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimleri bulunduğunu ispatlayan kişiler bu davayı açabilir. Buna göre, yapılan klinik test ve deneyler, ARGE çalışmaları, yapılan yatırımlar, ruhsat başvurusu gibi faaliyetler her biri tek başına SMK m. 154'te aranan şartı sağlamaktadır. Bu çerçevede, kanunun lafzına rağmen Yargıtay'ın ruhsat sahibi olmayan jenerik ilaç firmalarının açtığı menfi tespit davalarını "hukuki yarar" yokluğundan reddetmesi isabetli değildir.

Üçüncü olarak, kanaatimizce Yargıtay'ın menfi tespit davasını bolar istisnası kapsamında değerlendirmesi yerinde değildir. Bolar istisnası patent konusu buluşun koruma kapsamında yer alan ilaçlar için kabul edilmiş bir istisnadır. Menfi tespit davası ise patentli ilaç sahibine karşı koruma süresi devam ederken jenerik ilacın patentle korunan ilaca tecavüz etmediğinin tespiti için açılan bir davadır. Menfi tespit davası ile jenerik/eşdeğer ilaç firması, koruma süresi devam ederken piyasaya sürmeyi planladığı jenerik/eşdeğer ilacının patentle korunan ilacı ihlal etmediğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda, ruhsat almamış jenerik ilaç firmaları tarafından açılan menfi tespit davalarının, bolar istisnası gerekçe gösterilerek hukuki yarar yokluğuna dayalı olarak reddedilmesinin iki müessesenin düzenleme amaçları açısından da yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Arslan Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Çolak, Uğur. "Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması." *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*, C.1. Ed. Tekin Memiş, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık (2009): 227-284.
- Çolak, Uğur. *"Türk Patent Hukuku."* Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Eyüboğlu, Samiye. "551 Sayılı KHK ile Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Karşılaştırmalı Olarak Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava." *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)* 18, 19 (2016): 34-46.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Kaya, Barış. "Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükmü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması". *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2 (2018): 417-442.
- Kuru, Baki ve Ali Cem Budak. *Tespit Davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Postacıoğlu, İlhan, E. ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Suluk, Cahit. "Türkiye'de İlaçların Patent ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 100 (Aralık 2014): 731-734.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Tuncer, İdil, "Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. Özel S.11 (2009): 617-650.
- Usta, Merve. "Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukuki Yarar." *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

Yusufoğlu, Fülurya. "Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no.2 (2014): 1155-1176.

OSMANLI DÖNEMİNDEN GÜNÜMÜZE SERMAYE PİYASALARI ÖZELİNDE ARACILIK FAALİYETLERİNİN TARİHSEL GELİŞİMLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Thoughts on the Historical Evolution of Intermediary Operations
within the Context of Turkish Capital Markets from the Ottoman
Period to Present*

Ece Deniz GÜNAY*

Gözde Engin GÜNAY**

Öz

Ekonomik büyüme ve kalkınma ekseninde sermaye piyasaları ve borsaların gelişim süreçlerini incelemek bugünkü kurumların özünü anlayabilmek bakımından önemlidir. Temelleri Osmanlı döneminde atılan sermaye piyasasının ve borsanın finansal etkisini kavrayabilmek için gelişen sermaye piyasası kurumlarından aracı kurumların, tarihte ortaya çıkış biçim ve süreçlerinin incelenmesi gerekir. Çalışma, Osmanlı Devleti'nden günümüze sermaye piyasalarının durumunu ve borsacılık faaliyetlerinin oluşumunu; savaşlar,

* Dr.Öğr.Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ecedeniz.gunay@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2099-663X.

** Dr.Av.Arb., İstanbul Barosu, gengingun@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6092-5679.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 18.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 29.12.2024.

Atıf/Citation: Günay, Ece Deniz ve Gözde Engin Günay. "Osmanlı Döneminden Günümüze Sermaye Piyasaları Özelinde Aracılık Faaliyetlerinin Tarihsel Gelişimleri Üzerine Düşünceler." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2293-2327.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



yapılan reformlar ve Osmanlı mali sisteminin yapısı ekseninde ele almaktadır. Osmanlı Devleti'nde bankerler aracılığıyla yapılan ve finansal sisteme önemli yansımaları olan menkul kıymetlerin alım-satım işlemlerinin günümüzdeki aracılık faaliyetlerinin esası olarak değerlendirilebileceği tespit edilmiştir. Çalışmamızda, bugünkü aracılık faaliyetlerinin değişim ve gelişmelerinin kavranması amacıyla, bunlara katkısı olan Osmanlı ekonomik sistemi tarihsel olarak irdelenmektedir. Cumhuriyetin kuruluş döneminden günümüze mevzuat çalışmaları ve mali krizler incelenerek, aracılık faaliyetlerinin sermaye piyasalarındaki rolü ve piyasaların denetlenmesi, sermaye piyasasının önemli bir ilkesi olan kamuyu aydınlatma ilkesi ışığında aktarılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Borsa, Menkul Kıymetler, Galata Bankerleri, Aracılık Faaliyetleri.

Abstract

Examining the development process of capital markets and stock markets in the axis of economic growth is of vital importance in understanding the essence of today's institutions. In order to comprehend the capital market's impact at a financial level which traces back to the Ottoman Empire, one needs to examine intermediary operations' appearances in historical timeline. This paper aims to analyse the development and formation of Turkish Capital Markets and stock markets tracing their origins back to Ottoman Empire in the axis of imperial wars, reforms and the Ottoman financial structure. Accordingly, this study sets forth that the intermediation conducted via Ottoman bankers constitutes the essence of today's intermediary operations. From this point of reference, the Ottoman economic system is examined as the pioneer of today's intermediary operations on a historical basis with the aim to objectively determine the functions of the intermediaries. This study scrutinizes legislative history and financial crises via pondering on intermediary operations' role and the auditing of the markets in light of public disclosure principle as an essential of capital markets.

Keywords: Capital Markets, Stock Market, Securities, Bankers of Galata, Intermediary Operations.

GİRİŞ

Günümüzdeki haliyle aracılık faaliyetlerinin başlangıcı 1960'lı yıllarda yapılan sermaye piyasası oluşturma yolunda girişilen reform hareketlerine dayandırılrsa da, Osmanlı Devleti döneminde Kırım Harbi sonrasında yaşanan ekonomik gelişmeler ve savaş nedeniyle yapılan ilk dış borçlanma sırasında Galata bankerlerinin yabancı ortaklıklara ait tahvilleri pazarlama hususunda aracılık yapmaları, aracılık faaliyetlerinin zaman yolculuğunda eskiden beri var olduğunu göstermektedir. Çalışmamız, aracılık faaliyetlerinin günümüze kadar gelişim ve değişim süreçlerini objektif olarak değerlendirmek amacıyla ilk olarak, Osmanlı döneminde finansal piyasaların durumunu ve borsa faaliyetlerinin doğuşunu tarihsel bir bakışla ele almaktadır. Günümüzdeki sermaye piyasalarının ve bu bağlamda aracılık faaliyetlerinin gelişimleri, Cumhuriyet döneminden bugüne kadar yapılan mevzuat çalışmaları ve yaşanan mali krizler doğrultusunda incelenmektedir. Son olarak yaşadığımız çağda bilgi akışının piyasalar bakımından önemini kavrayabilmek amacıyla, aracılık faaliyetlerinin sermaye piyasalarındaki rolleri, denetlenmeleri gibi hususlar, sermaye piyasasının önemli bir ilkesi olan kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

I. OSMANLI DÖNEMİ'NDE PİYASALARA GENEL BAKIŞ

Osmanlı döneminde menkul kıymetlerin alım ve satım işlemlerinin tam olarak ne zaman başladığıyla ilgili net bir bilgi olmamakla birlikte, Galata ve çevresindeki sarrafların, tüccarın ve bankerlerin bu türdeki işlemleri gerçekleştirdiği bilinmektedir.

Banker kelimesi Latince kökenli olup (İtalyanca- "banchiere", Fransızca "banquier"), bankacılık işleriyle uğraşan, banka sahibi ya da bankacı kişi anlamına gelmektedir¹. Halihazırda içinde çokça Latince kökenli kelime barındıran İngilizce

¹ Nicola Zingarelli, *Lo Zingarelli Minore: Vocabulario Della Lingua Italiana* (İtalya: Zanichelli, 2001), 129; Tahsin Saraç, *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük* (İstanbul: Adam, 2003), 137; *Collins Sansoni Italian Dictionary*, ed. Vladimiro Macchi (Firenze: Sansoni, 2000), 93. Kelimenin Latince kökeni "argentarius" tur. Bkz. Luigi Castiglioni ve Scevola Mariotti, *Vocabolario della Lingua Latina* (Milano: Loescher, 2005), 96, 1502.

dilinde de² kelime “banker” olarak bu anlamıyla kullanılmaktadır. Oysa, kelimenin Türkçemizdeki anlamına bakıldığında, kelimenin diğer dillerdeki gibi yalnızca bankacı, banka sahibi olarak değil, aynı zamanda para ve/veya altın vb. taşınır değerlerin ticaretiyle uğraşan kimse ve mecazi anlamıyla da çok zengin kimseleri³ ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Nitekim tarihte Galata bankerlerinin faaliyetlerine bakıldığında, bu kişilerin yalnızca kredi vermediği aynı zamanda tahvil alım-satımında aracılık rolü oynadıkları da tespit edilebilmektedir. Bu anlamda banker kelimesinin, Türkçemizde tarihsel süreçte diğer dillerde olduğundan farklı anlamlar kazandığı ve esasında banker olarak ifade edilen kişilerin faaliyetlerinin bugün yabancı borsalarda “broker”(mediatör) olarak nitelenen faaliyetlere de karşılık geldiği tespit edilmektedir. Ancak broker kelimesi Türkçede bir finans terimi olarak ancak 20. Yüzyıl sonlarına doğru kullanılmaya başlanmıştır. O halde Türkçemizde banker kelimesine, broker kelimesinin bugünkü anlamına karşılık gelen anlamın da yüklenerek, kelimedeki anlam genişlemesi olduğu tespit edilmektedir. Bu durum, diğer temel dillerde kullanımı incelendiğinde rastlanmayan, Türkçemize özgü bir kullanım biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa'nın sanayileşme ve şirketleşme ile ilerlemesi sonucunda, borsacılık faaliyetleri de Osmanlı'dan daha önce başlamıştır.⁴ Batıdaki sanayi devrimi ve sömürgecilik faaliyetleri büyük çaplı anonim şirketlerin ortaya çıkmasına ve bunların halka da açılması sonucunu doğurduğu sırada, Türkiye'de yaşayan azınlıklar ve yabancı tacirler bu tarz şirketlerin hisse senetlerine ve tahvillerine ilgi duymaya başlamışlardı. Bu dönemde; dolaşımda altın para olması, kambiyo kontrolünün olmaması ve kapitülasyonların sağladığı serbestîyle, yabancı tacirler alım ve satım faaliyetinde bulunmuşlardı. Galata bankerlerinin öncülüğünde

² Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, ed. Bryan A. Garner (ABD: Thomson West Publisher, 2004), 155.

³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, erişim tarihi Ağustos 4, 2024, sozluk.gov.tr.

⁴ Nevzat Tetik ve Ersin Kanat, “Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri,” *Accounting and Financial History Research Journal* 17, no.2 (2019): 142.

dışarıdan alınan kıymetlerin el değiştirmesi bir piyasa oluşturmuş, Tanzimat'ın etkisiyle Türkler de daha sonraları bu konuyla ilgilenmeye başlamıştı.⁵

A. Tanzimat Döneminde Piyasalar ve Mali Sistem

Osmanlı iktisat tarihinde 19. yüzyılın başlarından devletin çöküşüne kadar olan dönem, yenileşme dönemi olup, yeni çözüm arayışları, iç dinamiklerden ziyade Batı dünyasında aranmıştır⁶. Finans ve ekonomi tarihinde önemli yeri olan 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı sonrasında Avrupa ile pazar bütünleşmesinin sağlanması için 1838 ve 1839 yıllarında, Fransa ve İngiltere ile akdedilen ticarî anlaşmalarla, Avrupa finans sermayesi, tüm kurum ve ilkeleriyle Türkiye'ye de girmeye başlamıştı. Bunun sonucunda, Osmanlı topraklarındaki yabancılar serbestçe ticaret ve esnafılık yapabiliyorlardı. Ancak 1838 ve 1839 yıllarında İngiliz ve Fransızlarla yapılan ticaret anlaşmaları kısa sürede mali sorunlar oluşturmuştu.⁷ Tanzimat'ın gerektirdiği reformlar, Devletin para ihtiyacını her geçen gün daha da artırmıştı.⁸ Osmanlı Devleti'nde, uzun süreden beri yaşanan mali ve ekonomik sıkıntılar, devam eden savaşlar ordunun ve sarayın masrafları, bütçede açıklıklar oluşturmuştu. Osmanlı ekonomik yapısının genel olarak tarıma dayalı olması, yaşanan iç isyanlar, uzun süren savaşlar ve savaşların ardında bıraktığı kayıplar, artan masraflar, bütçenin açık vermesinin önemli sebepleri arasındaydı. Bu durum, Osmanlı Devleti'ni uzun süreli ve peşin elde edilen gelir sağlama yollarını aramaya yöneltmişti.

Osmanlı Devleti, 18.yüzyıldan beri uyguladığı ve bir iç borçlanma sistemi olan esham (paylar) ihracını, 1860'lara kadar mahiyetini değiştirmeden

⁵ Murtaza Köse, "Osmanlıda Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri," *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 18, no.3 (2001): 239.

⁶ Gülfettin Çelik, "Sosyal Yapı," içinde *Osmanlı İktisat Tarihi*, ed. Ahmet Tabakoğlu ve Arif Bilgin, (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013), 3.

⁷ Haydar Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk Bankacılık Tarihi* (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, Creative Yayıncılık ve Tanıtım Ltd. Şti, 1997), 26-27.

⁸ Zafer Toprak, *İttihat-Terakki ve Cihan Harbi (Savaş Ekonomisi ve Türkiye'de Devletçilik, 1914-1918)* (İstanbul: Kaynak Yayınları, 2016), 143.

uygulamıştı.⁹ Sistemin özünü: (mukataa) adıyla bilinen ekilen toprak için alınan vergi kaleminden elde edilen yıllık nakdi gelirlerin, belirli bölümlerinin, sehim (pay) halinde dilimlenerek, özel şahıslara yaşadıkları müddetçe, muaccela adı verilen (peşin meblağ) karşılığında satılması oluşturmaktaydı. Bu sistemde mukataa gelirlerinin halka satıldığı, gelir ortaklığı benzeri bir yöntem uygulanmış ve belirli bir gelir garantisi öngörülmüş, ihraç edilen hisse senetleri, kişiler arasında tedavül etmiştir.¹⁰

Hissedarlar, paylarının yalnızca yıllık hisse payını taksitler halinde almışlar ve mukataanın idaresine müdahale etmemişlerdir. Mukataaların idaresi, devlet tarafından atanan ve Osmanlıda bir zümre olan eminler ya da (mültezimler-iltizamcılar) tarafından yerine getirilirdi.¹¹ Mukataanın işletmesini üstlenen eminler; hissedarlara, kâr payı ödemelerini yapardı. Eminler, bu ödemeler için genel olarak İstanbul'daki sarrafları kullanmaktaydı. Esham sisteminde sarraflar; borç ve kefaletle kişilerin para ihtiyaçlarını karşıladıkları gibi, bu kişilerin devletten alacaklarına karşılık olarak da, esham almaktaydı.¹²

Osmanlı Devleti'nde, toplumun tüm birleşenlerinin (kadınlar, erkekler, Müslüman ve gayrimüslim tebaa, asker) sehim satın alma hakkı vardı. Osmanlı Devleti'nde, eshama ait talep piyasasını genişletmek ve küçük tasarrufların hazineye ikrazını (borç verme/ödünç verme) sağlamak için hisseler daha da küçültülmüştü. Bir sehim için tespit edilen yıllık hisse payı, standart olarak 2.000

⁹ Ertan Ünlü, "18. Yüzyılın İkinci Yarısında Merkez-Taşra Bağlamında Sarrafların İlişki Ağları: Bir Sosyal Ağ Analizi Yöntemi Denemesi," Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi, 2020), 56.

¹⁰ Biltekin Özdemir, *Osmanlı Devleti Dış Borçları* (Ankara: T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, 2010), 10; Mehmet Genç, *Osmanlı Devleti'nde Devlet ve Ekonomi I* (İstanbul: Ötügen Yayınları, 2021), 184-187; Ahmet Tabakoğlu, "Mali Yapı," içinde *Osmanlı İktisat Tarihi*, ed. Ahmet Tabakoğlu ve Arif Bilgin, (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013), 49; Necdet Sakaoglu, *Osmanlı Tarihi Sözlüğü (Kavramlar, Kurumlar, Olaylar)*, (İstanbul: Alfa, 2016), 494.

¹¹ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkîl Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, ed. Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal (İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık, 2018), 1082; Mehmet Genç, *Osmanlı Devleti'nde Devlet ve Ekonomi I*, 97.

¹² Ertan Ünlü, "18. Yüzyılın İkinci Yarısında Merkez-Taşra Bağlamında Sarrafların İlişki Ağları: Bir Sosyal Ağ Analizi Yöntemi Denemesi," 57.

ya da 2.500 kuruş olup, bu miktar sonraları da değişmemişti.¹³ Üstelik sehimin tümünü almak zorunlu olmadığından, isteyenler sehimin yarısını, dörtte birini ve giderek 1/64'e kadar küçülen paylarını satın alabilirdi. Bu sistem, hisselerin bu oranlarda küçültülmesi ve halka açık hale getirilmesi sonucunda, hızlı bir şekilde yayılmıştı.¹⁴ Sistem hazineye kaynak yaratarak, imparatorluğun bazı acil giderlerini finanse etmiştir.¹⁵

Bütçe açıklarını kapatabilmek için başvurulmuş bir yöntem de, Galata bölgesinde mukim olan ve Galata Bankerleri olarak ifade edilen büyük sarraflardan borç almaktır. Osmanlı Devleti, 19. yüzyıla kadar, bütçe açıklarını ve bütçesindeki gelir yetersizliklerini karşılayabilmek için sermayedar zengin Galata Bankerlerinden/sarraflarından yüksek faizli kredileri, bir iç borçlanma yolu olarak kullanmış¹⁶, Tanzimat'ın ilanı sonrasında kendilerine imkânlar tanınan yabancılar, piyasaya, bankerler aracılığıyla girmişlerdi. Devlette, sarraflık ve bankacılık faaliyetleri; Yahudi, Rum ve Ermenilerin icra ettiği mesleklerdi.¹⁷

B. Kırım Harbi ve Dış Borçlanma

Kırım Harbi'ne kadar Osmanlı Devleti parasal sorunlarını, bazı çözümlerle yurt içinden sağlamıştı. Yine savaşlar için gereken harcamaları kendi imkânlarıyla sağlamış herhangi bir dış borçlanmaya gitmeden silahlarını temin etmiş, ordularını beslemiş ve gerektiğinde kuvvetli donanmalar da meydana getirebilmişti¹⁸. Osmanlı Devleti iç borçlanmalarının haricinde, ilk defa 1774 yılında Ruslar ile akdedilen Küçük Kaynarca Anlaşması üzerine, Rusya'ya ödemek durumunda olduğu 15.000 kese savaş tazminatı sebebiyle, dış borç alma

¹³ Mehmet Genç, Osmanlı Devleti'nde Devlet ve Ekonomi I, 184.

¹⁴ Mehmet Genç, Osmanlı Devleti'nde Devlet ve Ekonomi I, 188.

¹⁵ Ahmet Tabakoğlu, "Mali Yapı," içinde *Osmanlı İktisat Tarihi*, 50.

¹⁶ Biltekin Özdemir, Osmanlı Devleti Dış Borçları, 46.

¹⁷ Turan Akıncı, *Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakteri* (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2021), 170-171; Bernard Lewis, *İslam ve Batı*, (Ankara: Akıl Çelen Kitaplar, 2017), 52.

¹⁸ Cüneyt Ölçer, Osmanlı Bankası Aracılığı ile Yapılan Osmanlı Devleti Borç Anlaşmaları-Metinler, (İstanbul: Yenilik Basımevi, 1989), 1.

ihtiyacı hissetmesine ve bu husustaki tüm baskılara rağmen, 1854 yılına kadar dış borç almamış, dış borcu olmayan sayılı ülkelerden birisi olmuştur¹⁹.

Osmanlı Devleti ilk önemli yurt dışı/dış borçlanmasını, 1854 yılında Rusya ile savaş halinde olduğu Kırım Harbi sırasında yapmıştı.²⁰ Rusya ile Kırım Harbi'nin başlaması bütçe ile ilgili tüm planları bozmuştu. Bu savaşın yaralarını sarmak için başvurulmuş mali tedbirler, geçici bazı çözümler getirmekle birlikte, uzun vadede imparatorluğun mali açıdan, içinden çıkılmaz bir duruma sokmuştu.²¹ Bütçe kaynaklarının yetersizliği neticesinde hazinenin nakit ihtiyacı için başvurulmuş, iç ve dış piyasadan devlet tahvilleri karşılığında borçlanmak bir mali politika olarak benimsenmişti.

1853-1856 Osmanlı-Kırım savaşı sırasında ıslahat hareketlerinde de bir duraklama dönemi yaşanmıştır. Kırım Savaşı, Osmanlı maliye tarihinde, dış borçlanmaların doğrudan doğruya başlatıcısı ve nedeni olarak görülmüştür.²² Mevcut iç borç ve ekonomide oluşan yüksek enflasyonist baskı sonucunda, Osmanlı Devleti 24 Ağustos 1854 yılında, Londra'da bir borçlanma sözleşmesi imzaladı. Sözleşmeye göre, Fransız ve İngiliz piyasalarına tahvil ihraç izni aldı.²³ 1854 yılında yaşananların neticesi olarak İstanbul Galata'da gayrimüslim bankerler, yurtdışına tahvil ihracıyla ilgilenmeye başladı.

Devlette müste'men olarak ifade edilen, ticaret sözleşmeleri (kapitülasyonlar) gereği, Osmanlı'da yaşayan ve ticaret yapan gayrimüslim Osmanlı tebaası olarak Hristiyan tüccar, zaman içerisinde, Osmanlı Avrupa ticaretinin önemli bir parçası olmuştu. Müste'men statüsünü haiz olduklarından birtakım vergilerden en önemlisi de cizyeden muaf olma ayrıcalığı tanınan gayrimüslim tebaanın yaklaşımının, 18. yüzyıldan itibaren, İmparatorluğun siyasal durumuna bağlı olarak değişmesi neticesinde, kapitülasyon olarak bilinen uluslararası ilişki formu,

¹⁹ Biltekin Özdemir, Osmanlı Devleti Dış Borçları, 46.

²⁰ Cüneyt Ölçer, Osmanlı Bankası Aracılığı ile Yapılan Osmanlı Devleti Borç Anlaşmaları-Metinler, 3; Ahmet Tabakoğlu, "Mali Yapı," içinde Osmanlı İktisat Tarihi, 50.

²¹ Ertan Ünlü, "18. Yüzyılın İkinci Yarısında Merkez-Taşra Bağlamında Sarrafların İlişki Ağları: Bir Sosyal Ağ Analizi Yöntemi Denemesi," 50.

²² Biltekin Özdemir, Osmanlı Devleti Dış Borçları, 48.

²³ Turan Akıncı, Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakutusu, 207-208.

19. yüzyılda Osmanlı'yı dezavantajlı konuma getirmiştir.²⁴ Azınlık tebaaya verilen kapitülasyonlar, onlara geniş bir ticaret serbestisi tanıyordu. Bu dönemde tedavül eden paranın altın para olması ve kambiyo kontrolünün olmaması gibi nedenler, azınlıkların parayı dışarıya çıkartarak menkul kıymet alımı yapabilmelerini sağlamıştı. 1854 yılından sonra Galata Bankerleri ile Avrupa sermayedar ve bankerleri arasındaki ekonomik münasebetler pekiştirilerek, Osmanlı Devleti'nde 1881'de Düyun-u Umumiye'nin kuruluşuna kadar sürecek, vadesi sonunda faiziyle geri ödenmesi üzere akdedilen bir borç sözleşmesi olan, istikrâz fırtınası dönemi yaşanmıştır.²⁵

Sermaye ihracı noktasında, 19.yüzyılda dışarıdan alınan borçlar, Osmanlı Devleti açısından olumlu sonuçlanmamıştır. 1850'li yıllarda Kırım Harbi ile başlayan süreç, 1870'lerin ortasında, bütün Dünya'da patlayan finansal krizin etkisiyle (*Panic of 1873*), Osmanlı Devleti'ni borçlarını ödeyemez duruma getirmiştir. Osmanlı Devleti'ne borç verenlerin, 1881'den itibaren Osmanlı maliyesini de hükümleri altına almaya çalıştıkları görülmüştür.²⁶ Bu doğrultuda Avrupalı Devletler gayrimüslim tüccarı Doğu-Batı ticaretinde aracı olarak kullanmıştır. Osmanlı Devleti kapitülasyonları tanıyınca, Devletteki gayrimüslim tüccarı tıpkı diğer yabancı tüccar gibi bu imkânlardan faydalanabilmek için örneğin daha düşük gümrük vergisi verebilmek için Avrupalı Devletlerin himayesine girmişlerdir.²⁷ Avrupa'yla ticari münasebetlerin artışı Osmanlı Devleti'nin ekonomi üzerindeki kontrolünü zayıflatmıştır. Avrupalı Devletler, Osmanlı'nun dışarıdan fon almasını ve yüksek faiz oranından kazanç sağlamayı hedefliyordu. Osmanlı Devleti'ndeki reform hareketlerinin yanı sıra idari yapıların ve ordunun modernleştirilmesi yolunda atılan adımlar, harcamaların artmasına yol açınca bu süreç İmparatorluğun dışarıdan borç alması hususunda

²⁴ Mehmet Genç ve Erol Özvar, *Osmanlı Ekonomisine Dair Konuşmalar-I* (İstanbul: Ötüken Yayınları, 2021), 129-131; Necdet Sakaoğlu, *Osmanlı Tarihi Sözlüğü (Kavramlar, Kurumlar, Olaylar)*, 515.

²⁵ Necdet Sakaoğlu, *Osmanlı Tarihi Sözlüğü (Kavramlar, Kurumlar, Olaylar)*, 352-353; Serap Barış ve Uğurcan Özel, "Osmanlı Ekonomi ve Finans Sisteminde Banker bir Aile: Camondolar," *Maliye ve Finans Yazıları* 109, (2018): 124.

²⁶ Mehmet Genç ve Erol Özvar, *Osmanlı Ekonomisine Dair Konuşmalar-I*, 102-103.

²⁷ Mehmet Genç ve Erol Özvar, *Osmanlı Ekonomisine Dair Konuşmalar-I*, 130.

baskı oluşturmuştur.²⁸ Nitekim ilerleyen dönemlerde, devletin borçlanma araçları İstanbul'daki sarraflar ve bankerler vasıtasıyla alınıp satılarak, Avrupa borsalarında işlem görmüştür.²⁹ Bir başka anlatımla, yabancı ortaklıkların tahvilleri, bankerler aracılığıyla, Devlette pazarlanmıştır.³⁰

1. Osmanlı Devleti'nde Borsa Kurma Fikrinin Doğuşu, Galata Borsasının Oluşumu ve Yapısı

Osmanlı Devleti'nde, 1850'li yıllardan itibaren, iç ve dış girişimci sermayedarlar, halka açık anonim şirketler kurmuştur. Bu şirketlere yap-işlet-devret kapsamında imtiyazlar bahşedilmiştir.³¹ Özellikle yabancılar, kapitüler imkânlar sayesinde, imtiyazlı denebilecek anonim şirketler kurarak; ulaştırma, su, elektrik, gaz, antrepo, rıhtım vb. alt yapı işletmelerinin yanı sıra, önemli maden işletmelerini de işletmişlerdir.³² Osmanlı anonim şirketlerinin hisse senetleri ve tahvilleri, 1850'lerden itibaren piyasaya çıkarılmıştır.³³ Kırım Harbi dolayısıyla çıkartılan borçlanma tahvilleri, devletin çeşitli nedenlerle çıkardığı tahviller, ülkemizde faaliyet gösteren yabancı şirketlerin ve meşrutiyet döneminden sonra yerli şirketlerin tahvilleri ve hisseleri alınıp satılmaya başlamıştır.³⁴

Osmanlı tahvilatı yanında, bu şirketlerin hisse senetleri ve bunlara ilaveten bazı önemli Avrupa sınai kuruluşlarının hisse ve borç senetleri, bunların temettü ve faizinden yararlanmak isteyenler tarafından, sandıklar içinde muhafaza edilip, altı ayda bir kupon ödemeleri için dışarıya çıkartılıyordu.³⁵ Batı'daki anonim şirketlerin çıkarmış olduğu hisse senetlerinin ve tahvillerin azınlık tebaa

²⁸ Biltekin Özdemir, *Osmanlı Devleti Dış Borçları*, 46.

²⁹ Nevzat Tetik ve Ersin Kanat, "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri," 143.

³⁰ Murtaza Köse, "Osmanlı'da Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri," 241.

³¹ Turan Akıncı, *Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakutusu*, 276.

³² Mehmet Genç ve Erol Özvar, *Osmanlı Ekonomisine Dair Konuşmalar-I*, 105. Celali Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri* (İstanbul: Scala Yayıncılık, 2011), 66, 211.

³³ İstanbul Ticaret Odası (İTO), *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923* (İstanbul: İTO Yayını, 2009), 22.

³⁴ İstanbul Ticaret Odası (İTO), *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923*, 21.

³⁵ Haydar Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme- Osmanlı Sanayii Monografi ve Yorumlar*, (Ankara: Töbank A.Ş Kültür Hizmeti Yayını, 1991), 27-28.

vasıtasıyla, Osmanlı Devleti'nin diğer bazı merkezlerinde dolaşmaya, sarraflar ve akabinde bankerler tarafından alınarak satılmaya başlaması ve 1854'te Kırım Harbinden itibaren meydana gelen borçlanma sebebiyle çıkartılan tahvillerin, Avrupa'daki başlıca borsalarda alınıp satılmasıyla, Osmanlı Devleti'nde bir borsa kurma fikri doğmuştur. Neticede Avrupa borsalarında görülen bu gelişmeler ve Osmanlı Devleti'nde finansal anlamda yaşananların etkisiyle, Galata'da bir borsa kurulması yoluna gidilmiştir. Osmanlı Devleti'nde anonim şirketlerle, sanayileşme arasında ilişki kurulmasındaki en mühim rolü de Galata Borsası oynamıştır.

Kırım Harbi sonrasında, Devlet'in dış borçlanma yoluna gitmesi, bir menkul değerler borsanın kurulmasını, adeta hızlandırmıştır. Osmanlı'da Kırım harbini finanse edebilmek için çıkartılan tahviller, ilk defa birinci elden yurt dışına satılmıştır.³⁶ Osmanlı'nın bu dış borçlanması tahvil piyasasının oluşumundaki ilk adım olmuştur. Yabancı ortaklıkların tahvilleri, Galata bankerleri aracılığıyla hem Osmanlı Devleti'nde, hem de Avrupa ülkelerinde pazarlanmıştır. Bankerler, 1860'larda, yasal bir borsa kurumu olmamasına rağmen; hisse senedi, tahvil, tefecilik, komisyonculuk, para alışverişi gibi faaliyetleri icra etmişlerdir. Galata'da tezgâh kuran bu sarraflar, aynı zamanda tebdil-i meskûkât diye bilinen para bozma işlevini de yürütmüşlerdir.³⁷

İstanbul'da önemli bir ticaret merkezi olan Galata'da, sarraflar oldukça etkindirler. Sarraflar, sermaye müteşebbisi olarak, kendi sermayeleriyle piyasaya kredi verdiği gibi, piyasadaki borç para alarak, bunları da kredi işlemlerinde kullanmışlardır. Piyasaya para akışını sağlayan sarrafların düzeni; sermaye, alacak ve borç ekseninde dönmüştür.³⁸ Osmanlı için birer kredi kurumu olarak ifade edilen para vakıfları ve sarraflar, piyasanın finans tedarikçileri olarak, para

³⁶ Ahmet Tabakoğlu, "Mali Yapı," içinde *Osmanlı İktisat Tarihi*, 51.

³⁷ Zafer Toprak, İttihat-Terakki ve Cihan Harbi (Savaş Ekonomisi ve Türkiye'de Devletçilik, 1914-1918), 75; Haydar Kazgan, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme- Osmanlı Sanayii Monografi ve Yorumlar, 154.

³⁸ Metin Ziya Köse, "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700-1720)," *Tarih Dergisi* 64, no.2 (2016): 76.

sirkülasyonunun devamı için korunmuştur.³⁹ Sarrafların yürüttüğü finansal aracılık faaliyetlerinin, güven esaslı çerçevesinde icra edilebilmesi, borçlar ile alacaklar arasında denge kurulmasına bağlıydı. Bu noktada en mühim mesele, sarrafların kredi açtığı şahıslardan, zamanında tahsilâtlarını gerçekleştirebilmeleriydi. Eğer tahsilât aksarsa, sarrafın kendi ödemelerinin dengesi bozulur ve itibarları zedelenirdi.⁴⁰ Sermayelerini, kredi işlemleri için kullanan sarraflar, sermayeleri yeterli olmadığında piyasadan kredi almışlardır. Zira sarrafların amacı faiz vermek ve borçlanmak suretiyle temin ettikleri fonları, tekrar faiz koyarak işletmektir. İktisadi hayatın, mal ve hizmet üreten gruplara göre dağılımı dikkate alındığında, sarraflar tıpkı günümüzün bankaları gibi, mali konularda hizmet vermişlerdir.

Sarrafların devletle olan parasal ilişkileri de önemliydi. Özellikle iç borçlanma ve kefalette sarraflar, devletin öncelikle başvurduğu kesimdi.⁴¹ Sarraflar belirli nizamlar çerçevesinde, kredi alıp vermek, yüksek askeri sınıfa sarraflık yapmak, gayrimenkullerin alım veya satımıyla ilgilenmek, iltizam sisteminde kefalet görevini üstlenmek, para mübadelesi yapmak, para nakli işlerini yürütmek ve para muhafazası gibi mali görevleri haizdi.⁴² Bu nedenle temel düzeyde de olsa, o dönemde sarrafların bir finansal aracı durumunda olduğu söylenebilir.

Galata bölgesinde yerleşik olan ve ticari ilişkilerini burada icra eden Galata Bankerleri, önceleri Osmanlı Devleti'nin iç borçlanma ihtiyacını ve dış ticaretteki kredili alım satım işlemlerini karşılamışlardır. Sonrasında, Devlet'in dış borçlanması hususunda, aracılık faaliyetinde bulunmuşlardır. Bu gayrimüslim tüccar topluluğu, önce Havyar Han'da sonrasında Komisyon Han'da faaliyette bulunmuştur.⁴³ Bu dönemde yapılan faaliyet ve işlemler, Osmanlı'da borsanın ilk izleri olup, tezgâh üstü piyasada herhangi bir aracı kurum veya resmî bir borsa

³⁹ Metin Ziya Köse, "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700-1720)," 77.

⁴⁰ Turan Akıncı, Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakutusu, 173.

⁴¹ Turan Akıncı, Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakutusu, 171.

⁴² Metin Ziya Köse, "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700-1720)," 85.

⁴³ Metin Ziya Köse, "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700-1720)," 239; İstanbul Ticaret Odası (İTO), *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923*, 22.

olmaksızın yapılmıştır.⁴⁴ Menkul kıymet işlemleri, Galata sokaklarında ayaküstü yapılan toplantılarla gerçekleştirilirken, Galata sarrafları sonradan, İstanbul para piyasasının merkezi haline getirdikleri Havyar Han'da 1864'te Borsacılar Cemiyetini/Derneğini kurmuşlardır. Resmî bir yetkisi olmamakla birlikte bir nizamnameyle/tüzükle düzenlenen bu cemiyet İstanbul Esham Borsasının nüvesi olarak kabul edilmiştir.⁴⁵ Bu dönemde resmî ve denetime tabi olmayan borsa, Galata Bankerlerinin faaliyet gösterdiği bölgeden ötürü Galata Borsası olarak isimlendirilmiştir.⁴⁶

Ülkemizde Galata Borsası her ne kadar 19. yüzyılın son çeyreğinde batılı ülkelerin borsalarından daha sonra oluşmuşsa da, içinde faaliyet gösterenlerin gücüne bağlı olarak, hızlı bir gelişme göstermiştir.⁴⁷ Galata Borsası'nda yalnızca devlet tahvilleri değil, demiryolu, tramvay, tünel gibi ulaştırma şirketlerinin yanı sıra madencilik, su, gaz, elektrik, deniz ulaşımı ve diğer imalat işleriyle iştigal eden yüzden fazla anonim şirketin tahvil ve hisse senetleriyle bankanın hisseleri de piyasada alınıp satılmıştır. Borsada en fazla işlem gören menkul kıymetler ise Osmanlı Devleti'nin çıkardığı tahviller olmuştur.⁴⁸

Osmanlı Devleti'nde ilk Avrupa kökenli iç borçlanma kaynağı olan Galata Borsası ve Galata bankerleri, Dünya'da önemli ve işlem açısından en ön saflarda yer almış finansal unsurlardır. İstanbul'da ikamet eden, kökenleri genellikle

⁴⁴ Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873, Cilt 1* (İstanbul: Borsa İstanbul Yayınları, 2013), 13.

⁴⁵ İlhan Tekeli ve Selim İlkin, *Para ve Kredi Sisteminin Oluşumunda Bir Aşama. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası 50. Yıl Kuruluş Armağanı* (Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayını, 1981), 104; Eser Yeşildağ, "Türkiye'de Aracı Kuruluşların Gelişimi ve Yatırımcıların Aracı Kuruluş Seçimine Etki Eden Unsurlar: Bir Faktör Analizi Uygulaması," Yayınlanmamış Doktora Tezi (Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, 2013), 81; İstanbul Ticaret Odası (İTO), *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923*, 22.

⁴⁶ Nevzat Tetik ve Ersin Kanat, "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri," 143; İstanbul Ticaret Odası (İTO), *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923*, 22; Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873, Cilt 1*, 21.

⁴⁷ Murtaza Köse, "Osmanlıda Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri," 236.

⁴⁸ Mehmet Genç ve Erol Özvar, *Osmanlı Ekonomisine Dair Konuşmalar-I*, 103-105.

Venedik ve Cenova olan Avrupalı sarrafların⁴⁹/Levantenlerin, mali tarihimize ve İstanbul'un tarihi ve kültürel yapısına önemli katkıları olmuştur.⁵⁰ Osmanlı Devleti'nin son dönemini ele alan çalışmalarda Galata bankerleri olarak tanıtılan bu esnaf birliğinin İmparatorluğu'nun ekonomisi üzerinde oldukça etkili olduğu kabul edilmektedir.⁵¹ Nitekim, Osmanlı Devleti'nin iktisadi yapısında önemli misyonu olan Galata Bankerleri, tefeci nitelendirmesinden ziyade, resmî statülü bir esnaf birliği olarak kabul edilmişti.⁵²

2. İlk Resmî Borsanın Kuruluşu

Avrupa'da 19. yüzyılda Sanayi Devrimi sonrasında, anonim şirketlerin sayısı çoğalmış ve Galata Bankerleri, Osmanlı Devleti ve Batılı sermaye çevreleri arasında ekonomik bir ilişki sağlamışlardır. Yaşam tarzları bakımından Avrupa'ya bağlı kalan azınlıklar batı kültürünün etkisi altında oluşan bir Türk-Müslüman elit tabaka ve Türkiye'de yaşayan Levantenler üç mühim grup olarak finansal işlemlerle alakadar olmuşlar ve Galata bankerlerinin de aracılığıyla piyasanın oluşumuna ön ayak olmuşlardır.⁵³ Vergi gelirlerinin, iltizamın ve madenlerin karıştırılması olarak bilinen tağşişin Osmanlı mali politikasında esas gelir araçları olarak kabul edildiği dönemde, sarraflar aracı olarak, devletin mali işlerindeki etkinliklerini 1870'lerden itibaren arttırarak faaliyetlerine devam etmişlerdir.⁵⁴

⁴⁹ Galata mahkemesi kayıtlarında sarraflar, taife olarak nitelendirilmektedir. Bu terimden anlaşılması gereken, sarrafların Devlet izniyle çalışabilen bir gedik/esnaf örgütü olduklarıdır. Metin Ziya Köse, "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700-1720)," 80; Turan Akıncı, *Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakteri*, 169.

⁵⁰ Biltekin Özdemir, *Osmanlı Devleti Dış Borçları*, 14; Zafer Toprak, *İttihat-Terakki ve Cihan Harbi (Savaş Ekonomisi ve Türkiye'de Devletçilik, 1914-1918)*, 73.

⁵¹ Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873*, Cilt 1, 21-22.

⁵² Metin Ziya Köse, "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700-1720)," 75.

⁵³ Murtaza Köse, "Osmanlı'da Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri," 237.

⁵⁴ Biltekin Özdemir, *Osmanlı Devleti Dış Borçları*, 14-15; Mustafa Nihat Özön, *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, (İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2012), 801.

Nitekim bu dönemlerde hisse senetleri borsa işlem gören şirketlerin sayısı da giderek artış göstermiştir.⁵⁵

Zamanla devletin düzenlemiş olduğu bir tüzüğün olmaması, borsa üyelerinin arasında yaptığı tüzüğün de yaptırım gücünün bulunmaması eksiklik olarak görülmüştür.⁵⁶ Borsaya ilişkin işlemlerin, yaptırım gücü olan bir tüzükle gerçekleştirilmesine ve hükümetin denetiminde yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Galata Bankerleri tarafından başlatılan borsacılık faaliyetlerinin resmî olarak ifa edilebilmesi, denetlenebilir olması ve organize olarak gerçekleştirilmesi amacıyla Galata Borsası, bir nizamname ile Dersaadet Tahvilat Borsası unvanını alarak, devlet düzenlemesi ve gözetiminde bir piyasa haline dönüştürülmüştür.⁵⁷ Böylelikle Dersaadet Tahvilat Borsası, bu unvanla resmî borsa olarak faaliyete geçmiştir. Bu borsanın güvenli menkul kıymet ticareti açısından önemli olduğu kabul edilmiştir.⁵⁸ Çıkarılan Nizamname ile yarı resmî nitelikte çalışan Galata Borsası böylelikle denetim altına alınmıştır.⁵⁹ Ancak Galata Borsası'nın resmîyet kazanarak, düzenli bir menkul kıymet borsası halini aldığı tarih hususunda literatürde farklılıklar bulunmaktadır. Borsanın resmi kuruluş tarihi olarak Takvim-i Vekayi gazetesinde yayımlanan bir kararnameyi esas alarak, 1866'yı kabul eden kaynaklar⁶⁰ olduğu gibi Galata Borsası'nın resmi bir menkul kıymet borsasına dönüşümünün, 1873 yılında çıkarılan nizamnameyle

⁵⁵ Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873*, Cilt 1, 17-18.

⁵⁶ Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873*, Cilt 1, 22.

⁵⁷ Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Dersaadet Tahvilât Borsası, 1830-1873*, Cilt 2, (İstanbul: Borsa İstanbul Yayınları, 2014), 11-12.

⁵⁸ Nevzat Tetik ve Ersin Kanat, "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri," 144-146.

⁵⁹ İstanbul Ticaret Odası (İTO), *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923*, 22.

⁶⁰ İbrahim Hamdi Yasaman, *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku* (İstanbul: Kazancı Matbaası, 1992), 14; Erhan Kotar, "Türkiye'de Menkul Kıymet Borsasının Tarihi Gelişimi," *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 5, no.1 (1969): 52.

gerçekleştiğini kabul eden kaynaklar da mevcuttur.⁶¹ 1866 yılındaki kararnamenin uygulanıp uygulanmadığı hususunda netlik yoktur.⁶² Buna mukabil 1873 yılı nizamnamesiyle, borsaya devlet tarafından atanan ilk komiser olan Abidin Bey'in 20 kişilik bir yönetim komitesiyle göreve başlamasıyla⁶³ borsaya resmîyet kazandırılmıştır.

Dersaadet Tahvilat Borsası'nda yerli ve yabancı hisse senetleri ve tahviller, Avrupa Borsalarıyla telgraf irtibatı kurulmak suretiyle işlem görmüştür. Panama tahvilleri ve Süveyş Kanalı hisse senetleri çoğu zaman yabancı bankaların aracılığıyla varlıklı aileler tarafından satın alınmıştır. Aynı yıllarda Osmanlı Devleti borçlanmak için tahviller çıkarmış, bu tahvillerin çoğu da yabancılar tarafından alınmış, az bir kısmı ise Osmanlı Tebaası tarafından satın alınabilmiştir.⁶⁴ Bankerlerin Osmanlı'nın iç ve dış borçlanma ihtiyacını karşılayan bu işlemlerini ve sermaye çevreleri arasında kurdukları irtibat faaliyetlerini, günümüzde aracı kurumların gerçekleştirdiği işlemler olarak nitelendirebiliriz.

Dersaadet Tahvilat Borsası'ndaki işlemlerin kontrollü uygulanması ve piyasadaki yanıltıcı bilginin önüne geçilebilmesi için 1904 yılında yeni düzenleme girişimleri başlamıştır.⁶⁵ 1906 yılında çıkartılan bir nizamnameyle İstanbul'da kurulan Dersaadet Tahvilat Borsasının unvanı, Esham ve Tahvilat Borsasına dönüşmüş ve bu borsa faaliyetlerine Cumhuriyet dönemine kadar devam etmiştir. Esham ve Tahvilat Borsası Nizamnamesi, hususiyetle menkul kıymetler borsalarını, hukuki esaslara bağlamak için çıkartılmış bir düzenlemedir.⁶⁶ İkinci meşrutiyetin, 23 Temmuz 1908'de ilanından sonra ulusal bankacılık işlemleri gelişmiştir. Özellikle 1913 yılı sonrasında, Müslüman eşraf, tüccar ve çiftçi,

⁶¹ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 6; Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873, Cilt 1*, 22.

⁶² Nevzat Tetik ve Ersin Kanat, "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri," 146.

⁶³ Hüseyin Al ve Şevket Kâmil Akar, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Dersaadet ve Tahvilât Borsası, 1830-1873, Cilt 2*, 12; Murtaza Köse, "Osmanlıda Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri," 239.

⁶⁴ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 6.

⁶⁵ Nevzat Tetik ve Ersin Kanat, "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri," 147.

⁶⁶ Erhan Kotar, "Türkiye'de Menkul Kıymet Borsasının Tarihi Gelişimi," 55.

yabancılardan ve gayrimüslimlerden bağımsız olarak kendi kredi kurumlarını kurmuştur.⁶⁷ Meşrutiyet yıllarında güçlenen Müslüman eşraf, tüccar ve çiftçinin milli bankaların kuruluşuyla yabancı ve gayrimüslim tüccar karşısında pazarlık gücü artmıştır. Bu tarihlere kadar gayrimüslimlerin ve yabancıların etkin olduğu bankacılıkta, bankerlikte ve sarraflıkta, giderek Müslüman-Türk eşrafının da etkisi artmıştır.⁶⁸ 1922 yılında çıkan bir nizamname⁶⁹ ile borsaya günümüzdeki sistemin temelini teşkil eden hükümler getirilmiştir.

II. CUMHURİYET DÖNEMİNDE SERMAYE PİYASASINA GENEL BAKIŞ

1922 yılında çıkartılan bir nizamname ile borsaya bugünkü sistemin esasını oluşturan hükümler getirilmiştir.⁷⁰ 1923 yılında Cumhuriyetin ilanından sonra maliye müfettişi Adil Bey, borsa ve Osmanlı bankası komiseri olarak göreve başlamıştır.⁷¹ 1926 tarihli Nizamname ile İstanbul'da Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsası (MKKB) kurulmuştur.⁷² 1926 yılında borsa Galata'da 1921 tarihinde taşındığı Komisyon Han'dan alınarak, Bahçekapı'daki 4. Vakıf Han'a geçmiştir. Borsanın, faaliyetlerini yürüttüğü Galata bölgesinden Eminönü'ne taşınması, borsanın millileştirilmesi çabasının bir sonucudur. Zira ilgili dönemde Galata bölgesi gayri-müslim tebaanın, Eminönü ise Müslümanların hâkim olduğu bir bölgedir. Dolayısıyla Galata köprüsü için sadece iki yakayı birbirine bağlayan bir köprü demek yeterli olmaz. Bu köprü aynı zamanda iki kültürü de birbirine bağlamıştır. Borsanın Eminönü'ne taşınması, o zamana kadar yeterli derecede

⁶⁷ Zafer Toprak, İttihat-Terakki ve Cihan Harbi (Savaş Ekonomisi ve Türkiye'de Devletçilik, 1914-1918), 110.

⁶⁸ Zafer Toprak, İttihat-Terakki ve Cihan Harbi (Savaş Ekonomisi ve Türkiye'de Devletçilik, 1914-1918), 110.

⁶⁹ Kemaleddin Dilbaz. "Menkul Kıymet Borsalarının Özelleştirilmesi ve İMKB İçin Bir Değerlendirme," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi, 2007), 39.

⁷⁰ Kemaleddin Dilbaz. "Menkul Kıymet Borsalarının Özelleştirilmesi ve İMKB İçin Bir Değerlendirme," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi, 2007), 39.

⁷¹ Erhan Kotar, "Türkiye'de Menkul Kıymet Borsasının Tarihi Gelişimi," 53.

⁷² İbrahim Hamdi Yasaman, *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku*, 15.

milli olmamakla itham edilen borsa için, bir güç göstergesi olarak da nitelendirilmiştir.⁷³

Cumhuriyet Döneminde kurulmuş olan borsalarda, Esham ve Tahvilat yanında, döviz alım ve satım işlemleri de yapılmaktadır. Fakat ülkemizde, 1931 yılından sonra artan kambiyo kontrolüyle, döviz alım ve satımı manasını kaybetmiştir.⁷⁴ 30 Mayıs 1929 tarihli 1203 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanan, 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu çıkartılmıştır. 1447 sayılı kanun esas olarak Fransız sistemine göre hazırlanmıştır. Borsa, maliye bakanlığına bağlı, sınırlı özerkliği olan, tüzel kişiliği olmayan bir kamu kurumuydu. Tahvillerin borsaya kotasyonu zorunlu iken, hisse senetleri için böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Borsadaki işlemlerin denetlenmesi görevi, 1930 yılında kurulan Bankalar Konsorsiyumuna verilmiş ancak emisyon bankasına duyulan ihtiyaçtan dolayı bu çalışmalar 03.10.1930 tarihinde T.C. Merkez Bankası'nın kurulmasıyla sona ermiştir. 19.01.1938 tarihli 3812 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 8033 sayılı Kararnameyle 1447 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak İstanbul'daki MKKB'nin üç yıl için kapatılması ve Ankara'da bir borsa kurulmasına karar verilmiştir. Böylece İstanbul'daki MKKB'nin faaliyetleri 01.04.1938 ile 01.04.1941 tarihleri arasında durdurularak, borsa Ankara'nın Ulus semtinde Ankara Menkul Kıymetler Borsası unvanıyla üç yıl boyunca faaliyette bulunmuştu. O dönemde savaşın neden olduğu ortam ve Ankara'nın işlem potansiyelinin zayıf oluşu borsaya ilişkin faaliyetleri aksatmıştır. Borsacılık işlemlerinin İstanbul'da yoğun olması sebebiyle 01.04.1941'de borsanın yeniden İstanbul'a taşınmasına karar verilmiştir.⁷⁵

Osmanlı döneminden beri borsaların mekân açısından birtakım sorunları olmuştur. Osmanlı döneminde faaliyette bulunan Dersaadet Tahvilat Borsası,

⁷³ Celali Yılmaz, "Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsası Bütçeleri (1931-1975)," *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi* 18, no.1 (2020): 104.

⁷⁴ İstanbul Ticaret Odası (İTO), Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923, 7.

⁷⁵ İbrahim Hamdi Yasaman, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, 15; İstanbul Ticaret Odası (İTO), Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu Dersaadet Ticaret Odası 1882-1923, 7; Celali Yılmaz, Osmanlı'dan Günümüze Borsa, İstanbul Esham ve Tahvilat Borsası, 1929-1985, Cilt 3 (İstanbul: Borsa İstanbul Yayınları, 2015), 71-72.

Cumhuriyet döneminde MKKB, 1985'ten sonra faaliyette bulunan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) defalarca yer değişikliği yapmıştır.⁷⁶

Türkiye'de günümüzdeki anlamıyla Sermaye piyasasıyla ilgili ilk çalışmalar, Türkiye Sınâî ve Kalkınma Bankasının öncülüğünde başlamıştır. 1953 yılında bankanın yaptığı davet üzerine kurulan çalışma grubu, Türkiye'de Hususi Sınâî Teşebbüslerin Finansmanına Hadim Olmak Üzere, Bir Sermaye Piyasasının Tesis ve Teşviki Şart ve Usulleri Hakkında, bir rapor hazırlamıştır.⁷⁷

Ülkemizin o günkü ihtiyaçlarını esas alarak hazırlanan 1447 sayılı kanun, iktisadi kalkınmanın gereksinimlerini karşılayamadığı gerekçesiyle, 1959 yılında Maliye Bakanlığı tarafından, Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. 03.06.1959 tarihinde Dr. Brinckmann ismindeki Alman uzmandan karşılaştırmalı bir rapor hazırlaması istenmiştir.⁷⁸ Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanun Tasarısının gerekçesi, Dr. Brinckmann tarafından Alman menkul kıymet borsasıyla mukayeseli bir şekilde ele alınarak bir rapor olarak Maliye Bakanlığına sunulmuştur. Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanun tasarısında; ülkenin iktisadi açıdan kalkınmasına bireysel tasarruflar vasıtasıyla hız vermek, tasarruf sahiplerinin haklarını muhafaza etmek, borsaları hem idari hem de mali açılardan bağımsızlaştırmak ve bu şekilde yatırımcının güvenini tesis edebilmek gibi amaçlar dikkate alınmıştır.⁷⁹

A. Dönemin Kalkınma Planlarında Sermaye Piyasası ile İlgili Çalışmalar ve Düzenlemeler

Ülkemizde iktisadi atılım niteliğindeki sermaye piyasası çalışmaları, 1953 çalışma grubunun raporu haricinde, ancak planlı kalkınma döneminde gerçekleştirilebilmiştir.⁸⁰ 1962 yılında, Birinci beş yıllık kalkınma planında;

⁷⁶ Celali Yılmaz, "Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsası Bütçeleri (1931-1975)," 94-96.

⁷⁷ Nihat Edizdoğan, "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi," Bursa Uludağ Üniversitesi Dergileri/ Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İşletme Fakültesi Dergisi 1, no.1 (1982): 40.

⁷⁸ Erhan Kotar, "Türkiye'de Menkul Kıymet Borsasının Tarihi Gelişimi," 58.

⁷⁹ Nihat Edizdoğan, "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi," 39-40.

⁸⁰ Nihat Edizdoğan, "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi," 40.

sermaye piyasasının önemi anlaşılacak, piyasanın geliştirilmesi ve amacının tespiti gibi konular ele alınmıştır.⁸¹ 15.07.1964 tarihinde, Devlet Planlama Teşkilatı'nca alınan bir karar uyarınca, Sermaye Piyasasının Tanzimi ve Teşviki hakkında bir kanun tasarısı hazırlanması öngörülmüştür⁸². Bu hazırlanan ilk tasarıyla sermaye piyasası artık teorik bir kavram olmaktan ziyade, yardımcı bir finansman aracı olarak değerlendirilmiştir. Bunun için kurumsal işleyen kapalı anonim şirketlerin halka açılmaları üzerinde durulmuştur. Çalışmada, bağımsız dış denetim, halka açık anonim şirketleri teşvik gibi hususlar ayrıntılı olarak belirlenmiştir. 1968 yılında yapılan İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planında ise, sermaye piyasasının kurulması ve işleyişi gibi konular dikkate alınmıştır.⁸³

1973 yılındaki Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Planında, sermaye piyasasında aracılık hizmeti ve faaliyeti görecekt ihtisas kuruluşlarının kurulmasına kadar, bu hizmeti bankaların yürütmesi ve kambiyo işlemlerine aracılık etmeleri, yeminli hesap uzmanlığı mesleğinin düzenlenmesi, yeni bir mali kuruluş olarak aracı kurumların kuruluş ve gelişmelerinin de özendirileceği belirtilmiştir. 1979 yılındaki Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planında, yapılacak sermaye piyasası kanununda; halka açık anonim şirketler ve menkul kıymet ihracı hususlarında, küçük tasarrufların verimli yatırımlara yöneltilmesi, yine küçük tasarruf sahiplerinin halka açık anonim şirketlerdeki haklarının muhafazası ve özendirilmesi için gereken tedbirlerin alınacağı bir tasarinun yapılacağı belirtilmiştir.⁸⁴

⁸¹ Nihat Edizdoğan, "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi," 40-43.

⁸² Bu dönemde planlı kalkınmayı sağlamak için kurulan Devlet Planlama Teşkilatlarının görevlerinden biri de sermaye piyasasının alt yapısının oluşturulmasıdır. Celali Yılmaz, *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, İstanbul Esham ve Tahvilat Borsası, 1929-1985*, Cilt 3, 178.

⁸³ Nihat Edizdoğan, "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi," 41-44.

⁸⁴ Nihat Edizdoğan, "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi," 47.

B. Banker Krizi'nin Ortaya Çıkışı

Ülkemizde 1980'li yıllara gelinirken yükselen enflasyon oranı karşısında, bankaların mevduata verdikleri faizin düşük olması⁸⁵ ve bu durum karşısında alternatif mali araçların yokluğu, bu boşluğun bankerler tarafından doldurulması sonucunu getirdi. Küçük bankaların ve sayıları hızla artan bankerlerin başlatmış olduğu faiz yarışı, 1980'lerin ilk yıllarında büyük bir finansal kargaşayla sonuçlanmıştır. Dönemin mevzuatı faiz artışını engellediğinden, faiz oranları enflasyonun altında kalmaktaydı. Bu durum bankaların, tahvil ve mevduat satışının önünde de bir engeldi. Birincil satışların enflasyonun altında kalması, tahvil ve mevduat satışlarının ikincil piyasalarda yapılmasını ve neticede bankerlerin ortaya çıkışı sonucunu getirdi. Bir diğer anlatımla, tahvil ve mevduat sertifikaları ile ilgili uygulanacak faiz oranını belirleme yetkisinin hükümette olması, ancak bankerlere bu tarz kısıtlamaların getirilmemesi, bankalarla bankerler arasında, bankerler lehine haksız rekabetin oluşmasına neden olmuştu.⁸⁶ 18.06.1933 tarihli 2430 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ile ödünç para verme işleri, bir kanuna bağlanmışsa da, bu yasa uyarınca, ödünç para işleriyle iştigal eden bankerler, 1980'li yılların başında bu yasaya tam olarak riayet etmemişlerdir. Her ne kadar 1960'lı yıllardan beri banker faaliyetlerinin denetlenmesine ve düzenlenmesine yönelik çalışmalar gündeme getirilmiş olsa da, bu konuda etkin bir düzenlemenin olmayışı, banker krizini doğurmuştur. Banker krizine giden bu dönemde, para ve sermaye piyasaları iç içe geçmiştir. Finansal varlıkların satışına aracılık eden finansal aracı kuruluş gibi çalışan bankerlerin, her türlü denetimden ve risk yönetiminden uzak olarak topladıkları paraları borç vermeye başlamaları, bankerler krizine neden olmuştur.

Tasarruf sahiplerinin paralarına karşılık olarak çok daha yüksek bir faiz getirisi olacağı beklentisi, onların bankerleri tercih etmesine neden olunca, bunu gören pek çok holding, bünyesinde kendi bankerlik kuruluşlarını kurmuştur.⁸⁷ Bankerlik kuruluşları arasındaki faiz bağlamındaki bu savaş, ilerleyen dönemde

⁸⁵ Osman Uluyol, "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi," *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi* 17, no.2 (2019): 77.

⁸⁶ Osman Uluyol, "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi," 78.

⁸⁷ Osman Uluyol, "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi," 82.

borç alınan paranın faizini ödemek için daha yüksek faizle borçlanma şeklini alınca, sistem 1982 yılında Banker Krizi olarak isimlendirilen finansal sektör krizinin doğuşuna neden olmuştur. Mevduat sertifikalarını, anapara ve faiz kuponlarını ayrı ayrı sunulan holding tahvillerini, kendi borç senetleriyle pazarlayan ve neticede yalnızca kasaya giren yeni parayla eski taahhütlerini karşılama durumunda kalan bankerler, 1982 yılının ortalarında çökmüşler ve beraberlerinde birkaç bankanın da çöküşüne sebep olmuşlardır.⁸⁸ Hükümet bu krizle baş edebilmek için, bankerlik kurumunu düzenleyen bir kararname ile bankerlerin reklam ve ilan yapmalarını yasaklayarak, bankerlik yapabilmek için de asgari koşullar getirmiştir.⁸⁹ 1981 yılının sonundan itibaren faizleri ödeyemeyen bankerler, arka arkaya iflas etmişlerdir. Bu kriz sonucunda, bazı bankaların da faaliyetleri durdurulmuş, kapatılan pek çok bankanın varlıkları ve yükümlülüklerinin bir kısmı kamu bankalarına devredilmiştir. Devlet, bankerlerde batan paranın belirli bir meblağsının ödenmesini üstlenmiştir.⁹⁰ Yaşanılan tüm bu deneyimler, 11 Eylül 1981'de Resmî Gazete'de yayınlanan 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nda değişiklik yapan 2520 sayılı yasadaki, ödünç para verenlerin Maliye Bakanlığı'ndan ruhsat alma zorunluluğu getiren düzenlemesinin de kâfi gelmediğini⁹¹ ve sistemin gözden geçirilerek yeniden yapılandırılması gerekliliğini ortaya koymuştur. Nitekim 30.07.1981 tarih 17416 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (eSerPK), uzun süren hazırlık çalışmalarının ve yaşanan krizlerin bir neticesi olarak tamamlanarak yürürlüğe girmiştir.

C. 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Getirdikleri ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB)

Ülkemizde, sermaye piyasasının bugünkü halinin yasal olarak düzenlenmesi 1980'lerde gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, esasen sermaye piyasasının temeli çok daha öncelere dayanmaktadır. Hazırlık çalışmaları yirmi yıl süren, eSerPK ile menkul kıymetlerin halka arzı ve bu vasıta ile satışı, bu kıymetleri çıkartan anonim

⁸⁸ Korkut Boratav, *Türkiye İktisat Tarihi- 1908-2015* (İstanbul: İmge Kitabevi, 2018), 167-168.

⁸⁹ Osman Uluyol, "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi," 78.

⁹⁰ Osman Uluyol, "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi," 79.

⁹¹ Arslan Başer Kafaoglu, *Bankerler Olayı* (İstanbul: Yaylacık Matbaası, 1982), 101.

ortaklıklar ve sermaye piyasasında faaliyette bulunan yardımcı kuruluşlar bu kanundaki hükümlere tabi tutulmuştur. Bu kanunla borsa bankerlerinin işlemlerini düzenlemek ve sermaye piyasasını denetim altında tutmak hedeflenmiştir. eSerPK uyarınca, borsa bankerliği belgesi alanların, bankaların ve borsa mevzuatı uyarınca yetkili olanların haricindeki kişi ve kuruluşların, sermaye piyasasında faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Bu şekilde, eSerPK'nın uygulanmasına geçiş öncesi düzenlemeler yapılmış ve Şubat 1982'de eSerPK tümüyle yürürlüğe girerek yeni bir dönem başlatmıştır.

eSerPK ile sermaye piyasası yeniden düzenlenirken, Menkul Kıymetler Borsası'na yeni bir içerik ve şekil verilmek istendiğinden, 16.05.1929 tarihli 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Yerine, 06.10.1983 tarihli 18183 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanan, KHK/91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname getirilmiştir. Kanun hükmünde kararnamenin yayınlanmasından sonra 06.10.1984 tarih, 18537 sayılı Resmî Gazete 'de, Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik yayınlanmıştır. 18.12.1985 tarihli, 18962 sayılı Resmî Gazete'de, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'na ilişkin yönetmelik yürürlüğe girmiştir. 26 Aralık 1985 tarihinde borsa resmi bir törenle açılmış ve 1986 yılı başında 20 şirketin hisse senedi ile alım ve satım faaliyetlerine başlamıştır.

1986 yılında, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın (*Istanbul Stock Exchange/ISE/İMKB*) kuruluşu, finansal aktörlerin aktivitelerini başlatmıştır. 1986 yılında Borsanın açılmasıyla birlikte sermaye piyasasında işlem yapan bankaların yanı sıra, birden fazla aracı kurum kurulmuştur.⁹² Bankaların ve banka olmayan aracı kuruluşların amacı, alım satım piyasasında alıcı ile satıcı arasındaki aracılık faaliyetlerini yürütmek olmuştur. İMKB'nin kuruluşu ile banka ve banka olmayan aracı kuruluşlarının, sermaye piyasasında göstermiş oldukları faaliyetlerin ne

⁹² Eser Yeşildağ, "Türkiye'de Aracı Kuruluşların Gelişimi ve Yatırımcıların Aracı Kuruluş Seçimine Etki Eden Unsurlar: Bir Faktör Analizi Uygulaması," 83; Celal Levent Bayar, "Bankaların Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Belirlenen Faaliyetlerinin Türkiye Finansal Piyasalarının Gelişimine Etkisi," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi, 2019), 24.

kadar önemli olduğu görülmüştür. 1980'lerin sonlarında ve 1990'ların başında, aracı kuruluşların sayısı artmıştır.⁹³

1987 yılında bankalar bağımsız dış denetçiler tarafından denetlenmeye başlamış ve aynı yıl sermaye piyasasının ilerlemesi için birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bankalar hisse senedi arzı ve bunların ikincil piyasalarda alım ve satımının yanı sıra, yatırım fonu yönetimi ve mali danışmanlık gibi pek çok hizmet vermeye de başlamışlardır.⁹⁴ Bankerler de döviz ve sermaye piyasalarında menkul kıymet alım satım işlemi yaparken, hukuki kurallara bağlı aracı kuruluşlar kurmaya yönlendirilerek aracı kurum sayısının artmasını sağlamışlardır.

1996 yılında, ülkemizde sermaye piyasası aracılık faaliyetlerine ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. 15.08.1996 tarihinde, Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul)'nun 1996/33 sayılı Haftalık Bülteni'nde yayınladığı, Kurul ilke kararında; 2 Ocak 1997 tarihinden itibaren, aracı kurumlar ile bankalar arasında eşit şekilde rekabetin sağlanabilmesi amacıyla, hali hazırda sermaye piyasası faaliyetlerini icra eden bankaların, ya bir aracı kurum kurmaları ya da var olan bir aracı kurumu satın alarak bu faaliyetlerini devam ettirmeleri gerektiği belirlenmiştir.

D. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve Borsa İstanbul

Ekonomik istikrarın artırılması, sermaye piyasalarının etkin işleyişinin sağlanması sermaye piyasalarını düzenleyen yeni bir kanun yapılmasını gerektirmiştir. Yeni kanunun, uluslararası platformda sermaye piyasasının rekabet gücünü artırması, yeni teknolojik gelişmelerle, 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği mevzuatıyla (*acquis communautaire*) uyumlu olması hedeflenmiştir. Bu doğrultuda 30.12.2012 tarihli 28512 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) hazırlanmıştır. SPKn'nın 138. maddesi uyarınca, IMKB, Borsa İstanbul Anonim Şirketi unvanını almıştır. Sermaye piyasamızda borsaları tek çatı altında toplayan Borsa İstanbul, esas sözleşmesinin 3 Nisan 2013 tarihindeki tescil ve ilanıyla faaliyet izni almıştır.

⁹³ Hakkı Okan Yeloğlu ve Abdulkadir Varoğlu, "Interactions Among Populations and Effects on Founding Rates: The Case of Financial Intermediary Institutions in Turkey: 1986-2005," *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 14, no.2 (2013): 271.

⁹⁴ Osman Uluyol, "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi," 81.

III. GÜNÜMÜZDE ARACILIK KAVRAMI, ARACILIK FAALİYETLERİNİN SERMAYE PİYASASINDAKİ ROLÜ VE DENETİME İLİŞKİN ESASLAR

Osmanlı'nın son döneminde ortaya çıkan sermaye piyasaları ile günümüzde aracılık faaliyetlerini tabir eden, hukuki nitelik açısından günümüzdeki aracılık faaliyetlerine benzeyen ve fakat ismen farklılık arz eden terimlerin kullanıldığı fark edilmiştir. Osmanlı döneminde borsa içinde bulunmaya yetkisi olanlar üç sınıfa ayrılmıştır. Bunlar; mübâyaacı, oyuncu ve tellâl'dir. Mübâyaacılar, kendi hesaplarına menkul kıymet alıp satmamaktadırlar. Bununla birlikte borsanın bir nizam içerisinde yürütülmesi için dışardan gelen kişiler eğer bu üç tür aracılardan birisi değilse, borsanın içine de kabul edilmemektedirler. Bu nedenle dışardan gelerek borsada konsolid (devlet tahvili) oynamak isteyenler bir mübâyaacıya müracaat etmek zorundadırlar⁹⁵. Burada mübâyaacılar aracılık faaliyetinde bulunmaktadır. Tarihsel süreçte terimsel olarak farklı ifadelerle adlandırılrsa da yapılan faaliyetlerin birer aracılık işlemi olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

A. Aracılık Kavramına Metodolojik Bir Bakış ve Mevzuattaki Tanımlar

Kavramsal olarak aracılık; bir işin olması için iki taraf arasına girmek, arabuluculuk, tavassut olarak tanımlanırken, aracı kavramının anlamı, bir işi yapmak ya da tarafları uzlaştırmak, anlaşmalarını sağlamak için araya giren, vâsita olan, elçi olarak ifade edilmektedir.⁹⁶ Aracılar; işlem yapabilme yetkisine ve kanunda gösterilen özelliklere sahip kişi ya da kurumlardır. Borsa üyeleri olarak nitelendirilebilen aracılar, genel olarak borsanın yönetiminde ve denetiminde rol oynayarak, borsa faaliyetleri için gereken finansmanı sağlayarak, müşterileriyle borsa arasında aracılık yapmaktadırlar.⁹⁷

SPKn m.3/1.a' da aracı kurum, Kanun'un 37. maddesine gönderme yaparak, bu maddede sayılan bazı yatırım hizmet ve faaliyetlerini münhasıran yapmaya yetkilendirilen bir yatırım kuruluşu olarak ifade edilmektedir. SPKn m. 3/1.v'de

⁹⁵ Abidin Paşa, *Borsa Risalesi: Hava Oyunları*, ed. Celali Yılmaz (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2020), 64-65.

⁹⁶ İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (A-G)* (İstanbul: Kubbealtı, 2011), 157.

⁹⁷ Kemaleddin Dilbaz, "Menkul Kıymet Borsalarının Özelleştirilmesi ve İMKB İçin Bir Değerlendirme," 41.

ise yatırım kuruluşu, aracı kurumlar ile, yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere, kuruluş ve faaliyet esaslarını Kurul'un belirlediği diğer sermaye piyasası kurumları ve bankalar olarak tanımlanmaktadır. O halde SPKn'da aracı kurumlar, bir üst kavram olan yatırım kuruluşu kavramı içerisinde bulunmaktadır. Kanun, AB müktesebatıyla uyum çerçevesinde, 2014/65 EU sayılı *Markets in Financial Instruments* yönergesine (2014/65 EU sayılı yönerge) paralel olarak, aracı kurum kavramıyla beraber daha geniş kapsamlı olan yatırım hizmetleri ve yatırım kuruluşu kavramını kullanmaktadır. Nitekim Kanununun 37. maddesinde düzenlenen yatırım hizmet ve faaliyetleri 2014/65 EU sayılı yönergesinden aynen alınmıştır.

SPKn m.3/1.a'da kullanılan münhasıran kelimesi ile yatırım hizmetlerinden, alım satım aracılığı ve halka arz işlemlerine aracılık faaliyetinin yalnızca aracı kurumlar tarafından yapılabileceği şeklinde bir anlam çıkarılabilir. Ancak SPKn m.39/9'da açık olarak, yatırım ve kalkınma bankalarının da gerek alım satım gerekse de halka arz işlemlerine aracılık faaliyetlerini yürütebileceği, mevduat bankalarının ise, alım satım aracılığı faaliyetinde bulunabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle (bu durum karşısında) SPKn m.3/1.a'da kullanılan münhasıran ifadesi, III-39.1 sayılı 17.12.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan, Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ (III-39.1 Tebliğ) m. 4/1.a ile birlikte ele alınarak okunmalıdır.

B. Aracı Kurumların İşlevleri

Sermaye piyasası kurumları piyasanın düzgün işleyebilmesi için, piyasa mekanizması içerisinde görev alan birimlerdir. Yatırım kuruluşları da bir sermaye piyasası kurumu olarak piyasanın işleyişinde görevi olan ve sermaye piyasası kurumlarının başında gelen kuruluşlardandır.

Sermaye piyasasının etkin çalışma hedefine ulaşabilmesi için yardımcı kuruluşlara gereksinim vardır. Aracı kurumlar piyasada satıcı ile yatırımcı arasında yardımcı kuruluş görevindedir.⁹⁸ Bu kuruluşlar tasarruflarıyla sermaye piyasası araçlarını satın almak isteyenlere, sermaye piyasasının kuralları

⁹⁸ Selçuk Sarıyar, "Aracı Kurumlar," erişim tarihi, Temmuz 10, 2024, <https://www.hubyar.eu/menus/araci-kurumlar.pdf/1-13>, 2008, 3-4; Ünal Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları* (İstanbul: Ekonomik ve Sosyal Yayınlar A.Ş. ES Yayınları, 1982), 78.

doğrultusunda, ekonomik ve mali olayları, kanun değişikliklerini analiz ederek, bunların piyasalara olan yansımalarını aktarmaktadırlar. Bu noktada yardımcı kuruluşlar, küçük tasarruf sahiplerine danışmanlık hizmeti sunarak, onların aydınlanmasına yardımcı olurlar. Nitekim sermaye piyasasında gerçek kişilerin faaliyette bulunabilmeleri için aracı kurumlar kullanmaları gerekmektedir.⁹⁹ Aracı kurumlar fiyat hareketlerini izleyerek, ileriye dönük tahminlerde bulunarak, konusunda uzman kadrosuyla tasarruf sahiplerini ve ihraç eden ortaklıkları aydınlatarak sermaye piyasasının gelişimine yardımcı olurlar.¹⁰⁰

Aracı kurumların önemli işlevlerinden biri de piyasalardaki fon hareketlerini yönlendirmektir¹⁰¹. Sınai mülkiyetin tabana yayılmasını sağlamak da aracı kurumların işlevleri arasındadır. Halka açılacak bir kurum, bir aracı kuruma pay senetlerini satması için gönderir. Bu yöntemle küçük ölçekli yatırımcının şirketlerde ortak olma imkânı doğar.

Aracı kurumlar menkul kıymetlerin piyasasını canlı tutarak bunların kolaylıkla paraya çevrilmesine yardım ederler.¹⁰² Sermaye piyasalarının işleyişi, elinde fon fazlası olan kesimlerin bu fonları, fon ihtiyacı olan kesimlere doğrudan finansman yoluyla aktarması esasına dayanıp, bu doğrudan aktarım, ihraççılar tarafından çıkartılan sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar tarafından satın alınmasıyla gerçekleştirilmektedir. İhraç edilen sermaye piyasası araçlarının birinci el piyasada ilk defa satılması ve daha sonra ikinci el piyasada el değiştirmesi, bir sermaye piyasası kuruluşu olan aracı kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁰³

⁹⁹ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 257.

¹⁰⁰ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 260.

¹⁰¹ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 259.

¹⁰² Ünal Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, 78-79; Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 126-127.

¹⁰³ Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 157.

C. Kamuyu Aydınlatma İlkesi Işığında Aracı Kurumların Görevleri ve Denetime İlişkin Esaslar

Sermaye piyasasında kamu düzenlemeleri yatırımcıyı korumak, etkinliği sağlamak, güveni tesis etmek ve düzgün bir işleyiş için yapılmaktadır.¹⁰⁴ Kurul'un görevleri; güven, açıklık ve kararlılık içerisinde çalışmalarını sürdürmek, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini, yatırımlarını korumak ve denetim faaliyetlerini yürütmektir.¹⁰⁵ Yatırım kuruluşlarının yanı sıra bağımsız denetim kuruluşları, derecelendirme kuruluşları, takas ve saklama kuruluşlarının da piyasanın düzgün ve düzenli bir şekilde işleyişinde görevi bulunmaktadır.¹⁰⁶

III-39.1 sayılı Tebliğ madde 24/1.ç. uyarınca yatırım kuruluşlarının müşterilerle olan münasebetlerinde yeterli bilgilendirme ve şeffaflığı sağlamaları gerekmektedir. Bunun için bilgi akışı, sağlıklı ve eşit bir şekilde sağlanmalıdır. Zira sermaye piyasasında yatırım beklentiler üzerine yapılmaktadır. Yatırımcının beklentilerini oluşturan en önemli unsur ise bilgidir. Bilgi asimetrisi yatırımcının çekingen kalmasına ve güvensizlik nedeniyle yatırımlarına engel oluşturabilir. Bilgiye ulaşımında eşitlik, sermaye piyasasının şeffaflığıyla ilgilidir. Bir başka ifadeyle, yatırımcının bilgiye aynı anda, tam ve eksiksiz erişimi, bu piyasanın önemli hedeflerindedir. Bu bağlamda yatırımcıların güvenini kazanabilmek için, sermaye piyasasından yatırımcıya doğru, eksiksiz veri akışı, kamuyu aydınlatma ilkesinin bir gereği ve somut bir yansımasıdır.¹⁰⁷

Sermaye piyasasında aracı kurumlar, ekonomimizde önemli olduklarından faaliyetlerini etkin şekilde icra edebilmeleri, denetlenmelerini gerektirmektedir. Piyasanın verimli çalışması için, yasal düzenlemelerin yanı sıra etkin bir denetim mekanizması da gereklidir. SPKn da Türk Ticaret Kanunu gibi, denetime önem vermektedir. Kanun kapsamına giren kurumların bağımsız denetim ve bilgi

¹⁰⁴ Güner Koç Aytekin, "Türkiye'de Sermaye Piyasaları ve Borsaların Gelişim Süreci," *Uluslararası Beşerî Bilimler ve Eğitim Dergisi* 9, no.4 (2018) :158-159.

¹⁰⁵ Aysel Gündoğdu, *Sermaye Piyasası Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018), 44.

¹⁰⁶ Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 158.

¹⁰⁷ Ece Deniz Günay, "Kamuyu Aydınlatma İlkesinin 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Yansımaları," *Terazi Hukuk Dergisi* 77, no.1 (2013): 20, 21.

sistemlerini denetlemek, Kurul'un görevlerindedir.¹⁰⁸ Kurul tarafından görevlendirilen uzmanlar, aracı kurumların hesap ve işlemlerini denetler.

III-39.1 sayılı Tebliğ madde 10/1.c. de iç denetim sisteminin kurulması öngörülmektedir. Operasyonların etkinliğini sağlamak, finansal raporların güvenilirliğini tesis etmek için yasal düzenlemelere uygunluk ve uyum, iç denetim sisteminin amaçlarındandır.¹⁰⁹ Aracı kurumların iç denetim sistemleri organizasyonun, Kurulun düzenlemeleri doğrultusunda yapılandırılması; iç kontrol, teftiş ve risk yönetiminden oluşan bir mekanizmanın tesisi önemlidir.

İç denetim sisteminin etkin çalışması bağımsız denetçilerin incelemesi gereken finansal tablolarla ilgili bir güvende vereceğinden, denetim çalışmaları daha hızlı ve etkin gerçekleştirilebilecektir. Aracı kurum bünyesindeki etkin bir iç denetim mekanizması, bağımsız denetçilerin bu kurumlarda yapacakları denetimleri kolaylaştıracaktır. Zira etkin bir iç kontrol mekanizmasıyla aracı kurumların karşılaşılabileceği kontrol zafiyetleri ve riskler azaltılabilecektir. Bu mekanizmaların birbirleriyle uyumlu işleyişi, sermaye piyasasının dinamik kalmasını sağlayarak piyasayı geliştirecek ve halkın tasarruflarını menkul kıymetlere yatırmasını da teşvik edecektir.¹¹⁰ Ayrıca etkili bir denetim mekanizması sermaye piyasasında kurumsal yönetimin bir gereğidir.

SONUÇ

Tarihimizde aracılık faaliyetlerinin başlangıcı, 1960'lı yıllarda yapılan sermaye piyasası oluşturma yolunda girişilen reform hareketlerine dayandırılrsa da, Osmanlı Devleti döneminde Kırım Harbi sonrasında yaşanan ekonomik gelişmeler ve savaş sebebiyle yapılan ilk dış borçlanma sırasında, Galata bankerlerinin yabancı ortaklıklara ait tahvilleri pazarlama hususunda aracılık yapmaları, aracılık faaliyetlerinin tarihimizdeki ilk izleri olarak karşımıza

¹⁰⁸ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 221.

¹⁰⁹ Ece Deniz Günay ve Gözde Engin Günay, "Anonim Ortaklıklarda Denetim Mekanizmaları: İç Denetim, Bağımsız Denetim Sistemi ve Bunların Komitelerle Olan İlişkileri," içinde *Prof. Dr. Süheyl Donay'a Armağan*, ed. Prof. Dr. Esra Ekmekçi Çalıcıoğlu (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 424-425.

¹¹⁰ Ece Deniz Günay ve Gözde Engin Günay, "Anonim Ortaklıklarda Denetim Mekanizmaları: İç Denetim, Bağımsız Denetim Sistemi ve Bunların Komitelerle Olan İlişkileri," 456- 457.

çıkmaktadır. Osmanlı Devleti'nde o dönemde, finansal alanda son derece etkili olan bankerlerin, piyasada gerçekleştirdiği aracılık faaliyetleri; günümüz iktisadi ve hukuki oluşumlarının temelini şekillendirmede yol gösterici olmuştur. Latince kökenli Banker kelimesinin Türkçemizdeki anlamına bakıldığında, Latince kökenli diğer dillerde olduğundan farklı anlamlar kazandığı ve esasında banker olarak ifade edilen kişilerin faaliyetlerinin bugün yabancı borsalarda "broker"(mediatör) olarak nitelenen faaliyetlere de karşılık geldiği tespit edilmektedir. Ancak *broker* kelimesi Türkçede bir finans terimi olarak ancak 20. Yüzyıl sonlarına doğru kullanılmaya başlanmıştır. O halde Türkçemizde banker kelimesine, broker kelimesinin bugünkü anlamına karşılık gelen anlamın da yüklenerek, kelimedeki bir anlam genişlemesi olduğu tespit edilmektedir.

Kırım Harbi sonrasında Osmanlı Devleti'nde kurulan şirketlerin hisse senetlerinin ve tahvillerinin, bankerler aracılığıyla Avrupa piyasasında pazarlanmasında, Osmanlı için birer kredi kurumu ve piyasanın finans tedarikçisi olarak nitelendirilen sarrafları, kanımızca dönemin finansal aracılığı olarak nitelendirmek mümkündür. Bu bakımdan esham piyasasını döndüren ve finansal sistemde etkili olan bankerlerin, Dersaadet Tahvilat Borsası'nda yerli ve yabancı hisse senetlerinin ve tahvillerinin, Avrupa borsalarıyla telgraf irtibatı kurulmak suretiyle varlıklı ailelere satması faaliyetleri, günümüzdeki aracı kurumların yaptığı işlemlere benzer işlemler olarak kabul edilebilir. Nasıl ki Anayasa tarihimize bakıldığında, Anayasamızın temellerinin 1876 tarihli Kanunu-i Esasî'ye dayandığı kabul edilmektedir, benzer bir doğrultuda, aracılık faaliyeti kültürümüzün nasıl şekillendiğine bakıldığında, temellerinin Osmanlı Döneminde yaşanan gelişmelerle ve ortaya çıkan aktörlerle bağlantılı olduğu tespit edilmektedir. Tarihte yapılan dönemsel ayrımlar, tarihin incelenmesinde metodolojik kolaylık sağlamakla birlikte, tarihin süreklilik arz ettiği, bu açıdan bölünmez ve bütünlükçü bir bakış açısıyla incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Geçmişten günümüze finansal kurumların bugünkü yapılarının nasıl şekillendiğini tespit ederken, Osmanlı döneminde sarrafların gedik üyesi olabilmelerinin güvenilir olmaları esasına dayandırıldığı, ilaveten sadece belirli koşullara uyan sınırlı sayıdaki kişiye bu hakkın verildiği görülmüştür. Günümüz Sermaye Piyasası Kanunu incelendiğinde de, Kurul'un belirli koşulları yerine getiren kurumlara aracılık yapabilme yetkisi verdiği tespit edilmiştir. İşte bu

husus tarihi mirasımızın günümüz finansal kurumlarının gelişimine olan katkısının bir göstergesidir.

Finansal sistemlerin, etkin ve güvenilir bir ortamda işleyebilmesi ve ekonomik kriz yaratabilecek aksaklıklara neden olmaması için, bir nizam çerçevesinde işlemleri esastır. Kanun koyucunun sermaye piyasalarının gelişimi için öncelendiği husus, aynı zamanda kanunun *ratio legis*'i olan; piyasada etkinliğin, eşitliğin ve adil bir ortamın sağlanmasıdır. Ekonomik hedeflerimize ulaşabilmek için, aracılık faaliyetlerinin tarihsel süreçteki izlerinin takip edilmesi önemlidir. Hukuki açıdan Osmanlıdan günümüze aracılık faaliyetlerinin terminolojik açıdan ifadeleri farklı olsa da *ratio legis* bakımından benzer doğrultuda olduğu kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Abidin Paşa. *Borsa Risalesi: Hava Oyunları*. Editör Celali Yılmaz. İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2020.
- Adıgüzel, Burak. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Akıncı, Turan. *Galata-İstanbul'un 700 Yıllık Karakutusu*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2021.
- Al, Hüseyin ve Şevket Kâmil Akar. *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Galata Borsası, 1830-1873, Cilt 1*. İstanbul: Borsa İstanbul Yayınları, 2013.
- Al, Hüseyin ve Şevket Kâmil Akar. *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, Dersaadet ve Tahvilât Borsası, 1830-1873, Cilt 2*. İstanbul: Borsa İstanbul Yayınları, 2014.
- Ayverdi, İlhan. *Misalli Büyük Türkçe Sözlük (A-G)*. İstanbul: Kubbealtı, 2011.
- Barış, Serap ve Uğurcan Özel. "Osmanlı Ekonomi ve Finans Sisteminde Banker bir Aile: Camondolar." *Maliye ve Finans Yazuları* 109 (2018): 107-44.
- Bayar, Celal Levent. "Bankaların Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Belirlenen Faaliyetlerinin Türkiye Finansal Piyasalarının Gelişimine Etkisi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. Editör Bryan A. Garner. ABD: Thomson West Publisher, 2004.
- Boratav, Korkut. *Türkiye İktisat Tarihi: 1908-2015*. İstanbul: İmge Kitabevi, 2018.
- Castiglioni, Luigi ve Scevola Mariotti. *Vocabolario della Lingua Latina*. Milano: Loescher, 2005.
- Çelik, Gülfettin. "Sosyal Yapı." İçinde *Osmanlı İktisat Tarihi*. Editörler Ahmet Tabakoğlu ve Arif Bilgin. Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013.
- Collins Sansoni Italian Dictionary*. Editör Vladimiro Macchi. Firenze: Sansoni, 2000.
- Dilbaz, Kemaleddin. "Menkul Kıymet Borsalarının Özelleştirilmesi ve İMKB İçin Bir Değerlendirme." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, 2007.
- Edizdoğan, Nihat. "Türkiye'de Sermaye Piyasasının Tarihsel Gelişimi." *Bursa Uludağ Üniversitesi Dergileri / Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İşletme Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (1982): 37-51.

- Genç, Mehmet. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi I*. İstanbul: Ötüken Yayınları, 2021.
- Genç, Mehmet ve Erol Özvar. *Osmanlı Ekonomisine Dair Konuşmalar-I*. İstanbul: Ötüken Yayınları, 2021.
- Günay, Ece Deniz. "Kamuyu Aydınlatma İlkesinin 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Yansımaları." *Terazi Hukuk Dergisi* 77, no. 1 (2013): 20–22.
- Günay, Ece Deniz ve Gözde Engin Günay. "Anonim Ortaklıklarda Denetim Mekanizmaları: İç Denetim, Bağımsız Denetim Sistemi ve Bunların Komitelerle Olan İlişkileri." İçinde *Prof. Dr. Süheyl Donay'a Armağan*, editör Esra Ekmekçi Çalıcıoğlu, 419-478, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Gündoğdu, Aysel. *Sermaye Piyasası Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- İstanbul Ticaret Odası (İTO). *Türkiye'de Ticaretin Öncü Kuruluşu: Dersaadet Ticaret Odası 1882–1923*. İstanbul: İTO Yayını, 2009.
- Kafaoğlu, Arslan Başer. *Bankerler Olayı*. İstanbul: Yaylacık Matbaası, 1982.
- Kazgan, Haydar. *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme: Osmanlı Sanayii Monografi ve Yorumlar*. Ankara: Töbank A.Ş. Kültür Hizmeti Yayını, 1991.
- Kazgan, Haydar. *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk Bankacılık Tarihi*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği, Creative Yayıncılık ve Tanıtım Ltd. Şti, 1997.
- Koç AYTEKİN, Güner. "Türkiye'de Sermaye Piyasaları ve Borsaların Gelişim Süreci." *Uluslararası Beşerî Bilimler ve Eğitim Dergisi* 9, no. 4 (2018) 150–76.
- Kotar, Erhan. "Türkiye'de Menkul Kıymet Borsasının Tarihi Gelişimi." *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 5, no. 1 (1969): 51–76.
- Köse, Metin Ziya. "Galata'da Ermeni Sarraflar ve Kredi İlişkileri (1700–1720)." *Tarih Dergisi* 64, no. 2 (2016) 73–99.
- Köse, Murtaza. "Osmanlıda Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri." *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 18, no. 3 (2001) 229–51.
- Lewis, Bernard. *İslam ve Batı*. Ankara: Akıl Çelen Kitaplar, 2017.
- Memiş, Tekin ve Gökçen Turan. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Ölçer, Cüneyt. Osmanlı Bankası Aracılığı ile Yapılan Osmanlı Devleti Borç Anlaşmaları-Metinler. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1989.
- Özdemir, Biltekin. *Osmanlı Devleti Dış Borçları*. Ankara: T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, 2010.
- Özön, Mustafa Nihat. *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*. İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2012.
- Sakaoğlu, Necdet. *Osmanlı Tarihi Sözlüğü (Kavramlar, Kurumlar, Olaylar)*. İstanbul: Alfa, 2016.
- Sami, Şemseddin. *Kâmûs-ı Türkî / Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*. Editörler Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal. İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık, 2018.
- Saraç, Tahsin. *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük* (İstanbul: Adam, 2003).
- Sarıyar, Selçuk. "Aracı Kurumlar." Erişim tarihi: Ağustos, 4, 2024. <https://www.hubyar.eu/menus/araci-kurumlar.pdf/1-13>, 2008.
- Tabakoğlu, Ahmet. "Mali Yapı." İçinde *Osmanlı İktisat Tarihi*. Editörler Ahmet Tabakoğlu ve Arif Bilgin. Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013.
- Tekeli, İlhan ve Selim İlkin. Para ve Kredi Sisteminin Oluşumunda Bir Aşama. (*Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası 50. Yıl Kuruluş Armağanı*). Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayını, 1981.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*. İstanbul: Ekonomik ve Sosyal Yayınlar A.Ş. (ES Yayınları), 1982.
- Tetik, Nevzat ve Ersin Kanat. "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri." *Accounting and Financial History Research Journal* 17, no. 2 (2019): 142–51.
- Toprak, Zafer. İttihat-Terakki ve Cihan Harbi (Savaş Ekonomisi ve Türkiye'de Devletçilik, 1914–1918). İstanbul: Kaynak Yayınları, 2016.
- Türk Dil Kurumu. *Güncel Türkçe Sözlük*. Erişim tarihi Ağustos, 4, 2024, sozluk.gov.tr.
- Uluçol, Osman. "1980–2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi." *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi* 17, no. 2 (2019): 73–107.
- Ünlü, Ertan. "18. Yüzyılın İkinci Yarısında Merkez-Taşra Bağlamında Sarrafların İlişki Ağları: Bir Sosyal Ağ Analizi Yöntemi Denemesi." Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi, 2020.

- Yasaman, İbrahim Hamdi. *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku*. İstanbul: Kazancı Matbaası, 1992.
- Yeloğlu, Hakkı Okan ve Abdulkadir Varoğlu. "Interactions Among Populations and Effects on Founding Rates: The Case of Financial Intermediary Institutions in Turkey: 1986-2005". *Doğuş Üniversitesi Dergisi* 14, no.2 (2013): 267-281.
- Yeşildağ, Eser. "Türkiye'de Aracı Kuruluşların Gelişimi ve Yatırımcıların Aracı Kuruluş Seçimine Etki Eden Unsurlar: Bir Faktör Analizi Uygulaması," Yayınlanmamış Doktora Tezi., Adnan Menderes Üniversitesi, 2013.
- Yılmaz, Celali. *Osmanlı Anonim Şirketleri*. İstanbul: Scala Yayıncılık, 2011.
- Yılmaz, Celali. *Osmanlı'dan Günümüze Borsa, İstanbul Esham ve Tahvilat Borsası, 1929-1985, Cilt 3*. İstanbul: Borsa İstanbul Yayınları, 2015.
- Yılmaz, Celali. "Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsası Bütçeleri (1931-1975)." *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi* 18, no. 1 (2020): 92-115.
- Zingarelli, Nicola. *Lo Zingarelli Minore: Vocabolario Della Lingua Italiana*. İtalya: Zanichelli, 2001.

FIKHA GÖRE YASAMA: MECELLE-İ AHKÂM-I ADLIYYE ÖRNEĞİ

Legislation According to Fiqh: Example of the Majalla al-Ahkam al-Adliyyah

Mustafa ÜNAL*

Öz

Yasama gücüne sahip olan irade emretme gücüne de sahiptir. Dolayısıyla egemenliği elinde bulundurmaktadır. Yasama yetkisi sayesinde ilk elden bir kanun yapılabilir, mevcut kanunlar değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Fıkıh, egemenlik yetkisinin Allah Teâlâ'ya ait olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla mutlak anlamda yasama yetkisi de ona ait olacaktır. Allah Teâlâ'nın iradesi ve kontrolü ile yasama yetkisi, Resulullah (s.a.v.)'e de verilmiştir. Dolayısıyla fıkıh açısından kanun koyucu ifadesi ile doğrudan Allah Teâlâ ve Resulullah (s.a.v.) kastedilmektedir. Kur'ân ve Sünnet ile doğrudan düzenlenmemiş olan konularda ise içtihat yeterliliğine sahip olan fakihler meselelere çözüm üretmeye çalışarak sınırlı bir yasama yetkisine sahip olmuşlardır. Ülü'l-emre itaatın zorunluluğu ile devlet başkanının da halk üzerinde sınırlı bir yasama yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir.

* Arş. Gör. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, mustafaunal@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3454-9694.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 24.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.11.2024.

Atıf/Citation: Ünal, Mustafa. "Fıkıha Göre Yasama: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Örneği." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2328-2361.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye devlet başkanının sınırlı yasama yetkisinden yararlanarak Osmanlı Devleti'nde uygulanmaya koyulmuştur. Bu kanun metni hazırlanırken tamamı fakihlerden oluşan bir cemiyet oluşturulmuştur. Bu cemiyet Hanefi mezhebi içerisindeki görüşler doğrultusunda yasama faaliyetinde bulunarak bu kanun metnini hazırlamıştır. Hazırlanan kanun metninin, devlet başkanının tasdiki ile Osmanlı Devleti'nde uygulanması zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışmada Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin içeriği değil, bir yasama faaliyeti olarak mahiyeti inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Yasama, Mecelle, İctihat, Kanunlaştırma.

Abstract

The will that has the power of legislative authority also has the power to command. Therefore, it holds sovereignty. Thanks to the legislative power, a law can be made at first hand, existing laws can be changed or abolished. Fiqh accepts that the sovereign authority belongs to Allah (swt). Therefore, in an absolute sense, the legislative authority will also belong to Him. With the will and control of Allah (swt), the legislative authority has also been granted to the Messenger of Allah (saw). Therefore, when referring to the lawgiver from the perspective of jurisprudence, it directly means Allah (swt) and the Messenger of Allah (saw). In matters not directly regulated by the Qur'an and Sunnah, faqihs who possess the competence of ijtiħad have gained a limited legislative authority by attempting to find solutions to issues. It has been accepted that the head of state has limited legislative authority over the people due to the necessity of obedience to Ulu'l-emr.

Majalla al-Ahkam al-Adliyyah was put into practice in the Ottoman Empire by taking advantage of the limited legislative power of the head of state. While the text of this law was being prepared, a society consisting entirely of faqihs was formed. This society prepared the text of this law by carrying out legislative activities in line with the views within the Hanafi sect. The text of the prepared law became mandatory to be implemented in the Ottoman Empire with the approval of the head of state. In this study, not the content of the Majalla al-Ahkam al-Adliyyah, but its nature as a legislative activity was examined.

Keywords: Fiqh, Legislation, Majalla, Ijtiħad, Codification.

GİRİŞ

Yasama gücü, egemenliğin bir sembolüdür. Fıkıh literatüründe “el-Hakimiyye” ve “es-Siyâde” kavramları ile ifade edilen¹ egemenlik bir anlamıyla, ülkede yaşayan herkes ve her şey hakkında karar alabilmektir. Yasama yetkisini haiz olan irade emretme gücüne de sahip demektir. Dolayısıyla egemenliği elinde bulunduruyor demektir.² Yasama yetkisi kapsamında ilk elden kanun yapma, değiştirme, kaldırma ve karar alma yetkileri bulunmaktadır.³ Bir topluluk üzerinde bu yetkileri, yasama yetkisine sahip olan güç kullanabilecektir. İslâm dininde egemenlik Allah (c.c.)’e aittir. Dolayısıyla yasama yetkisi onundur.⁴ Onun iradesi ve kontrolü ile bu yetki Resulullah (s.a.v.)’e de tanınmıştır.⁵ Resulullah (s.a.v.) içtihat edilmesini tavsiye etmiş ve doğrudan Kur’ân ve Sünnet ile açıkça düzenlenmeyen konularda müçtehitlerin içtihat yoluyla yasama yetkisini kullanabileceğini göstermiştir.⁶ Ancak bu içtihatlar icmâ halini almadıkça yahut ülü’l-emr tarafından bağlayıcı hale getirilmedikçe bir başka bağlayıcı nitelikte

¹ Talip Türcan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri* (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2001), 77, 78.

² Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 673.

³ Mustafa Avcı, Mehmet Aykanat, ve İbrahim Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 118; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 689, 690; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 646; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Bursa: Ekin Yayınları, 2018), 351-58; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 193; Haluk Hadi Sümer, *Hukuka Giriş Kavramlar & Kurumlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 118; Türcan, *Egemenlik Unsuru*, 168-70.

⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahatı Fikiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976), 1/14 (No. 10); Mehmet Âkif Aydın, “Anayasa,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 159; Saffet Köse, “İslâm’da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri,” *İLAM Araştırma Dergisi* 1, no. 2 (1996): 17; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 189-91; Remzi Akyel, “İslam Hukukunda Yasama Yoluyla Hakikat Dayatmasının İmkânı Meselesi,” *Balıkesir İlahiyat Dergisi*, no. 17 (2023): 280; Türcan, *Egemenlik Unsuru*, 172.

⁵ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/14 (No. 10); Ahmet Akgündüz, “Hâkim,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 183.

⁶ es-Sicistânî Ebû Dâvûd, *Sunen* (Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye, t.y.), Akdiye, 11; Ebû İsâ Muḥammed b. İsâ et-Tirmizî, *Sunen* (Beyrut: Dâru'l-Ġarbi'l-İslâmî, 1998), Ahkâm, 3.

olmayacaktır. Ülü'l-emre itaatin gerekliliği ile de devlet başkanına yasama bu yetki tanınmıştır.⁷ Ancak müçtehitlerin ve devlet başkanının yetkisi bağlı ve sınırlı bir yetkidir.⁸

Fıkıh, kendi kaynakları ve metotları doğrultusunda yasama faaliyetinin nasıl olacağını göstermiştir. Fıkıh usulü ilmi bu faaliyetin nasıl yerine getirileceğini ortaya koymuştur. Yasama faaliyeti ile geniş bir fıkıh literatürü oluşmuştur. Bu fıkıh literatürü zamanla belirli kitaplar içerisinde toplanmış ve kanun haline getirilmiştir. Bu çalışmada da İslâm dininde yasama yetkisinin kime ait olduğu, yasama faaliyetinin nasıl gerçekleştirildiği, yasamanın tarihi gelişimi ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin bir yasama faaliyeti olarak mahiyeti incelenmiştir.

I. FIKHA GÖRE YASAMA YETKİSİ SAHİBİ

A. Allah Teâlâ

Fıkha göre yasama yetkisi öncelikli olarak “Şârî Mübin” olan Allah (c.c.)'e aittir.⁹ Kur'ân-ı Kerim'de bu durum açık bir şekilde belirtilmektedir. Bu duruma şu ayetler örnek olarak gösterilebilir:

“Rabbinizden size indirilene uyun. Onu bırakıp başka dostlara uymayın. Ne kadar da az öğüt alıyorsunuz!”¹⁰

“Şüphesiz sizin Rabbiniz, gökleri ve yeri altı gün içinde (altı evrede) yaratan ve Arş'a kurulan, geceyi, kendisini durmadan takip eden gündüze katan, güneşi, ayı ve bütün

⁷ Nisâ, 4/59.

⁸ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 189.

⁹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/14 (No. 10); Muhammed Hamidullah, *İslâm Anayasa Hukuku*, ed. Vecdi Akyüz (İstanbul: Beyan Yayınları, 1995), 57; Aydın, “Anayasa,” 159; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 189-91; Türcan, *Egemenlik Unsuru*, 175; Köse, “İslâm'da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri,” 17; İzzet Sargın, *İslam Hukuk Tarihinde Devlet ve Fonksiyonları* Yayınlanmamış Doktora Tezi (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001), 168; İbrahim Yılmaz, *İslâm Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması* (Ankara: Fecr Yayınları, 2020), 320; Akyel, “Hakikat Dayatmasının İmkânı,” 280; Derviş Dokgöz, *İslam Hukukunda Ülü'l-Emrin Yetki ve Tasarrufları* (Malatya: İksad Yayınları, 2022), 46.

¹⁰ A'râf, 7/3.

yıldızları da buyruğuna tabi olarak yaratan Allah'tır. Dikkat edin, yaratmak da, emretmek de yalnız O'na mahsustur. Âlemlerin Rabbi olan Allah'ın şanı yücedir.”¹¹

“O diridir. O'ndan başka hiçbir ilâh yoktur. O halde sadece Allah'a itaat ederek (samimi olarak) O'na ibadet edin. Hamd, âlemlerin Rabbine mahsustur.”¹²

“Göklerde ve yerde ululuk O'na aittir. O, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.”¹³

“De ki: “Cinlerden ve insanlardan; insanların kalplerine vesvese veren sinsi vesvesecinin kötülüğünden, insanların Rabbine, insanların Melik'ine, insanların İlah'ına sığınırım.””¹⁴

“(Yahudiler) Allah'ı bırakıp, hahamlarını; (hıristiyanlar ise) rahiplerini ve Meryem oğlu Mesih'i rab edindiler. Oysa, bunlar da ancak, bir olan Allah'a ibadet etmekle emrolunmuşlardır. Ondan başka hiçbir ilah yoktur. O, onların ortak koştukları her şeyden uzaktır.”¹⁵

Örnek olarak gösterilen bu ayetlerde Allah (c.c.) için Rab ve Melik kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Allah (c.c.)'ün kendisini bu şekilde tanıttığı ayetlerde yaratmış oldukları üzerindeki yasama yetkisinin vurgulandığı görülmektedir. Nitekim yukarıda belirtilen son ayetteki Rab kavramı hakkında Adıyy b. Hâtım (r.a.), Resulullah (s.a.v.)'e soru sorduğunda ona, hahamların ve rahiplerin helal kıldıklarını helal, haram kıldıklarını haram saymanın Allah (c.c.)'ten başkasını rab olarak kabul etmek anlamına geldiğini Resulullah (s.a.v.) açıklamıştır.¹⁶

¹¹ A'râf, 7/54; Benzer ayetler için bkz. Zümer, 39/6; Fâtır, 35/13.

¹² Mü'min, 40/65.

¹³ Câsiye, 45/37; Benzer ayetler için bkz. Meryem, 19/65; Müzzemmil, 73/9.

¹⁴ Nâs, 114/1-6.

¹⁵ Tevbe, 9/31.

¹⁶ Tirmizi, "Tefsîrü'l-Kur'ân," 10.

B. Resulullah (s.a.v.)

Allah'ın (c.c.) indirmiş olduğu vahyi tebliğ etmiş olan Resulullah (s.a.v.)'in de Şârî ünvanı bulunmaktadır.¹⁷ Onun yasama yetkisi Allah (c.c.)'ün iradesine ve kontrolüne tabidir.¹⁸ Resulullah (s.a.v.)'in yasama yetkisinin bulunduğu doğrudan Kur'ân-ı Kerim'den anlaşılmaktadır. Bu duruma yönelik şu ayetler örnek gösterilebilir:

*“Onlar, yanlarındaki Tevrat'ta ve İncil'de yazılı buldukları Resûle, o ümmî peygambere uyan kimselerdir. O, onlara iyiliği emreder, onları kötülükten alıkoyar. Onlara iyi ve temiz şeyleri helal, kötü ve pis şeyleri haram kılar. Üzerlerindeki ağır yükleri ve zincirleri kaldırır. Ona iman edenler, ona saygı gösterenler, ona yardım edenler ve ona indirilen nura (Kur'an'a) uyanlar var ya, işte onlar kurtuluşa erenlerdir.”*¹⁹

*“O, nefis arzusu ile konuşmaz. (Size okuduğu) Kur'an ancak kendisine bildirilen bir vahiydir.”*²⁰

*“Kendilerine kitap verilenlerden Allah'a ve ahiret gününe iman etmeyen, Allah'ın ve Resûlünün haram kıldığını haram saymayan ve hak din İslam'ı din edinmeyen kimselerle, küçülerek (boyun eğerek) kendi elleriyle cizyeyi verinceye kadar savaşırlar.”*²¹

*“İşte bu (hükümler) Allah'ın koyduğu sınırlarıdır. Kim Allah'a ve Peygamberine itaat ederse, Allah onu, içinden ırmaklar akan, içinde ebedi kalacakları cennetlere sokar. İşte bu büyük başarıdır.”*²²

*“Öyleyse Allah'a itaat edin, peygambere itaat edin ve Allah'a karşı gelmekten sakının. Şayet yüz çevirirseniz bilmiş olun ki elçimize düşen sadece apaçık tebliğdir.”*²³

¹⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/14 (No. 10); Hamidullah, *İslâm Anayasa Hukuku*, 57; Abdulvahhâb Hallaf, *İlk Dönem İslâm Hukuku Yasama, Yargı ve Yürütme*, çev. Abdülhadi Timurtaş (İstanbul: Pınar Yayınları, 2006), 12; Yılmaz, *Mubahı Sınırlandırma*, 320.

¹⁸ Hallaf, *Yasama, Yargı ve Yürütme*, 12; Akgündüz, “Hâkim,” 183.

¹⁹ A'râf, 7/157.

²⁰ Necm, 53/3, 4.

²¹ Tevbe, 9/29.

²² Nisâ, 4/13; Benzer ayetler için bkz. Nisâ, 4/14, 69; Nûr, 24/52; Ahzâb, 33/70; Muhammed, 47/33; Fetih, 47/17; Nisâ, 4/80.

²³ Mâide, 5/92; Benzer ayetler için bkz. Nûr, 24/54; Tegâbü'n, 64/12; Enfâl, 8/20; Enfâl, 8/24.

“Allah ve Resûlü bir iş hakkında hüküm verdikleri zaman, hiçbir mü'min erkek ve hiçbir mü'min kadın için kendi işleri konusunda tercih kullanma hakları yoktur. Kim Allah'a ve Resûlüne karşı gelirse şüphesiz ki o apaçık bir şekilde sapmıştır.”²⁴

C. Müçtehitler

Allah (c.c.) ve Resulullah (s.a.v.) tarafından, bir sonraki başlıkta işleneceği üzere, bütün meseleler hakkında müstakil hükümler koyulmamıştır. Müslümanların arasında ortaya çıkan yeni durumlar için yasama faaliyeti yapılması bir ihtiyaç olarak hep devam etmiştir. Resulullah (s.a.v.) doğrudan Kitap ve Sünnet ile düzenlenmemiş konularda içtihat yapılmasını kendisi tasvip etmiştir.²⁵ Sahabeye Kitap ve Sünnet doğrultusunda içtihat melekesini kazandırmıştır.²⁶ Dolayısıyla külli anlamda yasama yetkisinin Allah (c.c.) ve Resulullah (s.a.v.)'e ait olduğu ifade edilirken, ilahi iradenin açılımı ve keşfi niteliğindeki ayrıntılara yönelik hüküm çıkarma yetkisi müçtehitlere aittir.²⁷ Buna “vaz'i teşri” de denilmiştir.²⁸ İlmî seviyelerine göre farklı şekilde tasnif edilmiş²⁹ olmasına rağmen genel itibariyle Müçtehit, “delillerinden hareketle herhangi bir konuyla ilgili dini hükmü ortaya koyabilme yeteneğine sahip olan kimse”³⁰ olarak

²⁴ Ahzâb, 35/33.

²⁵ Ebû Dâvûd, “Akdiye,” 11; Tirmizî, “Ahkâm,” 3.

²⁶ Hallaf, *Yasama, Yargı ve Yürütme*, 41-43; İbrahim Kâfi Dönmez, “İcmâ,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 418; Muammer Vural, “Dört Halife Döneminde Yasama Faaliyetinin İşleyişi ve Bazı Yasama Örnekleri (Hz. Ömer Dönemi),” *İlahiyat Tetkikleri Dergisi* 44 (2015): 343.

²⁷ Said Halim Paşa, *İslam ve Batı Toplumlarında Siyasal Kurumlar* (İstanbul: Pınar Yayınları, 1987), 64; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 161, 189.

²⁸ Akyel, “Hakikat Dayatmasının İmkanı,” 285.

²⁹ Ayrıntı için bkz. Muḥammed Emîn b. 'Omer b. 'Abdil'azîz el-Ḥuseynî ed-Dımeşķî İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-muhtâr ulâ'd-Durri'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-Fıkr, 1412/1992), 1/77; Hayreddin Karaman, “Fakih,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 127; H. Yunus Apaydın, “İctihad,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 437 vd.; Hasan Özer, “İbn-i Kemâl ve Tabakâtü'l-Fukahâ Adlı Eseri,” *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 14 (2009): 363, 366.

³⁰ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh İlmine Giriş* (İstanbul: Dem Yayınları, 2013), 14.

tanımlanmıştır. Müçtehitlerin nasları yorumlayarak hüküm çıkarması ile fıkıh gelişmiş ve tedvin edilmiştir. Bu özelliğinden ötürü fıkıh, hukukçular hukuku olarak da nitelendirilmiştir.³¹ Dolayısıyla yasama yetkisi içtihat etme yeterliliğine sahip tüm fakihlere ait olup siyasi iktidardan bağımsızdır. Bu durum fıkıhın bir devletin güdümünde olmayan, evrensel ve sürekli bir hukuk sistemi olmasını da sağlamıştır.³² Müçtehitlerin koymuş olduğu kurallar naslara aykırılık taşıyamaz. Bundan dolayı müçtehitlerin yetkisi esas itibariyle bağlı bir yetki olup, gerçek anlamda bir yasa koyucu olmayı ifade etmez.³³

D. Devlet Başkanı

Devlet başkanı halk üzerindeki velayet yetkisini yine halktan almaktadır. İslâm dininde, Allah (c.c.) tarafından gönderilmiş kutsal bir devlet başkanı anlayışı mevcut değildir. Devlet başkanı halkın vekili, elçisi konumundadır.³⁴ Ancak bu durum, onun meşruiyetinin tek kaynağının halk olduğu ve dilediği şekilde yasama faaliyetinde bulunabileceği anlamına gelmez. Devlet başkanına itaat edilebilmesi için öncelikle kendisinin fıkıhın genel ilkelerine ve maslahata uygun hareket etmesi gerekmektedir.³⁵ Nitekim bu durum “*Ey iman edenler! Allah’a itaat edin. Peygamber’e itaat edin ve sizden olan ülü’l-emre (idarecilere) de. Herhangi bir hususta anlaşmazlığa düştüğünüz takdirde, Allah’a ve ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız, onu Allah ve Resûlüne arz edin. Bu, daha iyidir, sonuç bakımından da daha güzeldir.*”³⁶ şeklindeki ayet ile doğrudan Kur’ân’da belirtilmiştir. Resulullah (s.a.v.) de mâsiyetle emretmediği müddetçe devlet başkanının emrine uyulması

³¹ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 117, 118; Saffet Köse, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019), 63; Ahmet Yaman ve Halit Çalış, *İslam Hukuku* (Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018), 37; Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener (Ankara: Otto Yayınları, 2018), 209.

³² Avcı, *Hukuk Tarihi*, 118; Yaman ve Çalış, *İslam Hukuku*, 37.

³³ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 189.

³⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 8/249 (No. 113); Said Halim Paşa, *İslam ve Batı Toplumlarında Siyasal Kurumlar*, 68; Talip Türcan, “Şûra,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 234; Türcan, *Egemenlik Unsuru*, 139, 140.

³⁵ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 160, 161; Türcan, “Şûra,” 234; Türcan, *Egemenlik Unsuru*, 140, 141.

³⁶ Nisâ, 4/59.

gerektiğini eğer mâsiyetle emrederse onun emrine itaat edilmemesi gerektiğini buyurmuştur.³⁷ Devlet başkanı için öngörülen sınırlamalar, aslında bu makamın gerçek anlamda yasa koyucu sıfatını haiz olmadığını, bağlı bir yetkinin mevcut olduğunu göstermektedir.³⁸

Devlet başkanı yasama yetkisi kapsamında naslarda açık hüküm bulunan durumlarda yalnızca bu hükümleri tedvin edebilir, naslarda açık hüküm bulunmayan durumlarda mevcut içtihatlar arasında tercihte bulunabileceği gibi yeni bir içtihat da bulunabilir.³⁹ Son olarak da sürekli değişime açık alanlarda naslardan kaynaklanan herhangi bir içtihat bulunulmadığında, devlet başkanı kamunun maslahatı gereğince kanun koyabilir.⁴⁰ Tüm bu durumlarda devlet başkanının aynı zamanda içtihat ehliyetine sahip olması gerektiği unutulmamalıdır.⁴¹ Aksi takdirde devlet başkanı salt olarak kendisi yasama faaliyetinde bulunamayacaktır. Osmanlı Devleti'nde devlet başkanının müçtehit olmaması halinde kanun yapılırken ilmiye sınıfından olan nişancı ve şeyhülislam rol verilerek yasama faaliyetinde devlet başkanı sınırlandırılıyordu. Nişancı kanun taslağını hazırladıktan sonra şeyhülislam kontrol ediyordu. Daha sonra içerisinde kazaskerin yer aldığı Divan-ı Hümayun'da bu taslak görüşülüyor ve ancak kabul edildikten sonra padişah tarafından onaylanarak yürürlüğü

³⁷ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmi'u's-şâhîh* (y.y.: Dâru Tavki'n-Necât, 1422/2001), Ahkâm, 4; Ebû'l-Hasen Muslim b. el-Ḥaccâc el-Ḳuşeyrî en-Nîsâbü'rî Müslim, *Şâhîhu Müslim* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâs'î'l-Arabî, 1374/1955), İmâre, 39.

³⁸ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 189.

³⁹ Hz. Ömer (r.a.)'ın içtihatlarının naslara aykırı olduğu iddiasından yola çıkarak bu hususta farklı değerlendirmeler yapılsa da bu husus ahkâmın değişmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Saffet Köse, "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 7 (2006): 15-48.

⁴⁰ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/15-18; Aydın, "Anayasa," 159; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 191, 192; Halil İnalçık, "Kanun (Malî Yönetim ve Kamu Yönetimi)," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 325; Muammer Vural, "Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslâm Hukuku Arasında Bir Mukayese," *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 36 (2011): 188, 189; Dokgöz, *Ullü'l-Emrin Yetki ve Tasarrufları*, 50, 51.

⁴¹ Muhammed Faruk Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, çev. Servet Armağan (İstanbul: Sönmez Neşriyat, 1980), 372, 373.

konuluyordu. Bu şekilde, içtihat yeterliliğine sahip olmayan bir padişahın yasama faaliyetini tek başına yürütmesinin önüne geçilmiş oluyordu.⁴²

Devlet başkanının bir içtihadı kanunlaştırmasının halk için bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir.⁴³ Devlet başkanının içtihadının kanunlaştırılmaması durumunda müçtehit olan hakimler açısından bağlayıcı olmayacaktır. Esas olan müçtehit olan hakimin kendi içtihadına göre hükmetmesi olduğu için, hakim kendi içtihadı dışında hüküm veremeyecektir. Bununla birlikte devlet başkanının içtihadının kanunlaşması durumunda, artık bu içtihat herkes açısından bağlayıcı olacak ve devlet başkanının bağlayıcı yasama yetkisinden bahsedilecektir.⁴⁴ Osmanlı Devleti'nde devlet başkanının ülü'l-emr sıfatının bulunmasından dolayı kadıların tamamını bağlayıcı nitelikte düzenlemeler yapabileceği öngörülmüş ve 16. yüzyıldan itibaren bu doğrultuda faaliyetler yapılmıştır.⁴⁵

II. FIKHA GÖRE YASAMA FAALİYETİ

Fıkha göre yasama faaliyetini Kur'ân ve Sünnet hükümleri ile icmâin tedvini ve içtihatlar oluşturmaktadır. Yasa yapılırken değerlendirilecek olan kaynaklar ve uygulanacak olan yöntemler, bu çalışmanın konu kapsamı bakımından ayrıntılı olarak incelenmeyecek olup, tanım düzeyinde bilgiler verilerek türlerine değinilecektir.

A. Kitap ve Sünnet

Kitap, Resulullah (s.a.v.)'e indirilmiş, ondan da bizlere tevatür yoluyla ulaşılmış olan, mushafın iki kapağı arasında bulunup, kıraati ile ibadet edilen son

⁴² Avcı, *Hukuk Tarihi*, 212, 235, 236.

⁴³ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/18; Nebhan, *Anayasa ve İdare*, 148, 149, 372.

⁴⁴ Talip Türcan, "İslâm Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi," *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 3 (Prof. Dr. Hayreddin Karaman'a Armağan) (2004): 152, 153.

⁴⁵ M. Âkif Aydın, "İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim," *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, no. 1 (2006): 15, 16; Dokgöz, *Ülü'l-Emrin Yetki ve Tasarrufları*, 55, 56.

ilahi metin olan Kur'ân-ı Kerim'dir. Kitap fıkhnın ana kaynağıdır.⁴⁶ Resulullah (s.a.v.)'in sözleri, kasdi fiilleri ve takrirler fıkhnın ikinci asıl kaynağı olan sünneti oluşturmaktadır.⁴⁷ Kitap ile birlikte Sünnet bütün delillerin kaynağı olarak aslî'l-asl şeklinde isimlendirilmiştir.⁴⁸ Kitap ve Sünnet'te açık bir hüküm bulunduğu müddetçe bu hüküm geçerli olacağı için gerçek anlamda yasa koyucu olan Allah (c.c.) ve Resulullah (s.a.v.)'in yasama faaliyeti buradaki hükümlerin yürürlükte olması ile gerçekleşmiş olmaktadır. Kitap ve Sünnet ile düzenlenmiş bir alanda müçtehitler herhangi bir içtihadta bulunamayacakları⁴⁹ gibi devlet başkanı da yalnızca tedvin faaliyetinde bulunabilecektir.⁵⁰

B. İcmâ

İcmâ, "müçtehitlerin, Resulullah (s.a.v.)'in vefatından sonraki, herhangi bir asırda, şer'î bir hüküm üzerinde ittifak etmeleri, fikir birliğine varmaları"⁵¹ olarak

⁴⁶ Muhammed b. Aħmed b. Ebî Sehl Şemsul-eimme es-Seraħsî, *Uşûlus-Seraħsî* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1973), 1/279; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/44 (No. 221); Muhammed Ebû Zehra, *Uşûlü'l-Fıkh* (Dâru'l-Fikri'l-Arabî, t.y.), 76-80 (No.81-83); Vehbe Zuhaylî, *Fıkh Usûlü*, çev. Ahmet Efe (İstanbul: Risale Yayınevi, 2018), 23, 24, 26; Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, çev. Muhammed Yazgan (İstanbul: Beyan Yayınları, 2013), 2/577 (No. 1126); Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Uşûlü'l-Fıkh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: TDV Yayınları, 2017), 63; Hayreddin Karaman, *Fıkh Usûlü: (İslâm hukûkunun kaynakları, metodu ve felsefesi)* (İstanbul: Ensar, 2013), 93; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 79; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 120.

⁴⁷ Ebû Zehra, *Uşûlü'l-Fıkh*, 105 (No. 94); Zuhaylî, *Fıkh Usûlü*, 37, 41; Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, 2/585, 586 (No. 1134); Yusuf Karadâvi, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Yunus Araz (İstanbul: Nida Yayınları, 2019), 63; Şâban, *Uşûlü'l-Fıkh*, 92-93; Karaman, *Fıkh usûlü*, 99; Murteza Bedir, "Sünnet," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 150; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 83; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 124.

⁴⁸ Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993), 79.

⁴⁹ Mecelle, m. 14; H. Yunus Apaydın, "Nas," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 391; Yılmaz, *Mubahı Sınırlandırma*, 320, 321.

⁵⁰ Aydın, "Anayasa," 159; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 191, 192; Sargın, "Devlet," 168; Vural, "Yasama Kavramı," 188.

⁵¹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/163 (No. 441); Ebû Zehra, *Uşûlü'l-Fıkh*, 197, 198 (No. 199, 200); Zuhaylî, *Fıkh Usûlü*, 49, 50; Şâban, *Uşûlü'l-Fıkh*, 136, 137; Dönmez, "İcmâ," 417; Karaman, *Fıkh usûlü*, 105; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 126.

tanımlanmıştır. İcmâ yoluyla bir hükme ulaşıldığı takdirde bütün Müslümanlar açısından bu hüküm bağlayıcı hale gelir.⁵² Dolayısıyla üzerine icmâ olan bir mesele hakkında daha sonra gelen müçtehitler herhangi bir içtihatta bulunamayacağı gibi devlet başkanı da herhangi bir yasama faaliyetinde bulunamayacak ancak tedvin yapabilecektir. Bu durum sarih icmâ açısından geçerli olmakla birlikte sükûtî icmân kesin bir hüküm niteliğinde bağlayıcı olup olmayacağı hususu tartışmalıdır.⁵³

C. İçtihat

Kitap, Sünnet ve icmâ yoluyla açık bir şekilde düzenlenmemiş bir hususta, müçtehitler farklı yöntemlerle içtihatta bulunabilir, fer'î delillere başvurabilirler. İçtihatta bulunurken kullanılan yöntemler genel itibariyle kıyas, istishan, istislah, istishab ve sedd-i zerâi başlıkları altında incelenirken fer'î deliller sahabî kavli, önceki şeriatlar ve örf olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kıyas, *“asıldaki hükmün yani hakkında delil bulunan bir meselenin hükmünün, hakkında delil bulunmamakla birlikte aralarında benzerlik, ortak özellik bulunan başka bir meseleye uygulanması”*⁵⁴ olarak tanımlanmaktadır. Hakkında hüküm bulunmayan bir meseleye dair hükmün belirlenmesi açısından yasama faaliyeti yapılırken kullanılan en temel yöntem kıyastır. Öyle ki İmam Şafîî, kıyas ile içtihadı eş anlamlı olarak kullanmıştır.⁵⁵

İstihân, *“icmâ, zaruret, örf, maslahat, gizli kıyas gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak, müçtehidin, o meselenin benzerlerinde izlenen genel kuraldan ve ilk*

⁵² Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/166 (No. 448); Zuhaylî, *Fıkıh Usûlü*, 54; Wael B. Hallaq, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Necmettin Kızılkaya (İstanbul: Pınar Yayınları, 2018), 46; Yılmaz, *Mubahı Sınırlandırma*, 322.

⁵³ Ayrın için bkz. Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkıh*, 205-207 (No. 204-206); Şâban, *Usûlü'l-Fıkıh*, 139, 145; Dönmez, “İcmâ,” 425, 426.

⁵⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/171 (No. 459); Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkıh*, 218 (No. 217); Zuhaylî, *Fıkıh Usûlü*, 60; Şâban, *Usûlü'l-Fıkıh*, 165; Karaman, *Fıkıh usûlü*, 109; H. Yunus Apaydın, “Kıyas (Fıkıh),” *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 529.

⁵⁵ Ebû 'Abdullah Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî, *er-Rişâle* (Mısır: Mustafa el-Babi el-Halebi ve Evladüh, 1938), 477.

hatıra gelen çözümden vazgeçmesi ile hukukun amacına daha uygun bulunduğu başka bir hüküm vermesi"⁵⁶ olarak tanımlanmıştır.

İstislah, "Kitap ve Sünnet ile hükmü açıklanmamış olan ve kıyas metodunun da kullanılmadığı fihhi bir meselenin hükmünün, şer'î olarak itibar edilebilecek özellikteki maslahatlar doğrultusunda tayin edilmesi"⁵⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Müçtehitlerin ve devlet başkanının içtihatlarında maslahata uygun hareket etmesi gerektiği özellikle vurgulanmıştır.⁵⁸

İstishab, "bir hükmün varlığının veya yokluğunun devamına yönelik olarak daha önceden bilinen bir durumun değişikliğe uğradığına veya ortadan kalktığına dair bir delil bulunmadığı müddetçe, daha sonrasında da aynı şekilde devam ettiğine hükmedilmesi"⁵⁹ şeklinde tanımlanmıştır. İstishab yöntemi, mevcut durumun değişmediğine yönelik kullanılabilirken yeni bir durum ortaya çıkarmaya yönelik kullanılmayacaktır.⁶⁰

Sedd-i Zerâi, "kendi başına mubah olan bir fiilin şer'an sakıncalı bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya bunun kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle yasaklanması"⁶¹ şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁶ Serahsî, *Uşûlu s-Serahsî*, 2/200; Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 262 (No. 253); Zuhaylî, *Fıkh Usûlü*, 93; Şâban, *Usûlü'l-Fıkh*, 239; Ali Bardakoğlu, "İstihsan," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 339; Karaman, *Fıkh usûlü*, 137.

⁵⁷ Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 279 (No. 269); Zuhaylî, *Fıkh Usûlü*, 100; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 100; Şükrü Özen, "İstislâh," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 383.

⁵⁸ Mecelle, m. 58: "Ra'iyye ya'ni teb' a üzerine tasarruf maslahata menuttur."

⁵⁹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/195 (No. 498); Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 295, 296 (No. 283); Zuhaylî, *Fıkh Usûlü*, 100; Şâban, *Usûlü'l-Fıkh*, 289; Ali Bardakoğlu, "İstishâb," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 376; Karaman, *Fıkh usûlü*, 138; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 103; Mustafa Kelebek, "İslam Hukukunda İstishâb Delili ve Uygulamadaki Yeri," *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3 (1999): 417.

⁶⁰ Karaman, *Fıkh usûlü*, 138; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 140; Ahmet Akman, "İstishâb (Serahsî Özelinde Usûl-Fürû' Karşılaştırması)," *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 32 (2018): 110.

⁶¹ Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 287, 288 (No. 278); Şâban, *Usûlü'l-Fıkh*, 269; İbrahim Kâfi Dönmez, "Sedd-i Zerâi'," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 277; Osman Şahin, "İslam Hukuk Metodolojisinde Zerâyi' ve Uygulaması," *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 7 (2006): 210, 211.

Sahabî kavli, fer'î bir delil olarak yasama faaliyetini etkilermiştir. Sahabenin şer'î bir konuda ittifak etmesi durumunda icmâ gerçekleşmiş olacağından dolayı buna uymak gerekir. Akıl ile kavranamayan meselelerle ilgili hükümleri sahabenin Resulullah (s.a.v.)'den duymuş olma ihtimali bulunduğu için bu durumlarda sahabe kavli delil değeri taşımaktadır. Bir sahabenin görüşünün bir başka sahabenin görüşü ile çelişmesi durumunda ise, birinin görüşü tercih edildiği takdirde diğerine muhalefet edilmiş olacağından ötürü böyle bir durumda sahabe kavline uymak zorunlu olarak görülmemektedir.⁶² Bununla birlikte Ebu Hanife böyle bir durumda sahabe görüşlerinden birinin tercih edileceğini belirtmiştir.⁶³

Tüm peygamberlerin tebliğ etmiş oldukları din aynı dindir ancak şeriatlar farklıdır.⁶⁴ Resulullah (s.a.v.)'in tebliği ile birlikte daha önceki şeriatlar ilga edilmiştir.⁶⁵ Bununla birlikte bu şeriatların fikhî açıdan kaynak değeri taşıyıp taşımadığı hususu tartışmalıdır. Önceki şeriatlar bakımından, Kitap ve Sünnet'te yer almayan hususlar delil değeri taşımamaktadır. Kitap ve Sünnet'te yer alanlardan yürürlükten kaldırıldığı bilinenler bağlayıcı değildir, kaynak teşkil etmezler. Kitap ve Sünnet'te geçerli olduğu bildirilenler bağlayıcıdır, kaynak değeri taşırlar. Bununla birlikte Kitap ve Sünnet'te bulunmakla birlikte geçerli olduğuna ya da kaldırıldığına yönelik bir delil bulunmayan hükümler açısından fakihler bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu tür hükümlerin kaynak değeri olduğunu söyleyenler de söylemeyenler de bulunmaktadır.⁶⁶

⁶² Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkıh*, 213, 214 (No. 212, 213); Karaman, *Fıkıh usûlü*, 142; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 135; H. Yunus Apaydın, "Sahâbî Kavli," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2008), 500, 501.

⁶³ Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkıh*, 215 (No. 214); Apaydın, "Sahâbî Kavli," 500.

⁶⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/14 (No. 10); Hallaf, *Yasama, Yargı ve Yürütme*, 105, 106; Yaman ve Çalış, *İslam Hukuku*, 135, 136.

⁶⁵ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/195 (No. 497).

⁶⁶ Bilmen, 1/195 (No. 497); Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkıh*, 305-307 (No. 291-293); Zuhaylî, *Fıkıh Usûlü*, 109-12; Şâban, *Usûlü'l-Fıkıh*, 277-80; İbrahim Kâfi Dönmez, "Şer'u Men Kablenâ," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 15; Karaman, *Fıkıh usûlü*, 143; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, 137.

Örf, “aklî olarak incelenerek vicdanlarda yer bulmuş olan ve selîm tabiat sahiplerince uygun bulunmuş olan söz, fiil ve eylemler”⁶⁷ olarak tanımlanmıştır. Yasama faaliyeti çerçevesinde örfü büyük önem verilmiştir. “Âdet muhakkemdir”⁶⁸ şeklinde külli bir kâide ile örfün önemi açıkça ortaya konmuştur. Müçtehitler, Kitap ve Sünnet ile çelişmeyip, toplumun faydasına olan örfü almışlar, kısmen faydasına kısmen zararına olan örfü ıslah ederek almışlar, insanın fitratına ve akla aykırı olan örfü ise terk etmişlerdir.⁶⁹

Mezhep birikimini hiyerarşik bir biçimde değerlendirerek, nasların ve diğer delillerin yanında bu birikime de dayanarak içtihatla bulunma yöntemi tahrîc olarak ifade edilmektedir. Bu yöntem bir mezhep içerisinde, o mezhebin usulü doğrultusunda, mezhep birikiminin hüküm elde edilirken değerlendirmeye esas alınmasını kapsamına almaktadır.⁷⁰ Bu şekilde içtihatla bulunabilme yeterliliğine sahip olan fakihler ashabü't-tahrîc olarak nitelendirilmişlerdir. Bu fakihler doğrudan Kur'ân ve Sünnet'ten kendi metotları doğrultusunda değil, mezhep imamının ve mezhebin önde gelen müçtehitlerinin görüşleri ve metotlarını esas alarak hüküm çıkarırlar.⁷¹

Mezhep içi içtihat metodu olarak tercih, “belirli bir meselenin hükmü ile ilgili mezhep içerisindeki çeşitli kavil ve ihtilaflardan daha ağır basanı, üstün olanı belirlemek” şeklinde tanımlanmıştır.⁷² Bu şekilde tercih ehliyetine sahip olan fakihler için ashabü't-tercih ifadesi kullanılmıştır. Bu fakihler doğrudan naslardan yola çıkarak

⁶⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/197 (502); İbrahim Kâfi Dönmez, “Örf,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 88; Hayreddin Karaman, “Âdet,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 370.

⁶⁸ Mecelle, m. 36.

⁶⁹ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 104.

⁷⁰ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/314 (No. 4); Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 397; Tuncay Başoğlu, “Tahrîc,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 420, 421.

⁷¹ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 1/314 (No. 5); M. Esat Kılıçer, “Ashâbü't-Tahrîc,” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 470.

⁷² Seyit Mehmet Uğur, *Hanefilerde Mezhep İçi Tercih ve Usûlü* (İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2019), 36; Tercih daha geniş bir muhtevayı ifade ettiğine dair bir tanım için bkz. Eyyüp Said Kaya, “Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlâl,” Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001), 39.

bir içtihatla bulunamayıp, mezhep içerisindeki mevcut görüşlerden tercihe şayan olanı seçebilmektedirler.⁷³ Fakihler tercihte bulunurken naslara uygunluk, kıyas, maslahat, örf, fesad-ı zaman, ihtiyat, aynı görüşte olanların sayıca çokluğu gibi sebeplerle hareket etmektedirler.⁷⁴

İçtihat faaliyeti sahabe döneminde daha çok şura yoluyla toplu içtihat şeklinde gerçekleştiriliyordu. Fakihlerin farklı bölgelere dağılımları, ulaşımın zorluğu gibi nedenlerden ötürü, ilerleyen süreçte bireysel içtihat daha çok ön plana çıkmıştır.⁷⁵

III. FIKHA GÖRE YASAMANIN TARİHİ GELİŞİMİ

Fıkıh müçtehitlerin içtihatları ile gelişmiştir. İçtihat içtihadı nakz etmeyeceği⁷⁶ için bu içtihatlar doğrudan bağlayıcı bir hüviyet arz etmemiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere müçtehit olan bir devlet başkanının halka bir içtihadın uygulanmasını emretmesi yahut müçtehitlerin içtihatlarından tercihte bulunarak tüm halk için ilgili içtihadın uygulanması yönünde emir buyurması ile ancak içtihatların bağlayıcı bir nitelik kazanacağı ifade edilmiştir.⁷⁷ Bu bakımdan devlet başkanlarının tüm ülke üzerine uygulanmak üzere bazı tedvin girişimleri olmuştur. Bunlardan ilki İmam Mâlik'in Muvatta' isimli eseri üzerinde olmuştur. Abbasi Halifesi Cafer el-Mansur ile daha sonra Mehdi-Billah ve Harunürreşid, İmam Mâlik'in hadislerin yanında Medine halkının uygulamasını, sahabi görüşlerini ve tabiin fetvalarını içeren bu çalışmasını çoğaltarak ülkenin her yanına gönderip hukuki uygulamalarda bu eserin esas alınmasını istemişlerdir.⁷⁸

⁷³ Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 397; M. Esat Kılıçer, "Ashâbü't-Tercih," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 471.

⁷⁴ Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 397; Kaya, "Fıkî İstidlâl," 255-63; Uğur, *Mezhep İçi Tercih*, 73-92; Kılıçer, "Ashâbü't-Tercih," 471.

⁷⁵ Hallaf, *Yasama, Yargı ve Yürütme*, 46, 47.

⁷⁶ Mecelle, m. 16.

⁷⁷ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/18; Nebhan, *Anayasa ve İdare*, 148, 149, 372.

⁷⁸ M. Yaşar Kandemir, "el-Muvatta'," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 414; Hamidullah, *İslâm Anayasa Hukuku*, 58, 59; Aydın, "Kanun Hukuku," 12; Dokgöz, *Ullü'l-Emrin Yetki ve Tasarrufları*, 54; Zeki Koçak, "Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye

Ancak İmam Mâlik kendisinin bütün hadisleri toplamış olmadığı, İslâm dünyasının farklı bölgelerine dağılmış olan sahabenin Resulullah (s.a.v.)'den öğrenmiş oldukları farklı uygulamaların bulunduğu gibi gerekçelerle bu girişimi reddetmiş, halifeleri bu düşüncelerinden döndürmüştür.⁷⁹

Devlet başkanının kadıları bir mezhep doğrultusunda ataması, uygulanacak hükümlerin sınırlandırılması açısından devletin hukuku etkilemesinin ilk adımı olarak görülmüştür.⁸⁰ Bu durum kısmi bir yasama faaliyeti olarak ifade edilebilir.

Nizâmülmülk'in tavsiyesi neticesinde Mesâil-i Melikşah olarak bilinen bir mecelle, Selçuklu Devleti'nde bağlayıcı bir metin olarak uygulanmıştır.⁸¹ H. 8/M. 14. Yüzyılda Hindistanlı Hanefi fakihlerinden olan Âlim b. Alâ, el-Hidâye'yi örnek olarak düzenlediği ve mezhep dışındaki görüşlere yer vermediği, Tatar Han'a takdim etmiş olduğu Fetâvâ Tatarhaniyye'yi telif etmiştir. Delhi sultanlarından III. Firuz Şah Tuğluk döneminde yazılan eser resmi bir tedvin halini almamıştır.⁸² H. 11/ M. 17. Yüzyılda Babürlü bir hükümdar olan Evrengzib Alemgir'in emri ile Hanefî mezhebi dışındaki görüşlere yer vermeyip el-Hidâye örnek alınarak Fetâvâ'l-Hindiyye ve Fetâvâ'l-Alemgiriyye olarak bilinen bir eser hazırlanmıştır. Şeyh Nizam'ın başında olduğu bir komisyon tarafında hazırlanan eser, Hindistan İngiliz hakimiyetine girene kadar uygulanan en önemli eser olmuştur. Her ne kadar resmi bir otoritenin öncülüğünde hazırlansa da eser, ilmi bir tedvin mahiyetinde kalmış olup resmi bir statü kazanmamış ve doğrudan meselelere uygulanacak düzenlemeler niteliğinde olmayıp, muteber bir bilgi kaynağı olarak

Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi," *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 19, no. 2 (2015): 30.

⁷⁹ Kandemir, "el-Muvatta'," 414; Hamidullah, *İslâm Anayasa Hukuku*, 59; Aydın, "Kanun Hukuku," 12; Mehmet Gayretli, *Tanzimat'tan Cumhuriyete Kanunlaştırma Çalışmaları* (İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2015), 81; Dokgöz, *Ullü'l-Emrin Yetki ve Tasarrufları*, 54.

⁸⁰ Aydın, "Kanun Hukuku," 13.

⁸¹ Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 83.

⁸² Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2017), 59; Ferhat Koca, "el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 446; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 83, 84.

değerlendirilmiştir.⁸³ Dulkadiroğulları, Akkoyunlular, Memlükler ve Anadolu Beylikleri'nde farklı bağlayıcı nitelikte kanun metinleri hazırlanmış ancak bunlar özellikle ehl-i örfe ceza ve vergi hukukuna düzenlemeleri ihtiva etmiş olup, hukukun bütün alanlarını kapsayıcı mahiyette olmamıştır.⁸⁴

Osmanlı Devleti'nde, medreselerde ders kitabı olarak okutulan, içerisinde müçtehitlerin görüşlerinin derlenmiş olduğu Muhtar, Kuduri, Hidâye, Kenzü'd-Dekâik, Vikâye gibi eserler kanun ihtiyacını da karşılıyordu. Bu eserlere göre daha sistemli ve kanun anlayışına yakın biçimde kaleme alınmış olan Molla Hüsrev'in Gurer adlı eseri ve bu eserin şerhi Dürer, Fatih Sultan Mehmet döneminden Kanuni Sultan Süleyman dönemine kadar mahkemelerde kullanılmıştır. Kanuni döneminden itibaren ise İbrahim Halebî tarafından kaleme alınan Mülteka'l-Ebhur adlı eser, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye yürürlüğe girene kadar kullanılmıştır.⁸⁵ Osmanlı'da fıkhi kaynaklarda doğrudan düzenlenmemiş olan alanlarda devlet başkanı tarafından kanunnameler de hazırlanmıştır. Bu kanunnameler örfî hukuk kapsamında kanun ihtiyacını karşılamıştır.⁸⁶ Şeyhülislâm kamu yararına uygun olan şer'î hukuktaki içtihatlar arasından seçerek doğrudan padişaha sunma yoluna gitmiştir. Maruzat olarak adlandırılan bu usul ile fetvalar modern hukuktaki içtihadı birleştirme kararları gibi bağlayıcılık arz etmiştir.⁸⁷ Maruzatlar yoluyla resmi mezhep olan Hanefî mezhebindeki kuvvetli görüşün terk edilerek azınlık görüşünün veya başka bir mezhebin görüşünün, padişahın onayıyla bağlayıcı hale gelmesi sağlanmıştır.⁸⁸

⁸³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 60; Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye," İ.ç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 365, 366; Aydın, "Anayasa," 159; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 84.

⁸⁴ Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 83-85.

⁸⁵ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 131; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 85; Koçak, "Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler," 30.

⁸⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 60, 69; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 236; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 95, 96.

⁸⁷ Ahmet Akgündüz, "Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi," İ.ç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 441; Aydın, "Kanun Hukuku," 15; Avcı, *Hukuk Tarihi*, 235.

⁸⁸ Ahmet Akgündüz, "Ma'rûzât," İ.ç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 73; Aydın, "Kanun Hukuku," 15; Uğur, *Mezhep İçi Tercih*, 116.

III. BİR YASAMA FAALİYETİ OLARAK MECELLE

Tanzimat'tan sonraki süreçte yeni mahkemelerin kurulması, Batılı devletlerin baskısı ve bu devletlerden etkilenme, zamanın ilerlemesi ile yeni gelişmelerin meydana gelmesi, Hanefi mezhebi içerisinde farklı görüşlerin çokluğu ve hakimlerin ilmi açıdan yetersizliği gibi nedenlerden ötürü Osmanlı Devleti'nde yeni bir yasama faaliyetine girişilmiştir.⁸⁹ Bu doğrultuda 1868-1876 yılları arasında meydana getirilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, başta Mültekâ olmak üzere Hanefî mezhebi görüşleri doğrultusunda telif edilmiş olan fıkıh kitapları, bunların şerhleri, haşiyeleri ve fetva kitapları kaynak alınarak oluşturulmuştur.⁹⁰ Dolayısıyla Mecelle gelenekten kopuk, tamamen yeni bir yasama faaliyeti olarak ortaya çıkmamış, daha önceki dönemlerde kanun ihtiyacını karşılayan eserlerin yeni bir formu olarak meydana gelmiştir. Bu yeni form fıkıh literatürü içerisinde alışılmamış bir şekil olmakla birlikte, batıdan iktibas edilmiş de değildir. Bununla birlikte bir kodifikasyon olarak nitelendirilmektedir.⁹¹ Bu yeni form, Müslüman hukukçuların üretmiş oldukları nev-i şahsına münhasır bir eserdir.

Mecelle derlenirken fikhun kaynak ve yöntemlerinden yararlanılarak doğrudan nasların kanun metni biçiminde düzenlenmesi yoluna gidilmiş, daha önceki içtihatlar arasından tercihte bulunulmuş, Hanefi mezhebine bağlı kalarak daha önce yapılmış olan tercihlere ve verilmiş olan fetvalara önem verilmiştir.⁹² Örneğin Mecelle'nin 2. maddesinde “*Bir işten maksat ne isi hüküm ona göredir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme doğrudan “*Ameller niyetlere*

⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 13-15; Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi,” *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, no. 29 (2011): 94-96; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 330-338; Koçak, “Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler,” 31, 32. Yasin Yılmaz, *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi* (İstanbul: Bir Yayınları, 2018), 190-192.

⁹⁰ Mecelle maddelerinin fıkıh eserlerindeki kaynaklarını görmek için bkz. Mesud Efendi, *Mir'at-ı Mecelle* (İstanbul: Matbâat-ı Osmaniye, 1302).

⁹¹ Nuran Koyuncu, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Hukuki Değeri, Yürürlüğü ve Uygulanması ile İlgili Bazı Değerlendirmeler,” *İç. Mecelle Üzerine Etütler I*, ed. Ahmet Akman ve Mustafa Ünal (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 42.

⁹² Hayreddin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 314.

göredir...”⁹³ hadisinden alınmıştır. Mecelle’nin 94. maddesinde “*Hayvanâtın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenleme doğrudan kâide ile aynı ifadelerden oluşan bir hadisten alınmıştır.⁹⁴ Özellikle külli kâideler içerisinde doğrudan naslardan veya naslardan hareketle oluşturulan düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Mezhep görüşleri içerisinde tercihte bulunurken İmam Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed eş-Şeybanî’nin görüşlerine önem verilmiş, bu görüşler içerisinde kavli-i racih olan (tercih edilen) görüşün seçilmesine gayret gösterilmiştir. Bu tercihler ve fetvalar noktasında mezhebin hakim görüşüne sıkı şekilde bağlı kalınmıştır.⁹⁵ Değişen sosyal ve ekonomik şartlar doğrultusunda bazı yeni ihtiyaçlara cevap verilememesi gibi nedenlerden ötürü Ahmed Cevdet Paşa, mezhep içerisinde azınlık görüşe göre de düzenlemeler yapmak istemiştir. Ancak bu çabası onun görevden alınmasına neden olmuştur. Örneğin, Mecelle’nin Kitabı’l-Havale kısmında yer alan 692. maddesinde İmam Züfer’in görüşü doğrultusunda bir düzenleme yapılmasına, Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi karşı çıkmış ve Ahmet Cevdet Paşa’nın görevden alınmasında bu durum da etkili olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa’nın görevden alınmasının ardından yeniden incelenen bu madde aynı şekilde bırakılmış ve sonraki süreçte Ahmet Cevdet Paşa yeniden görevlendirilmiştir.⁹⁶ Bununla birlikte ilerleyen süreçte 1916, 1923 ve 1924 yıllarında farklı tadil komisyonları oluşturularak mezhep içerisinde azınlıkta kalan görüşler, diğer mezheplerin görüşleri ve fıkha aykırı olmadığı müddetçe farklı hukuk sistemlerinin düzenlemelerinden yararlanılarak 251 maddelik bir

⁹³ Buhârî, “Bed’u’l-Vahy,” 1; Müslim, “İmâre,” 155; Ebû Dâvûd, “Talâk,” 11; Tirmizî, “Fedâilu’l-Cihad,” 16 (1647); Ebû ‘Abdirrahmân Aḥmed b. Şu‘ayb b. ‘Alî el-Ḥorâsânî en-Nesâî, *Sünenü’n Nesâî*, çev. A. Muhtar Büyükçınar vd. (İstanbul: Kalem Yayıncılık, 1981), “Tahare,” 60; Ebû ‘Abdillâh Muḥammed b. Yezîd İbn Mâce, *Sunen*, ed. Muḥammed Fu’âd ‘Abdulbâkî (Beyrut: Dâru İhyâi Kütübî’l-‘Arabiyye, t.y.), “Zühd,” 26.

⁹⁴ Buhârî, “Zekât,” 66; Müslim, “Hudud,” 45, 46; Ebû Dâvûd, “Diyât,” 27; Tirmizî, “Zekât,” 16 (642), “Ahkâm,” 37 (1377); Nesâî, “Zekât,” 28; İbn Mâce, “Diyât,” 27.

⁹⁵ Mecelle maddelerinin kaynakları hakkında bilgi için bkz. Mesud Efendi, *Mir’at-ı Mecelle*.

⁹⁶ Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997), 110-13; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 348; Mustafa Ünal, “Mecelle ve Külli Kaideler Üzerine Bir İcmal,” İç. *Ömer Hilmi Efendi’nin Külli Kaideler Şerhi Mir’atü’l-Mecelle*, ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 26.

taslak oluşturulmuştur.⁹⁷ Tadil komisyonlarında Hanefi mezhebinin yanında diğer mezhep görüşlerinden de yararlanılması ile yasama faaliyetleri esnasında telfikin⁹⁸ kabul edildiği anlaşılmaktadır. Tadil komisyonlarında oluşturulan bu taslak, dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esad Bozkurt tarafından, komisyonların çalışmalarının durdurulması ve İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesine başlanması nedeniyle yürürlüğe girmemiştir.⁹⁹

Mecelle, kaynaklarından da anlaşılacağı üzere tamamen fıkıh müktesebatından yararlanılarak, Hanefî mezhebi doğrultusunda oluşturulmuştur.¹⁰⁰ Mecelle hazırlanırken ilmiye sınıfından bir cemiyet oluşturulmuştur. Cemiyet başkanı olarak Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nazırı olan Ahmet Cevdet Paşa görevlendirilmiştir. Ahmet Cevdet Paşa birçok yönü itibari ile ön plana çıkan birisi olmakla birlikte özellikle hukukçuluğu açısından dönemin en önde gelen şahsiyetlerinden olmuştur.¹⁰¹ Mecelle komisyonundan önce 1847 tarihli Tapu Nizamnamesi, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den önce bir medeni kanun

⁹⁷ Mehmet Âkif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 234; Kaşıkçı, *Mecelle*, 341, 383; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 355-357.

⁹⁸ Telfik için bkz. Eyyüp Said Kaya, "Telfik," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 401, 402; Sayit Tahirov, "İslam Hukukunda Telfik, Çeşitleri ve Hükmü," *Yeni Türkiye (Dergi)* 98, no. 23 (2017): 474, 475;; Emrah Demirtaş ve İbrahim Sizgen, "İslam Hukukunda Telfik Nazariyesi," *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18, no. 1 (2018): 542, 543, 545-47; Yasemin Korucu, "İslam Hukukunda Telfik," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 45, 46; Ethem Demir, *İslam Hukukunda Taklid ve Telfik*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 78, 79.

⁹⁹ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye," 234; Ahmet Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2017), 32; Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, 317; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 358; Ünal, "Mecelle," 33.

¹⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 14-17; Karadâvi, *İslâm Hukukuna Giriş*, 350; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık 296 (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 2/20; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye," 233; Akgündüz, *Karşılaştırmalı*, 25.

¹⁰¹ Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2009), 7-9; Şahban Yıldırım, "Ahmet Cevdet Paşa ve Hukukçuluğu (1822-1895)," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2016): 119, 120; Ekrem Buğra Ekinci ve Ahmet Şimşirgil, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 32-40.

olarak hazırlanması düşünülen Metn-i Metin, 1274 tarihli Ceza Kanunu ve 1274 tarihli Arazi Kanunnamesi gibi önemli yasama faaliyetlerinde görev almıştır.¹⁰² Ahmet Cevdet Paşa'nın mezar taşındaki beyitlerde "Asrımızın İbn-i Kemal'i"¹⁰³ idi" yazılarak¹⁰⁴ kendisinin çok yönlülüğüne ve özellikle fakihliğine vurgu yapılmıştır. Cemiyetin ilk teşekkülünde her biri önemli fakihlerden olan Filibeli Halil Efendi¹⁰⁵, Seyfeddin İsmail Efendi¹⁰⁶, Seyid Ahmet Hulûsi Efendi¹⁰⁷, Ahmet Hilmi Efendi¹⁰⁸, Bağdatlı Muhammet Emin Efendi¹⁰⁹ ve İbn Âbidinzâde Alâeddin Efendi¹¹⁰ görev almıştır. Sonrasında bu cemiyette görevi sonlanan üyeler olduğu gibi farklı üyelerin görevlendirildiği de olmuştur. Bu görevlendirilen üyeler Gerdankıran

¹⁰² Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 45-50; Yıldırım, "Ahmet Cevdet Paşa," 124-32.

¹⁰³ İbn Kemal hakkında bkz. Şerafettin Turan, "Kemalpaşazâde," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 238-40; Şükrü Özen, "Kemalpaşazâde (Fıkhi Görüşleri)," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 240-42; İlyas Çelebi, "Kemalpaşazâde (Kelâma Dair Görüşleri)," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 242-44; M. A. Yekta Saraç, "Kemalpaşazâde (Edebî Şahsiyeti)," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 244, 245; İlyas Çelebi, "Kemalpaşazâde (Eserleri)," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 245-47.

¹⁰⁴ Ekinci ve Şimşirgil, *Mecelle*, 31.

¹⁰⁵ Bkz. Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, ed. Nuri Akbayar (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996), 2/576; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 160; Ferhat Koca, "Halil Fevzi Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 313.

¹⁰⁶ Bkz. Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, 5/1499; Tahsin Özcan, "Seyfeddin İsmâil Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 32, 33; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 161.

¹⁰⁷ Bkz. Hulusi Yavuz, "Ahmed Hulûsi Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 90; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 161, 162.

¹⁰⁸ Hulusi Yavuz, "Ahmed Hilmi Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 89, 90.

¹⁰⁹ Bkz. Hulusi Yavuz, "Bağdatlı Muhammed Emin Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 449; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 162, 163.

¹¹⁰ Bkz. Ahmet Özel, "İbn Âbidinzâde," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1999), 293, 294; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 163.

Ömer Hulûsi Efendi¹¹¹, Kara Halil Efendi¹¹², İsa Ruhi Efendi¹¹³, Yunus Vehbi Efendi¹¹⁴, Abdüllâtîf Şükrü Efendi¹¹⁵, Ahmet Halîf Efendi¹¹⁶, Karînâbatlı Ömer Hilmi Efendi¹¹⁷ ve Abdüssettar Efendi¹¹⁸'dir. Sonradan görevlendirilen üyelerin de üst düzeyde fıkıh bilmelerine dikkat edilmiştir. Örneğin sonradan görevlendirilen üyelerden olan Ömer Hilmi Efendi hakkında Ahmet Cevdet Paşa, "*Asrımızın İmam-ı Azâm'ı*" ifadesini kullanmış ve onun Şeyhülislam Hayrullah Efendi tarafından imzalanan hal fetvasına henüz genç yaşta direnmesini hayranlıkla ifade etmiştir.¹¹⁹ Ömer Hilmi Efendi İbn Nüceym ve İbn Âbidin gibi önde gelen fakihlerle birlikte anılır hale gelmiştir.¹²⁰ Bu durum, onun fıkıh ilminde ne kadar yetkin olduğunu göstermektedir. Mecelle komisyonunda Ahmet Cevdet Paşa ile birlikte toplam on dört fakih, üye olarak görev almıştır.¹²¹ Özetle, Mecelle-i

¹¹¹ Bkz. Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, 4/1321; Tahsin Özcan, "Ömer Hulûsi Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 71; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 163.

¹¹² Bkz. Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, 2/577; Mehmet İpşirli, "Kara Halil Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 361, 362; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 164.

¹¹³ Bkz. Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 164.

¹¹⁴ Bkz. Tahsin Özcan, "Yûnus Vehbi Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 612, 613.

¹¹⁵ Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 164.

¹¹⁶ Bkz. Hulusi Yavuz, "Ahmed Hâlid Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 71, 72; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 164, 165.

¹¹⁷ Bkz. Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, 4/1321; Tahsin Özcan, "Ömer Hilmi Efendi," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 70, 71; Abdussamed Atasoy, "Geçen Asrın İmâm-ı Âzam'ı Ömer Hilmi Efendi'nin Terceme-i Hâli," İç. *Ömer Hilmi Efendi'nin Külli Kaideler Şerhi Mir'atü'l-Mecelle*, ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 13-24.

¹¹⁸ Hulusi Yavuz, "Abdüssettar Efendi, Kırımlı," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 304; Erdoğan Sarıtepe, "Kırımlı Abdüssettar Efendi'nin Hayatı, Eserleri ve Medhal-ı Fıkıh Adlı Risalesi," *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2011): 115-17; Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 166.

¹¹⁹ Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 9, 10; Atasoy, "Ömer Hilmi Efendi," 14, 15.

¹²⁰ Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 7, 8; Atasoy, "Ömer Hilmi Efendi," 16.

¹²¹ Mardin, *Ahmet Cevdet Paşa*, 160-66; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye," 232; Hacı Reşit Paşa, *Ruhu'l-Mecelle* (İstanbul: Dârü'l Hilafet-i'l Âliye, 1326), 1/27; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 349, 350.

Ahkâm-ı Adliyye Cemiyeti'nin üyeleri seçilirken bu kanun metnini ortaya çıkarabilecek fıkhi yeterliliğe sahip kişiler görevlendirilmiş, fıkıh bilgisi olmayan bir kimse veya devlet organı yasama işlemi ile görevlendirilmemiştir. Nitekim Ahmet Cevdet Paşa, ikisi de İstanbul'da teşekkül eden meselecilerle genel kurallara ulaşan Corpus Iuris Civilis¹²² ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin farklarını ifade ederken Corpus Iuris Civilis'in derin bir hukuki bilgiye sahip olan hukukçuların değil yasama işleri ile ilgilenen bürokratların bulunduğu bir heyet tarafından oluşturulduğunu, Mecelle'nin ise "vaz'ı ilahi olan Şeriat-ı Garra'dan" alınarak fakihlerin marifetleri ile ortaya çıkarıldığını ifade etmiştir.¹²³

Mecelle'nin hazırlanması ile görevlendirilmiş olan komisyon mezhep içerisinde içtihat yapma, mevcut içtihatlar arasında tercihte bulunma gibi yasama faaliyetlerini yerine getirmiştir. Devlet başkanının doğrudan içtihat veya tercihte bulunması söz konusu değildir. Mecelle hazırlanırken devlet başkanına tanınan yasama yetkisi şekli bir nitelik arz etmiştir. Gerçek anlamda yasama faaliyetini fakihler yerine getirmiştir. Devlet başkanı kendisine sunulan kanun metnini tasdik etmiştir. Bu tasdik ile birlikte ülü'l-emre itaat edilmesinin gerekliliği söz konusu olmuş ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Osmanlı'da bağlayıcı hale gelmiştir.¹²⁴ Mecelle'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte hakimlerin Hanefî mezhebi içerisinde farklı bir görüşle hüküm vermesi, başka bir mezhebin hükmüyle hükmetmesi yahut farklı bir içtihatla bulunmasının yolu kapanmıştır.¹²⁵

Osmanlı Devleti'nde bağlayıcı hale gelen Mecelle çok geniş bir coğrafi alanda uygulanmıştır. Tamamen Hanefî mezhebi dışında kalan Arap Yarımadası ve Osmanlı Devleti'ne bağlılığı artıracığından ötürü Hidiv İsmail Paşa'nın uygulamaya koydurmadığı Mısır hariç bütün Osmanlı Ülkesinde, Mecelle uygulanmıştır. Ancak Osmanlı Devleti'nin yıkılması ile bu kanunun yürürlükte kalma tarihi ülkeler açısından farklılık göstermiştir. Türkiye'de 1926'daki Medeni Kanunun kabulüne kadar yürürlükte kalan Mecelle, Lübnan'da 1934, Suriye'de

¹²² Koyuncu, "Değerlendirmeler," 43.

¹²³ Mardin, Ahmet Cevdet Paşa, 65.

¹²⁴ Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/18; Akgündüz, *Karşılaştırmalı*, 30; Uğur, *Mezhep İçi Tercih*, 117.

¹²⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye," 233.

mülkiyet hukukuna ilişkin kısımlar dışındakiler 1949, Irak'ta 1951, Ürdün'de 1977 ve Kuveyt'te 1984 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.¹²⁶ Irak ve Ürdün medeni kanunları yalnızca Mecelle ile çelişen hükümleri ilga etmiştir.¹²⁷ Dolayısıyla aslında bu iki ülkede Mecelle'nin tamamen yürürlükten kalkmasından bahsedilemeyecektir. Yargıçlar medeni kanunları ile çelişmediği müddetçe Mecelle düzenlemeleri doğrultusunda hüküm vermeye devam edeceklerdir.¹²⁸ Hanefî mezhebinin uygulandığı Afganistan'da ise Mecelle bir kaynak olarak kullanılmaya devam etmektedir.

SONUÇ

Fıkha göre aslî anlamda yasa koyucu Allah Teâlâ ve Resulullah (s.a.v.)'dir. Kitap ve Sünnet'e uygun olmak şartıyla yasama faaliyetinde bulunabilecek olan diğer iki sınıfı ise müçtehitler ile devlet başkanı oluşturmaktadır. Bu iki sınıfın yasama yetkisi bağlı yetki niteliğindedir.

Kitap ve Sünnet hükümleri yasamanın temelini oluşturmaktadır. Kitap ve Sünnet hükümleri ile doğrudan düzenlenmiş bir alanda farklı bir yasama faaliyetinin yapılması mümkün değildir. Bu alana dair ancak tedvin faaliyeti yapılabilir. Kitap ve Sünnet ile doğrudan düzenlenmemiş olan alanlarda ise müçtehitler içtihatla bulunabilirler. Yahut devlet başkanı düzenleme yapabilir. Ancak devlet başkanının içtihatla bulunabilmesi için onun da müçtehit olması gerekir. Dolayısıyla ister devlet başkanı, isterse de halk tarafından seçilmiş yüzlerce kişiden oluşan parlamento olsun içtihat melekelerini haiz olmayan hiçbir organ yasama faaliyetinde bulunamayacaktır. Devlet başkanının müçtehit olmadığı durumlarda, müçtehitlerin hazırlamış oldukları düzenlemeleri onaylaması gibi farklı yöntemler kullanılmıştır. Bir içtihat üzerinde icmâ oluşması

¹²⁶ Aydın, 234; Akgündüz, *Karşılaştırmalı*, 32; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1/36; Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 358, 359; Abdulazim İbrahim, "Mecelle'nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri," *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi* 1, no. 1 (2017): 11-15; Ünal, "Mecelle," 32.

¹²⁷ Ürdün Medeni Kanunu, erişim tarihi Ekim 12, 2024, m. 14. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>; Irak Medeni Kanunu, erişim tarihi Ekim 12, 2024, m. 1381. <https://iraql.d.e-sjc-services.iq/LoadArticle.aspx?SC=121120075347800>.

¹²⁸ İbrahim, "Mecelle'nin Tesiri," 11-14.

durumunda, ilgili içtihat Kitap ve Sünnet hükümleri gibi bağlayıcı bir hal alacaktır.

Fıkıh, içtihatlar ile gelişmiştir. Devlet başkanlarının bu içtihatları bir araya toplayarak hukukta bütünlüğü ve yeknesaklığı sağlama girişimleri Abbasiler devrinden itibaren görülmüştür. Devlet başkanının içtihatlar ile gelişen bu alana müdahalesi, bir mezhep doğrultusunda kadıların atanması ile başlamıştır. İlerleyen süreçte bazı içtihatların, devlet başkanı tarafından onaylanması yoluna gidilmiştir. Gelişen süreçte müçtehit niteliğini haiz kadıların da kalmamasıyla özel hukuk alanında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hazırlanmıştır.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de yer alan düzenlemeler doğrudan naslardan alınan kaideler ve müçtehitlerin içtihatları ile oluşmuştur. Bu içtihatlar tamamen fakihlerce oluşturulan Mecelle Cemiyeti tarafından tedvin edilmiştir. Bu tedvin esnasında özellikle mezhep içi içtihat yöntemlerine başvurulmuştur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin teşekkülünde fakih olmayan herhangi bir üyeye görev verilmemiştir. Devlet başkanı müçtehit olmadığı için kanunu doğrudan oluşturmamıştır. Ancak bu kanunun uygulanmasının zorunlu kılınması bakımından devlet başkanına ilgili düzenleme sunulmuş ve onun tasdiki alınmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study.

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2017.
- Akgündüz, Ahmet. "Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 12:441-43. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Akgündüz, Ahmet. "Hâkim." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 15:182-83. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Akgündüz, Ahmet. "Ma'rûzât." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 28:72-73. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Akman, Ahmet. "İstishâb (Serahsi Özelinde Usûl-Füru' Karşılaştırması)." *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 32 (2018): 105-24.
- Akyel, Remzi. "İslam Hukukunda Yasama Yoluyla Hakikat Dayatmasının İmkanı Meselesi." *Balıkesir İlahiyat Dergisi* 17 (2023): 279-303.
- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Apaydın, H. Yunus. "İctihad." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 21:432-45. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Apaydın, H. Yunus. "Kıyas (Fıkıh)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25:529-39. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Apaydın, H. Yunus. "Nas." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 32:391-92. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Apaydın, H. Yunus. "Sahâbî Kavli." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 35:500-504. İstanbul: TDV Yayınları, 2008.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Atasoy, Abdussamed. "Geçen Asrın İmâm-ı Âzam'ı Ömer Hilmi Efendi'nin Terceme-i Hâli." İç. *Ömer Hilmi Efendi'nin Külli Kaideler Şerhi Mir'atü'l-Mecelle*, ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy, 13-24. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

- Avcı, Mustafa, Mehmet Aykanat, ve İbrahim Ülker. *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aydın, M. Âkif. "İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim." *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 1 (2006): 11-21.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Anayasa." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 3:153-64. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 28:231-35. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.
- Bardakoğlu, Ali. "İstihsan." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 23:339-47. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Bardakoğlu, Ali. "İstishâb." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 23:376-81. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Başoğlu, Tuncay. "Tahrîc." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 39:420-22. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Bedir, Murteza. "Sünnet." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 38:150-53. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahatı Fıkıyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail. *el-Câmi u's-şâhîh*. Dâru Tavki'n-Necât, 1422/2001.
- Çelebi, İlyas. "Kemalpaşazâde (Eserleri)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25:245-47. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Çelebi, İlyas. "Kemalpaşazâde (Kelâma Dair Görüşleri)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25:242-44. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Demir, Ethem. "İslam Hukukunda Taklid ve Telfik." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bursa: Uludağ Üniversitesi, 2014.
- Demirtaş, Emrah ve İbrahim Sizgen. "İslam Hukukunda Telfik Nazariyyesi." *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18, no. 1 (2018): 535-67.
- Dokgöz, Derviş. *İslam Hukukunda Ulü'l-Emrin Yetki ve Tasarrufları*. Malatya: İksad Yayınları, 2022.

- Dönmez, İbrahim Kâfi. "İcmâ." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 21:417-31. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Örf." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 34:87-93. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Sedd-i Zerâi'." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 36:277-82. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "Şer'u Men Kablenâ." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 39:15-19. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Ebû Dâvûd, es-Sicistânî. *Sunen*. Beyrut: el-Mektebetü'l-'Asriyye, t.y.
- Ebû Zehra, Muhammed. *Usûlü'l-Fıkh*. Dâru'l-Fikri'l-Arabî, t.y.
- Ekinci, Ekrem Buğra ve Ahmet Şimşirgil. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2008.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkh İlmine Giriş*. İstanbul: Dem Yayınları, 2013.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Gayretli, Mehmet. *Tanzimat'tan Cumhuriyete Kanunlaştırma Çalışmaları*. İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2015.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Yayınları, 2018.
- Gür, Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993.
- Hacı Reşit Paşa. *Ruhu'l-Mecelle*. İstanbul: Dâru'l Hilafet-i'l Âliye, 1326.
- Hallaf, Abdulvahhâb. *İlk Dönem İslâm Hukuku Yasama, Yargı ve Yürütme*. Çeviren Abdülhadi Timurtaş. İstanbul: Pınar Yayınları, 2006.
- Hallaq, Wael B. *İslâm Hukukuna Giriş*. Çeviren Necmettin Kızılkaya. İstanbul: Pınar Yayınları, 2018.
- Hamidullah, Muhammed. *İslâm Anayasa Hukuku*. Ed. Vecdi Akyüz. İstanbul: Beyan Yayınları, 1995.
- Hamidullah, Muhammed. *İslâm Peygamberi*. Çeviren Muhammed Yazgan. İstanbul: Beyan Yayınları, 2013.
- Irak Medeni Kanunu*, Erişim Tarihi, Ekim 12, 2024. <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/LoadArticle.aspx?SC=121120075347800>.

- İbn Mâce, Ebû ‘Abdillâh Muḥammed b. Yezîd. *Sunen*. Ed. Muḥammed Fu’âd ‘Abdulbâkî. Beyrut: Dâru İḥyâi Kütübî’l-‘Arabîyye, t.y.
- İbn ‘Âbidîn, Muḥammed Emîn b. ‘Omer b. ‘Abdil’azîz el-Ḥuseynî ed-Dîmeşkî. *Reddu’l-muḥtâr ulâ’d-Durri’l-muḥtâr*. Beyrut: Dâru’l-Fıkr, 1412/1992.
- İbrahim, Abdulazim. “Mecelle’nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri.” *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi* 1, no. 1 (2017): 8-18.
- İnalçık, Halil. “Kanun (Malî Yönetim ve Kamu Yönetimi).” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 24:324-27. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- İpşirli, Mehmet. “Kara Halil Efendi.” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 24:361-62. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Kandemir, M. Yaşar. “el-Muvatta’.” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 31:416-18. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Karadâvi, Yusuf. *İslâm Hukukuna Giriş*. Çeviren Yunus Araz. İstanbul: Nida Yayınları, 2019.
- Karahasanoğlu, Cihan Osmanağaoğlu. “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi.” *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011): 93-124.
- Karaman, Hayreddin. “Âdet.” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 1:369-73. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Karaman, Hayreddin. “Fakih.” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 12:126-27. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Karaman, Hayreddin. *Fıkıh Usûlü: (İslâm hukûkunun kaynakları, metodu ve felsefesi)*. İstanbul: Ensar, 2013.
- Karaman, Hayreddin. *İslam Hukuk Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İz Yayıncılık 296. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kaşıkçı, Osman. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997.
- Kaya, Eyyüp Said. “Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlâl.” Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2001.

- Kaya, Eyyüp Said. "Telfik." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 40:401-2. İstanbul: TDV Yayınları, 2011.
- Kelebek, Mustafa. "İslam Hukukunda İstishâb Delili ve Uygulamadaki Yeri." *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3 (1999): 401-38.
- Kılıçer, M. Esat. "Ashâbü't-Tahrîc." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 3:470. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Kılıçer, M. Esat. "Ashâbü't-Tercîh." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 3:471. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Koca, Ferhat. "el-Fetâva't-Tatarhâniyye." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 12:446-47. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Koca, Ferhat. "Halil Fevzi Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 15:313. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Koçak, Zeki. "Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi." *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 19, no. 2 (2015): 27-48.
- Korucu, Yasemin. "İslam Hukukunda Telfik." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Koyuncu, Nuran. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Hukuki Değeri, Yürürlüğü ve Uygulanması ile İlgili Bazı Değerlendirmeler." İç. *Mecelle Üzerine Etütler I*, ed. Ahmet Akman ve Mustafa Ünal Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Köse, Saffet. "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış." *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 7 (2006): 13-50.
- Köse, Saffet. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019.
- Köse, Saffet. "İslâm'da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri." *İLAM Araştırma Dergisi* 1, no. 2 (1996): 7-52.
- Mardin, Ebul'ula. *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2009.
- Mesud Efendi. *Mir'at-ı Mecelle*. İstanbul: Matbâat-ı Osmaniye, 1302.
- Müslim, Ebû'l-Hasen Muslim b. el-Haccâc el-Şuşeyrî en-Nisâbü'rî. *Şahîhu Müslim*. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâs_i'l-'Arabî, 1374/1955.

- Nebhan, Muhammed Faruk. *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*. Çeviren Servet Armağan. İstanbul: Sönmez Neşriyat, 1980.
- Nesâî, Ebû 'Abdirrahmân Aḥmed b. Şu'ayb b. 'Alî el-Ḥorâsânî. *Sünenü'n Nesâî*. Çeviren A. Muhtar Büyükcınar, Ahmet Tekin, Ö. Faruk Harman, ve Yaşar Erol. İstanbul: Kalem Yayıncılık, 1981.
- Özcan, Tahsin. "Ömer Hilmi Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 34:70-71. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Özcan, Tahsin. "Ömer Hulûsi Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 34:71. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Özcan, Tahsin. "Seyfeddin İsmâil Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 37:32-33. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Özcan, Tahsin. "Yûnus Vehbi Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 43:612-13. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 2:365-66. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Özel, Ahmet. "İbn Âbidînzâde." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 19:293-94. İstanbul: TDV Yayınları, 1999.
- Özen, Şükrü. "İstislâh." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 23:383-88. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Özen, Şükrü. "Kemalpaşazâde (Fıkhî Görüşleri)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25:240-42. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Özer, Hasan. "İbn-i Kemâl ve Tabakâtü'l-Fukahâ Adlı Eseri." *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 14 (2009): 353-74.
- Said Halim Paşa. *İslam ve Batı Toplumlarında Siyasal Kurumlar*. İstanbul: Pınar Yayınları, 1987.
- Saraç, M. A. Yekta. "Kemalpaşazâde (Edebî Şahsiyeti)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25:244-45. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Sargın, İzzet. "İslam Hukuk Tarihinde Devlet ve Fonksiyonları." Yayımlanmamış Doktora Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2001.
- Sarıtepe, Erdoğan. "Kırımlı Abdüsettar Efendi'nin Hayatı, Eserleri ve Medhal-ı Fıkıh Adlı Risalesi." *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2011): 113-31.

- Schacht, Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*. Çeviren Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener. Ankara: Otto Yayınları, 2018.
- Seraḥsî, Muḥammed b. Aḥmed b. Ebî Sehl Şemsu'l-eimme. *Uşûlu s-Seraḥsî*. Beyrut: Dâru'l-Marife, 1973.
- Sümer, Haluk Hadi. *Hukuka Giriş Kavramlar & Kurumlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Süreyya, Mehmed. *Sicill-i Osmanî*. Ed. Nuri Akbayar. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996.
- Şâban, Zekiyüddin. *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*. Çeviren İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2017.
- Şâfiî, Ebû 'Abdullah Muḥammed b. İdrîs. *er-Riṣâle*. Mısır: Mustafa el-Babi el-Halebi ve Evladüh, 1938.
- Şahin, Osman. "İslam Hukuk Metodolojisinde Zerâyî' ve Uygulaması." *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 7 (2006): 209-43.
- Tahirov, Sayit. "İslam Hukukunda Telfik, Çeşitleri ve Hükümü." *Yeni Türkiye (Dergi)* 98, no. 23 (2017): 469-86.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muḥammed b. İsâ. *Sunen*. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1998.
- Turan, Şerafettin. "Kemalpaşazâde." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25:238-40. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Türcan, Talip. *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2001.
- Türcan, Talip. "İslâm Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi." *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 3, (Prof. Dr. Hayreddin Karaman'a Armağan) (2004): 143-54.
- Türcan, Talip. "Şûra." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 39:230-35. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Uğur, Seyit Mehmet. "Hanefîlerde Mezhep İçi Tercih ve Usûlü." İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2019.
- Ünal, Mustafa. "Mecelle ve Külli Kaideler Üzerine Bir İcmal." İç. *Ömer Hilmi Efendi'nin Külli Kaideler Şerhi Mir'atü'l-Mecelle*, Ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

- Ürdün Medeni Kanunu, Erişim Tarihi, Ekim 12, 2024.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>.
- Vural, Muammer. "Dört Halife Döneminde Yasama Faaliyetinin İşleyişi ve Bazı Yasama Örnekleri (Hz. Ömer Dönemi)." *İlahiyat Tetkikleri Dergisi* 44 (2015): 339-63. <https://doi.org/10.29288/ilted.308485>.
- Vural, Muammer. "Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslâm Hukuku Arasında Bir Mukayese." *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 36 (2011): 177-200.
- Yaman, Ahmet, ve Halit Çalış. *İslam Hukuku*. Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018.
- Yavuz, Hulusi. "Abdüssettâr Efendi, Kıırlı." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 1:304. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Yavuz, Hulusi. "Ahmed Hâlid Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 2:71-72. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Yavuz, Hulusi. "Ahmed Hilmi Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 2:89-90. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Yavuz, Hulusi. "Ahmed Hulûsi Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 2:90. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Yavuz, Hulusi. "Bağdatlı Muhammed Emin Efendi." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 4:449. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Yıldırım, Şahban. "Ahmet Cevdet Paşa ve Hukukçuluğu (1822-1895)." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2016): 117-41.
- Yılmaz, İbrahim. *İslâm Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*. Ankara: Fecr Yayınları, 2020.
- Yılmaz, Yasin. *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi*. İstanbul: Bir Yayınları, 2018.
- Zuhaylî, Vehbe. *Fıkıh Usûlü*. Çeviren Ahmet Efe. İstanbul: Risale Yayınevi, 2018.

İSLAM HUKUKUNDA DEPREMDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK ÖRNEĞİ: CİNÂYET-İ HÂİT

An Example of Criminal Liability Arising from Earthquake in Islamic Law: Jinayat Al-Hait

Muhammed Halil AYAKLI*

Öz

Toplumsal yaşam bakımından doğurduğu sonuçlar itibariyle hukuku ve bilhassa ceza hukukunu doğrudan ilgilendiren ve dönem dönem kendini gösteren depremler, insanoğlunun dikkatsiz ve özensiz davranışları ile birleşince amansız tuzaklara ve kitle imha silahlarına dönüşebilmektedir. Deprem, bir yandan bina veya yapı eserlerinin yıkılması sebebiyle ölüm ve yaralama hadiselerinin gerçekleşmesine sebep olmakta diğer yandan ise oluşturduğu korku, kaos ve kargaşa ortamı sebebiyle potansiyel suçlulara bir fırsat sunmaktadır. Vazedildiği ilk andan itibaren günümüze kadar gelen süreçte İslam hukukçuları hayatın her alanına ilişkin kural ve yasakları en ince ayrıntısına kadar tespit etmiş ve bizlere hukuka dair zengin bir malzeme mirası bırakmıştır. Söz konusu kaynaklar bünyesinde depreme ve doğurduğu zararlı sonuçlara ilişkin bilgileri de bulabilmek mümkündür. Bu çalışmada klasik İslam hukuku kaynaklarında geçen “yıkılmaya yüz tutmuş duvarlar” bahsi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar sebebiyle gerçekleşen bina veya yapı eseri yıkılmaları sonucunda

* Hâkim, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, mha.ayakli@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0074-589X.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.04.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.07.2024.

Atıf/Citation: Ayaklı, Muhammed Halil. “İslam Hukukunda Depremden Doğan Cezai Sorumluluk Örneği: Cinâyet-i Hâit.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2362-2426.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

meydana gelen ölüm ve yaralama hadiseleri ekseninde incelenmiştir. Bu kapsamda, günümüz hukuk anlayışıyla, yer yer pozitif hukuk ile mukayeseye başvurarak ve yargı kararlarından yararlanılarak cinâyet-i hâit suçunun özel unsurları tespit edilmiş, tespit edilen unsurların her biri ayrı ayrı irdelenmiş ve suça karşılık öngörülen yaptırımlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Âfet, Deprem, Cezai Sorumluluk, Cinâyet-i Hâit, İslam Hukuku.

Abstract

Earthquakes, which directly concern law and especially criminal law due to their consequences in terms of social life and manifest themselves from time to time, can turn into relentless traps and weapons of mass destruction when combined with the sloppy and careless behavior of human beings. On the one hand, earthquake causes death and injury due to the collapse of buildings or structures, and on the other hand, it provides an opportunity to potential criminals due to the atmosphere of fear, chaos and chaos it creates. From the moment it was first preached to the present day, Islamic jurists have determined the rules and prohibitions regarding every aspect of life down to the smallest detail and have left us a rich legacy of material on law. It is also possible to find information about the earthquake and its harmful consequences within the resources in question. In this study, the topic of "walls that are about to collapse" in classical Islamic law sources is examined in the context of death and injury incidents that occur as a result of the collapse of buildings or structures due to behaviors contrary to the obligation of care and attention. In this context, the special elements of the crime of cinâyet-i hâit have been identified with today's understanding of law, sometimes by comparing it with positive law and by making use of judicial decisions, each of the detected elements has been examined separately and the sanctions envisaged for the crime have been mentioned.

Keywords: Disaster, Earthquake, Criminal Liability, Jinayat al-Hait, Islamic Law.

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde insanlığı doğrudan yahut dolaylı olarak etkileyen bir hayli doğa olayının meydana geldiği bilinmektedir. Bunlardan insanoğlunu ziyadesiyle etkileyen ve yaşadığımız coğrafyanın kaderi olan depremler; belirli aralıklarla kendini göstermekte ve meydana gelişinden itibaren uzunca bir süre, neredeyse hayatın her alanında, üzerinde konuşulan bir âfet olarak karşımıza çıkmaktadır.

Meydana gelen depremler, bina veya yapı eserlerinin yıkılmasına sebep olması itibariyle insanların yaşamı ve vücut bütünlüğünü tehdit etmektedir. İnsanın gündelik deneyimlerinin çok ötesinde olan bu denli âfetler, doğurduğu olumsuz sonuçlar itibariyle hukuku ve bilhassa ceza hukukunu ilgilendirmektedir.

6 Şubat 2023 tarihinde merkez üssü Kahramanmaraş olan ve 9 saat arayla gerçekleşen depremler sebebiyle oluşan bina veya yapı eseri yıkılmaları sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralama hadiselerinin de gerek hukukun gerekse de diğer bilim dallarının oldukça uzun bir süre gündeminde kalacağı şüphesizdir. Bu bağlamda, hukuku ve hukukçuları ilgilendiren temel mesele ise meydana gelen ölüm veya yaralama hadiselerinin, insanoğlunun haksızlık teşkil eden eylemleri sebebiyle mi gerçekleştiği ve sorumlularının kimler olduğu hususunda yoğunlaşmaktadır.

İslam hukuku kaynaklarında deprem veya bir başka doğal âfet sebebiyle meydana gelen ölüm veya yaralama hadiselerinin, umumiyetle, insan gücü ile önüne geçmenin ve mukavemet edebilmenin mümkün olmadığı bir mücbir sebep olarak kabul edildiği ve hakkında etraflıca durulmadığı gözlemlenmektedir. Dolayısıyla depremin doğurduğu hukuki sonuçlara ilişkin doğrudan düzenleme yapan müstakil eserlere rastlanmamaktadır. Elbette hayatın her alanına ilişkin kural ve yasaklar öngören İslam hukukunun deprem sebebiyle meydana gelecek olan ve insanların haksızlık teşkil eden eylemleri ile sebebiyet verdikleri ölüm veya yaralama hadiselerine ilişkin bir düzenleme yapmamış olması düşünülemez. Zira Allah (c.c.) insanı en güzel şekilde yaratmış, yeryüzünde halife kılmış, ona kendi ruhundan üflemiş ve bahsettiği hayat nimetini en güzel şekilde muhafaza etmesini istemiş, insanları kendi elleriyle kendilerini tehlikeye atmamaları konusunda uyarmıştır. Öte yandan evrenin ifsadını yasaklayarak imar ve ıslah

edilmesini emretmiştir. Bu bağlamda insanoğlunun üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesi kendisine tanınan bu denli nimetlerin muhafaza edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim günümüz teknolojisi itibariyle, depreme ilişkin koruyucu tedbirler alınması ve depremin doğurduğu sonuçların en aza indirilebilmesi imkân ve ihtimali genişlediğinden İslam hukuku bakımından da konuya ilişkin değerlendirmelerin günümüz şartları itibariyle yapılması zaruridir.

Her ne kadar depremin doğurduğu sonuçlara ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmasa da klasik İslam hukuku kaynaklarında “yıkılmaya yüz tutan duvarlar” bahsinde haksızlık teşkil eden eylemleri sebebiyle sürece katılan ilgili kimselerin sorumluluğuna ilişkin bilgileri bulabilmek mümkündür. Anılan konu başlığı altında bina veya yapı eserinin yıkılması sonucu meydana gelen ölüm veya yaralama hadiselerine “cinâyet-i hâit” adı verildiği ve yargılama sürecine ve yaptırımlarına ilişkin hususların etraflıca incelendiği görülmektedir.

Biz de çalışmamız kapsamında, günümüz hukuk anlayışıyla, İslam hukukunda depremden doğan cezai sorumluluk örneği olarak cinâyet-i hâit’i irdelerken ilk önce âfet kavramına ve bir doğal âfet türü olarak depremlere, daha sonra deprem ile ceza hukukunun ilişkisine, son olarak ise cinâyet-i hâit’in tanımı, unsurları ve yaptırımlarına değinmeye çalışacağız.

I. ÂFET KAVRAMI

Âfet kavramı lügatte, “büyük felaket, bela¹, çeşitli doğa olaylarının sebep olduğu yıkım², musibet, kusur ve genellikle isabet ettiği şeyi faydalı olmaktan çıkaran durum” anlamlarına gelmektedir.³ Kavram her ne kadar Kur’an-ı

¹ Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat* (Ankara: Aydın Kitabevi, 2003), 11.

² *Türkçe Sözlük*, haz. Şükrü Halûk Akalın (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, 2009), 25.

³ Halk arasında “âfet” kavramını karşılamak üzere “kıran” kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Mustafa Harun Kıyık, “İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Âfetlerin Akitlere Etkisi,” Doktora Tezi (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016), 4; Ayrıca bkz. *Türkçe Sözlük*, 25; Günümüzde yazılan Arapça metinlerde âfet kavramını karşılamak üzere

Kerim'de yer almasa da hadis-i şeriflerde, yukarıda sayılan anlamlarının dışında "ölüm, bir kabiliyet veya hasletin fayda ve değerini ortadan kaldıran ârızî hal" şeklinde bir içerikle kullanıldığı görülmektedir.⁴ İslam hukukçuları ise âfet kavramını umumiyetle insan dahil olmadan doğan musibet ve zararları ifade etmek için kullanmışlardır.⁵

Âfetlerin tarihi insanlık tarihi kadar eskidir. İnsanın bulunmadığı bir ortamda âfetten söz edebilmek mümkün değildir.⁶ Tarihsel süreç içerisinde farklı dönemlerde ve dünyanın farklı bölgelerinde bir hayli doğa olayının meydana geldiği bilinse de bunlardan insanoğlu bakımından etkili olmayanlar üzerinde fazlaca durulmamış; insanoğlunu, toplumu ve medeniyeti doğrudan yahut dolaylı olarak etkileyenler ise âfet olarak ifade edilmiş ve neredeyse tüm bilim adamları bu gibi doğa olayları hakkında konuşmak arzusu içerisinde olmuşlardır.⁷

Bu itibarla, bir olayın âfet kavramı kapsamında değerlendirilebilmesi, onun sosyal hayat ve meskenler bakımından kayıplara yol açması ve insanların faaliyetlerini durdurması veya kesintiye uğratmasına bağlıdır. Dolayısıyla âfetler, bizatihi meydana gelen hadiseden ziyade, onun doğurduğu sonucu ifade etmekte olup şiddeti, büyüklüğü ve insan topluluğu bakımından sebep olduğu can ve mal kayıpları ve sosyal hayata olan tesiri ile ölçülür.⁸

sıkıntı, meşakkat, gam ve hüzn gibi anlamlara gelen "kârise" kavramı kullanılmaktadır. Kıyılık, "İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Âfetlerin Akitlere Etkisi," 7.

⁴ Mustafa Çağrı, "Âfet," *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1:398.

⁵ Ahmet Özel, "Âfet," *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1:399; Klasik İslam hukuku kaynakları incelendiğinde, âfet kavramının ehliyet ârızaları ile ilgili konularda işlendiği görülmektedir. Mustafa Harun Kıyılık, "Genel Olarak Âfet ve İslâm Hukukunda Âfet Olgusunun Kavramsal Çerçevesi," *Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* no. 7 (2016): 66.

⁶ Kıyılık, "İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Âfetlerin Akitlere Etkisi," 4.

⁷ Özcan Tatar ve Suha Oğuz Baytimur, "1789-1808 Yılları Arasında Osmanlı Devleti'nde Depremler ve Meteorolojik Âfetler," *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 30, no. 2 (2020): 505.

⁸ Âfet kavramı her ne kadar insanların hayatlarına önemli ölçüde etki eden, ciddi maddi zararlara ve can kaybına yol açan ani kazalar ve doğal felaketler biçiminde açıklansa da bütün bunların yanında insanlar bakımından gerek maddi gerekse de manevi kayıplara yol açan, insanların gündelik faaliyetlerini ve hayatlarını kesintiye uğratan yahut durduran ve bu surette cemiyet üzerinde menfi tesirleri olan doğal, teknolojik yahut insan kaynaklı olayları ifade edecek şekilde geniş kapsamlı bir kullanıma sahiptir. Nitekim Birleşmiş Milletler'de âfet kavramını benzer

Yaşamın bir gerçeği olan âfetler tarihsel süreç içerisinde farklı şekillerde ve dolayısıyla farklı isimlerle karşımıza çıkmaktadır.⁹ Bu bakımdan âfetleri çeşitli açılardan tasnif etmek mümkündür. Buna göre âfetler temelde; doğal âfetler ve insan kaynaklı âfetler olmak üzere ikiye ayrılır. Doğal âfetler, insan irade ve gücünden bağımsız olarak meydana gelen ve geniş ölçekli yıkımlara sebep olan deprem, sel, çığ, salgın hastalık, volkan patlaması ve kuraklık gibi felaketlerken¹⁰, insan kaynaklı âfetler ise terör, savaş, kimyasal kazalar ve yangınlar gibi hadiselerdir.¹¹

II. BİR DOĞAL ÂFET TÜRÜ OLARAK DEPREMLER

Arapça kökenli zelzele kelimesi¹² lügatte; “bir şeyi hareket ettirmek, şiddetle sarsmak, vurmak, ırgalamak, yer sarsıntısı¹³, alâim-i arziyye-i ma'lûmeden dolayı toprağın titremesi, hareket-i arz”¹⁴ gibi anlamlara gelmektedir. Türkçede bu kavramı karşılamak üzere deprem kelimesi kullanılmaktadır.¹⁵ Terim olarak ise yer kabuğunun içinde biriken enerjinin ani bir şekilde boşalması¹⁶, yer kabuğunun derin katmanlarının kırılmak suretiyle yer değiştirmesi yahut yanardağların

şekilde tanımlamaktadır. Kıyılık, “Genel Olarak Âfet ve İslâm Hukukunda Âfet Olgusunun Kavramsal Çerçevesi,” 63; Ayrıca bkz. Mustafa Arslan, “Afet Sonrası Güvenlik İhlalleri ve Karşı Tedbirler,” *International Symposium On Natural Hazards And Hazar Managemenet 2016*. ed. İnan Keskin, Cevdet Göloğlu (Karabük: Karabük Üniversitesi, 2016), 746; Tekin Avaner ve Özge Ayas, “Jandarma Bölgesinde Afet Yönetimi ve Malvarlığına Karşı Suç: Elazığ ve Malatya Depremleri Örnekleri,” *Global Journal of Economics and Business Studies* 10, no. 20 (2021): 28.

⁹ Tatar ve Baytimur, “Osmanlı Devleti’nde Depremler,” 505.

¹⁰ Recep Ardoğan, “Doğal Âfetler Karşısında Müslümanlık,” *Din ve Hayat* no. 41 (2020): 41.

¹¹ Kıyılık, “Genel Olarak Âfet ve İslâm Hukukunda Âfet Olgusunun Kavramsal Çerçevesi,” 64.

¹² Zelzele kelimesindeki harflerin tekrar ediyor olması, kelimenin titreme, kayma anlamına delalet etmektedir. Ebu'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed Râgıp el-İsfahânî, *el-Müfredât fi garîbi'l-Kur'ân* (Beyrut: Dâru'l-Kalem, 1992), 382.

¹³ Develioğlu, *Lugat*, 1176.

¹⁴ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî* (İstanbul: Çağrı Yayınları, 2007), 686.

¹⁵ Nuh Arslantaş, “Zelzele,” *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44:227.

¹⁶ Mehmet Genç ve Mehmet Mazak, *İstanbul Depremleri Fotoğraf ve Belgelerde 1894 Depremi* (İstanbul: İğdaş Kültürel Yayınları, 2000), 12.

püskürme durumuna geçmesi sebebiyle meydana gelen sarsıntı¹⁷ şeklinde tanımlanmaktadır.

Zelzele kelimesi Kur'an-ı Kerim'de bir ayette bizatihi, beş ayette de türevleri ile birlikte kullanılmıştır. Bu ayetlerin iki tanesi kıyametin koştuğu sırada meydana gelecek yer sarsıntısını¹⁸, üç tanesi ise önceki ümmetlerin¹⁹, Hz. Peygamberimizin (s.a.) ve sahabenin²⁰ inandıkları dinleri uğruna çektiği cefayı ifade etmektedir.²¹ Buna göre Kur'an-ı Kerim'de sarsıntı ve depremin; kavimlerin helaki²² sırasında meydana gelen ve ceza ve azapla ilişkilendirilen deprem ayetleri, kıyametin depremlerle kopacağını bildiren deprem ayetleri ve yeryüzünün doğasında var olan ve dolayısıyla tabiatla ilişkilendirilen deprem ayetleri olmak üzere üç farklı şekilde kullanıldığı gözlemlenmektedir.²³

Deprem kavramı, hadis-i şeriflerde ise Necid, Irak ve Mısır gibi bölgelerin depremsel hareketliliği, kıyameti koparacak deprem, deprem esnasında okunacak dua ve yapılacak ibadetler, depremlerin insanların keyfiyetlerini düzeltmeleri için ilahi bir uyarı olduğu ve depremin kıyamet alametlerinden olduğu gibi hususlar ekseninde işlenmektedir. Hz. Peygamberimizin de (s.a.) Uhud Dağı'nda Hz. Ebu Bekir, Ömer ve Osman ile birlikteyken bir sarsıntı yaşadığı ve bunun üzerine

¹⁷ Türkçe Sözlük, 503.

¹⁸ Hac, 22:1; Zilzâl, 99:1.

¹⁹ Bakara, 2:214.

²⁰ Ahzâb, 33:11.

²¹ Arslantaş, "Zelzele," 227.

²² Kur'an-ı Kerim'de depremle helak edildiğinden söz edilen kavim ve kişiler şunlardır: Semûd Kavmi, Lût Kavmi, Medyen Halkı, Ashabu'r-Ress, Kârûn. Geniş bilgi için bkz. Mutlu Saylık, "Kur'an da Depremle Helâk Edilen Kavimler," *Dicle İlahiyat Dergisi* 19, no. 2 (2017): 140.

²³ Saylık, "Kur'an da Depremle Helâk Edilen Kavimler," 138; Ayrıca bkz. Fatih Zengin, "İslam Tarihinde Salgın Hastalıklar ve Doğal Afetler," *Afet İlmihali*, haz. Fikret Karaman (Malatya: İnönü Üniversitesi Yayınevi, 2020), 256; İlgili ayet-i kerimeler incelendiğinde "zelzele, recfe, râcife, racce, rââife, dekk, temîde, siccil, temur ve hasf" gibi kavramların deprem ile ilişkilendirilebileceği görülecektir. Saylık, "Kur'an da Depremle Helâk Edilen Kavimler," 140; Kur'an-ı Kerim'de deprem Türkçeye de geçen zelzele kelimesine ek olarak "recfe" kavramıyla da ifade edilmektedir. Zengin, "İslam Tarihinde Salgın Hastalıklar ve Doğal Afetler," 256; Buna göre recfe kavramı dört ayette, eski günahkâr toplumların bir kısmının maruz kaldığı helak eden yer sarsıntısını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

Uhud Dağı'na "Ey Uhud, sakin ol! Üzerinde bir Peygamber, bir siddîk ve iki şehid var."²⁴ diye seslendiği rivayet edilmektedir.²⁵

İslam hukuku kaynaklarında ise depremin müstakil olarak değil muhtelif bahisler ekseninde inceleme konusu yapıldığı görülmektedir. Buna göre, İslam hukukçuları deprem kavramını genel itibariyle husûf, kûsuf, istiska, kunût ve itlaf gibi konular kapsamında ele alsalar da nadiren de olsa muamelat bahsinde tetkik etmişlerdir.²⁶

Deprem, tesiri en fazla olan doğal afetlerden birisidir. Bu sebeple tarihsel süreç içerisinde insanoğlu depremden büyük zarar görmüştür.²⁷ Deprem ve doğurduğu sonuçlar, insanoğlunun gündelik deneyimlerinin çok ötesindedir. Deprem önceden tahmin edilemez olması, meydana geldiği anda yaşanan çaresizlik ve aciziyet duygusu ve depremin bir sonucu olarak karşılaşılan can ve mal kayıpları ile türlü sorunlar söz konusu doğal âfetin etkisini katbekat artırmaktadır.²⁸

İslam'ın doğup yayıldığı coğrafya üzerinde aktif fay hatlarının bulunması, İslam tarihi boyunca en sık karşılaşılan âfetlerden bir tanesinin de depremler olmasına sebebiyet vermiştir.²⁹ Deprem; insanları her zaman korku, panik ve dehşete sevk eden bir doğa olayı olduğundan gerek İslam toplumu gerekse de diğer toplumlar tarafından üzerinde düşünülen ve farklı şekillerde algılanan bir

²⁴ Ebû İsâ Muhammed Tirmizî, *Sünenü't-Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Muhammed Fuâd Abdülbâkî, İbrâhim Atve İvaz (Kahire: Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 1975), "Menâkıb," 19; Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail Buhârî, *Sahihü'l-Buhârî*, thk. Mustafa Dîb el-Buğâ (Dimeşk: Dârü İbn Kesîr, 1993), "Fezâilu'l-Ashâb," 6.

²⁵ Zengin, "İslam Tarihinde Salgın Hastalıklar ve Doğal Afetler," 256; Yine Hicrî 5. yılın (627) deprem yılı olarak adlandırıldığı ileri sürülmüştür. Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

²⁶ Kıyılık, "Genel Olarak Âfet ve İslâm Hukukunda Âfet Olgusunun Kavramsal Çerçevesi," 72.

²⁷ Genç ve Mazak, *İstanbul Depremleri*, 12.

²⁸ Naci Kula, "Deprem ve Dini Başa Çıkma," *Gazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2002): 234.

²⁹ Zengin, "İslam Tarihinde Salgın Hastalıklar ve Doğal Afetler," 255; Büyük ve tesirli depremlerin meydana geldiği bölgelerden bir tanesi de Ölüdeniz fay hattıdır. Kur'an-ı Kerim'de ahlaksızlık ve inkâr sebebiyle cezalandırılan Lût Kavmini helak eden depremin milattan önce 1800'lerde bu bölgede gerçekleştiği tahmin edilmektedir. Arslantaş, "Zelzele," 227.

âfet olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam toplumu diğer doğal âfetlerde olduğu gibi, depremleri de Allah'ın koyduğu kanunlar çerçevesinde mütalaa etmiş ve doğal âfetler karşısında iman ve inançlarını gördüklerinden ibret almaya, yaşadıklarından ve başlarına gelenlerden ders çıkarmaya ve söz konusu durumu düzeltmeye yönelmenin bir vesilesi olarak görmüşlerdir.³⁰ Temelde, deprem ve diğer doğal âfetler ilahi uyarı ve cezalandırma³¹ kapsamında değerlendirilse de bu durum İslam bilginlerinin depremin meydana gelişi ile ilgili jeolojik nedenler üzerinde düşünmedikleri ve bilimsel çalışma yapmadıkları anlamına gelmemektedir.³²

Yaşadığımız coğrafya her ne kadar tsunami, kasırga gibi doğal âfetlerle mücadele içerisinde olmasa da nispeten orta ölçekli âfetlerle her dönem karşı karşıya kalmıştır. Her şeyden önce genç ve aktif fay hatlarını bünyesinde barındırması sebebiyle Anadolu'nun depremler ile olan mücadelesinin köklü bir geçmişi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla depremler daima Anadolu'nun gündeminde olmuştur.³³ 1419'da Amasya-Tokat-Bursa, 1559'da Eskişehir, 1560'da

³⁰ Ardoğan, "Doğal Âfetler Karşısında Müslümanlık," 45; İnsanın kendisinden kaynaklanan yahut etrafında meydana gelen olaylar sonucunda karşılaştığı sorunlar kadar bu sorunlarla nasıl baş edeceği hususu da üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir konudur. Ancak bu noktada tarihsel süreç içerisinde insanoğlunun dini, bir başa çıkma metodu olarak kullandığı hususu şüphesizdir. Kula, "Deprem ve Dini Başa Çıkma," 254.

³¹ Depremi ilahi bir uyarı olarak görmek hususunun yalnızca Müslümanlara özgü bir durum olmadığı, diğer tüm dini grupların da deprem sonrası ilahi kudrete yakarmak üzere mabetlerine gittikleri görülmektedir. Zengin, "İslam Tarihinde Salgın Hastalıklar ve Doğal Afetler," 260; Urfalı Mateos'a göre 1052-1053 yılında Antakya'da meydana gelen deprem şehirde zina ve homoseksüel ilişkilerin yaygın olması sebebiyle Tanrı'nın insanlara verdiği bir cezadır. İlâveten, depremler meydana geldikleri dönemin siyasal sorunlarıyla da ilişkilendirilmiştir. Örneğin, 834 yılında meydana gelen depremin Ahmed b. Hanbel'e "Halku'l-Kur'an" konusuyla alakalı olarak yapılan işkencenin bir sonucu olduğu düşünülmüştür. Yine Osmanlı Devleti'nde II. Bayezid'in bürokratlarının halka yaptığı zulüm ile 1509 yılında İstanbul'da meydana gelen deprem arasında irtibat kurulmuştur. Arslantaş, "Zelzele," 227.

³² Depremle ilgili olarak yapılan bilimsel ve teknik çalışmalar, Allah'ın âyetleri yani delil, işaret ve mucizeleri diye bilinen bu olaylar üzerine yapılan analiz ve tefekkür çalışmaları olarak anlaşılmıştır. Dolayısıyla Müslümanlar bir doğal âfet olarak depremi, daha ziyade din ve ahlak ekseninde değerlendirmişlerdir. Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

³³ Avaner ve Ayas, "Elazığ ve Malatya Depremleri Örnekleri," 28.

Üsküp, 1577'de Balıkesir, 1579'da Şehrizol, 1583'te Erzincan, 1668'de Ankara ve 1674 yılında Bursa'da meydana gelen depremler şiddeti ve etkileri itibariyle dikkate değer depremlerden bazılarıdır.³⁴

Anılan bölgeler dışında özellikle Marmara bölgesi dolaylarında büyük yıkımlar meydana gelmiştir. Antik çağdan itibaren meydana gelen yıkımlar gerek Bizans gerekse de Osmanlı tarihçileri tarafından kayıt altına alınmıştır.³⁵ Marmara Denizi'nin ortasından geçen faylar yüzyıllar boyunca İstanbul'u etkileyen iki âfetten bir tanesinin depremler olmasına sebebiyet vermiştir.³⁶ Şehir uzun tarihi boyunca büyük yıkımlara ev sahipliği yapmış, belki de onlarca kez yeniden imar edilmiştir. Şehirde fetihten sonra meydana gelen önemli depremler 1489, 1509³⁷, 1557, 1648, 1690, 1719, 1754, 1766 ve 1894 yıllarında gerçekleşmiş³⁸ ve her biri şehrin çehresinin değişmesinde etkili olmuştur.³⁹

Depremin ve doğurduğu sonuçların dünü ve bugünü neredeyse aynıdır. Anılan depremlerden 1894 İstanbul depremi gerek yakın tarihte gerçekleşmiş olması sebebiyle hakkında diğerlerine nazaran daha fazla arşiv kaydına sahip olunması gerekse de şiddeti ve doğurduğu menfi sonuçlar itibariyle günümüzle benzer özellikler gösteren ve dolayısıyla üzerinde durulması gereken bir depremdir. Gerçekten de deprem sonrasında meydana gelen tahribatın ve depremin doğurduğu olumsuz sonuçları gidermek bakımından hem devlet hem de bireyler eliyle yapılan iş ve işlemlerin günümüz ile çok benzer olduğu görülmektedir. İnsanların barınma ihtiyacını gidermek bakımından çadırların her dönem hayati bir rol üstlenmesinden⁴⁰, depremden fırın, değirmen gibi yapıların

³⁴ Tatar ve Baytimur, "Osmanlı Devleti'nde Depremler," 507; Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

³⁵ Fatma Ürekli, "Osmanlı Döneminde İstanbul'da Meydana Gelen Âfetlere İlişkin Literatür," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 8, no. 16 (2010): 102.

³⁶ Elizabeth Angell, "Bir Şehir Manzarası: İstanbul'un Tarihinde Depremler," *Büyük İstanbul Tarihi* (İstanbul: İBB Yayınları, 2015), 1:510.

³⁷ Kayıtlarda yer alan ve tesirleri bakımından hakkında ilk olarak bilgi sahibi olduğumuz deprem, 1509 İstanbul depremidir. Tatar ve Baytimur, "Osmanlı Devleti'nde Depremler," 507.

³⁸ Geniş bilgi için bkz. Genç ve Mazak, *İstanbul Depremleri*, 16ff.

³⁹ Ürekli, "Âfetlere İlişkin Literatür," 103; Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

⁴⁰ "Bugünkü hareket-i arzda Adalar'da dahi birtakım ebniye yıkıldığı ve mecruh olanlarla vefat eden nüfusun miktarı malum olmayıp ahalinin heyecan içinde bulunduğu ve diğer adalardan

zarar görmesi sebebiyle gıda noktasında bilhassa ekmek ihtiyacının ortaya çıkmasına, devletin tüm imkânlarıyla depremzedelerin ihtiyaçlarını tespit ve temin etmek için gayret göstermesinden, depremzedelerin ihtiyaçlarının temin edilmesi için yardım kampanyaları düzenlenmesine, deprem sonrasında hasar gören bina veya yapı eserlerinin tespiti çalışmasından, yabancı devletlerden çeşitli yardımların gelmesine kadar birçok husus tarihsel süreç içerisinde neredeyse çok az değişiklik ile günümüzde de kendini göstermektedir.⁴¹

III. DEPREM VE CEZA HUKUKU İLİŞKİSİ

Âfet ile karşı karşıya kalan devletlerin genel itibariyle, kolluk kuvvetleri de dahil olmak üzere neredeyse mevcut tüm olanaklarını arama-kurtarma, beslenme ve barınma gibi deprem sonrası ortaya çıkan olumsuz sonuçları telafi etmek, gidermek için kullandıkları görülmektedir. Bu politika ise kamusal otoritenin sağlanması ve kamu düzeninin korunması bakımından birtakım problemlerin doğmasına sebep olabilir.⁴² Dolayısıyla âfet ve iç güvenlik yönetimi bakımından toplumun insani güvenliğinin sağlanması maksadıyla gerçekleştirilen arama-kurtarma faaliyetlerine ek olarak, yine toplumun can ve mal güvenliğini korumak maksadıyla kolluk kuvvetlerinin suçun işlenmesi öncesinde aldığı, alacağı önlemler, suçun ve suçluluğun engellenmesi hususunda üzerinde ayrıca

henüz malumat alınamayıp ahalinin iskân için miktar kâfi çadırın sürat-i irsali Adalar Kaymakamlığının mazur-ı Âli buyrulan telgrafnamesinde arz ve iş'ar kılınmış..." BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:66.

⁴¹ Geniş bilgi için bkz. Genç ve Mazak, *İstanbul Depremleri*, 91ff.

⁴² Deprem sırasında devlet otoritesinin sağlanması hayati bir önem arz ettiğinden ve devletin yapısı ve işleyişini tehdit eden kargaşa, kaos ve kontrolsüzlük ortamının oluşması mümkün olduğundan devletler bu dönemlerde her daim kendisini iç ve dıştan gelecek olan müdahalelere karşı korumak gayreti içerisinde olmuşlardır. Bunda kimi zaman başarılı olmuşlar kimi zaman bu gibi doğal âfetler sonlarını getirmiştir. 1157 yılında Kuzey Suriye'de meydana gelen şiddetli deprem ile Münkızoğulları ailesinin tamamı enkaz altında kalmış, şehirde önemli derecede can ve mal kaybı yaşanmasını fırsat bilen Haçlılar şehri istilası etmiş ve akabinde yaşanan olaylar sonucunda Münkızoğulları Emirliği tarihin tozlu sayfalarına karışmıştır. Abdülkerim Özeydin, "Münkız (Benî Münkız)," *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32:15; Ayrıca bkz. Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

durulması gereken bir konudur.⁴³ İlâveten âfetedelerin can ve mal güvenliklerinin yanında, temel hak ve özgürlüklerinin de devlet eliyle korunmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.⁴⁴ Pek tabii tüm bu konular ise ceza hukuku ile doğrudan ilgilidir.

Elbette kolluk kuvvetleri arama-kurtarma faaliyetlerine ek olarak deprem ve artçıları esnasında ve sonrasında âfet bölgesinde meydana gelebilecek suç teşkil eden eylemlerin önlenmesinde, asayişin sağlanmasında gerekli bütün önlemleri alacaktır.⁴⁵ Ancak ülkemizde yasal mevzuat incelendiğinde deprem sonrasında suçu ve suçluyu önlemek bakımından alınması gereken önleyici tedbirlere ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığı, bu hususa ilişkin düzenlemelere ise “İl İdaresi Kanunu, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu⁴⁶ ve Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu⁴⁷” gibi kanunlarda genel ifadeler ile yer verildiği görülmektedir.⁴⁸ Bu durumun ise kolluk kuvvetlerinin âfet esnasında ve sonrasında sistematik ve etkili önleyici tedbirler almasında bir aksaklık yaşanmasına yol açacağı hususu şüphesizdir.

Kolluk kuvvetlerinin de yaşanan depremden ziyadesiyle etkilendiği ve depremde konumunda olduğu bir ortamda kamu düzeninin korunması yahut

⁴³ Avaner ve Ayas, “Elazığ ve Malatya Depremleri Örnekleri,” 27.

⁴⁴ Arslan, “Afet Sonrası Güvenlik İhlalleri ve Karşı Tedbirler,” 746.

⁴⁵ Avaner ve Ayas, “Elazığ ve Malatya Depremleri Örnekleri,” 29; 1766 İstanbul depremi sonrasında bütün bir şehre hakim olan korku, kaos ve kontrolsüzlük hali ve bu halin bir sonucu olarak içerden ve dışarıdan gelecek tehlikeleri bertaraf etmek için Sultan I. Abdülhamid’in sokaklarda kolluk kuvvetlerini devriye gezdirdiği, bu hususta ferman buyurduğu da bilinmektedir. Angell, “Bir Şehir Manzarası: İstanbul’un Tarihinde Depremler,” 514.

⁴⁶ Kanununun 2. maddesinde “Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için... Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir.” denilmekle polisin âfet bölgesinde gerekli emniyet tedbirlerini alacağından söz edilmektedir. Ancak söz konusu tedbirlerin kapsam ve içeriğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁴⁷ Kanununun tabii afetlerde yardım başlıklı 112. maddesinde “Yer sarsıntısı, yangın, su basması, yer kayması, kaya düşmesi, çığ ve benzeri tabii afetler zuhurunda 7269 sayılı kanun ve ekleri hükümleri dahilinde hareket olunur.” denilmektedir. Görüleceği üzere, asayiş ve güvenliğe ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁴⁸ Arslan, “Afet Sonrası Güvenlik İhlalleri ve Karşı Tedbirler,” 746.

bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi noktasında yaşanacak aksaklıklar suçu ve dolayısıyla potansiyel suçluları, suç örgütlerini deprem bölgesine çekmektedir. Zira suç işlemek amacıyla olan kimseler ve özellikle de suç örgütleri yakalanma imkân ve ihtimalinin çok düşük olduğu deprem bölgesi gibi yerlerde suç teşkil eden eylemlerde bulunmayı tercih etmektedir. Deprem sonrasında meydana gelen kargaşa, kaos ve kontrolsüz ortam bu gibi kimselere harekete geçmek için bir fırsat sunmaktadır. Nitekim deprem sırasında yapıların zarar görmesi, büyük bir yıkıma uğraması ve bu durumun bireylerin ölmesi yahut yaralanması ile sonuçlanması halinin potansiyel suçlular için bir suç işleme fırsatı oluşturduğunu ifade etmek üzere uluslararası literatürde “*crime of opportunity*” kavramı kullanılmaktadır.⁴⁹ Gerçekten depremzedelerin istismara açık olduğu ve devletin koruyucu ve önleyici otoritesinin en aza indiği bu dönemlerde hırsızlık, yağma, kasten yaralama ve öldürme, cinsel saldırı, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması gibi suçların yoğunlukla işlendiği gözlemlenmektedir.⁵⁰

Mevzuatımızda deprem gibi doğal âfetlerin doğuracağı zararların önlenmesine yönelik eşyaların hususiyetle korunduğu ve yine deprem gibi doğal afetlerin yarattığı korkunun suçlulara bir fırsat sunmaması bakımından cezalandırmaya matuf birtakım hükümlerin kabul edildiği görülmektedir. Bilhassa bu denli hükümlere Türk Ceza Kanunu'nun malvarlığına karşı suçlar bölümünde rastlanmaktadır. Buna göre TCK'nın 142/1-d maddesinde “*bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında*”⁵¹, TCK 142/2-c maddesinde ise “*doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak*” işlenen ve doğal afet

⁴⁹ Avaner ve Ayas, “Elazığ ve Malatya Depremleri Örnekleri,” 27.

⁵⁰ Bu denli suçların bir kısmı suç örgütleri tarafından işlendiğinden, suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemleri depremin olmadığı zamanlarda dahi birtakım özel emek ve çabayı gerektirmektedir. Arslan, “Afet Sonrası Güvenlik İhlalleri ve Karşı Tedbirler,” 746.

⁵¹ “Oluşa ve dosya içeriğine göre suç tarihinde sanığın Van depremiyle ilgili toplanan yardım eşyalarının depolandığı Başbakanlık... Kalkınma Ajansına ait eski tekel fabrikasına girmek suretiyle çuval içine istiflenmiş vaziyette bulunan ikinci el giyim eşyalarını çalmaya teşebbüs eyleminin “bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında” hırsızlık suçunu oluşturduğu gözlemlenmedi...” Yar. 2. CD, E.2014/31770, K.2016/10917, 08.06.2016, (Lexpera).

ile bağlantılı fiillerin hırsızlık suçunun nitelikli hali; TCK'nın 152/1-d maddesinde "afetlerden korumaya yarayan tesisler hakkında" işlenen fiillerin ise mala zarar verme suçunun nitelikli hali olarak kabul edildiği görülmektedir.

İnsanoğlunun kendisini en aciz hissettiği ve aciziyet psikolojisi içerisinde olduğu deprem dönemlerinde, bu durumu fırsat bilenlerin yağma yahut hırsızlık suçlarına olan yönelimlerine bugün olduğu gibi tarihin her devrinde rastlamak mümkündür. 1139 yılında Gence'de meydana gelen ve yaklaşık 300 bin kişinin hayatını kaybetmesine sebep olan deprem sonrasında, bu durumu fırsat bilen Gürcü Kralı I. Dimitrius, depremde enkaz yığına dönen şehre baskın verip yağma ve hırsızlık yapmıştır.⁵² 1302 yılında Mısır'da ve 1389 yılında Nişabur'da gerçekleşen depremlerde ise yağmacılık zenginlerinden söz edilir. Yine benzer tutumları sergileyen başkaca devletler de görülmüştür.⁵³

Öte yandan deprem yalnızca hırsızlık ve yağma gibi suçları tetiklememektedir. İlk olarak deprem sebebiyle meydana gelen ölüm veya yaralama hadiseleri dolayısıyla taksirle öldürme ve yaralama suçları sıklıkla gündeme gelir. Bütün bunların dışında depremin yarattığı etki, doğurduğu sonuçlar ve deprem sonrası yapılması gereken iş ve işlemler sırasında birtakım suçlar işlenebilir. Tarihte de böyle olmuştur. 1894 İstanbul depremi sonrasında, depremde meydana gelen yıkım akabinde yapılan hasar tespit çalışmalarında belediye mühendisleri tarafından tetkik edilen binaların sahiplerinden rüşvet talep edildiği, rüşvet verip vermeme durumlarına göre ise sağlam binaya çürük, çürük binaya sağlam raporu verildiği ve bu hususta halkın uyarılması bakımından irade yayımlandığı görülmektedir.⁵⁴

⁵² Oktay Efendizade, "Gence," *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 14:17.

⁵³ Arslantaş, "Zelzele," 227ff.

⁵⁴ "Hareket-i arziyye sebebiyle şehremâneti mühendisleri tarafından muayene olunmakta bulunan emlakden dolayı ahabından para istenilerek kendilerine para verilmediği halde sağlam olan bir binayı çürük ve bilâkis çürük olan bir haneyi de sağlam ve tehlikesiz göstermekte oldukları rivâyet edilmekte bulunduğu mesmu'at buyurulmuş olduğundan böyle uygunsuz hal ve harekete cüret iden mühendisler hakkında ahab-ı emlakın mahkemeye müracaatta muhtar olduklarının münasip surette ilanı..." BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:80; Benzer bir irade örneği için bkz. BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:94.

Ülkemizde meydana gelen depremlerde devlet otoritesinin tesis edilmesi noktasında bir sorun yaşanmadığı söylenebilse de bu husus depremi fırsat bilerek suç işleyen kimselerin olmadığı anlamına gelmez. Âfet dönemlerinde ülkemiz bakımından da birtakım suçlar ile normalden daha fazla karşılaşıldığı gözlemlenmektedir.⁵⁵ 6 Şubat 2023 tarihinde Kahramanmaraş'ta 9 saat arayla gerçekleşen depremler sonrasında da benzer vakıalar ile karşılaşılmıştır. Suç teşkil eden fiillerin soruşturması cumhuriyet savcılarının aracılığıyla yürütülmekte olup her ne kadar fiil ve fail bakımından kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmasa da basına yansımaları itibarıyla söz konusu eylemler hakkında bilgi sahibi olduğumuz kadarıyla deprem bölgesinde, depremde hasar gören ev ve işyerlerinde hırsızlık suçlarının işlendiği⁵⁶, depremlere yardım amaçlı gönderilen tırların yağmalanmak istendiği⁵⁷, yine gönderilen yardım tırlarının gitmesi gereken yere

⁵⁵ Arslan, "Afet Sonrası Güvenlik İhlalleri ve Karşı Tedbirler," 748.

⁵⁶ "Deprem bölgesinde hırsızlık ve yağma soruşturmalarında 48 şüpheli tutuklandı," *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/deprem-bolgesinde-hirsizlik-ve-yagma-sorusturmalarında-48-supheli-tutuklandı/2816293>; "Deprem bölgelerinde hırsızlık, yağma ve nitelikli dolandırıcılık soruşturmalarında 102 tutuklama," *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/deprem-bolgelerinde-hirsizlik-yagma-ve-nitelikli-dolandiricilik-sorusturmalarında-102-tutuklama/2819277>; "Adana'da deprem sürecinde hırsızlık olaylarına karışan 32 zanlı tutuklandı," *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/adanada-deprem-surecinde-hirsizlik-olaylarına-karisan-32-zanlı-tutuklandı/2816706>; " Deprem bölgesinde hırsızlık ve yağma olaylarına ilişkin soruşturmalarda 97 şüpheli tutuklandı," *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/deprem-bolgesinde-hirsizlik-ve-yagma-olaylarına-iliskin-sorusturmalarında-97-supheli-tutuklandı/2818265>.

Söz konusu fiillerin büyük bir kısmının Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-c maddesinde düzenlenen "Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanmak suretiyle nitelikli hırsızlık" suçuna vücut verdiği düşünmekteyiz.

⁵⁷ "Hatay'da gasp çetesi kısıkvrak: Görüntüler sosyal medyaya damga vurdu, özel hareket harekete geçti," *TGRT Haber*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.tgrthaber.com.tr/gundem/hatayda-yagmacilar-yardim-tirinin-onunu-kesti-tehditler-savurdu-2874262>; Benzer bir durum 2011 yılında yaşanan Van depreminde de gözlemlenmiştir. Bkz. "Kızılay: Van'a giden 17 TIR'ımız yağmalandı," *NTV*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/kizilay-vanagiden-17-tirimiz-yagmalandi,-iGV47O4HEmeA9gWVBsa2g>; "Van'da yardım tırını canlı yayında yağmaladılar," *Ensonhaber*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023,

götürülmeyle güvenin kötüye kullanıldığı⁵⁸, depremin yarattığı korku ve kargaşadan yararlanmak isteyen tutuklu ve hükümlülerin cezaevinde toplu olarak ayaklandıkları, isyan çıkardıkları⁵⁹ ve bir kısım tutuklu ve hükümlünün firar ettiği⁶⁰ gözlemlenmektedir.⁶¹

Tüm bunlara ek olarak deprem sırasında ve sonrasında depremin yarattığı etki, meydana getirdiği yıkım vb. konularda basın-yayın çok ciddi önem arz etmektedir. Dolayısıyla basın-yayın kurumları olabildiğince hassas davranmalı, toplumda kargaşa, kaos ve kontrolsüzlük meydana getirebilecek ve asılsız, gerçeği yansıtmayan bilgilerin yayımlanmaması için özen göstermelidir. Aksi durumda ise gerek basın-yayın sürecine devlet eliyle müdahale edilmesi gerekse de söz konusu asılsız haberleri yayımlayan kimselerin cezai sorumluluğunun doğması hususları gündeme gelebilecektir. Tarihte de benzer hadiseleri görebilmek

<https://www.ensonhaber.com/gundem/vanda-yardim-tirini-canli-yayinda-yagmaladilar-izle-2011-10-26>.

⁵⁸ Bkz. "Deprem yardımlarını çalan şahıslar yakalandı," *Mersin Emniyet Müdürlüğü*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.mersin.pol.tr/17-03-2023-deprem-yardimlarini-calan-sahislar-yakalandi>.

⁵⁹ Bkz. "Hatay cezaevinde deprem sonrası isyan çıktı: Ölü ve yaralılar var," *TGRT Haber*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.tgrthaber.com.tr/gundem/firar-etmeye-calisan-mahkumlar-yangin-cikardi-olu-ve-yaralilar-var-2873867>.

⁶⁰ Bkz. " Depremden sonra Kahramanmaraş'ta cezaevinden firar eden hükümlü Edirne'de sınır köyünde yakalandı," *Habertürk*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.haberturk.com/edirne-haberleri/30391170-depremden-sonra-kahramanmarasta-cezaevinden-firar-eden-hukumlu-edirne-sinir-koyunde>; "Depremde firar eden 80 kişi daha yakalandı," *NTV*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, https://www.ntv.com.tr/turkiye/depremden-firar-eden-80-kisi-daha-yakalandi,7-rmJRIJ1E6_gOlxO0hXiQ; Benzer bir durum Van depremi sonrasında da yaşanmıştır. Bkz. "Van depreminde firar eden mahkum yakalandı," *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/van-depreminde-firar-eden-mahkum-yakalandi/730091>.

⁶¹ Her ne kadar bu gibi âfet dönemlerinde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması hadiselerine sık rastlansa da İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklamaya göre deprem dolayısıyla çocuğun kaçırılması hadiselerine ilişkin olarak resmi makamlara herhangi bir ihbar başvurusunda bulunulmadığı, kolluk kuvvetleri tarafından da re'sen böyle bir tespitin yapılmadığı bildirilmiştir. Bkz. "Basın Açıklaması," *İçişleri Bakanlığı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.icisleri.gov.tr/basin-aciklamasi-1-03-2023>.

mümkündür.⁶² 1894 İstanbul depremi sonrasında, depremin devam edeceğine ve dolayısıyla toplumun başkaca felaketler ile karşı karşıya kalacağına dair yayın faaliyetlerinde bulunan bazı gazetelerin basılmaması ve bu doğrultuda yayım yapan yabancı gazetelerin Osmanlı Devleti'ne sokulmamasının istendiği⁶³, ölü ve yaralı sayılarında çelişkili miktarların ortaya atılması sebebiyle halk nezdinde kargaşa ve kaosun oluşmaması için gazetelere sansür uygulandığı bilinmektedir.⁶⁴

Günümüzde de deprem sonrasında, depreme ilişkin olarak vatandaşlar üzerinde korku ve panik oluşturmak suretiyle kargaşa ve kaos ortamı yaratmak isteyen provokatif yayınlar yapıldığı iddiasıyla cumhuriyet savcılarınca adli soruşturma süreci başlatıldığı gözlemlenmektedir.⁶⁵

⁶² 1894 İstanbul Depremi sonrasında gazetelerin haberlerine ilişkin bir irade yayımlandığı ve gazetelerden kullanılan ifadelerin hafifletilmesinin istendiği görülmektedir. Bkz. “*Ahâlinin haofu dehşete taaccüp olmamak üzere hareket-i arz vukuâtı hakkında gazetelere tahfif-i lisan ettirilmiş muktezâyı irade-i seniyye-i hazret-i hilafet penâhiden olmağla ol babda emr-ü ferman hazreti veliyyü'l-emrindir.*” BOA, İrade Hususi, Yer Bilgisi: 26:33.

⁶³ “Dersaadet'te hareket-i arzın devam edeceğine ve birtakım fenalık vukua geleceğine dair neşriyatta bulunmuş olan Zanta ve Petit Journal gazeteleriyle ... muceb bu gibi neşriyatta bulunan sair gazetelerin Memâlik-i Şâhâne'ye duhûlünün men' ettirilmesi mukteza-yı irade-i seniyye-i cenâbı hilâfet penâhiden olmağın ol babda emr-û ferman hazret-i veliyyü'l-emrindir.” BOA, İrade Hususi, Yer Bilgisi: 27:77.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Genç ve Mazak, *İstanbul Depremleri*, 57.

⁶⁵ Bkz. “Adalet Bakanı Bozdağ: (Depremle ilgili) İftira ve çarpıtma yapan ve yayanlar hakkında adli süreç işletilmektedir,” *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/adalet-bakani-bozdag-depremle-igili-iftira-ve-carpitma-yapan-ve-yayanlar-hakkinda-adli-surec-isletilmektedir/2810367>; Ayrıca bkz. “Depremlerle ilgili yalan haberler yayımlandı,” *Memurlar.net*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.memurlar.net/haber/1055546/depremlerle-igili-yalan-haberler-yayimlandi.html>; “Her deprem ortaya çıkan dezenformasyon,” *Anadolu Ajansı*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/blog/her-deprem-ortaya-cikan-dezenformasyon-/1815448>; “Depremle ilgili yalan paylaşımlara soruşturma,” *NTV*, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/depremlerle-igili-yalan-paylasimlari-sorusturma,Jsdl1y4NI-UikRNtuTwIQEg>.

Bu konuda yapılan asılsız ve gerçeği yansıtmayan haberlerin hızlıca tespit edilmesi ve yetkililere bildirilmesi bakımından T.C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı tarafından “Dezenformasyon Bildirim Servisi” adı altında bir uygulama kullanıma açılmıştır. Bkz. “İletişim Başkanlığından: Depremle ilgili şüpheli haberler için ‘Dezenformasyon Bildirim Servisi’ kullanıma açılmıştır,”

IV. CİNÂYET-İ HÂİT

A. Genel Olarak

Deprem vesilesiyle meydana gelecek olan yıkılmalardan dolayı sorumluluğun doğacağı hususu tartışmalı olsa da İslam hukuk doktrininde genel itibariyle, bu gibi doğal âfetler, insan gücü ile önüne geçmenin, durdurmanın mümkün olmadığı, ilgili kimselerin de herhangi bir fiil ile sürece katılmadığı beklenmedik bir durum olarak öngörülmüş ve bu surette meydana gelen ölüm ve yaralama hadiselerinin mücbir sebeple meydana geldiği kabul edilerek ilgili kimselerin sorumluluğunun olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁶

Elbette mevzuata uygun olarak inşa edilmiş, bakım ve onarımı düzenli ve gereği gibi yapılmış ve dolayısıyla gerekli bütün tedbirler alınmış olmasına rağmen deprem sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralama hadiseleri bakımından ilgililerin sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir. Zira ilgililerin böylesi bir durumda ne bir hukuka aykırı davranışı ne de kaçınması mümkün olan bir hadise mevcuttur.⁶⁷ Nitekim sorumluluğun konusu genel itibariyle, usulüne uygun olarak inşa edilmeyen veya sonradan bakım ve onarıma muhtaç olup gerekli bakım ve onarımı yapılmayan bina veya yapı eserleri hususunda yoğunlaşmaktadır.

TC Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı, erişim tarihi Mayıs 1, 2023, <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/iletisim-baskanligindan-depremler-ile-ilgili-supheli-haberler-icin-dezenformasyon-bildirim-servisi-kullanima-acilmistir>.

Bu denli fiiller bakımından; kamuoyunda “sansür yasası” olarak bilinen ve 7418 sayılı kanun ile 5237 sayılı TCK’ye “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” başlığıyla eklenen 217/A maddesinde “Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayyan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklinde ifade bulan suçun gündeme geleceği kanaatindeyiz.

⁶⁶ Mehmet Ergün, “İslâm Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu,” Doktora Tezi (Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 96; Kıyılık, “İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Âfetlerin Akitlere Etkisi,” 6.

⁶⁷ Bkz. Abdülkadir Üdeh, *et-Teşrü'l-Cinâiyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i* (Beyrut: Daru'l-Kâtibi'l-Arabî), 2:107; Nuri Kahveci, “İslam Hukukuna Göre ‘Taşınmaz Maliki’nin Sorumluluğu,” *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* no. 12 (2008): 8.

Yapının inşa ediliş sürecinde dahli bulunan ilgililer ve sonrasında meydana gelecek bakım ve onarım ihtiyacı hususunda yapı malikleri, mülkiyet hakkını hukukun kendisine tanıdığı sınırlar çerçevesinde ve diğer kat maliklerine, başkalarına zarar vermemek koşuluyla kullanacaktır.⁶⁸ Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu da temelde, menfaat (nimet - külfet) ilişkisine ve hakkaniyet prensibine dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, bina veya yapı eserinden yararlanan kimse onun külfetine de katlanmak zorundadır.⁶⁹ Bu bakımdan ilgili kimselerin hukukun kendilerine yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranması gerekmektedir. Nitekim dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde söz konusu yapılar amansız tuzaklara ve dahi depremler vesilesiyle kitle imha silahlarına dönüşebilmektedir.⁷⁰

Allah Teâlâ (c.c.) bir yandan evrenin ifsadını yasak etmekte, diğer yandan ise imar ve ıslahını emretmektedir. Her ne kadar yoldan sapmış olsalar da sağlam, estetik, plan ve düzene uygun, ustaca yerleşim bölgeleri ve yapılar inşa eden

⁶⁸ Süleyman Emre Zorlu, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukuki Tahlili," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 2 (2022): 559;

Bu hususta Mecelle m.1197'de "Hiç kimse kendi mülkünde tasarruftan men' olunamaz. Meğerki âhara zarar-ı fâhişi ola" denilerek, hakkın kötüye kullanılması engellenmiştir.

Taşınmaz malikinin, mülkiyet hakkının başkalarına zarar vermemek kaydıyla sınırlanması hususu farklı uygulama ve isimlerde de olsa bütün hukuk düzenlerince benimsenmiş ve cezai ve hukuki birtakım sonuçlara bağlanmıştır. Kahveci, "Taşınmaz Maliki'nin Sorumluluğu," 3.

⁶⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022), 746; Mehmet Aykanat ve Melikşah Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 1 (2020): 214;

Esasen bu prensibin de Mecelle'nin "Bir şeyin nef'i zamânî mukabelesindedir" şeklindeki 85. maddesi ve "Külfet nimete ve nimet külfete göredir" şeklindeki 88. maddesine dayandığı söylenebilir.

⁷⁰ Ergün, "Kusursuz Sorumluluğu," 3; Depremin şiddeti ve öngörülememesi ile doğuracağı sonuçların hafifletilmesi, söz konusu olumsuz sonuçlara ilişkin tedbirler alınması farklı şeylerdir. Bu bakımdan insanoğlu deprem âfeti sebebiyle doğacak zararın en aza indirilmesi noktasında gayret göstermeli, doğa olayının bir âfete, felakete dönüşmemesi için gerekli tedbiri almalıdır. Veysel Başpınar ve Mehmet Altunkaya, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi," *AÜHF* 57, no. 1 (2008): 96-97.

kavimleri dikkate sunarak, yaşanılır bir dünya düzeni, sosyal ortam oluşturulması ve yapılar inşa edilmesi hususuna işaret etmektedir.⁷¹

Depremi salt Allah'ın (c.c.) toplumu cezalandırma aracı yahut ilahi bir uyarı olarak görmek doğru bir yaklaşım değildir.⁷² Her ne kadar yıkıntı altında kalan insanların şehitlik makamına erişeceği bildirilmiş olsa da bu türden hadiseler, yalnızca kader perspektifinden bakılmamalıdır. Zira Allah, insanı en güzel şekilde yaratmış, insana emanet olarak verdiği hayat nimetini, en güzel şekilde muhafaza etmesini, emanete sahip çıkmasını istemiştir. Nitekim Allah Teâlâ Kur'an-ı Kerim'de "*Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayınız.*"⁷³ buyurmuş, Hz. Musa ve Hz. Hızır'ın kıssasında yıkılmaya yüz tutan bir duvarın Hz. Hızır tarafından derhal bakım ve onarımının gerçekleştirilmesi işlemini bizlere anlatmış⁷⁴ ve Hz. Peygamberimiz (s.a.) de yıkılmaya yüz tutan bir duvarın yanından geçerken hızlıca geçmiş, kendisine "*Ya Resulallah, Allah'ın kazasından mı kaçırıyorsunuz?*" diye sorulunca "*Allah'ın kazasından Allah'ın kaderine sığmıyorum.*"⁷⁵ şeklinde cevap vermiştir.

İlaveten klasik dönem İslam hukukçuları meydana gelen zararın tazmini bakımından sorumluluğunun temelini "*Herkes kazandığına karşılık bir rehindir.*"⁷⁶

⁷¹ Ergün, "Kusursuz Sorumluluğu," 1.

⁷² Böylesi bir düşünce kişinin depreme ve dolayısıyla doğal âfetlere ilişkin önleyici, koruyucu tedbirler almasını ve doğal âfetlerin meydana geldikten sonra doğurduğu olumsuz sonuçlar ve yarattığı etkiyle baş etmesini zorlaştırmaktadır. Kula, "Deprem ve Dini Başa Çıkma," 255.

⁷³ Bakara, 2:195.

⁷⁴ Kehf, 18:77.

⁷⁵ Bkz. Şihâbuddin Mahmûd Âlûsî, *Rûhu'l-meânî fi tefsîri'l-Kur'âni'l-azîm ve's-sebi'l mesânî* (Beyrut: Dârü'l-Kütübil-İlmiyye, 1415), 1:366; Bu konuda tedbir alınmasının önemine ilişkin benzer bir örnek de Hz. Ömer hakkında bulunmaktadır. Hz. Ömer, kendisine veba salgınına bulaşmamak ve bu surette askeri telef etmemek için gittiği yerden geri dönünce kendisine "*Allah'ın kaderinden mi kaçırıyorsun?*" diye sorulmuştu. O'da "*Evet Allah'ın kaderinden yine Allah'ın kaderine kaçırıyoruz. Bana söyle bakalım: Senin develerin olsa iki yamaçlı bir vadiye inseler. Bu yamaçlardan biri otlu diğeri çorak otsuz olsa sen develeri bol otlu yerde otlatırsan, Allah'ın kaderiyle otlatmış olmaz mısın? Çorak yerde de otlatırsan yine Allah'ın kaderiyle otlatmış olmaz mısın?*" diye cevap vermiştir. Bkz. Buhârî, "Tıb," 29.

⁷⁶ Müddessir, 74:38.

ayeti, “Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.”⁷⁷ hadisi ve “Zarar izâle olunur”⁷⁸ külli kaidesi ve benzer ilke ve esaslar etrafında inceleyip ele almışlardır.⁷⁹

Anılan naslar ekseninde bir değerlendirme yapıldığında görülecektir ki, insan üzerine yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmeli, başına gelmesi muhtemel tehlikelere karşılık hangi koşul ve şartta olursa olsun gerekli tedbirleri almalı, takdiri Allah’a bırakmalıdır. Zira depremin öngörülemezliği ve doğurduğu sonuçlar ile depreme karşılık tedbir almak birbirinden farklı şeyler olduğundan, insanoğlu bu hususta olabildiğince ihtimam göstererek doğabilecek olumsuz sonuçları mümkün olduğunca bertaraf etme gayreti içerisinde olmalıdır. Nitekim tedbir almak insan gücünün üzerinde değildir. Günümüz teknolojisi ve gelişmişlik düzeyi bakımından belirli seviyeye kadar depreme mukavemet edebilme imkân ve ihtimalinin genişlediği ve dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmanın insanın hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından ne kadar önemli olduğu hususları deprem sonrasında aynı yerleşim bölgesindeki bazı yapılar yıkılırken bazılarının yıkılmayışından görülebilir.

Bu itibarla deprem, her ne kadar failin fiili ile zararlı netice arasındaki illiyet bağını kesen bir mücbir sebep olarak görülebilse de depremin sıklıkla meydana geldiği, gelme ihtimalinin bulunduğu, aktif fay hatları üzerine kurulu yerleşim yerlerinde olması sebebiyle depremin beklenilebilir olduğu ve inşa sürecine ilişkin mevzuatın söz konusu beklenebilirlik çerçevesinde düzenlendiği hallerde mücbir sebep olmaktan çıkabilir. Dolayısıyla kalitesiz ve yetersiz malzeme kullanmak⁸⁰

⁷⁷ Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî İmam Mâlik, *el-Muvatta'*, nşr. Beşşâr Avvâd Ma'rûf (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1991), “Akdiye,” 8.

⁷⁸ Mecelle, md.20.

⁷⁹ Ergün, “Kusursuz Sorumluluğu,” 3-4; Aykanat ve Aydın, “Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu,” 229; Kahveci, “Taşınmaz Maliki'nin Sorumluluğu,” 4.

⁸⁰ “Birinci derece deprem bölgesi olan ...’de, yıkılan Keleş Apartmanından alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; 1997 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte birinci ve ikinci derece deprem bölgelerindeki binalarda C20 veya daha yüksek dayanımlı beton kullanılmasının zorunlu olmasına rağmen, kullanılan betonun Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16’yı dahi sağlamadığı bilirkişilerce tespit

gibi başlangıçtaki mevzuata aykırılıklar⁸¹, bakım ve onarım konusundaki eksiklikler ve kolon kesmek, fazla beton yüklemek⁸², duvarları, kirişleri tahrip etmek ve kolon ve kirişler arasında boru geçirmek suretiyle yıkılma eşiğini düşüren dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranışlar sebebiyle meydana gelecek olan ölüm ve yaralama hadiselerinden dolayı hukuki ve cezai sorumluluğunun doğması kaçınılmazdır.⁸³

Klasik İslam hukuku eserlerinde deprem veya bir başka tabiat olaylarına, mevcut teknolojik gelişmeler itibariyle, insan gücü ile mukavemet edilemeyeceği ve dolayısıyla âfet vesilesiyle gerçekleşen bina veya yapı eseri yıkılmaları sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralama hadiselerinin mücbir sebeple gerçekleştiği kabul edilmiş ve bu sebeple söz konusu meseleler üzerinde etraflıca durulmamış olması muhtemeldir.

Konuya ilişkin detaylar, klasik İslam hukukçuları tarafından İslam hukuku sistematığı içerisinde icâre, itlâf, mübâşeret ve tesebbüb itlâf, cinâyât, el-

edilen yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu ...” Yar. 12. CD, E.2020/4862, K.2023/3148, 20.09.2023, (Lexpera).

⁸¹ “Yıkılan binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, ön inceleme ve bilirkişi raporları ile proje verilerine göre kolon sayıları boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar olduğu, etriye aralığı açısından yetersizlikler olduğu, parça beton numuneler içerisinde boyut itibariyle standart dışı büyüklükte agregaların olduğu, çelik donatı çubuğu örnekleri üzerinde gerçekleştirilen çekme deneyi sonucunda bir kısmının ilgili standardın S420 için öngördüğü kriterleri sağlamadığının belirlendiği; bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu...” Yar. 12. CD, E.2020/4147, K. 2022/9940, 13.12.2022, (Lexpera).

⁸² “ayrıca kat maliklerince teras kata 20 cm kalınlığında beton atıldığı, kömürlük ve çatı yapıldığı böylece hasarlı binaya yeni bir yük yükledikleri...” Yar. 12. CD, E.2013/8258, K.2014/4319, 20.02.2014, (Lexpera).

⁸³ Yargıtay’da benzer kriterlerin mevcudiyetini sorumluluğun doğması bakımından aramaktadır. Bkz. “... inşaat malzemesi kalitesinin standartlara uygun olup olmadığı, binaların inşaat ruhsat projelerine uygun olup olmadığı ve uygun olmaması durumunda bunun yıkılmaya etkisi ile depremin binanın yıkılmasına olan etkisini de içerecek biçimde ayrıntılı rapor alınarak binanın yıkılması ve meydana gelen ölüm olayında konumları da dikkate alınarak kusurlu olanların belirlenmesi bakımından konularında uzman yeni bir bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi...” Yar. 9. CD, E.2002/1715, K.2002/1810, 19.09.2002, (Lexpera).

hâitü'l-mâil ve cinâyet-i hâit gibi birçok mesele arasına serpiştirilmiştir.⁸⁴ Esasen klasik İslam hukukçuları tarafından ilgili konular ele alınırken yapı malikinin hukuki sorumluluğu kapsamında incelenmiş olsa da, biz konuyu günümüz ceza hukuku anlayışıyla ve İslam hukukunun öngördüğü temel ilke ve esaslar çerçevesinde cezaî sorumluluk bakımından incelemeye çalışacağız.

B. Tanım

Hanefi hukukçular öldürme ve yaralama fiillerini; kasten öldürme (*katlu'l-amd*); kasıt benzeriyle öldürme (*katl şibhu'l-amd*), hataen öldürme (*katlu'l-hata*), hata yerinde sayılan öldürme (*katl ma ucriya mecra'l-hata*), bir sebeple öldürme veya tesebbüben öldürme (*katl bi sebeb*) olmak üzere beşe ayırmışlardır.⁸⁵ İslam hukukçuları cinâyet-i hâit suçunu söz konusu öldürme çeşitlerinden tesebbüb kavramı kapsamındaki öldürme ve yaralama suçlarıyla birlikte ele almışlardır. Dolayısıyla cinâyet-i hâit'e tesebbüben katl veya cerh (*taksirle öldürme ve yaralama*) de denebilir.

Suçun terminolojik olarak daha iyi anlaşılabilmesi için, suçu oluşturan her bir kavram bakımından ayrıca bir inceleme yapmayı faydalı görüyoruz.

Cinâyet kavramı lügatte, “insanın nefesine yahut azasına veya mal veya ırzına taalluk eden fiil-i memnu’, mücazat-ı terhibiyeyi istilzam eden fiil⁸⁶, adam öldürme veya o derecede ağır sayılan suç, canilik⁸⁷, muahezeyi müstelzim olan herhangi bir

⁸⁴ Ergün, “Kusursuz Sorumluluğu,” 3-4; Kahveci, “Taşınmaz Maliki’nin Sorumluluğu,” 12.

⁸⁵ Üdeh, *et-Teşrüu'l-Cinâiyi'l-İslâmi*, 2:8-9; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu* (İstanbul: Ravza Yayınları, 2018), 3:28-29; İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998), 308-313; Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr Merginânî, *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedi*, thk. Talâl Yûsuf (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî), 442; Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer Kudurî, *Muhtasarü'l Kudurî*, (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997), 4:184; Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, thk. Mahmud Ebu Dakîka (Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1937), 5:22.

⁸⁶ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, 483.

⁸⁷ Develioğlu, *Lugat*, 143; *Türkçe Sözlük*, 371; Ayrıca bkz. Esat Şener, *Açıklamalı – Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001), 122.

mâsiyet⁸⁸ şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁹ İslam hukukçuları cinâyet kavramını bütün suçları kapsayıcı bir terim olarak değil, genel kabule göre, daha dar bir anlamda öldürme, yaralama ve çocuk düşürme gibi insanın yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırıları ifade etmek için kullanmışlardır.⁹⁰ Yine İslam hukuku kaynaklarında öldürme fiiline karşılık “cinâyet fi’n-nefs”⁹¹; yaralama fiiline karşılık ise “cinâyet fima dune’n-nefs”⁹² kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.

Hâit kavramı lügatte; “*ihata eden, bir yeri çevreleyen duvar, tahta perde, çit, parmaklık vb. şeyler*” olarak tanımlanmaktadır.⁹³ Hâit-i mâil ise asıl halinden yarılmak, parçalanmak yahut yamulmak suretiyle ayrılan ve yıkılmaya meyleden duvar anlamına gelir.⁹⁴

Cinâyet-i hâit ise İslam hukukçuları tarafından temelde, “bir duvarın yıkılmak suretiyle bir kimsenin ölüm veya yaralanmasına sebep olması” şeklinde tanımlanmıştır.⁹⁵ Cinâyet-i hâit’e ilişkin olarak Mecelle’de⁹⁶ ve Mecelle gibi

⁸⁸ *Türk Hukuk Lûgâtı* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1956), 54.

⁸⁹ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019), 77.

⁹⁰ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku -I- Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 29; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü* (Dimeşk: Daru'l-Fıkr), 7:5611; Şemsü'l-Eimme Ebû Bekir Muhammed B. Ahmed Es-Serahsî, *Mebûsût*, ed. Mustafa Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev, 2018), 27:109; *Miyâr-ı Adâlet*, m.18.

⁹¹ *Miyâr-ı Adâlet*, m.2; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:10.

⁹² *Miyâr-ı Adâlet*, m.3; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:11.

⁹³ Develioğlu, *Lugat*, 312; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 169; Şener, *Hukuk Sözlüğü*, 262.

⁹⁴ Manastırlı İsmail Hakkı, *İslam Hukukumda Kişilere Karşı Suçlar (Mi'yâr-ı Adalet Şerhi)*, haz. Mustafa Avcı, Mansur Karadağ (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 149. Hâit-i mâil kavramı gibi mâil-i inhidam kavramı da yıkılmak üzere, yıkılmaya yüz tutan anlamlarına gelmektedir. Bkz. Şener, *Hukuk Sözlüğü*, 491. Günümüzde hâit-i mâil kavramı yerine mâil-i inhidam kavramının kullanıldığı ve bilhassa yıkılmaya yüz tutan yapılar hakkında mâil-i inhidam raporu tanzim edildiği bilinmektedir.

⁹⁵ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:119; Türk Hukuk Lûgâtı, 54; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 77.

⁹⁶ Mecelle md.928'de cinâyet-i hâit, “Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar îrâs etse zamân lâzım gelmez. Fakat evvelce o duvar mâil-i inhidam olup da ona diğere bir kimse duvarını hedm et diye

kanunlaşmak üzere hazırlanan ve ceza hukukuna ilişkin bilgiler ihtiva eden Miyar-ı Adalet'te⁹⁷ birtakım bilgiler bulabilmek mümkündür. Ancak anılan metinlerde cinâyet-i hâit'e ilişkin açık ve seçik bir suç tanımlaması yapılmadığı, suçun unsurlarına ilişkin birtakım hususlara değinildiği görülmektedir.

Bu itibarla, yukarıda kavramlara ilişkin yaptığımız açıklamalardan da yola çıkarak ceza hukuku tekniği bakımından bir suç olarak cinâyet-i hâit'i bugünkü hukuk anlayışıyla tanımlayacak olursak; cinâyet-i hâit, yapımdaki bozukluk ve mevzuata aykırılık veya sonradan doğan bakım ve onarım ihtiyacı hususunda ilgili kimselere iltarda bulunulmasına rağmen gereğinin yerine getirilmemesi gibi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar sonucunda bina veya yapı eserinin yıkılması ve bu yıkımın ölüm veya yaralamaya sebebiyet vermesi halidir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, cinâyet-i hâit deprem vesilesiyle meydana gelecek yıkılmalar ile bağdaştırılabilecek bir suç tipidir. Zira bina veya yapı eserinin yıkılması deprem yahut bir başka âfet ile gerçekleşebileceği gibi eskime, yıpranma gibi bir başka etken vesileyle de gerçekleşebilir. Nitekim cinâyet-i hâit'in suç olarak kabul edilip karşılığında yaptırım öngörülmesi başlı başına dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması amacına matuftur. Dolayısıyla insan yıkımdan etkilenmemek yahut yıkımın etkilerini en aza indirmek için gerekli dikkat ve özeni göstermelidir.

tekaddüm ve tenbîh edip de duvarı hedm edecek kadar vakit geçmiş ise ol halde zamân lâzım gelir. Şu kadar ki, ol kimse hakk-ı tekaddüm ve tenbîh ashâbından olmak şarttır. Şöyle ki, o duvar eğer komşusunun hanesi üzerine yıkılmış ise tekaddüm eden kimse o hânenin sükkânından olmalıdır. Hariçten birinin tekaddüm ve tenbihi müfid olmaz. Ve eğer tarik-i has üzre yıkılmış ise tekaddüm eden kimse o tarikde hakk-ı müruru olan kesândan olmak lâzımdır. Ve eğer tarik-i âmm üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun tekaddüme hakkı vardır." şeklinde etraflıca açıklanmıştır.

⁹⁷ Miyar-ı Adalet'te m.106'da hâit-i mâil başlığı altında "Bir kimsenin duvarı diğer kimsenin üzerine yıkılıp onu telef etse duvar sahibine diyet lazım gelmez. Fakat evvelce ol duvar mâil-i inhidâm olup da telef-i nefis etmek ihtimâli galip olmakla onun sahibine diğer bir şahıs "duvarını nakzet" diye tekaddüm yani mazarrat-ı melhûzenin def' ve izalesi için evvelce tavsiye ve tenbih edip de duvarı nakz edecek kadar müddet mürûr edip nakzetmemiş ise ol halde diyet lazım gelir." şeklinde açıklanmıştır.

Her ne kadar İslam hukukçuları cinâyet-i hâit'i bir suç olarak kabul etseler de konunun detaylarına ilişkin birbirinden farklı yaklaşımlar sergiledikleri görülmektedir. Söz konusu ihtilafların detayları her bir mesele ekseninde ele alınacağından ayrıca bu başlık altında inceleme gereği duymadık.

C. Suçun Unsurları

1. Genel Olarak

Deprem, rüzgar⁹⁸ ve aşınıp yıpranma gibi bir vesileyle gerçekleşen yapı yıkılmaları sonrasında gerek yapı denetim firmalarının, müteahhitlerin, mimar ve mühendislerin gerekse de yapı maliklerinin cezai sorumluluğunun doğması birtakım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Söz konusu şartlar ise cinayet-i hâit suçunun unsurlarını oluşturmaktadır.

Çalışmamızda cinayet-i hâit suçunu, suçun klasik unsurları teorisine göre incelemek yerine, yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda cinayet-i hâit'in özel unsurlarını tespit edip söz konusu özel unsurlar ekseninde konunun detaylarına inip incelemeyi tercih ettik. Buna göre cinayet-i hâit; bina veya yapı eseri bulunması, failin bina veya yapı eseri ile ilgili taksirli bir fiilinin olması, faile tekaddümde bulunulması, failin fiilinin ölüm veya yaralamaya sebep olması ve failin fiili ile ölüm veya yaralama neticesi arasında nedensellik bağının bulunması şeklinde beş unsurdan oluşmaktadır.

2. Bina veya Yapı Eseri Bulunması

Cinayet-i hâit suçundan söz edebilmek için gerekli şartlardan ilki bir bina ya da yapı eserinin mevcudiyetidir. Bu itibarla suçun kapsamının belirlenmesi

⁹⁸ Fetâvâyi Hindiyye (Fetâvâyi Alemgirriye). çev. Mustafa Efe (Ankara: Akçağ Yayınları, 1986), 13:30; "Davalıya ait olan ve yine davalı tarafından benzin istasyonu olarak kullanılan yerdeki binanın çatı aralığı ile merdiven arasındaki açıklığı kapatmak için konulmuş olan sac levhanın, kuvvetli rüzgarın etkisi ile yerinden kurtulup, yakıt almak için orada bulunan davacının yüzüne çarparak yaralanmasına neden olduğu anlaşılmaktadır... Mahkemece zarar kapsamı belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulmak gerekirken, davanın tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..." Yar. 4. HD, E.2004/16308, K.2005/12788, 28.11.2015, (Lexpera).

bakımından bina ve yapı eseri kavramlarının ne anlama geldiğini ortaya koymak elzemdir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde bina; "kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar" şeklinde; Emlak Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinde ise "yapıldığı madde ne olursa olsun gerek karada gerek su üzerindeki sabit inşaatın hepsini kapsar... yüzer havuzlar, sair yüzer yapılar, çadırlar ve nakil vasıtalarına takılıp çekilebilen seyyar evler ve benzerleri bina sayılmaz." şeklinde tanımlanarak kapsamı belirlenmiştir.

Esasen binadan maksat, barınmak yahut diğer gereksinimlerini gidermek üzere insan tarafından yapılan, etrafı çevrili, üzeri az veya çok örtülü ve toprağa bağlı inşa eserleridir.⁹⁹ Binanın yapılmasına ilişkin usul ve planın ve hatta yapıldığı malzemenin önemi yoktur. Ev, daire, mahzen, garaj, ağıl vs. gibi şeyler binaya örnek olarak verilebilir.¹⁰⁰

Benzer şekilde İmar Kanunu'nun 5. maddesinde yapı; "karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler" şeklinde tanımlanmıştır.

Herhangi bir şeyin yapı eseri olarak nitelendirilebilmesi için o şeyin belirli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Öncelikle yapı sabit olmalıdır. İş makinesi, araba, mobilya gibi sabit olmayan şeyler yapı olarak nitelendirilemez. Sabit kavramı yapının bir daha kaldırılmamak üzere kalıcı olarak yapılmasını ifade etmez. Geçici bir süre sabitlik de yeterlidir. Örneğin, kaldırılmak üzere kurulan sirk çadırı, gösteri iskelesi, sahne vb. yapı kavramı kapsamına girer. Ancak sadece

⁹⁹ Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 186; Eren, *Borçlar Hukuku*, 751; Aykanat ve Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu," 214.

¹⁰⁰ Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 453.

sabit olması da yeterli değildir. Doğrudan yahut dolaylı olarak toprağa bağlı bulunması da gerekir.¹⁰¹

Öte yandan bir şeyin yapı olarak nitelendirilebilmesi için onun insan eliyle yapılmış, değiştirilmiş veya hazırlanmış olması gerekmektedir. Bu unsur kendiliğinden oluşan mağaraları, kuyuları, tepeleri yapı eserinden ayırmaya yarar. Dolayısıyla baraj, tünel, suni tepe ve kıyının plaj haline getirilmesi gibi insan emeğinin bir ürünü olarak meydana gelenlerin dışında; mağara, kaya, ağaç, nehir gibi şeyler yapı eseri kapsamında değerlendirilemez.¹⁰²

Yapı eseri ile kastedilen şey, binanın bütünü olabileceği gibi balkon, merdiven, koridor mahzen vb. gibi mütemmim cüzleri yahut duruma göre teferruat niteliğindeki sabit bir merdiven de olabilir.¹⁰³ Görüldüğü üzere yapı eseri, insan eliyle yapılmış sabit ve toprağa bağlı olan herhangi bir şeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla kapsamı bina kavramına göre çok daha geniştir.¹⁰⁴

Bina veya yapı eseri örneklerine klasik İslam hukuku kaynaklarında, fetvalarda ve yargı kararlarında ve günümüzde yazılan müstakil eserlerde sıkça rastlanmaktadır. Eserlerde bilhassa yıkılmaya yüz tutmuş duvarlar ve tehlikeli kuyular bahsi sıkça işlenmektedir. Bunun dışında, çukur, baca, oluk, saçak¹⁰⁵, cumba, sundurma, kanal, köprü ve balkon gibi yapı eserlerinin de sorumluluğa konu olduğu görülmektedir. Bu bakımdan pozitif hukukun bina veya yapı eseri kavramına yaklaşımı ile İslam hukukunun yaklaşımının benzer olduğu söylenebilir.

¹⁰¹ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 187; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 454; Eren, *Borçlar Hukuku*, 751.

¹⁰² Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 189; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 455; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 2:168.

¹⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 751.

¹⁰⁴ Aykanat ve Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu," 215.

¹⁰⁵ "Binanın çatısına yeterince sağlamlaştırılmadan ve tehlike yaratacak şekilde sac levha monte edilmesi binanın kullanımına bağlı bir olgu olduğundan Borçlar Yasası 58. maddesinde açıklanan binanın korunmasındaki kusur kapsamında değerlendirilmeli ve davalı bina sahibi zarardan sorumlu tutulmalıdır." Yar. 4. HD, E.2004/16308, K.2005/12788, 28.11.2015, (Lexpera).

Bütün bunlara ilavaten, malikin cinâyet-i hâit suçundan sorumlu olabilmesi için bina veya yapı eserinin tamamlanmış ve özgülenme amacına uygun olarak kullanılmaya başlanmış olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Eserin yüklenici vs. tarafından yapımı, değiştirilmesi veya tamir edilmesi sırasında verilen zararlar bu kapsamda değil başka bir konu kapsamında sorumluluğa konu olur.¹⁰⁷ Zira ileride detaylarına inileceği üzere, bakımsızlıktan bahsedebilmek için bina veya yapı eserinin tamamlanması zorunludur.¹⁰⁸ Dolayısıyla ortada bir bina yahut yapı eseri yoksa meydana gelen zararlı netice cinayet-i hâit kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ "Bakımsızlıktan veya bakım eksikliğinden söz edebilmek için bir inşa eserinin bitmiş ve kullanım amacına özgülenmiş olması gerekir." Yar. 3. HD, E.2013/15721, K.2014/961, 27.01.2014, (Lexpera).

¹⁰⁷ Eren, Borçlar Hukuku, 753; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, 2:168; Hasan Tahsin Gökcan, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 383; "Zeyd-i neccâr Amr'ın menziline meremmet ederken Amr'ın menzili Amr'ın sun'unsuz Zeyd'in üzerine münhedim olup Zeyd fevt olsa verese Amr'a mücerred "Senin menzilin münhedim olmakla fevt oldu" diye Zeyd'in diyeti namına Amr'dan nesne almağa kadir olurlar mı? el-Cevab: Olmazlar." Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, haz. Süleyman Kaya (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 445 (no:2594); "Bir adam, bir topluluğu, bir duvarı yıktırmak için icarlar; onların duvar yıkmasından dolayı da bir adam ölürse; bu, ister çalışanlardan birisi olsun, isterse bir başkası olsun; tazminat yılanlara aittir. Keffâret de onlara aittir; duvar sahibine ait değildir." Fetâvâ-yı Hindiyeye, 13:32.

¹⁰⁸ Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, 192.

¹⁰⁹ Yargıtay'da inşaat şeklinde yapımın devam etmesi halini bina olarak kabul etmemektedir. Bkz. "Dosya kapsamına göre; sanıklar Muzaffer ve Yavuz A.'ın inşaatın 4. kat zemin betonunun dökülmesi sırasında, inşaat kalıbının esnemesi sonucu yıkılmasından dolayı mağdur Yaşar K.'in Gümüşhane Devlet Hastanesi Baştabipliğinin 04.12.2006 tarihli ve 3767/2672 numaralı raporuna göre "basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek" şekilde taksirle yaralanmasına sebep oldukları ve mağdurun da şikayetçi olmadığı olayda, sanıklar hakkında 5237 sayılı Kanununun 171/1-a maddesine aykırılık nedeniyle cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, anılan Kanununun 171/1-a maddesinin (b) bendinde, taksirle bina çökmesine, toprak kaymasına, çık düşmesine sel veya taşkına neden olmanın suç sayıldığı, ancak maddi olayda çöken yerin bina olmadığı ve bu nedenle eylemin anılan madde kapsamına girmediği halde yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesinde isabet görülmediğinden" Yar. 9. CD, E.2007/8398, K.2007/7111, 8.10.2007, (Lexpera).

3. Failin Bina veya Yapı Eseri ile İlgili Taksirli Bir Fiilinin Olması

Cinâyet-i hâit suçunun fiil unsurunu ölüm veya yaralama neticesine sebep olan bina veya yapı eserinin yapılışında yahut sonradan kullanılmasında meydana gelen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar oluşturur.

Fail taksirli fiilini; kolon kesmek, fazla beton yüklemek ve duvar ve kirişleri tahrip etmek biçiminde icrai; eskime, yıpranma gibi bir sebeple doğan bakım ve onarım ihtiyacını gidermemek biçiminde ihmali hareket işleyebilir.¹¹⁰

Esasen cinâyet-i hâit suçu bakımından failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiili ya yapım esnasında ya da sonradan meydana gelen bir sebeple gerçekleşebilir.¹¹¹ Dolayısıyla fiil unsuru; başlangıçtaki ve sonraki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olarak ikiye ayrılır.¹¹²

Her ne kadar gerek binalar gerekse de diğer yapı eserleri kişilerin yaşamı, barınması ve gündelik hayatlarını sürdürüp mesleklerini icra edebilmeleri için zorunlu yapılar da bu durum söz konusu bina veya yapı eserlerinin gelişigüzel şekilde yapılmasını yahut bakımlarının ihmal edilmesini ve bu surette bir başkasına zarar verilmesi hususunu haklı kılmaz.¹¹³ Gerekli malzemenin eksik, kalitesiz yahut yanlış kullanılması, zemin etüdü yapılmaması veya proje kurallarına uyulmaması gibi bir sebeple başlangıçta ruhsata uygun olmayan bir yapı inşa edilmesi ve bu yüzden ölüm veya yaralama neticelerinin meydana

¹¹⁰ Kahveci, "Taşınmaz Maliki'nin Sorumluluğu," 8; Kaşif Hamdi Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Akile Örneği* (Ankara: İsam Yayınları, 2017), 232.

¹¹¹ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5791; Başlangıçtaki mevzuata aykırılık ve bakımsızlığın varlığı tespit edilirken, mevcut koşullara ve özellikle de bina yahut yapı eserinin hangi amaca özgülendiği dikkate alınmalıdır. Yalnızca birkaç evin sakinlerinin geçtiği köprü ile şehirlerarası otoyol üzerindeki köprünün aynı sağlamlığa sahip olması gerekmez ve beklenmez. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 192.

¹¹² "Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu, yapı eserinin yapımındaki bozukluğa veya bakımındaki eksikliğe dayanmaktadır. Sorumluluğun doğmasında, yapılıştaki bozukluk- bakım eksikliği ayrımının bir önemi bulunmamaktadır. Zira malikin sorumlu olması için bakım eksikliği veya yapılıştaki bozukluktan herhangi birinin varlığı yeterli görülmektedir." Yar. HGK, E.2017/439, K. 2017/1463, 29.11.2017, (Lexpera).

¹¹³ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 452.

gelmesi durumunda sorumluluğun doğacağı hususunda İslam hukukçuları fikir birliği içerisinde. ¹¹⁴ Zira fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle hukuka aykırı bir davranış icra etmiştir. Dolayısıyla sorumluluğunun doğması kaçınılmazdır. ¹¹⁵

Her ne kadar İslam hukuku kaynaklarında başlangıçtaki yapım bozukluğundan dolayı yapı malikinin sorumluluğundan söz edilip başkaca kimselerin sorumluluğuna değinilmemiş olsa da, bu durum eserlerin yazıldıkları dönem itibariyle bina veya yapı eserinin inşa edilmiş sürecine katılan kişi ve kurum sayısının az olması ve temelde inşa sürecinin yapı maliki tarafından sevk ve idare edilmesi sebebiyledir. Günümüzde ise bina veya yapı eserinin inşa edilmiş sürecine;

¹¹⁴ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5791; Deprem sebebiyle meydana gelen zararlı neticelerin ekseriyetle, yapı hataları bulunan bir bina veya yapı eseri inşa edilmesi yahut deprem bölgesinde inşa edilecek bina veya yapı eserine ilişkin proje kurallarına uyulmaması şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. Başpınar ve Altunkaya, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi," 99.

¹¹⁵ Serahsî, *Mebûsât*, 27:10; İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 371; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478; Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, 5:47; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.181; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:119.

yapı maliki¹¹⁶, yapı denetim kuruluşları¹¹⁷, müteahhitler, işi yapan ustalar¹¹⁸, mimar ve mühendisler gibi fenni mesuller¹¹⁹ ve denetlemek göreviyle belediye

¹¹⁶ “yapı sahibi olarak sanık ...'ın binanın yapımından sorumlu olduğu halde yürürlükteki imar kurallarına uygun bir inşaat yaptırmamasından dolayı sorumluluğu bulunduğu ve yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından dikkat ve özeni göstermeyen, binadaki malzeme ve donatı yetersizliklerini denetlemeyen, bu nedenle 1. derece deprem bölgesinde bulunan...apartmanının bu yetersizlik ve eksiklikler nedeniyle tamamen çökmesine ve yirmi kişinin göçük altında kalarak ölmesine, birden fazla kişinin de yaralanmasına asli kusurlu olarak neden olan sanık...’ın yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve iş bitimi aşamasında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilir bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığından bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi ...” Yar. 12. CD, E.2023/585, K.2023/2400, 04.07.2023, (Lexpera).

¹¹⁷ Yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğu; 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’un 3. maddesinde “Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilatın doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemi alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir. Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

“Yapı ruhsatını düzenleyen ve kontrol eden sanıklar ... ve ... tarafından inşaatına başlanılacak yapının mimari, statik hesap raporu ve elektrik tesisat projeleri tam ve usulüne uygun şekilde hazırlanmamış olmasına rağmen, yapı ruhsatı verilmesi nedeni ile; 3194 sayılı İmar Kanununun “Ruhsat alma şartları” başlıklı 22. maddesi hükmüne aykırı davrandıkları, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalarına rağmen, İmar Kanununa, 1997-Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine ve dönem itibarıyla bilim ve fennin gerektirdiği teknik şartlara aykırı davranarak mevcut sonucun gerçekleşmesinde etkili oldukları anlaşılan sanıklar ... ve ...'nın, meydana gelen ölümler bakımından eylemlerinin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında; hükümlerde hukuka aykırılık bulunmamış olup, sanıklar müdafinin bu konudaki temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir.” Yar. 12. CD, E.2023/4417, K.2023/3146, 20.09.2023, (Lexpera).

yetkilileri gibi birçok kişi ve kurum katılmaktadır. Dolayısıyla yapılaşta bozukluk sebebiyle meydana gelecek ölüm veya yaralama hadiselerinden bina veya yapı eserinin inşa edilmiş sürecine katılan ve kusuru tespit edilen her bir kimse ayrı ayrı sorumlu olabilecektir. Aksinin kabulü ise hükmün konuluş amacına aykırıdır.

İslam hukuku kaynaklarında bina veya yapı eserine hukuka aykırı şekilde giriş, saçak veya ağaç gibi bir şey eklenmesi sonrasında meydana gelen ölüm veya yaralama hadiselerinden, mülkiyet defalarca el değiştirmiş olsa bile, yapıyı başlangıçta hukuka aykırı olarak inşa eden kimse sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca İslam hukukçuları cinâyet-i hâit suçu bakımından başlangıçtaki hukuka aykırı yapıyı izah ederken saçak veya cumba çıkarma durumuna atıf yapmaktadır.¹²⁰ Dolayısıyla cinâyet-i hâit suçu bakımından da bu durum esas alınabilir ve

¹¹⁸ “Sanık ...'in inşaat ustası olarak inşa sorumluluğunu üstlendiği, binayı inşaat tekniğine uygun bir şekilde imal etmede gerekli dikkat ve özeni göstermediği için sorumluluğunun bulunduğu,” Yar. 12. CD, E.2020/12133, K.2022/10714, 27.12.2022, (Lexpera).

¹¹⁹ “23.10.2011 tarihinde saat 13:41 sıralarında, merkez üssü Kasımoğlu köyü civarı olan değeri değişik kuruluşlara göre 7,1 ile 7,3 arasında değişen, odak derinliği 19,02 km olan depremin meydana gelmesi üzerine, Camikebir Mahallesinde bulunan Vural Apartmanının yıkılması ve çökmesi sonucu üç kişinin göçüğe (depreme) bağlı olarak öldüğü, bina sahibi ve müteahhidinin sanık ..., inşaatın teknik uygulama sorumluluğunu üstlenen inşaat mühendisinin (fenni mesul) sanık ... olduğu olayda; 3194 sayılı İmar Kanununun (3194 sayılı Kanun) 28. maddesinde yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensuplarının, (fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre) yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevli olduğu, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması halinde durumu ruhsatı veren Belediyeye bildirmekle mükellef olduğunun düzenlendiği, sanık ...'nin fenni mesul olmaktan kaynaklanan denetim görevini yerine getirmediği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sorumlu olduğu, sanık ...'in ise, söz konusu binanın sahibi ve müteahhidi olarak yapımından sorumlu olduğu halde, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından kendi üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kusurlu olduğunun kabul ve tespit edildiği....” Yar. 12. CD, E.2022/7981, K.2023/4116, 18.10.2023, (Lexpera).; Benzer yönde diğer bir karar için bkz. Yar. 12. CD, E.2020/4569, K.2023/4118, 18.10.2023, (Lexpera).

¹²⁰ Bkz. İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 371; Serahsî, *Mebûsât*, 27:11; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.181; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478.

başlangıçta mevzuata aykırı bina veya yapı eseri inşa edilmiş sürecine katılan, yukarıda sayılan, kişi ve kurumların sorumluluğu doğabilir.

Mecelle’de de başlangıçtaki hukuka aykırılığa işaret eden hükümler bulunmaktadır. Buna göre m.7’de “Zarar kadîm olmaz.” denilerek öteden beri var olsa da hukuka aykırı durumun geçerlilik kazanamayacağı ve bu durumdan bir zararlı netice doğarsa bunun giderileceği belirtilmiş, m.1214’te “Tarîk-i ‘âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişînler gibi mârreye zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref’ ettirilir.” denilerek başlangıçtaki hukuka aykırılıktan dolayı zararlı yapıların ortadan kaldırılacağı ifade edilmiştir.

Başlangıçta mevzuata uygun ve sağlam bir şekilde inşa edilen bina veya yapı eserinin sonradan eskime, yıpranma gibi sebeplerle yıkılmaya yüz tutar bir hal alması durumunda meydana gelecek olan ölüm veya yaralama neticelerinden cezai sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunda İslam hukukçuları ihtilaf içerisinde.¹²¹ Şafii hukukçular ve Hanbeli hukukçuların bir kısmına göre böyle bir durumda sorumluluk doğmaz. Zira malik, yapıyı başlangıçta mevzuata uygun ve sağlam bir şekilde inşa etmiştir. Hanefi, Maliki hukukçular ve Hanbeli hukukçuların diğer kısmına yani cumhur hukukçuya göre ise teferruatında farklılıklar olmakla birlikte belirli şartlar dahilinde yapı malikinin sorumluluğu doğar.¹²² Bu konuya ilişkin detaylar bir sonraki başlık altında irdelenecektir.

4. Faile Tekaddümde Bulunulması (Malike İhtarda Bulunulması, Tehlikeden Haberdar Edilmesi)

a. Genel Olarak

Tekaddüm kavramı lügatte; “önce gelme, önce davranma¹²³, bir mazarratın izalesini ihtar etme¹²⁴, beklenti halinde olan bir zararın ortadan kaldırılması için ilgililere önceden verilen tavsiye ve uyarı¹²⁵” gibi anlamlara gelmektedir. Mecelle

¹²¹ Aykanat ve Aydın, “Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu,” 219.

¹²² Kahveci, “Taşınmaz Maliki’nin Sorumluluğu,” 14-15; Ergün, “Kusursuz Sorumluluğu,” 126.

¹²³ Develioğlu, *Lugat*, 1024.

¹²⁴ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türki*, 424.

¹²⁵ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 560.

md. 889'da kavrama "Tekaddüm, mazarrat-ı melhûzanın def' ve izalesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir." şeklinde bir tanım getirilmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, hukuk terimi olarak tekaddüm, gerçekleşmesi umulan, beklenen bir zararın önlenip giderilmesi için ilgili kimselere önceden yapılan bir ihtardan ibarettir.¹²⁶ Bu itibarla çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde tekaddüm kavramı yerine pozitif hukukumuzda da karşılığı bulunan ihtar kavramını kullanacağız.

İlgili kimseye önceden ihtarda bulunulması, yıkılmaya yüz tutan duvarın yıkılması ve suç teşkil eden zararlı neticeye yol açması sonrasında ilgilinin duvarın yıkılmaya yüz tutar bir halde olduğunu bilmediğine dair getireceği kurtuluş kanıtını bertaraf etmek amacına matuftur.¹²⁷ Dolayısıyla malik sonradan yıkılmaya yüz tutar bir hal alan yapının yıkılmaya yüz tuttuğuna dair kendisine yapılan ihtara rağmen yapının bakım ve onarımını gerçekleştirmezse meydana gelecek olan neticeden gerek hukuki gerekse de cezai sorumluluğu doğacaktır.¹²⁸ Ancak

¹²⁶ Zuhaylî, el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü, 7:5793; Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye, 3:120. "Melhuz bir mazarratın def ve izalesi için evvelce tenbih ve ihtarda bulunmaktır." Türk Hukuk Lügati, 331.

¹²⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120; Günümüzde yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde malike kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. "...bir bina ya da diğer bir imal olunan eserinin bizatihi kendisinden kaynaklanan bir nedenle oluşan zarardan sorumluluğu kapsamakta olup, niteliği itibariyle kusursuz sorumluluk türlerinden olağan sebep sorumluluğudur. Burada malike kurtuluş kanıtı sunma olanağı tanınmamıştır. Malik, ancak illiyet bağıını kesen sebeplerin (mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru gibi) varlığı durumunda sorumluluktan kurtulabilir." Yar. 3. HD, E.2022/6589, K.2023/2988, 31.10.2023, (Lexpera).

¹²⁸ "Zeyd'in mülk menzilin duvarı Amr'ın ehl ü iyâlinin mürûr edecekleri yere mâil oldukda Amr, Zeyd'e tenbih ü takaddüm edip, badehu Zeyd işğa etmeyip (kulak asmayıp) birkaç zaman ihmâl ettikte o duvar Amr'ın oğlu Bekir'in üzerine yıkılıp Bekir helâk olsa hâlen Amr, Zeyd'den Bekir'in diyetini almağa kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur." Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvâları Fetâvâ-yı Ali Efendi, haz. H. Necati Demirtaş (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014), 2:474; Yargıtay kendisine tekaddüm niteliğinde olacak şekilde bildirimde bulunulmasına rağmen gerekli önlemleri almayan sanığın bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan sorumlu olacağını kabul etmiştir. "binanın taşıyıcı sisteminin uygun bulunmadığının, bu sınıfa giren binalardan olası bir depremde çok kötü olmayan bir davranış beklendiğinin, bu nedenle de binanın Türkiye Deprem Yönetmeliğindeki bazı yönetmelik maddelerinde belirtilen hususları yerine getirmediğinin, binada güçlendirme projesi ve iyileştirme çalışmaları yapılması gerektiğinin ve tüm bu sebeplerle binanın risk

önemle ifade etmek gerekir ki, ilgili kimseye ihtarda bulunulması gerekliliği, yapının başlangıçta hukuka uygun olarak inşa edilip sonradan herhangi bir sebeple yıkılmaya yüz tutar hale gelmesi durumuna mahsustur. Bu bakımdan başlangıçta hukuka aykırı olarak inşa edilen bina veya yapı eseri için ilgili kimselere ihtarda bulunma zorunluluğu yoktur.¹²⁹

İlaveten sonradan doğan bakım ve onarım ihtiyacının gereğinin yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen ölüm veya yaralama neticesinden yapı malikini sorumlu tutulabilmek için ihtarın gerekip gerekmeyeceği, diğer bir deyişle, ihtarda bulunmanın cinayet-i hâit'in bir unsuru olup olmadığı hususu da İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Buna göre, ihtarı cinâyet-i hâit'in bir unsuru olarak kabul eden hukukçular ekseriyetle Hanefi hukukçulardır. Maliki hukukçulara göre de yapı malikinin sorumluluğunun doğması için ihtar gerekmele birlikte söz konusu ihtarın şahitler huzurunda yapılması aranmaktadır.¹³⁰ Şafii hukukçular ise ilk başta hukuka uygun olarak yapılan bir yapının sonradan yıkılmaya yüz tutar hale gelmesi durumunda yapı malikinin meydana gelen neticeden zaten sorumlu olmadığını kabul ettiklerinden bu

taşıdığımın belirtilmesine rağmen, tüm bu tespitlerden haberdar olan sanığın yaşanabilecek olası bir depremde binanın yıkılabileceğini öngördüğü, buna karşın oteli kesin hasar tespit çalışmaları sonuçlandırılıp güvenli olduğu anlaşılan kadar işletmeye ara vermesi gerekirken, yeniden bir deprem yaşanmayacağına ilişkin hatalı güveni sebebiyle muhtemel bir deprem riskinin gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile ve önceki tecrübelerinin olumsuz sonuçlanmasına yönelik hatalı güveni ile 23.10.2011 tarihindeki ilk depremden sonra depreme dayanıklılık testi yaptırmaksızın oteli işletmeye devam ettiği, bu suretle sanık hakkında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu anlaşıldığından, sanık hakkında temel cezadan TCK'nın 22/3. maddesi gereğince arttırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi..." Yar. 12. CD, E.2020/1794, K.2022/1215, 17.02.2022, (Lexpera).

¹²⁹ Bkz. Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478; İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 371; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.181; Hocaeminefendizade Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020), 4:1715; "Zeyd mülk menziline duvarını bina eder oldukça ibtidâ tarîk-i âma mâil bina etmekle mârreden Amr'ın üzerine yıkılıp helak olsa veresi Amr'ın diyetini Zeyd'den almağa kâdir olurlar mı? *el-Cevab: Olurlar*" Heyet, *Netîcetü'l-Fetâvâ*. haz. Süleyman Kaya vd., (İstanbul: Klasik Yayınları, 2014), 371 (no:1725).

¹³⁰ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:123; Bazı Maliki hukukçular, yapının doğuracağı tehlikenin görünür olduğu durumlarda, tekaddüm de bulunulmamış olsa da malikin meydana gelecek zararlı neticeden sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Okur, *Akile Örneği*, 232.

hususla ihtarı da gerekli görmezler.¹³¹ Zahirilerin görüşü de buna benzerdir.¹³² İbn Ebu Leyla, Ebu Sevr ve Hanbeli hukukçular ise yapı malikine herhangi bir uyarı ve tenbihte bulunulmasını aramaz ve sonradan ortaya çıkan bir sebeple yapının yıkılması halinde malikin sorumlu olduğunu kabul ederler.¹³³ İhtar hususunda Hanbeli hukukçuların görüşü, zararın giderilmesi esasına dayanan, kamu yararına daha uygun olan, günümüz İslam hukukçuları tarafından da kabul gören ve yapı malikinin sorumluluğu bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilen kusursuz sorumluluğa yakın bir anlayıştır.¹³⁴

Esasen yapının sonradan yıkılmaya yüz tutar hale gelmesi ve bu durumun ilgili kimseye bildirilmesine rağmen gerekli bakım ve onarımı yapmaması sonucunda yıkılması halinde kıyasa göre malikin sorumluluğundan söz edilemez. Zira burada yapı maliki suç teşkil eden bir davranışta bulunmamıştır. Ancak Hanefi hukukçular ise burada istihsanı esas almışlar¹³⁵ ve buna gerekçe olarak duvarın yıkılmaya yüz tutar ve meyilli bir hale gelmesiyle yolun havasını işgal ettiğini, ilgili kimseye bu durumun bildirilmesiyle işgal edilen yerin boşaltılmasının istenmiş olacağını ve bakım ve onarım suretiyle bu durumu düzeltebilecek kimsenin gerekli işlemleri yapmamış olmasıyla dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sorumluluğunun doğacağını ileri sürmüşlerdir. Bu görüş Hz. Ali, Şurayh, Nehaî, Şa'bî ve başkaca tâbiûn hukukçularından da rivayet edilmiştir.¹³⁶

İslam hukukçuları ihtar hususunun anlaşılabilmesi için rüzgarın kişinin kucağına getirdiği nesne bakımından birtakım benzetmelerde bulunmuşlardır.

¹³¹ Bkz. Serahsî, *Mebûsât*, 27:10; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5792.

¹³² Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:124; Aykanat ve Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu," 222.

¹³³ Okur, *Akile Örneği*, 232.

¹³⁴ Aykanat ve Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu," 223.

¹³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, 2:1715; *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, 13:21.

¹³⁶ Serahsî, *Mebûsât*, 27:10; Ayrıca bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, 5:46; Yapı sahibi sorumlu tutulmadığı takdirde, yapının bakım ve onarım eksikliği giderilmeyecek, oradan gelip giden kimseler can korkusuyla geçecek yahut bu sebepten geçemeyecek ve dolayısıyla mağdur olacaklardır. Genel bir mağduriyet mevcut olduğunda bunu önlemek vaciptir. Merginânî, *el-Hidâye*, 4:477.

Buna göre ihtarda bulunulmadan önceki hal, rüzgarın kişinin kucağına getirdiği başkasına ait bir nesnenin sahibi istemeden önce telef olmasına; ihtarda bulunulmasından sonraki hal ise rüzgarın kişinin kucağına getirdiği başkasına ait bir nesnenin sahibinin istemesine rağmen verilmemesi durumunda telef olmasına benzetilmiştir.¹³⁷

İslam hukukçuları yapının yıkılmasının doğurduğu sonuçlar bakımından meydana gelen ölüm ve yaralama hadiseleri noktasında da ihtarın gerekip gerekmemesi hususunda birtakım değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Buna göre, bir kimse bir yapının yıkılmasıyla bir kuyuya, çukura düşüp ölse şayet önceden yapı malikine ihtarda bulunulmuş ve gerekli bakım ve onarımı yaptırmamışsa meydana gelen neticeden yapı maliki sorumlu olur. Ancak yapı malikine daha önceden bir uyarıda bulunulmamışsa bu durumda meydana gelen neticeden sorumluluk kuyu sahibine, çukuru kazan kimseye ait olacaktır.¹³⁸ Yine yapının yıkılması sonrasında enkazın kaldırılması hususunda da bir değerlendirmede bulunmuşlardır. Umuma ait yola doğru yıkılan yapının enkazının, moloz yığınının kamuya zarar verme ihtimali bulunduğundan ve kamuya ait bir yolu işgal etmiş olacağından enkazı, moloz yığını kaldırması hususunda kendisine ihtarda bulunan kimse, söz konusu enkaz ve moloz yığını kaldırılmaz ve bir kimsenin ayağının takılıp düşmesi gibi bir sebeple yaralanması veya ölmesi halinde olduğu gibi enkaz veya molozun varlığı sebebiyle suç teşkil eden zararlı netice meydana gelirse bu durumda enkaz ve moloz yığının sahibinin sorumluluğu doğacaktır.¹³⁹ Zira toplumun zararını def etmek için bir şahsın zarara katlanması tercih edilir.¹⁴⁰ Söz konusu yaklaşım, Ebu Yusuf'a göredir. İmam Muhammed ise enkazı kaldırması için ihtar olmasa bile enkaz sahibinin sorumluluğunun doğacağını ileri sürmüştür.¹⁴¹

¹³⁷ Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, 5:47; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:477; Serahsî, *Mebûât*, 27:10.

¹³⁸ Yakub b. İbrahim b. Habîb Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, thk. Tâhâ Abdurraûf Sa'd, Sa'd Hasan Muhammed (Kahire: el-Mektebetü'l-Ezheriyye li'tTurâs), 175.

¹³⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 4:479; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.182; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120.

¹⁴⁰ Manastırlı İsmail Hakkı, *Mi'yâr-ı Adalet Şerhi*, 194.

¹⁴¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, 5:47.

Günümüzde de İslam hukuku bakımından tekaddüm (ihtar) addolunabilecek benzer müesseseler öngörüldüğü gözlemlenmektedir. Örneğin, TBK'nın "zarar tehlikesini önleme" başlıklı 70. maddesinde "*Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.*" denilerek ilgili kimselere tehlikenin giderilmesini talep etme hakkı tanınmıştır.¹⁴²

Benzer şekilde İmar Kanunu'nun "yıkılacak derecede tehlikeli yapılar" başlıklı 39. maddesinde "...bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerinin adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki adreslerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe üç gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibine bu şekilde tebligat yapılamaması hâlinde bu durum tebligat yapan idarenin internet sayfasında 30 gün süre ile ilan edilir ve tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıtla tespit edilir..."¹⁴³ denilerek devletin ilgili kurumları tarafından yıkılmaya yüz tutan bina veya yapı eseri sebebiyle doğması muhtemel zararın izale edilmesi için bu durumun yapı malikine bildirilmesi istenmiştir.

b. İhtarda Bulunma Hakkı

Geçerli bir ihtardan söz edebilmek için ihtarda bulunan kimsenin buna hakkı olmalıdır. Buna göre yıkılmaya yüz tutar bir hal alan yapının malikini uyarma hakkı, yapı şayet komşu yapıya doğru meyletmişse, eğilmişse orada oturan kimselerin hakkıdır. Zira böylesi bir durumda zarar muhtemelen komşu yapı ve içerisinde yaşayan insanlar bakımından meydana geleceğinden bu hususta ihtarda bulunma hakkı onlara aittir. Bir başkasının yıkılmaya yüz tutan yapının

¹⁴² Tekaddümden farklı olarak burada sorumluluğun doğması için tehlikenin giderilmesini istemek zorunluluğu bulunmamaktadır.

¹⁴³ "İstanbul Belediye Başkanlığı'nın 23.11.1999 tarihli "apartman sakinlerine" başlıklı resmi yazısı ile oturanların binayı güçlendirmesi ve bunun yasa gereği olduğu, aksi takdirde oturmalarının riskli olacağını apartman sakinlerine bildirildiği ..." Yar. 12. CD, E.2013/8258, K.2014/4319, 20.02.2014, (Lexpera).

sahibini uyarması geçerli olmaz.¹⁴⁴ İhtarda bulunmak için zararın doğması şart değildir. Tehlikenin varlığı yeterlidir.¹⁴⁵ Ayrıca yıkılmaya yüz tutar yapı kendi meskenlerine doğru eğilen yapıda oturan kimseler ihtarda bulunursa, yapının yıkılması ile doğacak zarar illa kendileri bakımından meydana gelmek zorunda değildir. Yapı bir başkasının üzerine de yıkılıp ölümüne yahut yaralanmasına sebep olsa gerekli bakım ve onarımı yapmayan malik sorumlu olacaktır.¹⁴⁶

Yapı halkın kullanımına açık, kamuya ait bir yol veya yere doğru meyletmiş, eğilmişse bu durumda ihtarda bulunma hakkı Müslüman-gayrimüslim, hür-köle, kadın-erkek her vatandaşa aittir. Yoldan geçiş yapmak ve yolu kullanmak hakkı herkese ait olduğundan bu hususta herhangi bir vatandaşın yapacağı uyarı geçerli kabul edilecektir.¹⁴⁷ Ancak yapı, sadece belirli kimselerin yararlanabildiği özel bir yola doğru meyletmiş, eğilmişse bu durumda ihtarda bulunma hakkı yalnızca bu yolu kullanma hakkına sahip olanlara aittir. Söz konusu yoldan geçiş hakkı bulunmayan kimsenin ihtarı geçerli değildir.¹⁴⁸

Neticeten, İslam hukukçularının “muhtemel risk altındaki kimse”yi ihtarda bulunma hakkı sahibi olarak kabul ettiklerini görmekteyiz.¹⁴⁹ Bugün de benzer bir yaklaşım benimsenmektedir. Buna göre, TBK’nın 70. maddesinde tehlikenin giderilmesini talep etme hakkı yalnızca komşulara hasredilmemiş, sürekli olarak

¹⁴⁴ Kudurî, *Muhtasarı’l Kudurî*, 190; İbrâhîm Halebî, *Mülteka’l-Ebhur*, 371; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.108; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120.

¹⁴⁵ Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 386.

¹⁴⁶ Serahsî, *Mebûsât*, 27:15; Yapının bir kısmındaki bakım ve onarım eksikliği sebebiyle yapılan ihtar, yapının tamamı için yapılmış sayılır. Dolayısıyla bir kısmında bakım eksikliği bulunan yapının gerek bakım eksikliği bulunan kısmı gerekse de bakımlı kısmı yıkılsa malikin sorumluluğu doğar. Serahsî, *Mebûsât*, 27:16.

¹⁴⁷ Kudurî, *Muhtasarı’l Kudurî*, 190; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478; Serahsî, *Mebûsât*, 27:11; Manastırlı İsmail Hakkı, *Mi’yâr-ı Adâlet Şerhi*, 150; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5794.

¹⁴⁸ Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.108; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120.

¹⁴⁹ “Zeyd’in menziline duvarı cârı Amr’ın ehl ü iyâlinin mürur edecekleri mahalle mâil olup telef-i nefis ihtimâli gâlib olmağla Amr, Zeyd’e: “Duvarını nakzeyle veya ıslah eyle” demeye kâdir olur mu? el-Cevâb: Olur.” Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, 2:473.

bina veya yapı eserinin yanından geçen kimseler gibi tehlikeye maruz diğer üçüncü şahısların da böyle bir hakka sahip olduğu kabul edilmiştir.¹⁵⁰

Günümüzde insanoğlu, tek katlı müstakil yapılardan daha ziyade çok katlı apartman tipi yapıları mesken edinmiştir.¹⁵¹ Klasik İslam hukuku kaynaklarında çok katlı yapılarda meydana gelen bakım ve onarım eksikliğine ilişkin açıklamalar bulabilmek ve günümüz yaşam biçimi bakımından uyarlayabilmek mümkündür. Örneğin, iki katlı bir apartmanın üst katı bir kimseye, alt katı da başka bir kimseye ait olsa, apartmanın üst katında meydana gelen bakım ve onarım eksikliği hususunda uyarma hakkı alt katta ikamet eden kimselere aittir. Şayet uyarıya rağmen bakım ve onarım eksikliği giderilmez ve yapının yıkılması ile karşı karşıya kalırsa, üst katta oturan kimsenin sorumluluğu gündeme gelir.¹⁵²

İlaveten, İslam hukukçuları ihtarda bulunan şahsın âkıl ve mümeyyiz olmasını aramışlardır. Ancak bu kimsenin baliğ olması şart değildir. Dolayısıyla gayri mümeyyiz küçük ve akıl hastası ile matuhun ihtarı geçerli değilken, mümeyyiz küçüğün ihtarı geçerlidir.¹⁵³

c. İhtar Olunacak Kişi veya Kurum

İhtar olunacak kimse, yıkılmaya yüz tutan yapının bakım ve onarımını hukuken gerçekleştirmeye yetkili kişi veya kurumdur. Dolayısıyla böyle bir yetkisi olmayan kişi veya kuruma yapılan ihtar geçerli değildir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 197; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 462; Malik tehlikenin giderilmesi kendisinden talep edilmesine rağmen gerekli önlemleri almazsa, ilgili kimse malik aleyhine tehlikenin giderilmesi davası açabilir. Eren, *Borçlar Hukuku*, 757; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 2:176.

¹⁵¹ Zorlu, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de," 543; Osmanlı Devleti döneminde mesken olarak kullanılan yapılar umumiyetle, müstakil ev yahut yalı biçimindedir. Apartman olarak nitelendirilebilecek ilk yapı II. Abdülhamid döneminde "Serasker Rıza Paşa Konağı"dır. Zorlu, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de," 550.

¹⁵² Serahsî, *Mebsût*, 27:15; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:123.

¹⁵³ Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.109; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:121.

¹⁵⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.110; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:121.

Bu itibarla, rehin alan, kiracı¹⁵⁵, ödünç alan kimseye yapılan ihtar geçerli olmaz. Zira bu kimselerin, yıkılmaya yüz tutan yapıyı yıkmaya yetkileri yoktur. Böylesi bir durumda ihtar, kiralayana, rehin ve ödünç verene yöneltilmelidir.¹⁵⁶ Aksi durumda ise meydana gelecek zararlı neticeden sorumluluk doğmaz. Öte yandan çocuğa ait yapının yıkılmak üzere olduğu hususu veli ya da vasisine¹⁵⁷; vakıflara ait yapının yıkılmak üzere olduğu hususu ise vakfın mütevellisine bildirilmelidir.¹⁵⁸

Mirasçılık yahut bir başka hukuki sebeple birden fazla kimseye ait olan yapının yıkılmaya yüz tuttuğuna ilişkin ihtar, yapıya malik olan herkese yapılmalıdır. Zira ortakların tek başına yapıyı yıkmak gibi bir yetkisi yoktur. Kıyasa göre ortaklardan bir tanesine yapılan ihtar geçerli değildir. Ancak Hanefi

¹⁵⁵ “Zeyd’in icâre-i muaccele ve müeccele ile mutasarrıf olduğu vakıf menzilin duvarı Amr’ın menziline mâil ve inhidama müteveccih olmakla Amr Zeyd’e “Duvarı nakzeyle” diye tekaddüm ve işhâd eylese muteber olur mu? el-Cevab: Olmaz” Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü'l-Fetâvâ, haz. Süleyman Kaya vd., (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), no: 3183.

Yargıtay’da kiracının bakım ve onarım eksikliğini yalnızca olağan kullanıma hasredilmesi gerektiği, dolayısıyla kiracının bakım ve onarım eksikliği sebebiyle sorumlu olmayacağı düşüncesindedir. Bkz. “Kiracının sorumluluğuna gelince, kiracı; kiralananın normal kullanılması için gerekli temizlik ve islahatı yapmakla (BK m.258/son) yükümlü olup, bu yükümlülüğünü yerine getirmekte ihmal veya kusuru bulunması halinde doğan zarardan yapı maliki (kiralayanla) birlikte 3. şahsa karşı müteselsilen sorumludur (BK m.41). Zarara uğrayan kimse müteselsil sorumlulara karşı birlikte ya da ayrı ayrı dava açabilir (BK m.51).” Yar. HGK, E.2008/415, K.2008/415, 04.06.2008, (Lexpera).; Benzer bir karar için bkz. Yar. 4. HD, E.2021/22795, K.2022/8553, 09.06.2022, (Lexpera).

¹⁵⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, 2:1719; *Fetâvâ-yı Hindîyye*, 13:25; Pozitif hukukumuzda TBK’nın 69/2. maddesinde intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de bina veya yapı eserinin bakım ve onarım eksikliklerinden sorumlu olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla tehlikeli halin giderilmesi bu kimselerden de talep edilebilecektir.

¹⁵⁷ Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-Ta’lîlî'l-Muhtâr*, 5:47; Serahsî, *Mebsût*, 27:11-12; İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 370; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5794; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:123;

“Zeyd ve Amr ve Hind-i sağırlerin duvarı Bekir ve Beşir’in menzilleri üzerine mâil olup lakin Bekir ve Beşir “Ol duvarı hedmeyle” diye vasilerine tekaddüm ve işhad etmeden ol duvar Bekir ve Beşir’in menzilleri üzerine yıkılıp Bekir ve Beşir’in menzilleri dahi münhedim olsa sığara damân lazım olur mu? el-Cevab: Olmaz.” Abdullah Efendi, Behcetü'l-Fetâvâ, no:3181.

¹⁵⁸ Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.110; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, 2:1716.

hukukçular bu hususta istihsanı esas almışlar ve bildirim yapılan ortakların hisseleri oranında sorumluluğunun doğacağını ifade etmişlerdir.¹⁵⁹

d. İhtarın Şekli ve Süreci

İhtarın hem belirli bir şekilde yapılması hem de ihtar sonrasında sorumluluğun doğması için belirli bir sürecin işlemesi gerekmektedir. Dolayısıyla bir ihtarın geçerli sayılabilmesi ve sonucunda sorumluluğun doğabilmesi birtakım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Yapının yıkılmaya yüz tuttuğunu ilişkin ihtar; “duvarın eğrilmiş onu yık”¹⁶⁰, “senin bu duvarın inhidama yüz tutmuş veyahut tehlikeli ve korkunç bir hale gelmiş, yıkılıp da bir şeyi telef etmesin, onu nakzet”¹⁶¹ şeklinde bir söz söyleyip maliki uyarmaktan ibarettir. Dolayısıyla ihtar, bakım ve onarım yapmakla yetkili kimseye duvarın yıkılmaya yüz tuttuğunu ve çeşitli zararlara sebep olabileceğini söylemektir. Sadece “duvarını nakzet”, “layık olan sen duvarı nakzetmelisin” gibi sözler meşveret ve tavsiye kabilinden addolunur ve ihtar yerine geçmez.¹⁶²

¹⁵⁹ Merginânî, *el-Hidâye*, 4:479; Serahsî, *Mebûsât*, 27:12; Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.108; Manastırlı İsmail Hakkı, *Mi'yâr-ı Adalet Şerhi*, 150;

“Zeyd ve Amr ve Bekir ve Beşir bir menzile ale'l-iştirak malikler iken menzil-i mezbûrun alt tarafında olan Halid'in menziline mâil ve inhidâma müteveccih olmakla Halid yalnız Zeyd'e "Duvarı nakzeyle, yıkılırsa duvarımı dahi nakzeder" diye tekaddüm ve işhad ettikten sonra duvar Halid'in menziline yıksa Zeyd Halid'in menziline noksanından rub' hissesini verirken Halid razı olmayıp "mâadâ noksanını dâmin ol" diye cebre kâdir olur mu? el-Cevab: Olmaz." Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, no:3185;

Pozitif hukuk bakımından ise paylı mülkiyet halinde her bir paydaşın payı oranında sorumlu olacağı, elbirliği ile mülkiyette ise ortakların tamamının müteselsilen sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 458; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 2:174; Ancak söz konusu sorumluluk hukuki sorumluluğa ilişkindir. Cezai sorumluluk bakımından ise TCK'nın 22/5 maddesi uyarınca her bir failin cezası bir diğerinden bağımsız olarak kendi kusuruna göre ayrı ayrı belirlenecektir.

¹⁶⁰ Serahsî, *Mebûsât*, 27:11.

¹⁶¹ Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.106.

¹⁶² Manastırlı İsmail Hakkı, *Mi'yâr-ı Adalet Şerhi*, 149; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l Hükkâm*, 2:1717.

Yapının yıkılmaya yüz tuttuğuna ilişkin ihtarın devlet yetkilileri, noter yahut hâkim huzurunda yapılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla böyle kimselerin huzurunda yapılmayan ihtar da geçerlidir.¹⁶³ Yine ihtar olunurken şahitlerin bulunması da icap etmez. Ancak İslam hukukçuları şahitlerin bulunması hususunu ispat şartı olarak kabul etmişlerdir. Dolayısıyla malikin sorumluluğunun doğması için şahit tutmak gerekmeyp ihtarda bulunmuş olmak yeterli görülse de malikin sonradan kendisine ihtar olunmadığına yönelik inkarını bertaraf etmek amacıyla ihtarın şahitler huzurunda yapılması istenmiştir.¹⁶⁴ Ancak ihtar şahitler huzurunda yapılmasa ve yapı malikine ihtar olunduğunu ikrar gibi bir başka delille ispat edilirse bu durumda yine yapı malikinin sorumluluğu doğacaktır.¹⁶⁵

İhtarda bulunurken şahit tutmak, şahit tutan kimsenin yanındakilere “*Şahit olun ki, ben şu adama şu duvarını yıkması için talepte bulundum.*” demesi ile gerçekleşir. Duvarı göstermeden şahit tutmak suç sebebiyet verecek eşyanın gösterilmemiş olmasından dolayı geçerli sayılmaz.¹⁶⁶ Ayrıca ihtar konusunda iki erkeğin yahut bir erkek ve iki kadının şahitliği geçerli kabul edilmiştir.¹⁶⁷

Yapıda meydana gelen bakım ve onarım eksikliği sebebiyle gerçekleşecek ölüm veya yaralama hadiselerinden sorumluluğun doğması için son olarak, ihtarda bulunulmasından itibaren yetkili kimsenin yapıyı yıkması yahut bakım ve onarımını yapması için yeterli sürenin geçmesi gerekmektedir.¹⁶⁸ Dolayısıyla

¹⁶³ Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.107; Serahsî, *Mebûsât*, 27:11; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478.

¹⁶⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, 4:477; Serahsî, *Mebûsât*, 27:10; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120.

¹⁶⁵ Fetâvâyi Hindîyye, 13:22; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5793.

¹⁶⁶ Merginânî, *el-Hidâye*, 4:477.

¹⁶⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120; Serahsî, *Mebûsât*, 27:11; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5793.

¹⁶⁸ İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 370; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:478; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:121; “takaddüm olduğu müteakip duvar sahibi duvarını hedm için amele tedarikine gidip tedarik etmek üzere iken ol duvar münhedim olarak bir zarar etse, zamân lâzım gelmez. Zira amelenin tedariki için lâzım gelen müddet şer'an müstesnadır.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l Hükkâm*, 2:1720.

yalnızca ihtarın yapılması yetmemekte, bakım ve onarım yahut yıkım yapılabilecek kadar bir sürenin geçmesi gerekmektedir.¹⁶⁹

TBK'nın 70. maddesi uyarınca tehlikenin giderilmesini talep eden ilgili kimsenin, bu talebe rağmen tehlikenin giderilmemesi durumunda borca aykırılığın söz konusu olacağı ve anılan kimsenin TBK'nın 113. maddesi uyarınca masrafı borçluya ait olmak üzere tehlikenin kendisi ya da bir başkası tarafından giderilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir.¹⁷⁰

5. Failin Fiilinin Ölüm veya Yaralamaya Sebep Olması

Cinâyet-i hâit taksirle öldürme ve yaralama suçu kapsamında mütalaa edildiğinden, bir zarar suçu ve neticeli bir suçtur. Dolayısıyla failin yapıyı başlangıçta hukuka aykırı olarak inşa etmesi yahut sonradan yıkılmaya yüz tutar bir hal alan yapının bakım ve onarım işlerinde ihmalkârlık göstermesi tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Cinâyet-i hâit suçunun oluşabilmesi için mutlak surette suç teşkil eden zararlı neticenin yani "*hataen (taksirle) bir adamı katletmek (öldürmek)*"¹⁷¹ yahut "*hataen (taksirle) bir insanı cerh etmek (yaralamak)*"¹⁷² neticelerinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ölüm veya yaralama neticesinin meydana gelmediği durumda failin fiili ne kadar vahim olursa olsun ne kadar büyük zararlara yol açarsa açsın cinâyet-i hâit suçu kapsamında değerlendirilmez. Şayet unsurları tamamlanmış ise genel

¹⁶⁹ Fetvalarda bu husus "nakz mümkün olacak müddet mürurundan sonra" vb. şekilde ifade edilmektedir. Bkz. "Zeyd'in mülk kargîr mahzeni Amr'ın mülk menziline mâil olup inhidâma müteveccih olmakla Amr Zeyd'e "Mahzenini nakzyle" deyu tekaddüm ve işhad edip lakin Zeyd nakz etmeyip nakz mümkün olacak müddet mürûrundan sonra mahzen Amr'ın menzili üzerine yıkılıp ondan nâşi Amr'ın menzili münhedim ve içinde sâkine olan zevcesi Hind helak olup Amr ile Amr'dan olan evlad-i sığârını terk eylese Amr bina-i mehdûmun nakzını Zeyd'e teslim edip bina-i mehdûmun kıymeti ile Hind'in diyetini Zeyd'den almağa kâdir olur mu? el-Cevab: Olur." Heyet, Neticetü'l-Fetava, 370 (no:1723).

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 462.

¹⁷¹ Bkz. Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.17.

¹⁷² Bkz. Ömer Hilmi, *Miyâr-ı Adâlet*, m.187.

güvenliğin tehlikeye sokulması¹⁷³, imar kirliliğine neden olma gibi bir başka suçun oluşmasına engel yoktur. İlâveten yıkılmaya yüz tutmuş yapının yıkılması ve akabinde özel kişilerin yahut kamunun malına zarar verilmesi durumu ortaya çıkabilir¹⁷⁴, bu durumda failin hukuki sorumluluğuna gidilerek zarar tazmin ettirileceğinden, söz konusu hal ceza hukuku sınırları dışında kalmaktadır.

Neticeten, cinâyet-i hâit suçu ölüm veya yaralama neticesinin meydana gelmesi ile tamamlanmış olacaktır.

6. Failin Fiili ile Ölüm veya Yaralama Neticesi Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Suç teşkil eden fiil ile ölüm yahut yaralama neticesi arasında nedensellik bağının bulunması tüm neticeli suçlarda olduğu gibi¹⁷⁵ cinâyet-i hâit suçu bakımından da şarttır. Dolayısıyla bir kimseyi suç teşkil eden zararlı neticeden sorumlu tutabilmek için meydana gelen zararlı neticenin onun fiilinden kaynaklanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, failin fiili olmasaydı suç teşkil eden zararlı netice meydana gelmeyecekti denilebiliyorsa illiyet bağının

¹⁷³ “Dosya kapsamına göre; sanıklar Muzaffer ve Yavuz A.’ın inşaatın 4. kat zemin betonunun dökülmesi sırasında, inşaat kalıbının esnemesi sonucu yıkılmasından dolayı mağdur Yaşar K.’in Gümüşhane Devlet Hastanesi Baştabipliğinin 04.12.2006 tarihli ve 3767/2672 numaralı raporuna göre “basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek” şekilde taksirle yaralanmasına sebep oldukları ve mağdurun da şikayetçi olmadığı olayda, sanıklar hakkında 5237 sayılı Kanununun 171/1-a maddesine aykırılık nedeniyle cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, anılan Kanununun 171/1-a maddesinin (b) bendinde, taksirle bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine sel veya taşkına neden olmanın suç sayıldığı, ancak maddi olayda çöken yerin bina olmadığı ve bu nedenle eylemin anılan madde kapsamına girmediği halde yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesinde isabet görülmediğinden” Yar. 9. CD, E.2007/8398, K.2007/7111, 8.10.2007, (Lexpera).

¹⁷⁴ “Zeyd’in mülk duvarı cârı Amr’ın menziline mâil olup inhidâma müteveccih olmakla Amr Zeyd’e “Duvarını nakzeyle” diye tekaddüm ve işhad edip lakin Zeyd nakzetmeyip nakz mümkün olacak müddet mürurundan sonra duvar Amr’ın menzili üzerine yıkılıp ondan nâşi Amr’ın menzili münhedim olsa Zeyd’e daman lazım olur mu? el-Cevab: Olur.” Heyet, Neticetü’l-Fetava, 369 (no:1721).

¹⁷⁵ Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 451; Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller* (Ankara: Türk Diyanet Vakfı Yayınları, 2018), 242.

mevcudiyetinden söz edilecektir.¹⁷⁶ Bu bakımdan hâkimin nedensellik bağına gerek kendisi gerekse de bilirkişi marifetiyle tespit etmesi ve bu durumu verdiği hükümde açıklaması elzemdir.¹⁷⁷ Nitekim Yargıtay uygulamasında da bu gibi suçlar bakımından neticenin öngörülebilir olup olmadığı ve nedensellik bağının mevcudiyetinin tartışıldığı görülmektedir.¹⁷⁸

Failin fiili ile suç teşkil eden zararlı netice arasında nedensellik bağının varlığı her zaman failin sorumluluğu için yeterli değildir. Zira kanun koyucu bir kusur karinesi vazetmediğinden, failin kusurunun ayrıca sabit olması gerekir.¹⁷⁹ Yapı maliki, ilgili yapı üzerinde mülkiyet hakkını kendisine tanınan hukuki sınırlar çerçevesinde istediği gibi kullanabilir. Nitekim malikin sorumluluğu, söz konusu hukuki sınırların ihlali halinde gündeme geleceğinden ihlalin ayrıca tespit edilmesi zorunludur.¹⁸⁰

Failin fiili ile suç teşkil eden zararlı netice arasındaki mücbir sebep, mağdurun ya da üçüncü kişinin eylemi gibi illiyet bağına kesen bir sebep olmamalıdır. Söz konusu sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde failin zararlı neticeden sorumlu tutulamayacağı söylenebilir.¹⁸¹

¹⁷⁶ Ergün, "Kusursuz Sorumluluğu," 135.

¹⁷⁷ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1995), 92.

¹⁷⁸ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2011), 59; "Sanıkların temel hafriyatı sırasında gereğinden fazla açtıkları bu çukuru doldurmayarak, su ile dolmasına sebebiyet vermeleri ve bu sudan inşaatta yararlanmaları nedeniyle kurutmayı düşünmedikleri, etrafında da başkalarının bu suya girmemesi veya düşmemesi için koruyucu önlem almamaları sebebiyle, iradesiyle de olsa suya girerek boğulup ölen maktulün ölümü ile sanıkların eylemleri arasında nedensellik bağı bulunmaktadır." Yar. CGK E.1994/78, K.1994/100, 11.04.1994, (Lexpera).

¹⁷⁹ Erem ve Toroslu, *Özel Hükümler*, 451; Ayrıca bkz. Okur, *Akile Örneği*, 227.

¹⁸⁰ Kahveci, "Taşınmaz Maliki'nin Sorumluluğu," 7; Yıkılmış, yıkılmaya yüz tutmuş bir bina veya yapı eserinden korkan bir hayvanın başkasına vereceği zarar ile bina veya yapı eseri sahibinin sorumluluğu arasında illiyet bağının olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm*, 2:1717.

¹⁸¹ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 194; Eren, *Borçlar Hukuku*, 757; Aykanat ve Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikin Sorumluluğu," 225.

Deprem her ne kadar failin fiili ile zararlı netice arasındaki illiyet bağıını kesen bir mücbir sebep olarak görülebilse de, depremin sıklıkla meydana geldiği, gelme ihtimalinin bulunduğu, aktif fay hatları üzerine kurulu yerleşim yerlerinde mücbir sebep olmaktan çıkabilir.¹⁸² Bu bakımdan failin yapının inşa sürecini işin ehli, uzman kişilere bırakıp bizzat ilgilenme imkânı bulamadığından ve sonradan meydana gelen eksiklikleri de uzman kişilere gidermesi için tevdi ettiğiinden bahisle sorumluluktan kurtulamayacağı söylenebilir.¹⁸³ Ancak yapının mevzuata uygun olarak inşa edilmediği yahut sonradan bakım ve onarıma muhtaç hale geldiği ve deprem sebebiyle yıkıldığı durumlarda, şayet mevzuata uygun olarak yapılsaydı yahut gerekli bakım ve onarım süreci işletilseydi de yapının yıkılacağı

¹⁸² “Ayrıca; 2003 tarihinden itibaren resmi olarak Bayram Otel işletmecisi olan sanığın, Van İlinin 1. derece deprem bölgesi olmasına rağmen statik projesi, statik hesap raporu ve zemin raporu olmaksızın, 1964 yılında konut olarak inşaat tekniğine ve mevzuatına aykırı şekilde babası..... tarafından inşa ettirilen, 1969 yılından itibaren otel olarak işletilen, bodrum ile 5 normal kat ve üstü çelik konstrüksiyon çatı sistemi kapatılmış bulunan kaçak teras kattan oluşan otel binasını, söz konusu eksikliklerini bilmesine rağmen 1975, 1998 ve 2007 tarihli Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yetkisi ve olanağı bulunmasına rağmen güçlendirmedeği, otel binasının özellikle yaşı ve bulunduğu bölge itibarıyla yüksek riskli deprem kuşağında yer almasına rağmen, depremden bir yıl kadar önce yaptırdığı bir milyon lirayı geçen tadilatın otel binasının taşıyıcı sistemi ile değil otelin iç ve dış dizaynı ile ilgili olduğu...” Yar. 12. CD, E.2020/1794, K.2022/1215, 17.02.2022, (Lexpera);

Öte yandan Yargıtay tazminata hükmedilmesi bakımından depremi bir mücbir sebep olarak görmemektedir. Elbette her somut olay bakımından ayrıca değerlendirme yapılması gerekliliği de göz önünde bulundurulmalıdır. “Davacının, oluşan zararı, deprem nedeniyle ikamet ettiği binanın yıkılarak kendisinin enkaz altında kalması sonucu doğmuştur. Depremün mücbir sebep olarak kabul edilip, zararlı illiyet bağıını kestiği kabul edilemezse de ne zaman ve hangi büyüklükte olacağı öngörülemeyen ve sonucu gerçekleştiğinde büyük bir yıkıma sebebiyet veren, bölgede herkesi etkileyen en büyük doğal afet olduğu da kabul edilmek zorundadır. Ayrıca, bölgenin birinci derecede deprem kuşağında yer aldığı ve oluşan depremin şiddet büyüklüğü de gözden kaçırılmamalıdır. O halde, mahkemeye, maddi ve manevi tazminat miktarından adalete uygun bir hakkaniyet indirimi yapılması da gereklidir.” Yar. 3. HD, E.2014/12359, K.2014/16124, 09.12.2014, (Lexpera).

¹⁸³ Aykanat ve Aydın, “Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu,” 225-226.

hususunun işin uzmanı bilirkişiler tarafından tespit edilmesi halinde nedensellik bağının mücbir sebep sonucunda kesileceği ileri sürülmüştür.¹⁸⁴

Mağdurun yahut üçüncü kişinin fiili de suç teşkil eden zararlı netice ile failin fiili arasındaki nedensellik bağı kesebilir.¹⁸⁵ İslam hukukunda bu durum "haylûlet" olarak adlandırılmıştır.¹⁸⁶ Mecelle'de bu husus "Bir şeyin telefine sebep olan bir iş işlemiş olduğu halde araya bir fiil-i ihtiyârî haylûlet eylese yani başka bir kimse ol şeyi mübâşeretden itlâf etse ol fiil-i ihtiyârî sâhibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur."¹⁸⁷ şeklinde ifade edilmiştir.

Girilmesi yasak bir yapıya hırsızlık yapmak yahut bir başka saik ile giren¹⁸⁸, yapıyı kendi iradesiyle yıkan veya kolon kesmek, fazla beton dökmek suretiyle yapıyı dayanıksız hale getiren kimsenin üzerine yapının yıkılması sonucunda ölüm ya da yaralama neticesinin meydana gelmesi halinde suç teşkil eden zararlı netice ile failin fiili arasındaki illiyet bağı mağdurun fiiliyle kesilmiş olacak ve failin cezai sorumluluğundan söz edilmeyecektir.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, 2:172; Yargıtay'da bazı durumlarda depremin mücbir sebep olarak illiyet bağı kesebileceği görüşündedir. "Sanığın fenni sorumlu olarak yapımına katıldığı binanın, 12.11.1999 tarihli depremde yıkılmasından önce 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen depremde hasar gördüğüne ilişkin beyanı karşısında; bu husus araştırılıp gerektiğinde bina sakinleri de dinlenerek birinci depremde hasar tespiti yapıp yapılmadığı belirlendikten sonra, sanığın eylemi ile binanın ikinci deprem sırasında yıkılması arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı konusunda yeniden bilirkişi incelemesi de yaptırılarak sonucuna göre hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yar. 9. CD, E.2003/1731, K.2003/1749, 13.10.2003, (Lexpera).

¹⁸⁵ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku -II- Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 141.

¹⁸⁶ Haylûlet, bir fiilin zararlı sonucu meydana getirmesi muhtemelken bir başka fiilin araya girmek suretiyle birinci fiil ile zararlı netice arasındaki illiyet bağının kesilmesidir. Ergün, "Kusursuz Sorumluluğu," 135.

¹⁸⁷ Mecelle, md.925.

¹⁸⁸ Avcı, *Özel Hükümler*, 141; Ayrıca bkz. Manastırlı İsmail Hakkı, *Mi'yâr-ı Adalet Şerhi*, 149.

¹⁸⁹ Mağdurun eyleminin illiyet bağı kestigiine ilişkin bir örnek için bkz. "Olay tarihinde, Zeytinburnu ilçesi modabağ sokaktaki, 6 katlı çöken bina için 16.05.1986 tarihinde müteahhit A.. A.. ile Teknik Uygulama Sorumlusu olan sanık Z.. A.. adına yapı ruhsat izni verildiği ve 1987 yılından itibaren oturulmaya başlanıldığı, söz konusu binanın 2. derece deprem bölgesine göre projelendirildiği ve yürürlükte olan 1975 tarihli deprem yönetmeliği kapsamı içinde yapıldığı,

İlaveten zararlı netice ile failin fiili arasındaki nedensellik bağıını üçüncü kişinin fiilinin kesmesi de mümkündür. Üçüncü kişinin kusurlu hareketi hususu cinâyet-i hâit bakımından önem arz etmektedir. Plan ve projeyi tatbik ile yükümlü olan kontrol mühendisi veya mimarının meydana gelecek zararlı neticeyi önlemek için hususi ihtimam göstermesi gerekli olduğundan plan ve projenin devletin yetkili mercileri tarafından onaylanmış olması salt onları sorumluluktan kurtarmaya yetmemektedir.¹⁹⁰ Yine bir binanın diğer bir bina üzerine yıkılması

sanığın çizdiği projede dükkan olarak belirlenen bölümde bilgisi dahilinde olmadan fırın yapıldığı, herhangi bir ısı yalıtım sistemi yapılmaksızın, 1989 yılından 1999 yılına kadar binanın bodrum ve zemin katının ekme fırını olarak işletildiği, 17 Ağustos 1999 depreminden sonra 21.08.1999 tarihinde Zeytinburnu Belediyesi tarafından yapılan tespitlerde hasarlı görülerek mühürlendiği ve tahliye edildiği, ancak bir ay sonra Bayındırlık ve İskan İl Müdürlüğüne hasarsız binalar arasında gösterilmesi üzerine tekrar oturulmaya başlanıldığı, İstanbul Belediye Başkanlığı'nın 23.11.1999 tarihli "apartman sakinlerine" başlıklı resmi yazısı ile oturanların binayı güçlendirmesi ve bunun yasa gereği olduğu, aksi takdirde oturmalarının riskli olacağına apartman sakinlerine bildirildiği, 1999 depreminden sonra maliklerin Belediye Başkanlığının uyarı yazısına rağmen anılan binada oturmaya devam ettikleri ve ayrıca kat maliklerince teras kata 20 cm kalınlığında beton atıldığı, kömürlük ve çatı yapıldığı böylece hasarlı binaya yeni bir yük yükledikleri ve binanın 21.02.2007 tarihinde bu aşamalardan sonra çöktüğü, çökme sonucu 3 kişinin ölümü ve 21 kişinin yaralandığı olayda; Binanın olay tarihinde çökmesi üzerine İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 28.02.2007 tarihli yazısında, üniversite öğretim üyeleri tarafından binanın deprem performans puanı tespitinin yaptırıldığı ve binanın 37 puanla riskli binalar sınıfına dahil edildiği, soruşturma aşamasında alınan bilirkişi kurulu teknik raporunda her ne kadar binanın 1975 deprem yönetmeliğine uygun olarak yapılmadığı, beton basınç mukavemetinin düşük olduğu ve yönetmeliğe aykırı birçok hususun tespit edildiği hususlarına değinilmiş ise de; söz konusu binanın büyük deprem sonrası hasarlı olarak ayakta kaldığı, hasarlı binalar sınıfına dahil edildiği, binada güçlendirme yapılmasının zaruri olduğu ve belirtilen hususun apartman sakinlerine bildirilmesi karşısında; 21.02.2007 tarihinde binanın çökmesi olayında, binanın yapım aşamasında sanığa yükletilecek kusurlar açısından illiyet bağının 17 Ağustos 1999 depremi ile kesildiği, sanığın binayı yapıp teslim ettiği ve 20 yıl boyunca bina ile ilgisinin olmadığı, binada oturanların tüm uyarılara rağmen binayı güçlendirmeden oturmaya devam etmeleri ve çatı katına beton atarak fazla yük bindirmeleri hususları dikkate alındığında; binanın çökmesi şeklinde gerçekleşen netice ile teknik uygulama sorumlusu olan sanığın hareketleri arasında nedensellik (illiyet) bağının mevcut olmadığı ve ayrıca meydana gelen neticenin objektif olarak sanığa yüklenebilir olmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." Yar. 12. CD, E.2013/8258, K.2014/4319, 20.02.2014, (Lexpera).

¹⁹⁰ Erem ve Toroslu, Özel Hükümler, 454; "Cami derneği başkanı ve başkan yardımcısı olan sanıkların inşaat işinden anlamayan, cami işleriyle gönüllü uğraşan yaşlı kişiler olduğu, cami

sebebiyle bakım ve onarım eksiği olan diğer binada oturan kimselerin ölüm veya yaralanmasına sebebiyet vermesi yahut yapının üçüncü kişi tarafından yıkılması ve dayanıksız hale getirilmesi sonucu ölüm veya yaralanmaya sebep olunması halleri üçüncü kişinin kusurlu hareketinin illiyet bağıni kestiği durumlara örnek olarak verilebilir.¹⁹¹

D. Yaptırım

1. Genel Olarak

Cinâyet-i hâit, Hanefi mezhebine mensup sonraki devir İslam hukukçuları tarafından tesebbüben katl ve cerh kapsamında meydana gelen öldürme suçlarının bir çeşidi kabul edilip bu kapsamda değerlendirildiğinden, söz konusu suça karşılık yaptırım olarak diyet yahut erş ve tazir cezası öngörülmüştür.¹⁹² Her ne kadar diğer mezhepler bakımından bunlara ek olarak güvenlik tedbiri niteliğinde kefaret ve mirastan ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımını gündeme gelebilse de biz çalışmamız bakımından konunun detaylarına inerken Hanefi hukukçuların düşünce ve görüşlerini inceleyip ele aldığımızdan yaptırım noktasında da onların kabul ettiği şekilde yani Hanefi mezhebini esas alarak diyet yahut erş ve tazir cezası yaptırımlarını incelemeye çalışacağız

minaresinin yapımı için alınan malzemelerin standartlara uygun olup olmadığını bilmelerinin mümkün olmadığı, cami minaresi yapımı için alınan malzemelerin standartlara uygun olup olmadığını denetleme görevinin taahhütname ile bu görevi ücret karşılığında üstlenen teknik uygulama sorumlusunun inşaat mühendisi ... Kazancı olduğu anlaşıldığından sanıkların cami minaresinin deprem etkisiyle yıkılması ve bir kişinin ölmesi olayında bir kusurlarının olmadığı değerlendirilerek mahkemenin sanıkların beraati yönündeki gerekçesinde isabetsizlik bulunmadığı, bu sebeple de tebliğnamede bu hususta bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir." Yar. 12. CD, E.2020/11766, K.2022/9420, 01.12.2022, (Lexpera).

¹⁹¹ "Duvarların ikisi de yıkılmaya yüz tutmuş olurlar ve bu hususta ikisinin üzerine de şahitler bulunur ve birincisi, ikincinin üzerine yıkılır; ikisinin yıkılmasından dolayı da bir kimse ölüre; duvarı önce yıkılana tazminat gerekir; ikincinin sebebiyle ölen heder olmuştur." Fetâvâ-yı Hindiyeye, 13:30.

¹⁹² Serahsî, Mebsût, 27:11; Zuhaylî, el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü, 7:5790; Okur, Akile Örneği, 226.

2. Diyet ve Erş

Cinâyet-i hâit suçuna karşılık öngörülen asli yaptırım diyetdir.¹⁹³ Buna göre, yapımdaki bozukluk ve bakım ve onarım eksikliği sebebiyle deprem yahut bir başka vesileyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar ile bir kimsenin ölüm veya yaralanmasına sebep olunması halinde fail, mağdurun diyetini yakınlarına ödeyecektir.¹⁹⁴

Hanefi hukukçular öldürme ve yaralama suçları noktasında ödenmesi gereken bedeli terim olarak ayırmışlardır.¹⁹⁵ Esasen diyet, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın ölümle sonuçlanması halinde ödenecek bedelin adıdır. Yaralama suçları bakımından mağdura ödenecek bedele ise erş denir.¹⁹⁶

Diyetin hukuki niteliği noktasında modern dönem İslam hukukçuları arasında bir tartışma bulunmaktadır. Buna göre diyet, bir kısım hukukçu için bir tazminatken diğer kısım hukukçu için ise caydırıcılık özelliği bulunan bir cezadır.¹⁹⁷ Ancak diyet, her ne kadar cezadan ziyade tazminata benzer bir kurum olsa da her iki kavrama ilişkin birtakım özellikleri de ihtiva ettiğinden, diyeti modern hukuktaki mevcut kalıplardan birisine sokmaya çalışmak yerine hem ceza

¹⁹³ Zuhaylî, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü, 7:5769; "Zeyd'in mülk duvarı tarîk-ı âmmе mâil olup inhidâma müteveccih olmağla komşuları Zeyd'e "duvarını nakzeyle" diye tekaddüm ve işhâd ettiklerinde Zeyd, nakzı mümkün olacak müddet mürûr ettikten sonra duvar oradan geçenlerden Bekir ve Beşir'in üzerlerine yıkılıp Bekir ve Beşir helak olsalar mezburların diyetleri Zeyd'e lâzime olur mu? el-Cevâb: Olur." Çatalcalı Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi, 2:473.

¹⁹⁴ Merginânî, el-Hidâye, 4:477; İbrâhîm Halebî, Mülteka'l-Ebhur, 370; Ömer Hilmi, Miyâr-ı Adâlet, m.181.

¹⁹⁵ Zuhaylî, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü, 7:5701.

¹⁹⁶ İslam hukukunda müessir fiiller dörde ayrılmıştır: Uzuв kesmek (kat-ı uzv), uzuv tatili (tatil-i uzuv), baş ve yüz yaraları (hârise, dâmia, dâmiye, mütelâhime, simhâk, mûdiha, hâşime, munakkile, âmmе, dâmiğa, bâdia), baş ve yüz hariç yaralamalar (cirah)... Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), 462; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 78; Erşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Dağcı, *Müessir Fiiller*, 262ff.; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:462ff.

¹⁹⁷ Diyetin hukuki niteliğine yönelik ileri sürülen hususlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Esen, *İslam Hukukunda Mali Cezalar* (İzmir: Yeni Akademi Yayınları, 2006), 46; Ayaklı, Taksirle Öldürme, 46ff.; İbrahim Paçacı, "Diyet Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından Diyet)," *Mütefekkir* 2 (2014).

hem de tazminata ilişkin özellikler taşıyan, İslam hukukuna özgü, sui generis bir yapısının olduğunun kabulü en doğru yaklaşımdır.¹⁹⁸

Diyetin miktarı Hz. Peygamberimiz (s.a.) tarafından yüz deve olarak tespit edilmiştir.¹⁹⁹ Ancak bu konuda diyetin; “bin dinar altın, on iki bin dirhem gümüş, iki yüz sığır ve iki bin koyun” üzerinden de ödenebileceğine ilişkin rivayetler bulunmaktadır.²⁰⁰

İslam hukuku kaynaklarında öldürme sonucunda ödenecek diyetle olduğu gibi yaralama sonucunda ödenmesi gereken erş'e ilişkin de bir belirleme yapıldığı görülmektedir. Şari' vücut bütünlüğünü oluşturan organ ve fonksiyonların her birine insan yaşamı için taşıdığı öneme göre ayrı ayrı bir değer takdir etmiştir.²⁰¹ Bu konuda kanun koyucu tarafından belirlenen erş'e “erş-i mukadder”; kanun koyucu tarafından bir belirleme yapılmayan ve hâkimin bilirkişi marifetiyle tespit ettirdiği erş'e ise “erş-i gayri mukadder” ya da “hükümet-i adl” adı verilmektedir.²⁰²

Yaralamalarda erş miktarı belirlenirken diyet-i kâmile yani tam diyet miktarı esas alınır.²⁰³ Nitekim bu husus Resulullah'ın Amr b. Hızam'a yazdığı

¹⁹⁸ Muhammed Halil Ayaklı, *İslam Hukukunda Taksirle İnsan Öldürme* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 185ff.

¹⁹⁹ Süleymân b. el-Eş'as Ebû Dâvûd, *Sünen-i Ebî Dâvûd*, thk. Şuayb el-Arnâvût (Beyrut: Darü'r-Risaleti'l-Âlemiyye, 2009), “Diyât,” 18; Avcı, *Genel Hükümler*, 399.

²⁰⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, 5:36; Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, 169; Avcı, *Genel Hükümler*, 399; Kadının diyetinin erş'in diyetinin yarısı olduğuna ilişkin rivayetler ve uygulama örnekleri bulunmaktadır. “Zeyd'in mülk kargîr odası Amr'in mülk menziline mâil olup inhidâma müteveccih olmakla Amr Zeyd'e “Odamı nakzeyle” deyu tekaddüm ve işhâd edip lakin Zeyd nakzetmeyip nakz mümkün olacak müddet murûrundan sonra oda Amr'in menzili üzerine yıkılıp ondan nâşi Amr'in menzili münhedim ve içinde sâkine olan zevcesi Hind helak olsa Zeyd'e damân ve diyet-i mer'e lazıme olur mu? el-Cevab: Olur” Heyet, *Neticetü'l-Fetava*, 369 (no: 1720).

²⁰¹ Yaralama suçları bakımından meydana gelen zararın mal ile tazmini noktasında erşü'l-yed (elin diyeti), erşü'r-ricl (ayağın diyeti) gibi kavramların da kullanıldığını görmekteyiz. Üdeh, *et-Teşrîu'l-Cinâiyi'l-İslâmi*, 1:671.

²⁰² Dağcı, *Müessir Fiiller*, 237; Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, 462; Okur, *Akile Örneği*, 239; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler* (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2018), 330; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:13.

²⁰³ Esen, *Mali Cezalar*, 49; Dağcı, *Müessir Fiiller*, 238.

talimatnamede “Adam öldürmede yüz deve, burnun tamamen kesilmesinde yüz deve, beyne kadar varan baş yarmada ve karın boşluğuna kadar ulaşan yaralamada diyetin üçte biri; bir göz, bir el ve bir ayak için ellişer deve, el ve ayaklardaki her parmak için on deve, diş için beş deve ve kemiğe kadar varan yaralamada beş deve diyet vardır.”²⁰⁴ şeklinde belirtilmiştir.²⁰⁵

Miktarı hâkim tarafından bilirkişi marifetiyle tespit edilecek olan erş için ise mağdur kimse köle farz edilir ve yaralama meydana gelmeden önceki hali ile yaralamadan sonraki mevcut hali arasındaki kıymet kaybı tam diyetin bir yüzdesi şeklinde tespit edilir ve tam diyete oranla bir miktara hükmedilir.²⁰⁶ Ayrıca iyileşinceye kadar nafakasının temini ve iyileşmesi için harcanan tedavi masrafları da istenir. Hükûmet-i elem adında yaralamadan dolayı meydana gelen manevi zararı isteme hakkı da vardır.²⁰⁷

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak işlediği fiil sebebiyle terettüp eden diyeti²⁰⁸ ödemekle yükümlü kimseler, failin âkile adı verilen belli

²⁰⁴ İmam Mâlik, “Akl,” 1.

²⁰⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. İmam Mâlik, “Akl,” 1ff.

²⁰⁶ Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, 5:42; Misalen, köle olsaydı değeri 100 lira edecekti ancak yaralamadan sonra 90 liraya düştü, dolayısıyla değer kaybı %10'a tekabül ettiğinden tam diyetin %10'una hükmedilecektir. Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 70; Bu konuda bazı hukukçular erş'in miktarının tespitinde vücudun bütününe, yaralamanın meydana geldiği organı oranlamakta ve buna göre sonuca ulaşmaktadır. Dağcı, *Müessir Fiiller*, 237.

²⁰⁷ Ekinci, *İslam Hukuku*, 330; İyileşme meydana geldikten sonra yaradan herhangi bir iz kalmamış ve mağdur yaralamadan önceki haline dönmüşse, mağdurun yaralama dolayısıyla çektiği acıya karşılık olarak herhangi bir bedel isteyip isteyemeyeceği hususu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Ebu Hanife mağdura herhangi bir bedel ödenmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Ebu Yusuf'a göre hükûmet-i elem adında manevi tazminat talep edebilirken; İmam Muhammed'e göre bu durumda yalnızca tedavi masrafları ödenir. Dağcı, *Müessir Fiiller*, 345; Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, 5:43; Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, 463.

²⁰⁸ Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebebiyle maddi bir zarara yol açılması halinde ise bu zararı fail kendi malvarlığından karşılayacaktır. Merginânî, *el-Hidâye*, 4:477; Serahsî, *Mebûsât*, 27:11; Okur, *Akile Örneği*, 232; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5790.

yakınlık derecesindeki akrabalarıdır.²⁰⁹ Diyetin âkileye yüklenmesi, diyet tutarının çok yüksek olması ve failin kasıtlı hareket etmemesi karşısında bu denli yüksek tutarı yüklenerek onun açısından ağır bir yaptırım olmasının istenmemesi, failin mağdurun zararını gidermeye yetecek malvarlığının olmaması sebebiyle mağdurun kanununun heder olmasının önlenmesi ve yardımlaşma ve sosyal dayanışma amacına matuftur. İlâveten, diyetin âkileye yüklenmesi, içtimai bir yaşam süren insanların gerek birbirlerinin gerekse de kendisinin davranışlarını kontrol etmesini ve işlerinde daha dikkatli ve tedbirli olmasını sağlayarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan kimseleri uyarma şeklinde bir sosyal denetim mekanizması oluşmasını sağlayacaktır.²¹⁰

Yaralama durumunda ise terettüp eden erş'i kimin ödeyeceği İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Ebu Hanife'ye göre mağdura ödenecek erş, bir tam diyetin %5'inden az ise fail; fazla ise âkile öder.²¹¹ İmam Malik'e göre ise erş bedeli bir tam diyetin üçte birinden az ise failin kendisi; fazla ise âkilesi öder. Şafii hukukçulara göre ise tutar kanun koyucu tarafından belirlenmiş olsun ya da olmasın mağdura ödenecek bedeli âkile öder.²¹²

Âkile; asabe, divan ve beytûlmaldır.²¹³ Buna göre âkile, failin araya kadın girmeyen erkek akrabaları olarak asabe²¹⁴, aynı ücret siciline kaydedilen askeri birlik mensupları olarak divan²¹⁵ ve devlet hazinesidir. Ancak sonraları âkile kavramının kapsamı genişletilerek belirli bir esnaf teşkilatında bulunan kimseler de birbirlerinin âkilesi kabul edilmiş ve dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işledikleri fiiller sebebiyle birbirlerinin diyetlerinden sorumlu tutulmuştur.²¹⁶

²⁰⁹ İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 370; Merginânî, *el-Hidâye*, 4:477; Serahsî, *Mebûsât*, 27:11; *Fetâvâ-yı Hindiyîye*, 13:21; Okur, *Akile Örneği*, 232; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5790; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:120.

²¹⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, 5:58; M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 196; Ayrıca bkz. Ayaklı, *Taksirle Öldürme*, 199.

²¹¹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7:5790.

²¹² Okur, *Akile Örneği*, 240; Ergün, "Kusursuz Sorumluluğu," 184.

²¹³ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye*, 3:37; Ekinci, *İslam Hukuku*, 331.

²¹⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 197.

²¹⁵ Dağcı, *Müessir Fiiller*, 258.

²¹⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 197; İbrâhîm Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 413.

Bu itibarla, İslam hukukuna göre Ticaret ve Sanayi Odaları, Esnaf ve Sanatkarlar Odaları, Müteahhitler Birliği ve Yapı Denetim Firmaları Birliği gibi örgütlenmelerin üyeleri birbirlerinin âkilesi kabul edilerek, üyelerden herhangi birisinin mevzuata aykırı bir bina veya yapı eseri inşa etmesi ve söz konusu bina veya yapı eserinin yıkılması sonucunda ölüm veya yaralama neticesinin meydana gelmesi halinde bu türden örgütlenmelere üye olan kimselerin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu sayede ise örgüt üyeleri gerek kendisi başlangıçta yıkılma eşiği düşük bir bina veya yapı eseri inşa etmekten kaçınacak gerekse de mevzuata aykırı bina veya yapı eseri inşa eden diğer örgüt üyelerini uyaracaktır.

3. Tazir Cezası

Devlet, kamu düzenini korumakla görevlidir. Kamu düzeninin bozulmasıyla sonuçlanan hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırılarda da tazir cezası öngörme yetkisi vardır. Bu itibarla, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle meydana gelen taksirle öldürme ve yaralama suçlarında her ne kadar diyet veya erş ödenmiş olsa da kamu hakları ödenmiş olmayacağından yetkili yasama organının tazir cezası öngörmesi kaçınılmazdır.²¹⁷

Tarihin farklı dönemlerinde söz konusu yıkılmalar sebebiyle farklı cezaların tespit edildiği görülmektedir.²¹⁸ Yetkili yasama organı cinâyet-i hâit suçu noktasında tazir cezası ve ilgili kişi ve kurumlar bakımından güvenlik tedbiri türünde müstakil yaptırımlar öngörebilir. Ancak klasik İslam hukuku kaynaklarında cinâyet-i hâit kavramı taksirle öldürme ve yaralama başlığı altında irdelendiğinden, cinâyet-i hâit'e ilişkin müstakil bir ceza normuna rastlayamadık.

²¹⁷ Avcı, *Özel Hükümler*, 148; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 195.

²¹⁸ Misalen Hammurabi Kanunları'na göre inşa edilmiş bir yapının mimarın kusuru sebebiyle yıkılması ve ev sahibinin de söz konusu yıkılma sebebiyle ölmesi halinde, mimarın ölüm cezasına mahkum edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şayet yıkılma ev sahibinin oğlunun ölümüyle sonuçlanmışsa bu durumda ise mimarın oğlu ölüm cezasına çaptırılacaktır. Yine söz konusu yıkılma bir kölenin ölümüne sebep olmuşsa ölen kölenin yerine yenisi temin edilecek ve ev sahibini eşyaları da zarar görmüşse mimar bu zararı karşılayacak ve evi yeniden inşa etmekle mükellef olacaktır. Nitekim bütün bu hususlar Hammurabi Kanunu md. 229ff. maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Recai G. Okandan, "Hamurabi Mecellesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 17, no. 1-2 (1951): 312-313.

Dolayısıyla çalışmamızda taksirle öldürme ve yaralama suçları bakımından öngörülen tazir cezalarını vermekle yetineceğiz.

Osmanlı Devleti'nde taksirle öldürme suçu; 1851 Ceza Kanunnamesi Birinci Fasil 13. maddesinde "Madde-i katl amden olmayıp hataen olduğu takdirde o makule hataen olan maktulün katili kendisinden o misillü ef'âl vuku bulmamış kimesne olduğu ve sabıkası olmayıp hakkında hüsn-i şehâdet olunarak mazınne-i sû' olmadığı inde'ş-şer' tebeyyün ederse yalnız icab-ı şer'îsinin iktizasıyla iktifa olunup mazınne-i sû' olduğu halde nizâmen bir sene müddet için küreğe veya prangaya vaz'-ı dahî oluna."²¹⁹ şeklinde; 1858 Ceza Kanunnamesi'nin 182. maddesinde "Bir kimse bir şahsı hataen itlaf eder veyahut bi-gayr-i kasdin telef-i nefsine sebep olursa, verese-i maktulün hukuk-ı şer'iyesi bi'l-muhakeme istîfâ olunduktan sonra, eğer bu cerh ve darp keyfiyeti dikkatsizlikten ve nizâmata riayetsizlikten neşet etmiş ise, altı aydan iki seneye kadar hapis ile mücazat olunur."²²⁰ şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

Taksirle yaralama suçu bakımından ise Alaüddevle Bey ve Bozok Kanunları'nın 23. maddesine göre iş ve güçten kalacak şekilde yaralama karşılık 5 altın cezası öngörülmüştür.²²¹ Yine Osmanlı 1858 Ceza Kanunnamesi'nin 183. maddesinde "Bir kimse bir şahsı hatâen cerh ve darp eder veyahut bi-gayrı kasdin yaralanmasına ya berelenmesine sebep olur ise, masarîf-ı cerrahiyesi ve bir uzvun kat' ve tatilini mûcib olduğu takdirde diyet-i şer'iyesi istîfâ olunduktan sonra eğer bu cerh ve darp keyfiyeti dikkatsizlikten ve nizâmâta riayetsizlikten neşet etmiş ise bir haftadan iki aya kadar hapis dahi olunur."²²² denilerek dikkatsizlik yahut nizamata riayetsizlikten doğan taksirle yaralama suçları bakımından tazir cezası öngörülmüştür.

SONUÇ

İslam ve onun vazettiği hukuk düzeni, insanlara dikkatli ve tedbirli olmaları için birtakım yükümlülükler yüklemiş, söz konusu yükümlülüklerin ihlalini ise yaptırıma bağlamıştır. Dolayısıyla insanoğlu, her konuda hukukun üzerine

²¹⁹ Ahmed Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011), 1:615.

²²⁰ Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku*, 1:644.

²²¹ Avcı, *Özel Hükümler*, 205.

²²² Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku*, 1:644.

yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmek ve başına gelmesi muhtemel tehlikeler bakımından gerekli tedbirleri almak durumundadır. Zira dikkatli ve özenli davranmak insan gücünün üzerinde değildir.

Bugünün teknolojisi ve gelişmişlik düzeyi itibariyle belirli seviyeye kadar depreme mukavemet edebilme ve doğurduğu zararlı sonuçları en aza indirebilme imkan ve ihtimalinin genişlediği açıktır. Dolayısıyla dikkatsiz ve özensiz davranmak suretiyle bina veya yapı eseri yıkılmalarına sebep olan kişi veya kurumların sorumluluğunun doğacağı şüphesizdir. Günümüz hukuk yaklaşımıyla taksirle öldürme ve yaralama suçlarının özel bir türü olarak nitelendirebileceğimiz ve “yapıdaki bozukluk ve mevzuata aykırılık veya sonradan doğan bakım ve onarım ihtiyacı hususunda ilgili kimselere ihtarda bulunulmasına rağmen gereğinin yerine getirilmemesi gibi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar sonucunda bina veya yapı eserinin yıkılması ve bu yıkımın ölüm veya yaralamaya sebebiyet vermesi hali” şeklinde tanımlayabileceğimiz cinâyet-i hâit suçu da insanoğlunun üzerine yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bina veya yapı eseri bulunması, failin bina veya yapı eseri ile ilgili taksirli bir fiilinin olması, faile tekaddümde (ihtarda) bulunulması, failin fiilinin ölüm veya yaralamaya sebep olması ve failin fiili ile ölüm veya yaralama neticesi arasında nedensellik bağının bulunması şeklinde beş unsurdan oluşan cinâyet-i hâit suçunun fiil unsurunu, ölüm veya yaralama neticesini doğuran bina veya yapı eserinin yapılıştaki bozukluk yahut sonradan meydana gelen bakım ve onarım ihtiyacı noktasındaki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar oluşturmaktadır. Suç, ölüm yahut yaralama neticesinin gerçekleşmesiyle tamamlanmaktadır.

Failin sorumluluğunun doğabilmesi, İslam hukukçuları arasında ihtilaflı olsa da, faile usulüne uygun bir şekilde ihtarda bulunulmasına bağlıdır. Söz konusu hüküm ise ilgili kimsenin bina veya yapı eserindeki eksikliği bilmediğine dair getireceği kurtuluş kanıtını bertaraf etmeye yönelik olarak öngörülmüştür. İslam hukuku kaynaklarında ihtara ilişkin sürecin ve ihtarın şeklinin ayrı ayrı etraflıca tespit edildiği görülmektedir. Anılan usule aykırı bir ihtar ise geçerli kabul edilmeyecektir.

Cinâyet-i hâit suçuna karşılık yaptırım olarak diyet veya erş ve tazir cezası öngörülmektedir. Suç sebebiyle ödenmesi gereken diyeti, failin âkile adı verilen belli yakınlık derecesindeki akrabaları, divan yahut beytülmal ödeyecektir. Ancak sonraları kavramın kapsam itibariyle genişlediği ve belirli bir esnaf teşkilatına kayıtlı kimselerin birbirlerinin âkilesi olarak kabul edildiği görülmektedir.

Bu itibarla, İslam hukukuna göre, günümüzde bina veya yapı eseri yıkılmaları neticesinde meydana gelen ölüm ve yaralama hadiselerine, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarıyla sebep olan ilgili kişi veya kurumların bağlı oldukları Ticaret ve Sanayi Odaları, Esnaf ve Sanatkarlar Odaları, Müteahhitler Birliği ve Yapı Denetim Firmaları Birliği gibi örgütlenmeler, üyeleri itibariyle âkile kabul edilebilecek ve bu türden örgütlenmelerin üyelerinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu vesileyle ise anılan örgütlenmeler bir nevi sosyal denetim mekanizması halini alacak ve ilgili üyelerinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarını engellemek noktasında aktif bir rol üstlenecektir. Diğer yandan, tazir cezasının türü ve miktarı ise yetkili yasama organının takdirindedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmed. *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011.
- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizade. *Dürerü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020.
- Âlûsî, Şihâbuddin Mahmûd. *Rûhu'l-meânî fî tefsîri'l-Kur'âni'l-azîm ve's- sebi'l mesânî*. Beyrut: Dârü'l-Kütübil-İlmiyye, 1415.
- Angell, Elizabeth. "Bir Şehir Manzarası: İstanbul'un Tarihinde Depremler." *Büyük İstanbul Tarihi*, 1:510-518. İstanbul: İBB Yayınları, 2015.
- Ardoğan, Recep. "Doğal Âfetler Karşısında Müslümanlık." *Din ve Hayat*, no. 41 (2020): 40-45.
- Arslan, Mustafa. "Afet Sonrası Güvenlik İhlalleri ve Karşı Tedbirler." İç. *International Symposium On Natural Hazards And Hazar Managemenet 2016*. ed. İnan Keskin, Cevdet Göloğlu. Karabük: Karabük Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Arlantaş, Nuh. "Zelzele." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 44:227-231. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Avaner, Tekin ve Özge Ayas. "Jandarma Bölgesinde Afet Yönetimi ve Malvarlığına Karşı Suç: Elazığ ve Malatya Depremleri Örnekleri." *GJEBS* 10, no. 20 (2021): 26-41.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku -I- Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku -II- Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ayaklı, Muhammed Halil. *İslam Hukukunda Taksirle İnsan Öldürme*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Aykanat, Mehmet ve Melikşah Aydın. "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 1 (2020): 209-236.

- Başpınar, Veysel ve Mehmet Altunkaya. "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi." *AÜHFD* 57, no. 1 (2008): 95-131.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*. İstanbul: Ravza Yayınları, 2018.
- BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 26:33.
- BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:66.
- BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:77.
- BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:80.
- BOA, İrâde Hususi, Yer Bilgisi: 27:94.
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail. *Sahîhü'l-Buhârî*. thk. Mustafa Dîb el-Buğâ. Dimeşk: Dârü İbn Kesîr, 1993.
- Çağrı, Mustafa. "Âfet." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1:398-399. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Çatalcalı Ali Efendi. *Açıklamalı Osmanlı Fetvâları Fetâvâ-yı Ali Efendi*. haz. H. Necati Demirtaş. İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 2014.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*. Ankara: Türk Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.
- Develioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*. Ankara: Aydın Kitabevi, 2003.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1995.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as. *Sünen-i Ebî Dâvûd*. thk. Şuayb el-Arnâvût. Beyrut: Darü'r-Risaleti'l-Âlemiyye, 2009.
- Ebû Yûsuf, Yakub b. İbrahim b. Habîb. *el-Harâc*. thk. Tâhâ Abdurraûf Sa'd, Sa'd Hasan Muhammed. Kahire: el-Mektebetü'l-Ezheriyye li'tTurâs.
- Efendizade, Oktay. "Gence." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 14:17-20. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslam Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2018.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019.

- Erem, Faruk ve Nevzat Toroslu. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Ergün, Mehmet. "İslam Hukukunda Yapı Mâliklerinin Kusursuz Sorumluluğu." Doktora Tezi. Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Esen, Hüseyin. *İslam Hukukunda Mali Cezalar*. İzmir: Yeni Akademi Yayınları, 2006.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Fetâvâyi Hindiyeye (Fetâvâyi Alemgirriye)*. çev. Mustafa Efe. Ankara: Akçağ Yayınları, 1986.
- Feyzullah Efendi. *Fetâvâ-yı Feyziye*. haz. Süleyman Kaya. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Genç, Mehmet ve Mehmet Mazak. *İstanbul Depremleri Fotoğraf ve Belgelerde 1894 Depremi*. İstanbul: İğdaş Kültürel Yayınları, 2000.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2011.
- Halebî, İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm. *Mülteka'l-Ebhur*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998.
- Heyet. *Neticetü'l-Fetava*. Haz. Süleyman Kaya vd. İstanbul: Klasik Yayınları, 2014.
- İmam Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî. *el-Muvoatta'*. nşr. Beşşâr Avvâd Ma'rûf. Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1991.
- Kahveci, Nuri. "İslam Hukukuna Göre 'Taşınmaz Maliki'nin Sorumluluğu." *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* no. 12 (2008): 1-20.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kıyık, Mustafa Harun. "Genel Olarak Âfet ve İslâm Hukukunda Âfet Olgusunun Kavramsal Çerçevesi." *İğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* no. 7 (2016): 61-90.
- Kıyık, Mustafa Harun. "İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Âfetlerin Akitlere Etkisi." Doktora Tezi. Erzurum: Atatür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

- Kudurî, Ebu'l-Hasen Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer. *Muhtasaru'l Kudurî*. Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- Kula, Naci. "Deprem ve Dini Başa Çıkma." *Gazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2002): 234-255.
- Manastırlı İsmail Hakkı. *İslam Hukukumda Kişilere Karşı Suçlar (Mi'yâr-ı Adalet Şerhi)*. haz. Mustafa Avcı, Mansur Karadağ. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Merginânî, Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr. *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*. thk. Talâl Yûsuf. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*. thk. Mahmud Ebu Dakîka. Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1937.
- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Okandan, Recai G. "Hamurabi Mecellesi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 17, no. 1-2 (1951): 283-315.
- Okur, Kaşif Hamdi. *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Akile Örneği*. Ankara: İsam Yayınları, 2017.
- Ömer Hilmi. *Miyâr-ı Adâlet*. İstanbul, 1301.
- Özaydın, Abdülkerim. "Münkız (Benî Münkız)." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 32:15-16. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Özel, Ahmet. "Âfet." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1:399. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Paçacı, İbrahim. "Diyet Bir Cezâ mıdır? (Cezâî ve Medenî Müeyyide Açısından Diyet)." *Mütefekkir* 2 (2014): 87-105.
- Râgıp el-İsfahânî, Ebu'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed. *el-Müfredât fi garîbi'l-Kur'ân*. thk. Safvan Adnan Dâvudî. Beyrut: Dâru'l-Kalem, 1992.
- Saylık, Mutlu. "Kur'an da Depremle Helâk Edilen Kavimler." *Dicle İlahiyat Dergisi* 19, no. 2 (2017): 137-159.
- Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebû Bekir Muhammed B. Ahmed. *Mebûât*. ed. Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2018.
- Şemseddin Sami. *Kâmûs-ı Türkî*. İstanbul: Çağrı Yayınları, 2007.
- Şener, Esat. *Açıklamalı – Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.

- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-Fetâvâ*. haz. Süleyman Kaya vd. İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.
- Tandoğan, Halûk. *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tatar, Özcan ve Suha Oğuz Baytimur. "1789-1808 Yılları Arasında Osmanlı Devleti'nde Depremler ve Meteorolojik Âfetler." *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 30, no. 2 (2020): 505-518.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed. *Sünenü't-Tirmizî*. thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Muhammed Fuâd Abdülbâkî, İbrâhim Atve İvaz. Kahire: Mustafa el-Bâbî el-Halebî, 1975.
- Türk Hukuk Lûgatı*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1956.
- Türkçe Sözlük*. haz. Şükrü Halûk Akalın. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, 2009.
- Ûdeh, Abdülkadir. *et-Teşrîu'l-Cinâiyyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i*. Beyrut: Daru'l-Kâtibi'l-Arabî.
- Ûçok, Coşkun ve Ahmet Mumcu. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Ûrekli, Fatma. "Osmanlı Döneminde İstanbul'da Meydana Gelen Âfetlere İlişkin Literatür." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 8, no. 16 (2010): 101-130.
- Zengin, Fatih. "İslam Tarihinde Salgın Hastalıklar ve Doğal Afetler." *Afet İlmihali*, haz. Fikret Karaman, Malatya: İnönü Üniversitesi Yayınevi, 2020, 251-264.
- Zorlu, Süleyman Emre. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukuki Tahlili." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 2 (2022): 543-570.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*. Dımeşk: Daru'l-Fikr.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN GELİŞİMİNDE İRRASYONEL DELİL OLARAK ORDAL

Ordeal as Irrational Evidence in The Evolution of Criminal Procedure Law

Yusuf KILIÇ*

Öz

Kıta Avrupası'nın ceza muhakemesinin gelişim sürecinde, suç işledikleri ileri sürülen kişilerin bu suçu işleyip işlemediklerine yönelik bir işleme tabi oldukları görülmektedir. Ceza muhakemesi gelişiminde "ordal" ismiyle karşılanan bu hâl, kişinin suçsuzluğunu ispata yarayan ve bir nevi bedeniyle sınava girdiği muhakeme süreci olarak kendine yer bulmuştur. Batı Avrupa ceza muhakemesi gelişiminde sistemli bir faaliyete dönüşen ordalın anlaşılması, modern ceza muhakemesine giden yolun aydınlatılması bakımından önem arz etmektedir. Bu gerekçeyle çalışmanın konusunu, ceza muhakemesinin ilkel döneminde yer alan, hemen her toplumda emareleri görülen, ilkel ve irrasyonel yargulamalarda metafizik bir müdahale ve beklenti şeklinde karşımıza çıkan "ordal" kavramının ceza muhakemesi boyutuyla ele alınması oluşturmaktadır.

1879 tarihli Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu ile Fransa'nın, 1929 tarihli ve 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Almanya'nın ceza usul

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi; Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yusufkilig@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0554-2194.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 05.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 04.10.2024.

Atıf/Citation: Kılıç, Yusuf. "Ceza Muhakemesi Hukukunun Gelişiminde İrrasyonel Delil Olarak Ordal." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2427-2455.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

hukukunu benimseyen Türk ceza muhakemesi hukuku, felsefi köklerini aldığı bu hukuk sistemlerinin gelişiminde önemli yer tutmuş olan bahsi geçen muhakeme süreci ile de bu vesileyle bağlantılı olmaktadır. Bu sebeple, mehz kanunların ruhlarını ve temel esaslarını anlamak yolunda, gelişimlerini bilmek ve bu kanunların ortaya çıkışına kadar geçirdiği aşamaları incelemek gerekir. Alınan kanunların menşeyini oluşturan hadiselerle vâkıf olunması, hukuk düşüncesinin modern kavramlar ve sistemlerin oluşumuna etkisinin ne olduğunun bilinmesi, hukuk düşüncesinin ona kaynaklık eden geçmişinden ona yol gösterecek geleceğini aydınlatması adına önem taşır. Nitekim, ordal uygulamalarının delil hukukunun gelişiminde irrasyonel bir rol oynaması ve adil olmayan neticelere yol açması, bu sistemin sorgulanmasına yol açmış ve yeni bir sistem olarak kanuni delil sisteminin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu çalışmada, ordal uygulamalarının, kanuni delil aşamasına geçilmesi bakımından bir antitez oluşturması sebebiyle, kanuni delil aşamasına geçişte oynadığı rol üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ordal, Suyla Yargılama, Ateşle Yargılama, Adli Düello, Engizisyon, Kanuni Delil.

Abstract

In the development of criminal procedure in continental Europe, it is observed that persons who are alleged to have committed an offence are subjected to a process to determine whether they have committed this offence or not. In the development of the criminal procedure, this process, which is known as '*ordeal*' in the development of criminal procedure, has found its place as a judgement process in which the person is tested with his/her body in order to prove his/her innocence. Understanding the ordeal, which turned into a systematic activity in the development of criminal procedure in continental Europe, is important in terms of illuminating the path to modern criminal procedure. For this reason, the subject of this study is to examine the concept of '*ordeal*', which takes place in the primitive period of criminal procedure, whose signs are seen in almost every society, and which appears as a metaphysical intervention and expectation in primitive and irrational judgements, from the perspective of criminal procedure.

The Turkish criminal procedure law, which adopted the criminal procedure law of France with the Code of Procedure of Criminal Procedure dated 1879 and

of Germany with the Code of Criminal Procedure No. 1412 dated 1929, is thus connected with the aforementioned judgement process, which has an important place in the development of these legal systems from which it takes its philosophical roots. For this reason, in order to understand the spirit and basic principles of the reference laws, it is necessary to know their development and to examine the stages that these laws went through until their emergence. It is important to be familiar with the events that constitute the origin of the source laws and to know the impact of legal thought on the formation of modern concepts and systems in order to enlighten the future of legal thought that will guide it from the past that is the source of it. As a matter of fact, the fact that ordeal practices played an irrational role in the development of the law of evidence and led to unfair results led to the questioning of this system and paved the way for the emergence of the legal evidence system as a new system. In this study, the role of ordeal practices in the transition to the statutory evidence phase will be emphasised, as they constitute an antithesis in terms of the transition to the legal evidence phase.

Keywords: The Ordeal, Trial by Water Trial by Fire, Trial by Combat, The Inquisition, Legal Evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin günümüz koşullarına uyum sağlayacak şekilde ve hukuk devleti merkezli yapılanması kendiliğinden oluşan bir süreç değildir. Modern ceza muhakemesi öncesinde, muhakeme sürecinde metafizik müdahale beklentisi yahut yaygın kullanımıyla *tanrının hükmü* (*Gottesurteil*), hakem olarak tayin edilmek isteniyorsa burada ordala başvurulmaktaydı. Çalışmanın konusunu oluşturan ordal, farklı kullanımları olsa da genel olarak bir ispat sorunu dolayısıyla var olmuştur. Bu bağlamda ceza muhakemesinin gelişiminde işlenen suçun nasıl ispat edileceği hususundaki tarihsel gelişim üç dönemde incelenebilir.

Birinci dönem, insanların pozitivistten son derece uzak olduğu ilk çağ medeniyetlerinde görülmektedir. İlkel medeniyetlerde başlayıp en azından Batı hukuku açısından Papa III. Innocent'in 1215 tarihinde IV. Lateran Konsilindeki kınamasıyla kırılma noktasına ulaşan ordal, varlığını bir şekilde 18. yüzyıla kadar sürdürmüştür. Muhakeme sürecindeki mantık dışılık ve sonucun tamamen şansa

bırakılmış olduğu bu ispat vasıtası, Orta Çağ'daki karanlık zihniyeti göstermesi bakımından önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza muhakemesinin gelişiminde ikinci dönem olarak kanuni delil ilkesinin temellendirilmesi yer almaktadır. Bu dönemde artık yargılama faaliyeti başka bir karakter kazanmaya başlamıştır. Bu dönemin gelişimi kilise hukuk mekanizmasının gelişimiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu bağlantının sebebi o dönem için hayatın her alanına nüfuz etmiş Katolik kilisesinin toplum yaşamının merkezinde konumlanmış olmasıdır. Bu durum, etkisini toplumun her alanında olduğu gibi hukuk alanında da göstermiştir. Bu dönemde iddia faaliyeti artık engizitörlerin yürüttüğü bir sürece dönüşmüştür. Bu dönemin esas ayırt edici özelliği ise artık yargılamalarda gözetilen kanuni delilin varlığı olmuştur.

Ceza muhakemesinin gelişiminde üçüncü evre, vicdani delilin esas olduğu dönemdir. Bu dönemde hâkimler delilleri serbestçe takdir etmektedir ve kanuni delilin şekle bağlılığından arı tutulmuştur.

Ceza muhakemesinin delil gelişimindeki bu temel esaslar verildikten sonra, çalışmanın dönem ve mekân itibarıyla sınırının belirtilmesi gerekmektedir. Buna göre, çalışmanın dönem itibarıyla sınırı, kanuni delilin kabul edilmesine kadar olan süreçtir. Ayrıca çalışma, mekân itibarıyla da ordal uygulamalarının Batı Avrupa örnekleriyle sınırlıdır.

Bu çalışma, ilkel ceza muhakemesi devrine ait olmakla birlikte modern ceza muhakemesi hukukunun gelişimine antitez olarak katkı sunmuş olan "ordal" kavramını daha anlaşılır hale getirmeyi amaçlamıştır.

I. ORDAL HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Orta Çağ Avrupası'nda adaletin tecellisi için tanrının doğrudan müdahalesi beklentisinin olduğu bir ceza muhakemesi işlemi mevcuttu. Ceza yargılaması tarihinde, "ordal" kavramı ve dolayısıyla "tanrı yargısı" bu yönde geliştirilmiş usuli ispat vasıtalarıdır. Buna göre "her şeyi bilen tanrının" çağrıldığında, diğer bir ifadeyle hükmüne başvurulduğunda kayıtsız kalmayacağı¹ ve birtakım

¹ Franz Pflaz, *Die germanischen Ordalien* (Liepzig: C.G. Naumann,1865), 3.

işaretler aracılığıyla bir şüphelinin suçluluğu veya masumiyeti hakkında hüküm vereceği kabul edilmektedir.²

A. Kavramsal Çerçeve

Latince “*Judicia Dei*” şeklinde ifade edilen kavram Almanca’da “*Urteil*” (hüküm), “*Gottesurteil* (tanrının hükmü), “*Gottesgericht*” (tanrının mahkemesi) kavramlarıyla da ifade edilmektedir”.³ “*Ordal*” kavramı; İngilizce’de “*ordeal*” olarak, İspanyolca’da “*ordalia*”, Fransızca’da “*ordalie*” olarak yer almaktadır.

Türk hukukunda “*ordal*” kavramının ilk kullanımı Mahmud Esad Efendi tarafından kaleme alınan Tarih-i İlm-i Hukuk isimli çalışmada “tecrübe-i maneviye” ve “muhakeme-i ilahiye” şeklinde olmuştur.⁴ Türk Hukuk Lügati’nde *ordal* için, “*sanıkları ateş, kaynar su gibi şeylere maruz kılma suretiyle bunların suçlu olup olmadıklarını tespit usulü*” ifadelerine yer verilmiştir.⁵ Türk hukukunda *Sevük*, bu kavramı “*ordali*” şeklinde ifade ederken⁶ Ozansü, “*ordal*” kelimesini kullanmıştır.⁷ Feyzioğlu, söz konusu kavramı “*karakter ve dayanıklılık denemeleri*” şeklinde isimlendirmiştir.⁸ Karakehya, çalışmasında kavramı “*ordeal*” şeklinde kullanmıştır.⁹

² Peter Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess* (Darmstadt: wbg Academic, 2020), 59.

³ Maria Dobozy, *The Saxon Mirror a Sachsenspiegel of the Fourteenth Century* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999), 22.

⁴ Mahmud Esad Efendi, *Tarih-i İlm-i Hukuk*. Editörler Fethi Gedikli vd. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 246.

⁵ Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati* (Ankara: Maarif Matbaası, 1944), 526. Halide Edip Adıvar’ın “Türk’ün Ateşle İmtihanı” isimli eseri İngilizceye “The Turkish Ordeal” olarak çevrilmiştir. Halide Edip Adıvar, *The Turkish Ordeal*, (New York-London: The Century Co., 1928).

⁶ Vasfi Raşit Seviş, “X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (1956): 312.

⁷ Cemil Ozansü, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 154.

⁸ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat* (İstanbul: Işık Yayınları, 2015), 33.

⁹ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016), 29.

Bu çalışmada ise kavramın karşılığı olarak “*ordal*” kelimesinin kullanımı tercih edilmiştir.

B. Ordal'ın Ortaya Çıkışı

Ordal'ın ilk olarak nerede ve hangi kavimlerde ortaya çıktığına ilişkin net bilgiler mevcut olmamakla beraber yapılan çalışmalar göstermektedir ki bu kurumun ilk izlerine Hint-Cermen kavimlerinde rastlanılmıştır.¹⁰ Erler'e göre ordal gezici-göçebe ilkel bir kültür havzasına ait olmakla birlikte¹¹ kurumun kökeni noktasında net bir belirleme yapmak zordur, ayrıca yazar “*tanrı hükmü*” mefhumunu spesifik olarak bir kavme ait olmaktan ziyade insanlığın tarihine ait ortak bir mesele olarak değerlendirilmiştir.¹²

Bugün kıta Avrupası'na hâkim olan hukuk ve ceza yargılaması ayrımı, Cermen topluluklarına yabancıydı. Yargılama, suçlama (*Accusatio*) faaliyetliyle başlardı.¹³ Adından da anlaşılacağı gibi, süreç tek bir suçlayıcının mahkemeye bir suçlama getirmesiyle başlamaktaydı. Davacı, sanıkla yüz yüze görüşerek suçlamayı kanıtlama yükümlülüğü altındaydı.¹⁴ Bununla birlikte, yargılamalarda aleniyet ve sözlülük ilkeleri mevcuttu. Muhakeme, tarafların davalarının sözlü ve aleni şekilde karşı karşıya gelmesi şeklinde cereyan ederdi. Yargılamanın kamuya açık ve sözlü yapılmasının esasını, okuma yazma bilmeyen kişilerin hukuki

¹⁰ Henry Charles Lea, *Superstition and Force Essays On The Wager of Law-The Wager of Battle-The Ordeal- Torture* (Philadelphia: Collins Printer, 1866), 187.

¹¹ Erler, ordal'ın kökenine ilişkin ordalın göçebe kavimler merkezinde gelişen bir uygulama olduğunu ifade etmektedir. Yazar, Avrupa'ya yönelen Hun akınlarının söz konusu uygulamayı Avrupa'ya getirmiş olabileceğini tartışmaktadır. Bkz. Adalbert Erler, “Der Ursprung der Gottesurteile,” *Paideuma* 2, no. 1/2 (October 11, 1941): 47.

¹² Erler, “Der Ursprung der Gottesurteile,” 47.

¹³ Klaus Armbrüster, *Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen* (Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 1980), 22.

¹⁴ Jennifer Kolpacoff Deane, *A History of Medieval Heresy and Inquisition* (Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2011), 99.

mevzuyu öğrenebilmeleri ve hukuki hayatta ancak bu surette var olabilmeleri oluşturmaktadır.¹⁵

Cermenlerde hak arayışı özgür bireylerin ya da klanların meselesi olarak yer almaktaydı. Bu dönemde henüz Roma hukuk sistemi ve dolayısıyla onun re'sen yargı mekanizması tanınmıyordu. Cermen muhakeme işlemleri, zarar gören tarafın bireysel teşebbüsüyle başlar, zarar gören tarafın önce zarar verene başvurmasıyla bir anlaşma yapılmaya çalışılırdı. Bu anlaşma genel olarak bir miktar paranın ödenmesi şeklinde olurdu. Bunun yanında cinayet davalarında kan bedeli ödenirdi. Anlaşmanın mümkün olmadığı hâllerde zarar gören taraf ya da yakınları mahkemeye başvurarak haklarını mahkeme önünde dava ederlerdi.¹⁶ Buradan ilkel Cermen topluluklarında bireysel hak talebinin mevcut olduğu ve buna paralel olarak itham sisteminin geliştiği, yargılamalarda aleniyetin ve sözlülüğün esas olduğu sonucu çıkmaktadır. Öncelikle zarar veren taraftan verdiği zararın tazmin edilmesi yoluyla hak talep edildiği, bunun mümkün olmadığı hâllerde ise mahkeme yolunun tutulduğu görülmektedir.

Mahkeme safhasında, davacı, suçlama yoluyla davasını davalı olduğu kişiye yöneltirdi, davacı şikayetini resmî bir şekilde davalıya ulaştırmak zorundaydı ayrıca anlaşamayan taraflar dilerse mahkemeden bir uzlaşma zemini bulması için yardım talep ederdi. Bunun dışında, bireysel dava taleplerinde yargılamanın seyri, yürütülmesi ve nihayete erdirilmesi tarafların iradesine bırakılırdı. Çekişmeli davalarda hükmü kabul etmeyen tarafa zorlayıcı bir güç kullanma iradesi mahkemelerde yoktu. Bu hâlde tek yaptırım, hükmü kabul etmeyen tarafın topluluktan ihraç edilmesiydi. Deliller hâkime değil, davanın karşı tarafına sunulurdu; ispat vasıtaları ise yemin ve ordal idi. Bu bağlamda kura atma, düello, ateş ve su ordalı çekişmeli davalarda kullanılan ordal türleri arasında yer almaktaydı.¹⁷

¹⁵ Mariana Sacher, Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexiko (Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 2022), 32.

¹⁶ Armbrüster, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, 22.

¹⁷ Armbrüster, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, 22.

Ceza yargılamasında sanığın güvenilirliği, kendisine uygulanacak prosedür bakımından belirleyiciydi. Suçlama, karşı deliller aracılığıyla bir anda tersine çevrilebilmekteydi. “Schreimannen” olarak isimlendirilen kişiler sanığın güvenilirliğini desteklemek amacıyla bir nevi karakterinin dürüstlüğüne tanıklık etmekteydi. Sanık bir yemin veya ordal aracılığıyla güvenilirliğini kanıtlayabilir ve kendisine yöneltilen suçlamayı bertaraf edebilirdi.¹⁸

Tanrı yargısı, bir yargılama olduğu ölçüde, kişinin “gönüllü olarak” maruz kaldığı fiziksel bir sınanma olarak anlaşılabilir; ancak Orta Çağ’da ordallar büyük ölçüde, yemin etme ehliyetine sahip olmadığı düşünülen ve bu nedenle yemin yardımcılarıyla arınma yemini yolunun kapalı olduğu kesimlerce kullanılmaktaydı ve zamanla sanığın bir hakkı olmaktan ziyade mahkemenin bir zorlama aracına dönüşmüştür.¹⁹

C. Delil Sisteminin Tarihsel Evriminde Ordalın Konumlandırılması

Tarihsel süreç içerisinde delil sistemi evrimi, ilkel toplulukların medenileşmesi sürecinde kademeli bir şekilde cereyan etmiştir. İlkel toplulukların usuli işlemlere bakışı ile modern toplumların usule bakışları farklılık göstermektedir. Bu bağlamda, delil sistemlerinin tasnifleri ve ordalın bu tasnif içindeki konumu önem kazanmaktadır.

Esmein, delil sisteminin evrimini ceza hukukunun evrimiyle çok yakın şekilde ele almıştır²⁰: Yazara göre deliller, etnik aşama, dinî aşama, hukuki aşama ve bilimsel aşama olmak üzere bir sıra izlemiştir. Etnik evrede, ilkel toplulukların, küçük kent devletinin ve ailenin ceza hukukları yan yana var olmuştur. Aile içi cezalandırma hem baba faktörünün ıslah konusundaki kanuniliğinin hem ceza sonucu korkutma-genel önleme amacının hem de topluluğun savunması kavramları ön plana çıkmaktadır. Aileler arasındaki ceza hukuku ise genel olarak misillemeye dayalı bir karakter barındırmaktadır. Dinî aşamada, yargılama

¹⁸ Ulrich Lehmann, *Der Urkundenbericht im Strafprozess* (Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 2018), 29.

¹⁹ Michael Niehaus, *Das Verhör Geschichte-Theorie-Fiktion, Handbuch Rechtsphilosophie* (München: Wilhelm Fink Verlag, 2003), 206.

²⁰ Adhémar Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure* (Boston: Little, Brown, 1913), 617–618.

tanrı/tanrılar adına yapılmaktadır. Bu aşamada “Tanrı yargısı” kavramı ön plandadır. Davalardaki haklılığın ispatı, taraflardan birini çok ciddi ordallara tabi tutarak ilahi adaletin belirleyici rolünün oynandığı bir tiyatronun başarılı şekilde sergilenmesi şeklindedir. Yasal aşamada, kanunun kendisinin farklı ispat yöntemlerinin bir cezayı gerektirmesi adına gerekli veya yeterli ispat derecesinin önceden belirlenmesi esastır. Bu aşamada sanığın itiraf etmesi en değerli kanıt olarak görülmüş ve bunu sağlamak adına işkencenin kullanımı garipsenmemiştir. Duygusal-vicdani aşamada, hâkimin veya jürili yargı olması halinde jüri üyelerinin vicdanlarının onayına başvurulmuştur.²¹

Ferri, ceza muhakemesinde delil sisteminin gelişimi konusunda dört aşama kabul etmiştir²²: Bunlar, ilkel delil aşaması, dinî delil aşaması, kanuni delil aşaması ve bilimsel delil aşamasıdır. İlkel delil aşamasında, öç alma usulünün cari olması dolayısıyla şahsi ve keyfi delillere itibar edilmiştir. Dinî safha, hâkimlerin kendi güç ve iktidarlarının tanrı tarafından sınırlandırıldığından bahisle bu işi tanrıya havale ettikleri safhadır. Bu safhada ordallar kullanılmıştır. Ordalları başarılı şekilde yerine getirebilen kimseler, tanrı tarafından masumiyeti kanıtlanmış kişiler olarak addedilirdi; aksi takdirde bu kişileri suçlu olduğuna hükmedilirdi. Kanuni delil aşamasında kanun, delillerin kıymetini önceden belirlemiştir. Öyle ki hâkim kanaati ne olursa olsun, kanuni delil sisteminin geçerli olduğu safhada tek itibar edilen şey, kanunda yazan delilin özellikleri olmuştur. Kanunun gösterdiği şekilde ve özellikte delil bulunmazsa hâkimin kanaati aksi olsa dahi beraat kararı verilirdi. Kanuni delil aşamasında ikrarın önemi çok yüksek olduğundan bu ikrarı elde etmek adına işkence de bu dönemde uygulanmıştır. Vicdani delil safhasında, hâkimlerin delilleri takdir etme noktasında tam bir serbestisi söz konusudur. Hâkimler vakialarda vicdani kanaatleri ne yönde ise o şekilde karar verirler. Şüphesiz bu aşamada hâkim kanaati, keyfilikten uzak şekilde ve gerekçeli olmak mecburiyetindedir. Bilimsel delil aşaması, bilimsel gelişmelerin sağladığı imkanlarla daha doğru sonuçların alındığı aşama olmakla delil gelişiminin evrildiği en uygun haldir. *Ferri*, vicdani delil sisteminin uygulanması halinde hakkaniyete uygun düşmeyecek şekilde farklı sonuçlar vereceğinden bahsederek onun yerine bilimsel delillerin ikame edilmesini desteklemektedir. Ona göre

²¹ Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure*, 619.

²² Enrico Ferri, *Criminal Sociology* (Boston: Little, Brown, 1917), 464–467.

bilimsel delil dışındaki deliller güvenilir deliller olarak değerlendirilemez; örneğin tanıklık, çok güvenilir bir delil değildir çünkü tanıklığın herkeste etkisi aynı değildir, herkes farklı özelliktedir. Bu sebeple aradan uzun bir süre geçtiği takdirde hakikatin ortaya çıkmasını sağlayacak kesinlik taşımamaktadır.²³ *Ferri'nin sınıflandırması sonradan Türkiye'de tekrarlanmıştır.*²⁴

*Levy-Bruhl'*ye göre delil sistemi akıl dışı deliller aşaması ve akli-rasyonel delil aşaması olarak temelde ikiye; akli-rasyonel deliller ise kendi içerisinde kanuni deliller aşaması, vicdani deliller aşaması, bilimsel deliller aşaması olarak sınıflandırılmaktadır²⁵: Akıl dışı deliller aşamasında, hâkimler, elinde hakikate ulaşmak için gerekli araçlar olmadığında bile kendilerinden beklenen düzeni koruma ve yargılama faaliyetinin devamı için irrasyonel delillere tevessül etmişlerdir. Bu bağlamda, şüphelenilen kişinin suçlu olup olmadığını anlamak adına bu kişiler belirli denemelere tabi tutulur. Bu denemeler ordal olarak bilinen irrasyonel usulde gerçekleşir. Kanuni deliller aşamasında, "akılcılık" sisteme hâkim olan temel esastır. Kanun koyucu hangi suçların hangi delillerle ispatlanacağı ve söz konusu delillerin ne kuvvette olacağına ilişkin bizzat kendisi bu belirlemeleri yapmıştır. Bu aşamada hâkimden beklenen, esas olarak, kanun koyucunun aradığı şartların gerçekleşip gerçekleşmemesi olmuştur. Vicdani delil aşamasında ise kanuni delil aşamasından farklı olarak hâkime kabul edilebilen bir kanuni delil sınırı koyulmamıştır. Hâkim delilleri değerlendirirken ve söz konusu delillere değer atfında bulunurken bağımsızdır. Bu aşamada hâkimin hukukçu olması şartı aranmamaktadır. *Levy-Bruhl'*ye göre ordal, delil sistemi aşamalarında akıl dışı deliller aşamasında değerlendirilmektedir.²⁶

D. Ordala Başvurmanın Tarihsel Arka Planı

İlkel Cermen muhakeme usulünde, suçüstü durumu söz konusu olmadığında sanığın geleneklere uygun sayıda yemin yardımcısıyla desteklenmesi

²³ Enrico Ferri, *Criminal Sociology*, 464–467.

²⁴ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1955), 157.

²⁵ Henri Lévy-Bruhl, *Soziologische Aspekte des Rechts* (Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 1970), 88.

²⁶ Henri Lévy-Bruhl, *Soziologische Aspekte des Rechts*, 88.

gerekmektedir. Bunun olmadığı durumlarda ordal gündeme gelmektedir. Bu takdirde ispat yetersizliği problemi ortaya çıkmaktadır. İspat yetersizliği durumunda ortaya çıkan ordallar ise iki gruba ayrılmaktadır. Birinci grup olan dağlama, kaynar ve soğuk su ordallarında sanık aktif rol oynarken düello ve çarneh ordallarında davanın iki tarafı²⁷ süreçte aktif rol oynamaktadır.²⁸

Toplum tarafından kendisinden yüz çevrilen/dışlanan “onursuz” kişilerin, özgür olmayan kişilerin yeminle kendilerini temize çıkarabilmelerine imkân tanınmamıştır. Bu grupta yer alan kişiler için alternatif ispat araçları olarak ordalların mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bu kişiler bir suçla itham edildiklerinde kendilerini koruma amacıyla ateş ve su ordalı gibi yöntemlere başvurabilmektedir. Özellikle ilkel dönemde arınma yeminine alternatif olarak sistemleşen adli düello, başlangıçta resmîleştirilmiş bir kan davası türü iken daha sonra bir ordal hüviyetine bürünmüştür.²⁹

E. Ordalin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı

Ordal uygulamaları çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulduğu gibi farklı bölgelerde farklı uygulamalarla da mevcut olmuştur. *Dinzelbacher*, 802 yılında kuzey Thüringen’de kızgın saban demiri ordalının özellikle kadınlardan talep edildiğini ifade etmektedir. Yazar ayrıca, kızgın demir ordalının Norveç’te erkeklere özgü olduğunu da belirtmiştir. Adli düello şeklinde cereyan eden ordallarda kadınların nadiren kabul edildiğini ve onlara düellolarda rakiplerinin toprağa gömülmesi şeklinde ayrıcalıklar tanındığını da ifade etmektedir.³⁰ Bununla birlikte *Pflaz*, kadınların adli düelloya bizzat katılmalarının güney Almanya’da çok yaygın şekilde görüldüğünü ifade etmiştir.³¹ İngiltere’de ise

²⁷ Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971), 480.

²⁸ Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure*, 5.

²⁹ Thomas Weigend, *Deliktsopfer und Strafverfahren* (Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 1989), 35.

³⁰ Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 57.

³¹ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 9.

kadınlar prensip olarak kızgın demir ordalına tabi tutulurken, erkekler soğuk su ordalına tabi tutulmuştur.³²

Cinsiyetin yanı sıra sosyal sınıf farklılaşmasında da farklı ordallar uygulanırdı. Benzer şekilde, taraflardan biri, kendisinden alt bir sınıfa mensup olan bir kişinin kendi dengi olmadığı gerekçesiyle düellodan çekilebiliyordu. Örneğin, Mainz ve Tribur'da yapılan düzenlemelerde soylular arınma yemini ederek ithamlardan kurtulabilirken, özgür olmayan kişiler kızgın demir ordalına tabi tutulmaktaydı ve 1119 yılında Reims'de askeri sınıfa mensup olmayan sanıklar için tanrının hükümleri olan ordallara başvurmak zorunluydu.³³

Suçun türüne göre de ordalda farklılaşma mümkündü. Sapkınlık ve büyü zanlıları, sıcak demir ve soğuk su ordalına zorlanırdı. Krala olan vergi yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediğine inanılan soylulardan istisnai olarak soğuk su ordalına tabi tutulan örnekler de vardır. Kont Hugo von Egisheim ve eşi, vergilerini doğru ödediklerini kanıtlamak için soğuk su ordalına tabi tutuldular.³⁴ Burada kişilerin kendilerini aklamak amacıyla bir ordala kendi istekleriyle katlandıkları anlamı çıkmaktadır. Dolayısıyla, bahsi geçen soylu iki kişinin soğuk su ordalına tabi tutulması, ordalın belirli sınıflara farklı şekilde uygulandığı genel algısının aksine bir örnek teşkil etmez; çünkü, toplumun alt kademelerinde ordala zorlanan kişiler cebir altında ordalı kabul etmekteyken, burada bahsedilen örnekte yer alan soylu iki kişi ise vergilerini doğru ödediklerine olan güveni sağlamak amacıyla kendi istekleriyle bu ordalı kabul etmişlerdir.

Norveç'te geleceğin Kralı IV. Haakon'un doğumunun meşruiyeti, 1218 yılında annesi Vateig'li Inga'nın Bergen'deki imparatorluk meclisinde başpiskopos tarafından başlatılan sıcak demir ordalına tabi tutulmasıyla sağlanmıştır. Inga'nın bu testi geçmesinden sonra başpiskopos hâlâ şüpheleri olan kişileri aforoz etmekle tehdit etmiştir.³⁵

³² Dinzeltacher, Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess, 57.

³³ Dinzeltacher, Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess, 58.

³⁴ Dinzeltacher, Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess, 57.

³⁵ Dinzeltacher, Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess, 57–59.

Orta Çağ dünyasında bireylerin bir klana veya meslek odasına aidiyeti de ordal konusunda farklılaşmayı getirebilirdi.³⁶ Kendisi lehine tanıklık edecek kimseleri olmayan kişiler de bir yargılamaya muhatap olduklarında ordala tabi tutulurdu.³⁷

Soğuk ve sıcak su ordaları farklı zaman dilimlerinde farklı yerlerde sınıf ayrımı gözetilerek uygulanmıştır. *Lea, Hincmar*'ı referans göstererek 9. yüzyılda, su ordalının köle statüsündeki kişiler için uygulandığından bahsetmektedir.³⁸ Bu ordallar halka açık olarak gerçekleştirilirdi.³⁹

Kötü şöhretli olmasıyla bilinen kişiler de ordala tabi tutulurdu. Orta Avrupa'da köyü tarafından hırsız olarak damgalanmış birisi ordala tabi tutulur; eğer aklanmazsa tüm mallarına el konulurdu.⁴⁰

Sanık ordaldan kaçındığı takdirde davacının ordala katlanması gerektiğine ilişkin bir gelenek ve yasa vardı. Bunun dışında ordal sonucunun iddia edenin aleyhinde bir şekil alması halinde ordal yön değiştirirdi. Friz yasalarında hırsızlıkla suçlanan bir adamın ordalla suçsuzluğu kanıtlandığında, davacının yalancı şahitlik suçlamasıyla benzer bir yargılamaya muhatap olduğu ve kendisini aklamak yükümü altında bırakıldığı belirtilmektedir.⁴¹

Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu döneminde derlenen en önemli hukuk kaynaklarından biri olan *Sachsenspiegel*'e göre, kaynar su ve kızgın demir yargılamaları yalnızca daha önceki bir mahkûmiyet ya da itibarsız bir meslek nedeniyle yasal ehliyeti sınırlı olan sanıklar için ayrılmıştı. Diğer iki ordalın aksine, adli düello tam yasal haklara sahip olanlar tarafından kullanılabilirdi. Medeni ya da cezai bir anlaşmazlığı çözmek için herhangi bir kişi kendisiyle eşit olan ya da doğuştan kendisinden aşağı statüde olan herhangi bir kişiyle adli düelloda

³⁶ Karl Kroeschell, *Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht* (Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 1995), 30.

³⁷ Henry Charles Lea, *The Ordeal* (Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1973), 143.

³⁸ Lea, *The Ordeal*, 77.

³⁹ Deane, *A History of Medieval Heresy and Inquisition*, 99.

⁴⁰ Lea, *The Ordeal*, 143.

⁴¹ Lea, *The Ordeal*, 143.

bulunabilirdi. Sachsenspiegel'de ayrıca, diğer yolların başarısız olduğu durumlarda bir mülk üzerinde kimin hak sahibi olduğunu belirlemek için kullanılan su ordalı yönteminden de bahsedilmektedir.⁴²

II. ORDAL'IN GÖRÜNÜŞLERİ

Ordal, çeşitli şekillerde ortaya çıkmıştır. Bunların bazıları şunlardır: Adli düello, kızgın demir ordalı, su ordalı, ateş ordalı, çarmıh ordalı, kutsanmış ekmek ya da peynir ordalı, cesedin şahitliği ordalı, şans ordalıdır. Bu sayılanların dışında da ordallar mevcuttur.

A. Adli Düello Şeklinde Ordal

Avrupa için pagan dönemde izleri görülmeye başlayan adli düello şeklindeki ordal, daha güçlü olanın daha iyi ve bu sebeple de haklı olduğu düşüncesine dayanırdı.⁴³ Bu düellonun uygulanması, tarafların galip olacak olana tanrının yardım etmiş olacağına ilişkin ön kabulüyle ölümcül bir dövüğe atılması şeklinde olurdu.⁴⁴

Adli düello ordalı, Orta Çağ'da en yaygın kullanılan ordal olmuştur.⁴⁵ Bu yaygınlığın sebeplerinden biri, savaşçı ruhlu Cermen kabilelerinde saygın bir ordal olarak kabul görmesiyle ilgilidir. Diğer uluslardan farklı şekilde Cermenlerde adli düello ordalı, ölümcül sonuca bağlıdır.⁴⁶

Adli düellolarda silah seçimi konusunda farklı uygulamalar⁴⁷ olmakla birlikte genel olarak, sanığın statüsüyle bağlantılı olmuştur. Kılıç ya da mızrak genel

⁴² Dobozy, *The Saxon Mirror A Sachsenspiegel of the Fourteenth Century*, 22.

⁴³ Jacob Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* (Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1854), 910.

⁴⁴ Mehmet Cemil Ozansü, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 157.

⁴⁵ Dinzelsbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 41.

⁴⁶ Erler, "Der Ursprung der Gottesurteile," 49–50.

⁴⁷ Pflaz'a göre tarafların sadece deriden ve ketenden üretilen giysileri giyebilmeleri için izinleri vardı ayrıca tarafların başları ve ayakları çıplak olmak zorundaydı. Ancak bize göre Pflaz, adli

olarak soylu kişilerce kullanılmıştır. Soylu olmayan halktan kişiler ise sopalarla dövüşmek zorunda kalmıştır.⁴⁸ Adli düelloda vekalet geçerli bir hukuki işlem olarak uygulanmıştır. Varlıklı kimselerin bir temsilci atadıkları gibi güçlü kimselerin de kendi hiyerarşik astlarından bu konuda yararlandıkları görülmektedir. Ayrıca bu işi profesyonel olarak yapan kimselerin de ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Vekillerin müvekkilleri yerine dövüşmeleri ve yenilmeleri durumunda müvekkilleri yerine sosyal statüleri son derece düşük olan bu kişiler cezalandırılmıştır.⁴⁹

Almanya'da adli düello farklı şekillerde yapılmıştır. Zırhlı soyluların at sırtında imparatorluk sarayında Gotik geleneklere göre onur meseleleri için yaptıkları düellolar zamanla ordallarla iç içe geçerek uygulanmıştır. Aynı şekilde adli düello, İngiltere'de III. Henri ve IV. Henri'nin saraylarında sıklıkla başvurulmuş bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁰

B. Kızgın Demir Ordalı

Kızgın demir ordalı "*judicium ferri candentis*" şeklinde Latince olarak ifade edilmektedir.⁵¹ Bu ordalda, sanık kızgın bir demiri çıplak elleriyle bir mesafeye kadar taşımak zorunda bırakılırdı.⁵² Avrupa'da kızgın demir ordalı farklı bölgelerde farklı şekillerde gerçekleşmiştir; örneğin Anglo-Saksonlarda uygulanması iki temel şekilde olmuştur. Birinci şeklin uygulaması altı, dokuz, on iki saban demirinin yere serilmesi ve sanığın çıplak ayaklarıyla bunların üzerinden (bazen gözleri bağlı şekilde) her bir demire basarak yürümesiyle olurdu.⁵³ İkinci ve daha yaygın olan kızgın demir ordalı ise suçun ağırlığına veya ilgili mevzuata göre belirlenen büyüklükte kızgın bir demir parçasının sanık tarafından belirli bir

düello ile onur meselesi için yapılan düelloları ayırmadan değerlendirmiştir. Bkz. Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 8.

⁴⁸ Dinzeltbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 42.

⁴⁹ Dinzeltbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 55.

⁵⁰ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 8.

⁵¹ Lea, *The Ordeal*, 155; Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 4.

⁵² Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 4.

⁵³ Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 914.

mesafe boyunca elinde taşınması şeklinde uygulanmıştır. Bu mesafe genel olarak dokuz feet ölçüsünde olmuştur.⁵⁴

Kızgın demir ordalının 14. yüzyılda Almanlarda, kızgın demirin iki ucuyla bir taş veya bir başka demire konulmasıyla başlayan ordal, bu ordala tabi tutulan kişinin demiri üç adım taşınmasıyla uygulanmıştır; eğer demir bu mesafeden daha önce bırakılırsa itham olunan kişi suçlandıği husustan hüküm giyerdi.⁵⁵

Kızgın demir ordalının uygulanma şeklinde suçun niteliği ve ihlal ettiği hukuki menfaatin büyüklüğü önem taşımıştır. Örneğin, Anglo-Saksonlarda basit ordalda kızgın demirin ağırlığı bir pound iken üçlü ordal adı verilen usulde demirin ağırlığı üç pound kadardı. Bu ağır ordal, yangın çıkaranlar, sahte para basanlar, kralın hayatına kastedenler gibi ağır cezayı gerektiren suçlarda uygulanmıştır.⁵⁶

Frankların ve Cermenlerin imparatoru Karl I. Der Groß ya da bilinen adıyla Charlemagne devrinde adam öldürme suçunda kızgın demir ordalı kullanılmıştır. 799 yılında toplanan Risbach Konseyi, büyücülük ve cadılık suçlarında bu ordalın kullanılmasını emretmiştir. Bunun dışında Thüringenliler arasında, kocasını zehirlediğinden veya başka bir şekilde öldürdüğünden şüphelenilen kadınlara bu ordal uygulanmıştır.⁵⁷

Anglo-Saksonlarda suçlayan kişi ordalı seçerken, Cermenlerde bu hak suçlanan kişiye verilmiştir. İnsan öldürme suçunda suça iştirak etmediğini kanıtlamak isteyen ve Normandiya Dükünün ölümünde dahlinin olmadığını söyleyen Flandreli Arnoul, kızgın demir ordalı teklif etmiştir.⁵⁸ Zina suçuyla itham edilen kişiler de masumiyetlerini kanıtlarken kızgın demir ordalını kullanmışlardır. Örneğin, 887 yılında piskopos Liutward ile zina yapmakla

⁵⁴ Lea, *The Ordeal*, 41.

⁵⁵ Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 43.

⁵⁶ Lea, *The Ordeal*, 42.

⁵⁷ Lea, *The Ordeal*, 45.

⁵⁸ Lea, *The Ordeal*, 49.

suçlanan İmparatoriçe Richardis masumiyetini ya adli düello ile ya da kızgın demir taşıyarak kanıtlamayı önermiştir.⁵⁹

Avrupa'da 1310 yılı gibi geç bir tarihte bile kızgın demir ordalının kullanıldığı görülmektedir. Tapınak Şövalyeleri tarikatına karşı açılan davada tarikatın Ren başrahibi Kont Frederic kendilerine yöneltilen suçlamaların asılsız olduğunu göstermek adına kızgın demir ordalını teklif etmiştir.⁶⁰

C. Ateş Ordalı

Ateş ordalı altın cevherinin ateşle eritilmesi metaforuyla ifade edilmektedir.⁶¹ Eski Frizya yasalarında balmumundan yapılan bir gömleğin giyilerek kişinin test edildiği anlatılmaktadır. Buna göre sanık balmumuyla ıslatılmış gömleğini giyer ve alevle tutuşturulmuş olan iki odunun arasından yürümek zorunda bırakılırdı.⁶² Yanma olması halinde bu durum sanığın suçlu olduğuna ilişkin kanaati oluştururdu.⁶³

D. Su Ordalı

En önemli yaşam kaynağı olan ve bedensel temizliğin yanı sıra manevi temizliğin sağlanması için kullanılan su, kutsal kabul edilmesi dolayısıyla manevi kirlerden ve suçlardan arınma amacıyla bir manevi karar merci olarak

⁵⁹ Lea, *The Ordeal*, 47.

⁶⁰ Lea, *The Ordeal*, 54.

⁶¹ Friedrich Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache* (Berlin: Walter de Gruyter, 1967), 195.

⁶² Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 4.

⁶³ Pflaz, eserinde bir kutsal mızrak hikayesinden bahsetmektedir. Buna göre Peter Bartholomew 1099 yılında 30 metre yükselen ateşlerin içinden kutsal mızrağı almıştır ve önceleri ona öfke duyan halk onu kutsal bir kişi görerek ona yaklaşıp kıyafetinden bir parça almaya çalışmıştır. O an kendisine bir şey olmamış sanılan Peter, on iki gün sonra ölmüştür. Ölümü üzerine halkın meseleye iki farklı bakışı olmuştur. Birinci görüştekiler Peter'ın yanıklardan dolayı öldüğünü çünkü suçlu olduğunu iddia etmiştir. Diğer görüşte olanlara göre ise kendisine yapılanlar Peter'ın çok ağrına gittiğinden kederinden ölmüştür. Bkz. Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 4.

görülmüştür.⁶⁴ Su ordalı, kaynar su ordalı ve soğuk su ordalı olacak şekilde uygulanmıştır.

1. Kaynar Su Ordalı

Kaynar su ordalı, "*ceneum-judicium aqute ferventis*" şeklinde Latince olarak ifade edilmektedir.⁶⁵ En eski metinlerde geçen ordallardan biri olarak soğuk su ordalına nazaran daha geniş bir uygulama alanı bulmuştur.⁶⁶ Bu usul, hemen her ilkel toplulukta hem ordal hem de ceza olarak görülmektedir. Pagan dönem ilkel topluluklarından kilise tarafından benimsenip uygulanmasına kadar geniş bir zaman diliminde uygulanmıştır.⁶⁷ Bu ordal, bir kazanın kaynama noktasına getirilmesiyle başlardı ve sanığın, bu kaynayan kazana atılan bir taşı veya yüzüğü çıplak elle bularak çıkarması beklenirdi.⁶⁸ Sanığın masumiyeti hakkındaki karar sanığın elinin iyileşme durumuna bakılarak karar verilirdi. Sanığın elinin iyileşmesi halinde masum olduğuna ilişkin karar verilirdi.⁶⁹

2. Soğuk Su Ordalı

Soğuk su ordalı "*Judicium aquae frigidae*" şeklinde Latince olarak ifade edilmektedir.⁷⁰ Soğuk su ordalındaki temel felsefe, ordala tabi kişiyi saf elementlerin, bu element suysa batırmayacağı, topraksa kabul etmeyeceği şeklindeki ilkel Aryanların batıl inanışdır; daha sonra bu batıl inanış,

⁶⁴ Esmâ Öz, "Eski Mezopotamya'da Hukuk Kurallarının Oluşumu Sürecinde Adalet Anlayışı ve Bazı Hukuki Sorunların Çözümünde Nehir/Su Ordali Uygulaması," *Cahit Günbattı'ya Armağan*, ed. İrfan Albayrak, Hakan Erol, ve Murat Çayır (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015), 196.

⁶⁵ Lea, *The Ordeal*, 32.

⁶⁶ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 6.

⁶⁷ Lea, *The Ordeal*, 32.

⁶⁸ Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 919.

⁶⁹ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 3; Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 45.

⁷⁰ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 6.

Hristiyanlıkla birleşerek “gerçeği bir yalanla gizleyen kişinin üzerinde tanrının gürlendiği sulara batmayacağı” şekline bürünmüştür.⁷¹

Soğuk su ordalı, büyük bir fıçıda, havuzda veya nehirde soğuk su kullanılarak yapılırdı. Suç isnadı altındaki kişi, derin suya atılır ve yüzerek yukarı çıkarsa suçlu kabul edilirdi; batarsa masum ilan edilir ve hemen sudan çıkarılırdı.⁷² Söz konusu uygulamalar IV. Lateran Konsilindeki kınamaya kadar çoğunlukla bu işten gelir sağlayan kiliselerdeki havuzlarda yapılmaktaydı. Bu ordalda yöntem, sınanacak kişinin bir iple bağlanarak suya indirilmesi şeklindeydi. Ancak hangi neticeye olumlu sonucun bağlandığı hangi neticenin ise kişinin aleyhine sonuç doğuracağı konusunda tartışma mevcuttur. Bir kısım uygulayıcıların, suyun saf elementinin suçlu insanı içine çekmeyeceğinden hareketle hüküm kurdukları görülmüştür. Diğer kısım uygulayıcılar ise sadece suyun üstüne çıkanların masum olduğundan hareket ederek hüküm kurmuşlardır.⁷³

E. Çarmıh Ordalı

Çarmıh ordalı terim olarak “*judicium crucis*”, “*stare ad crucem*” kavramlarıyla Latince olarak ifade edilen ve davacıyla davalının bulunduğu iki taraflı bir ordaldır.⁷⁴ Bu ordalın varlık sebebi, adli düellonun sebep olduğu kan dökülmesini önlemektir.⁷⁵ Bununla birlikte, adli düello yöntemine başvuramayacak kadar zayıf fiziksel özelliklere sahip olanların iddiasını ispatlamaları için çarmıh ordalını kullanmalarına izin verilirdi.⁷⁶ Davacının ve davalının birtakım ritüeller ve hazırlıklardan sonra bir haçın önünde kollarını kaldırmaları ve sabit şekilde durmalarından ibarettir. Konumunu en uzun süre muhafaza eden taraf, iddiasını ispatlamış sayılırdı. Hristiyan dünyasında Orta Çağ’da bu pozisyon aynı zamanda

⁷¹ Lea, *The Ordeal*, 73.

⁷² Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 6.

⁷³ Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 47.

⁷⁴ Wolfgang Schild, *Die Geschichte der Gerichtsbarkeit: Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtssprechung* (Hamburg: Nikol Verlagsgesellschaft, 2002), 22.

⁷⁵ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 9.

⁷⁶ Lea, *The Ordeal*, 91.

bir secde, dua için de kullanıldığından dini bir prosedür olarak da kullanılmıştır.⁷⁷ *Grimm*, çarmithta ellerin yana açılmasını ilkel pagan tanrıların yardıma çağırılması şeklinde yorumlamıştır.⁷⁸ Bu ordalın çok fazla uygulama alanı olmamıştır.⁷⁹

F. Kutsanmış Ekmek veya Peynir Ordalı

Kökeni pagan Cermen topluluklarına dayanan bu ordal, suç işlediğinden şüphelenilen kişiye bir şeyler yedirerek yapılırdı.⁸⁰ Bu ordal, Latince terim olarak "*judicium offae*", "*panis conjuratio*", "*pabulum probations*" olarak bilinirken, Anglo-Saksonlar tarafından "*cornaed*" şeklinde kullanılır.⁸¹ Kutsanmış ve üzerine tehdit sözleri yazılmış bir parça ekmeğe veya peynirin tereddütsüz bir şekilde yenmesiyle tamamlanmaktadır.⁸²

G. Şans Ordalı

İlkel Cermenlerde bir kişi, faili meçhul şekilde bir kavgada öldürüldüğünde, bu kişinin arkadaşlarının kavgaya katılan yedi kişiyi suçlama hakkı vardı. Eğer bu kişiler cinayeti ikrar etmezlerse on iki kişilik bir topluluğun önüne çıkarılırlar; eğer burada da suçlarını inkâr ederlerse ordala tabi tutulurlardı. Bu ordalda birbirine benzeyen iki dal parçası alınır, bu dal parçalarından birisinin üzerine haç işlenirdi. Daha sonra bu dal parçaları beyaz yünlere sarılırdı. Hakikatin tanrı tarafından meydana çıkarılması için dualar okunurdu. Bir rahip veya küçük bir çocuk (masumiyetinden dolayı) bezleri ellerine alırdı, eğer eline aldığı parçanın içinden işaretli dal çıkarsa sanık aklanmış sayılırdı. Bu uygulama, ordala tabi tüm kişiler için ayrı ayrı yapılır, sona kalan kişi suçlu ilan edilir ve diyet ödemeye mahkûm edilirdi. Eski İrlandalılar arasında ise kura ya da "*crannchur*", beyaz ve siyah

⁷⁷ Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 49.

⁷⁸ Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 927.

⁷⁹ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 9.

⁸⁰ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 9.

⁸¹ Lea, *The Ordeal*, 93–94.

⁸² Dinzelbacher, *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, 48.

taşların karıştırılmasıyla uygulanırdı; sanık siyah bir taş çekerse suçlu ilan edilirdi.⁸³

H. Cesedin Şahitliği

Katilinin cesede yaklaşmasıyla öldürülen kişinin cesedinin kanayacağı veya bir başka işaret vereceği inancı⁸⁴ temelinde uygulanan bu ordal, terim olarak Latince'de "*jus feretri*", "*jus cruentationis*" olarak ifade edilirken, Almanca'da "*Bahrrecht*", "*Bahrprobe*", İngilizcede ise "*bier-right*" veya "*cruenation*" şeklinde yer almaktadır.⁸⁵ Bu ordal, yaşayan bir ceset fikrine istinat eder.⁸⁶ Cesedin şahitliği ordalı, sadece cinayet vakalarında suç isnadı altında bulunan kişilere karşı kullanılmıştır. Şüpheli, cesede yaklaştığında ceset kanamazsa veya herhangi bir şekilde bir işaretle bulunmazsa şüphelinin masumiyeti kanıtlanmış sayılırdı.⁸⁷

Cesedin şahitliği ordalı, tüm Avrupa'ya sirayet etmiştir; farklı coğrafyalarda farklı şekillerde uygulanmış olsa da temel olarak şüphelilerin cesede dokunmaları neticesinde cesedin herhangi bir belirti gösterip göstermediğine bakılarak bir hükme varılırdı. Cesedin şahitliği ordalının bir başka kullanıldığı yer, ıssız bir yerde işlenen faili meçhul cinayetlerde suç isnadı altında bulunan kişilerin durumlarını netleştirmektir.⁸⁸

17. yüzyılda Almanya'da, cesedin şahitliği ordalının uygulanması şu şekilde olmuştur: Kanın iyice pıhtılaşmasını sağlamak için, ceset, göğsü ve karnı açık şekilde birkaç saat boyunca açık havada bırakılırdı. Daha sonra şüphelenilen kişi öne çıkarılır ve kendisine okunan bazı dini kelimelerin tekrarlama istenir, ardından iki parmağıyla cesedin ağzına, göbeğine ve varsa yaralarına dokunması sağlanırdı. Eğer cesette herhangi bir tepki meydana gelirse bu durum sanığın suçlu olduğuna işaret ederdi.⁸⁹

⁸³ Lea, *The Ordeal*, 108.

⁸⁴ Schild, *Die Geschichte der Gerichtsbarkeit: Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtssprechung*, 18.

⁸⁵ Lea, *The Ordeal*, 114.

⁸⁶ Erler, "Der Ursprung der Gottesurteile," 49.

⁸⁷ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 11.

⁸⁸ Lea, *The Ordeal*, 116.

⁸⁹ Lea, *The Ordeal*, 122.

İ. Ordalın Yemin Olarak Kullanılması

İlkel Avrupa ceza muhakemesinde tarafların yemin etmesi kabul edilmiştir. Ancak bazı durumlarda yemin eden kişinin dürüst bir kişi olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Bunun bilenebilmesi için karakter tanıklarına ihtiyaç duyulmuştur. Karakter tanıkları, yeminleriyle adına yemin ettikleri kişinin dürüstlüğünü teyit etmekteydiler. Hâkimlerin buradaki vazifesi ise tarafların hangisinin ifade vermesine izin verilmesiyle ilgiliydi. Taraflardan hangisinin ifade vermesine izin verileceği, davanın neticesini de belirlemektedir ve tüm dava bu esas üzerinde cereyan ederdi.⁹⁰

“*Purgatio canonica*” adıyla yapılan arınma yemini “*Cermen arınması*” olarak da ifade edilmiştir.⁹¹ Ordal olarak kabul edilen bu kurum, ceza davalarında delil olarak kullanılmaktaydı. Ancak devlet yargılamalarının aksine, kilise yargılamalarında hiç kimse yemin ederek kovuşturmadan kaçamazdı. Yemin daha ziyade, diğer delillerin sanığı mahkûm etmeye yetmemesi halinde, kalan şüpheleri ortadan kaldırmaya hizmet etmiştir.⁹²

Anlaşmazlıkları çözmek için düelloya başvurmaları yasak olan, 11. ve 12. yüzyıllarda ordaldan muaf tutulmak için çaba sarf eden kilise mensupları, sonunda arınma yeminini kilise üyelerine özel bir usuli işlem olarak kabul etmişler ve uzun bir süre bunu kullanmışlardır.⁹³

⁹⁰ Alexander Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormarx* (München: Ferdinand Schöningh, 2002), 57.

⁹¹ Pflaz, *Die germanischen Ordalien*, 13.

⁹² Wilhelm Rees, *Die Strafgewalt der Kirche. das geltende Kirchliche Strafrecht, Dargestellt auf der Grundlage seiner Entwicklungsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 1993), 129.

⁹³ Lea, *The Ordeal*, 37.

III. ORDALIN SONA ERMESİ

1215 yılında IV. Lateran Konsili tarafından din adamlarının ordallara katılımının yasaklanması hukukçular tarafından desteklenerek ordalların uygulanmasını zamanla imkânsız hale getirmiştir. Böylece Cermen usulü olarak bilinen ordallar zamanla uygulamadan kalkmaya başlamıştır. IV. Lateran Konsili tarafından ordallara artık din adamlarının katılmasının yasaklanması ve ordalların kınanması kararı, doğal olarak pratikte hemen uygulanmadı. Bununla birlikte, özellikle gerçekleşmesi için bir din adamının varlığını gerektirmeyen adli düello ordalı daha da uzun sürdü. Yavaş yavaş, işlevsel bir ikame gerekli hâle geldi. Yeni yargılama biçimleri yerel olarak farklı derecelerde yerleşti. Geliştirilen kanonik süreç, kanıtların dönüştürülmesine belirleyici bir katkıda bulunmuştur.⁹⁴

İngiltere'de, III. Henry 27 Ocak 1219 tarihli bir emirnamesiyle, o sırada görevlerine başlayan yargıçlara, "ateş ve su ile yargılamanın Roma Kilisesi tarafından yasaklandığını göz önünde bulundurarak başka ispat yöntemlerini kullanmaları" talimatını vermiştir.⁹⁵

Thomas Aquinas'ın fikirleri merkezinde şekillenen kilise hukukunda, sanığın hâkime kendisine isnat edilen suç hakkında her koşulda doğruyu söyleme görevi vardır. Burada ifade edilmelidir ki, sanığın yükümlülüğü sadece kendisine isnat edilmiş suç için geçerlidir. Bunun dışında, başka herhangi bir suç için kendisini ifşa yükümlülüğü altında değildir. Diğer bir ifadeyle, bu dönemde değiştirilmiş ve kısıtlanmış bir "nemo tenetur ilkesi"nin de var olduğu görülmektedir. Bu ilke, ilerleyen zamanlarda engizisyon usulünün ortaya çıkmasıyla geçersiz ilan edilecektir.⁹⁶

Engizisyon yargılaması, modern ceza muhakemesine geçişte önemli bir evreyi oluşturmaktadır. 1215 yılında IV. Lateran Konsilinde, delil hukukuyla ilgili genel paradigma değişikliği, ceza muhakemesinin maddi gerçeği ortaya çıkarma

⁹⁴ Sacher, Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexiko, 42.

⁹⁵ Lea, *The Ordeal*, 175.

⁹⁶ Helge A. Wiechmann, *Nonverbale Verhaltensweisen im Strafprozess* (Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 2022), 145.

noktasında bir araç olarak kullanılması gerektiği sonucunu çıkarmıştır. Bu kapsamda, Cermenlerin ordal usulünün yerini engizisyonun alması, dünyanın gizemden arındırılması şeklinde yorumlanarak hakikatin maddi olarak belirlenmesi düşüncesi tanrı yargısının yerini almıştır.⁹⁷

Ollinger' a göre, geleneksel ispat yöntemlerinin, özellikle de tanrı yargısının kabul edilebilirliği hem Bolognalı hukukçular hem de kilise tarafından giderek daha fazla sorgulanır hâle gelmişti. 1215 tarihli IV. Lateran Konsilinde III. Innocent, din adamlarının ordallara katılmasını yasaklamış, III. Honorius ise bu yasağı 1222'de laik davaları da kapsayacak şekilde genişletmişti. Ordal yargılamalara yönelik kilise yasağının seküler alanda da önemli sonuçları olmuştur: başlangıçta "kanıt hukukunda doldurulması zor bir boşluk" bırakmış ve bu boşluk ancak yavaş yavaş tanıklar, bilirkişiler, görgü tanıklığı ve özellikle de itiraf gibi yeni, "maddi" kanıt araçlarıyla doldurulmuştur.⁹⁸

Tarde, ordalların terkedilmesini 12. yüzyılda, Bologna okulunun hukukçularının yarı gömülü Roma hukukunu yeniden keşfetmesiyle açıklamaktadır. Bu okullarda yetişenler, kadim kan davası adetlerini ve ulusal geleneklerinin büyük parçası olan ordalları bir yana bırakıp hukukçular tarafından sistemli hâle getirilen kanon hukukundaki usul hukukunu benimsediler.⁹⁹

Schild, günden güne daha çok içselleştirilen ve ruhanileştirilen Hristiyan inancı için bir tezat oluşturması dolayısıyla ordal uygulamalarının zayıfladığını ve 1215 tarihli Lateran Konsilinin ordalların karşısında net bir duruş sergilemesiyle bu pagan adetlerin sonunun geldiğini ifade etmektedir.¹⁰⁰

⁹⁷ Sacher, *Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexiko*, 21.

⁹⁸ Thomas Ollinger, *Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht* (Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 1997), 59.

⁹⁹ Gabriel Tarde, *Penal Philosophy*, ed. Edward Lindsey and Rapelje Howell (Boston: Little, Brown and Company, 1912), 436.

¹⁰⁰ Schild, *Die Geschichte der Gerichtsbarkeit: Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtssprechung*, 22.

SONUÇ

Ordal uygulamaları ilkel ceza muhakemesi yargılamalarında yaşanan ispat sorununu çözmek amacıyla geliştirilmiştir. Suçüstü olmayan hallerde yaşanan ispat sorunu, ordal uygulamalarının gelişimine sebep olmuştur. İddia sahibinin iddiasını ispatla yükümlü olduğu devirden çok önce, yani ilkel ceza muhakemesi döneminde, suç isnadı altındaki kişi masumiyetini kanıtlamak zorundaydı. İddia ve ispat yükümlülüğünün, modern ceza muhakemesinin tam tersi olduğu devirlerde, itham edilen kişilerin masumiyetini kanıtlayacak bir delil bulamadığında başvurulmuş bir yol olmuştur.

Ordallar, kıta Avrupa'sında Cermen kavimlerinin etkinlik sahalarını genişletmelerine paralel olarak geniş bir sahada uygulanmıştır. Ordal uygulamaları, bölgeden bölgeye farklılık gösterdiği gibi cinsiyet ve toplumsal sınıf gibi etmenlere göre de farklılık kazanmıştır.

Adli düello şeklinde cereyan eden ordalda, kişilerin seçebileceği silahların dahi buldukları sosyal sınıfa göre değişmesi olgusu, Avrupa'da orta çağ hukuk zihniyetini yansıtmaması bakımından güzel bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Toplumda gönüllü olarak herkes ordal yapabiliyordu. Ancak toplum tarafından dışlanmış ve onursuz olarak nitelendirilmiş kişiler ile bir klan veya meslek odasına ait olmayan kişiler yemin hakkından mahrum olmalarından dolayı bu zümreler için ordal kendilerini temize çıkarma noktasında bir zorunluluk olarak uygulanmıştır.

Ordal uygulamaları, barındırdıkları akıl dışı süreçler ve hakkaniyetsiz sonuçlar dolayısıyla modern ceza muhakemesinin gelişimine antitez olarak katkı sunmuştur.

Ordal uygulamaları ilkel ve hakkaniyetsiz olsa da kendi döneminin anlayışına göre bir adalet felsefesine sahip olmuştur. Bu düşünce temel dayanağını, suç işlemiş olanın doğa üstü güçler tarafından korunmayacağı, temiz olanın ateşte yanmayacağı, suçlu olanın temiz su tarafından kabul edilmeyeceği gibi temel olarak kötü davranış karşısında ateşin, suyun veya herhangi bir şansın o kişinin yanında olmayacağına dayanmaktadır.

Ordallar, bugün kıta Avrupa'sının ceza muhakemesinin gelişiminde yer alan bir olgu olarak modern ceza muhakemesine geçişte önemli bir dönüm noktası

olmuştur. Ceza muhakemesinin gelişiminin ilkel safhasında, masum olan kişinin haklılığının tanrı tarafından korunacağına ilişkin irrasyonel düşünce, ordal uygulamalarının sebebinin oluşturmaktadır. Bu Pagan kökenli hukuk ritüeli, Katolik kilisesi merkezli hukukun gelişimi ve yayılımıyla bilhassa 1215'te IV. Lateran Konsilinde alınan kararlarla bir kırılma noktasına ulaşarak zayıflamaya başlamış ve aydınlanma dönemine kadar azalarak uygulanmıştır. Bununla birlikte, bu tarihe kadar ceza yargulamalarında bir delil olarak uygulanan ordalın yerine, yeni bir usulün ikamesi ihtiyacı doğmuştur. Bu noktada, ceza yargılaması bir paradigma değişimine sahne olmuştur. Söz konusu değişim, metafizik bir müdahalenin beklendiği irrasyonel bir delil olarak kullanılan usulün yerine konan kanuni delilin sistemleştirilerek kurumsallaştırılmasıyla gerçekleşmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Armbrüster, Klaus. *Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 1980.
- Deane, Jennifer Kolpacoff. *A History of Medieval Heresy and Inquisition*. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2011.
- Dinzelbacher, Peter. *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*. Darmstadt: wbg Academic, 2020.
- Dobozy, Maria. *The Saxon Mirror a Sachsenspiegel of the Fourteenth Century*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999.
- Mahmud Esad Efendi. *Tarih-i İlm-i Hukuk*. Editörler Fethi Gedikli vd. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Erler, Adalbert. "Der Ursprung der Gottesurteile." *Paideuma* 2, no. 1/2 (October 11, 1941): 44–65.
- Esmein, Adhémar. *A History of Continental Criminal Procedure*. Boston: Little, Brown, 1913.
- Ferri, Enrico. *Criminal Sociology*. Boston: Little, Brown and Company, 1917.
- Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*. İstanbul: Isık Yayınları, 2015.
- Grimm, Jacob. *Deutsche Rechtsalterthümer*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1854.
- Ignor, Alexander. *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormarzes*. München: Ferdinand Schöningh, 2002.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- Kluge, Friedrich. *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*. Berlin: Walter de Gruyter, 1967.
- Kroeschell, Karl. *Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 1995.
- Lea, Henry Charles. *Superstition and Force Essays on the Wager of Law-The Wager of Battle- The Ordeal- Torture*. Philadelphia: Collins Printer, 1866.

- — —. *The Ordeal*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1973.
- Lehmann, Ulrich. *Der Urkundenbericht im Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 2018.
- Lévy-Bruhl, Henri. *Soziologische Aspekte des Rechts*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 1970.
- Niehaus, Michael. *Das Verhör Geschichte-Theorie-Fiktion. Handbuch Rechtsphilosophie*. München: Wilhelm Fink Verlag, 2003.
- Ollinger, Thomas. *Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 1997.
- Öz, Esmâ. "Eski Mezopotamya'da Hukuk Kurallarının Oluşumu Sürecinde Adalet Anlayışı ve Bazı Hukuki Sorunların Çözümünde Nehir/Su Ordali Uygulaması." *Cahit Günbattı'ya Armağan*. Editörler İrfan Albayrak, vd. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, (2015): 185-202.
- Ozansü, Mehmet Cemil. *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Pfalz, Franz. *Die germanischen Ordalien*. Leipzig: Druck von C.G.Naumann, 1865.
- Rees, Wilhelm. *Die Strafgewalt der Kirche. das geltende Kirchliche Strafrecht, Dargestellt auf der Grundlage seiner Entwicklungsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 1993.
- Sacher, Mariana. *Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexiko*. Berlin: Duncker & Humbolt Berlin, 2022.
- Schild, Wolfgang. *Die Geschichte der Gerichtsbarkeit: Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtssprechung*. Hamburg: Nikol Verlagsgesellschaft, 2002.
- Seviğ, Vasfi Raşit. "X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* no 2 (1956): 276-343.
- Taner, Tahir. *Ceza Muhakemeleri Usulü*. 3. Basım, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1955.
- Tarde, Gabriel. *Penal Philosophy*. Translated by Edward Lindsey and Rapelje Howell. Boston: Little, Brown and Company, 1912.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971.

Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lugati*. Ankara: Maarif Matbaası, 1944.

Weigend, Thomas. *Deliktsoffer und Strafverfahren*. Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 1989.

Wiechmann, Helge A. *Nonverbale Verhaltensweisen im Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humboldt Berlin, 2022.

ADİL CEZA YARGILAMASINDA ÇELİŞMELİ YARGILAMA VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKELERİ BAKIMINDAN MÜDAFİİN ÖNEMİ

*Die Bedeutung des Verteidigers für ein faires Strafverfahren im
Hinblick auf die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens
und der Waffengleichheit*

Özge Ceren YAVUZ KILIÇ*

Öz

Adil yargılanma hakkı, suç isnadı altındaki kişiye ceza muhakemesinde tanınan önemli bir haktır. Taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen bu hak, ulusal hukukumuzda da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36'ncı maddesinde açıkça tanınmıştır. Adil yargılanma hakkı, alt unsur olarak çeşitli hak ve ilkeler içeren karma bir yapıya sahiptir. Alt unsurlarından çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri önemli bir yere sahip olup yine adil yargılama hakkı kapsamındaki savunma ve müdafiden yararlanma haklarıyla yakından ilişkilidir. Çünkü adil bir ceza yargılaması için ceza muhakemesi sürecinde riayet edilmesi gereken ilkelerden olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliğinin gerçekleşmesinde, savunma ve müdafiden yararlanma hakları kritik bir konuma sahiptir. Öyle ki, anılan hak ve

* Arş. Gör, Necmettin Erbakan Üniversitesi, ocyavuz@erbakan.edu.tr, 0000-0002-0139-3999.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 08.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.12.2024.

Atıf/Citation: Yavuz Kılıç, Özge Ceren. "Adil Ceza Yargılamasında Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bakımından Müdafinin Önemi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2456-2507.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



ilkeler birlikte adil yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır. Bu doğrultudaki önemlerine istinaden, çalışmada, ceza muhakemesinde adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesinde çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından müdafiiin önemi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Müdafii, Adil Yargılama, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Yargılama, Savunma Hakkı.

Zusammenfassung

Das Recht auf ein faires Verfahren ist ein wichtiges Recht, das einer Person, die einer Straftat beschuldigt wird, in einem Strafverfahren zuerkannt. Dieses Recht, das in Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der wir beigetreten sind, geregelt ist, wird in unserem nationalen Recht in Artikel 36 der Verfassung der Türkischen Republik ausdrücklich anerkannt. Das Recht auf ein faires Verfahren hat eine gemischte Struktur, die verschiedene Rechte und Grundsätze als Unterelemente enthält. Unter seinen Unterelementen nehmen die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit einen wichtigen Platz ein und stehen in engem Zusammenhang mit dem Recht auf Verteidigung und dem Recht auf Inanspruchnahme eines Verteidigers im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren. Denn das Recht auf Verteidigung und das Recht auf Inanspruchnahme eines Verteidigers sind von wesentlicher Bedeutung für die Verwirklichung der Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit, die zu den Grundsätzen gehören, die im Strafverfahren im Hinblick auf ein faires Strafverfahren beachtet werden müssen. Die vorgenannten Rechte und Grundsätze bilden somit zusammen die Grundlage für das Recht auf ein faires Verfahren. Ausgehend von ihrer Bedeutung in dieser Hinsicht wird in dieser Studie die Bedeutung des Verteidigers im Hinblick auf die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit für die Verwirklichung eines fairen Verfahrens in Strafverfahren dargestellt.

Schlüsselwörter: Verteidiger, Recht auf ein faires Verfahren, Waffengleichheit, kontradiktorisches Verfahren, Recht auf Verteidigung.

GİRİŞ

Her adil ceza yargılamasının temel bileşeni müdafidir.¹ Müdafinin önemi, adil yargılanma hakkı bağlamındaki bilhassa silahların eşitliği ilkesi ve bu doğrultuda da çelişme ilkesi bakımından kendini belirgin şekilde göstermektedir. Zira, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından, yine adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken savunma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı önem taşımakta, bu kapsamda da müdafinin önemli bir konumda bulunmaktadır. Ayrıca bu ilke ve haklar kendi içlerinde de birbirleriyle bağlantılıdır. Öncelikle, savunma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı birbiriyle alakalıdır; çünkü ceza muhakemesinde suç şüphesi altındaki kişinin savunma hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi bakımından müdafiden yararlanma hakkından istifade edebilmesi önem arz eder. Diğer yandan, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri de birbirleri ile yakından ilgilidir ve hatta birbirlerinin tamamlayıcısıdır²; bu gerekçeyle birbirlerinden ayrı düşünülmeleri ve incelenmeleri zordur. Örneğin, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi hâlinde taraflar arasındaki denge de bozulacak³ ve dolayısıyla çoğu zaman silahların eşitliği ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

Hakkaniyete uygun yargılamanın temel unsuru, taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanması ve yargılamanın çelişmeli olmasıdır.⁴ Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri adil yargılanma hakkında mündemiç olup birlikte adil

¹ Brian Valerius, "EMRK Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren," in *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Jürgen Graf (beck-online.beck.de: Verlag C. H. Beck), Rn. 43.

² Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 11; AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §25, RG. 13.07.2015, S. 29415; AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §25, RG. 10.05.2014, S. 28996; Yar. CGK, E. 2018/443, K. 2019/553, 17.9.2019. Ayrıca bkz. Cumhuriyet Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 21, Özel Sayı (2019): 3053 vd.; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 222.

³ AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §25, RG. 10.05.2014, S. 28996.

⁴ *Rowe and Davis v. the United Kingdom* App. no. 28901/95 (ECHR, 16 February 2000) §60; AYM, B. no 2013/1386, 16.04.2015, §24, RG. 13.07.2015, S. 29415.

bir yargılamanın zeminini oluşturmaktadır.⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı kapsamına dahil ettiği gibi Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde bu ilkelerin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa)'nın adil yargılanma hakkının da yer aldığı 36'ncı maddesi kapsamında olduğunu değerlendirmektedir.⁶ Ayrıca Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay, hem hukuk hem ceza davalarında yargılamanın tüm aşamalarında çelişmeli yargılama ve silahların eşitliğinin teminata alınıp adil yargılanma hakkının korunmasını, hukuk devleti olmanın gereklerinden addetmektedir.⁷ Öyle ki, adil yargılanma bireyler için bir hak iken devlet için ise görev olarak kabul edilmektedir.⁸

Bu açıklamalardan sonra, müdafiiin ceza muhakemesindeki öneminin, adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi bakımından özellikle çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri perspektiflerinden daha somut bir hâl alması dolayısıyla, bu ilkelerin gerçekleşmesine hizmet ettikleri hedefler açısından da belirginleştiğini ifade etmek mümkündür. Bu gerekçelerle, bahsedilen perspektiflerden müdafiiin öneminin incelenmesi, ceza muhakemesinde müdafiiin bu yönde doğrudan ve ayrıca dolaylı olarak sağladığı faydaların daha derin analiz edilebilmesine olanak tanıyacaktır. Böylece, çalışmanın konusunu, ceza muhakemesinde adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesinde çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından müdafiiin öneminin incelenmesi oluşturmaktadır. Bu anlamda

⁵ Karş. Ulrich Karpenstein und Franz C. Mayer, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar*, (München: Verlag C. H. Beck, 2022), Art. 6 Rn. 126; Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 9. Çelişmeli yargılama hakkının silahların eşitliğini içkin olduğu yönündeki görüş için bkz. Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 126.

⁶ Bkz. AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §23, RG. 13.07.2015, S. 29415; AYM, B. no. 2012/13, 02.07.2013, §38; AYM, E. 2012/69 K. 2012/149, 01.10.2012, RG. 13.02.2013, S. 28558; Feldbrugge v. the Netherlands App. no. 8562/79 (ECHR, 29 May 1986) §44; Bönisch v. Austria App. no. 8658/79 (ECHR, 6 May 1985) §32; Nideröst-Huber v. Switzerland App. no. 18990/91 (ECHR, 18 February 1997) §23; Kress v. France App. no. 39594/98 (ECHR, 7 June 2001) §72; Rowe and Davis v. the United Kingdom App. no. 28901/95 (ECHR, 16 February 2000) §60.

⁷ AYM, B. no. 2013/7727, 04.02.2016, §52, RG. 18.03.2016, S. 29657; Yar. CGK, E. 2017/1049, K. 2020/115, 18.2.2020.

⁸ Yar. CGK, E. 2017/1049, K. 2020/115, 18.2.2020.

olmak üzere, çalışmada, öncelikle ceza muhakemesinde genel olarak adil yargılanma hakkına ve bu bakımdan müdafinin önemine ilişkin açıklamalarda bulunulmuş; daha sonra, özel olarak, sırasıyla çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından genel açıklamalarda bulunularak müdafinin önemi bu ilkeler perspektifinden değerlendirilmiştir.

I. CEZA MUHAKEMESİNDE GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN

A. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

Ceza muhakemesi hukukunda, genel olarak “*sanığa ve mağdura tanınan hakların tümü ve insan hakları ihlal edilmeden yapılan yargılama*” anlamına gelen⁹ adil yargılama, anayasal değerlerin mümkün olan en iyi şekilde optimizasyonunu gerektirir.¹⁰ Bu yönüyle kapsamlı bir hukuki ilke olarak adil yargılanma hakkı (*right to a fair trial*, İng.; *Recht auf ein faires Verfahren*, Alm.), hem yargılamaların düzenlenmesini hem hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayarak keyfi hukuk uygulamalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.¹¹ Hukuk tekniği anlamında düzenleyici bir ilke olmasının yanı sıra, fikir olarak taraf yargılamalarından gelmektedir: buna göre, herkes kazanmaya çalışabilir ama spordaki “*fair play*” gibi herkes usuli adalet kurallarına riayet etmek zorundadır.¹² Adil yargılanma hakkı sadece suç isnadı altındaki kişi için değil, aynı zamanda

⁹ Yar. CGK, E. 2018/74, K. 2018/86, 13.03.2018, Yar. CGK, E. 2016/10-842, K.-2019/699, 10.12.2019; Yar. CGK, E. 2017/1049, K. 2020/115, 18.02.2020; Yar. CGK, E. 2021/13, K.2021/392, 14.09.2021; Yar. CGK, E. 2021/421 K. 2022/21 18.01.2022; Yar. CGK, E. 2021/373, K. 2022/526, 05.07.2022.

¹⁰ Claus Roxin und Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, (Nördlingen: Verlag C. H. Beck, 2022), 79.

¹¹ Kai Lohse und Sebastian Jakobs, “Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten,” In *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, Herausgegeben von Cristoph Barthe und Jan Gericke (Nördlingen: Verlag C. H. Beck, 2023), MRK Art. 6 Rn. 41.

¹² Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 78-79.

yargılama sırasında herhangi bir şekilde devlet müdahalesine uğrayan yargılamaya katılan her katılımcı için geçerlidir.¹³

Adil yargılanma hakkı, Anayasa'nın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesinde hüküm altına alınmıştır, buna göre: "*Herkes, ... adil yargılanma hakkına sahiptir.*" Görüldüğü üzere, bahsi geçen hüküm ile adil yargılanma hakkı açıkça tanınmışsa da kapsamı ve içeriği düzenlenmemiştir; bu gerekçeyle, adil yargılanma hakkına dahil olan hakların kapsam ve içeriğinin AİHS'in adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir.¹⁴ Hakkın kapsam ve içeriğinin Anayasa'da açıkça belirlenmemiş olması bir eksiklik değildir. Karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmak gerekirse Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (Alman Anayasası)'nda, adil yargılanma hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almadığı görülecektir; buna karşın, Alman hukuk uygulamasında ve öğretisinde adil yargılanma hakkının çeşitli anayasal ilke ve haklara istinat ettirildiği görülmektedir. Öncelikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına ve öğretilerdeki görüşe göre, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesine uygun şekilde yürütülen yargılamaların, özellikle de ceza yargılamalarının temel ilkelerinden bir tanesidir.¹⁵ Buna ek olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının anayasal temel haklardan Alman Anayasası'nın 2'nci maddesinin birinci fıkrası¹⁶ bağlamında genel özgürlük ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi haklarına dayandığına işaret

¹³ Karl Schäfer, *Strafprozeßrecht* (Berlin: Walter de Gruyter, 1976), 101.

¹⁴ AYM, B. no. 2013/4784, 07.03.2014, §30; AYM, B. no. 2013/1138, 27.10.2015, §87, RG. 09.12.2015, S. 29557.

¹⁵ Bkz. BVerfG, 19.10.1977-2 BvR 462/77; BVerfG, 20.12.1979-1 BvR 385/77; BVerfG, 17.05.1983-2 BvR 731/80; BVerfG, 11.02.1993-2 BvR 710/91; BVerfG, 25.09.2001-2 BvR 1152/01; BVerfG, 06.08.2003-2 BvR 1071/03; BVerfG, 12.11.2020-2 BvR 1616/18; BVerfG, 05.10.2020-2 BvR 554/20; BVerfG, 20.06.2023-2 BvR 1167/20; BVerfG, 21.06.2023-2 BvR 1082/21; BVerfG, 21.06.2023-2 BvR 1090/21. Karş. BVerwG, 28.04.1978-7 C 50.75; VerfGH Baden-Württemberg, 16.01.2023-1 VB 38/18; OLG Köln, 30.05.2023 -1 RBs 288/22. Ayrıca bkz. Volker Krey und Manfred Heinrich, *Deutsches Strafverfahrensrecht* (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2019), 186; Schäfer, *Strafprozeßrecht*, 100; Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 14.

¹⁶ "Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir." Deutscher Bundestag. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (Berlin: Deutscher Bundestag, 2024), 14.

etmektedir; genel özgürlük hakkıyla bağlantılı olarak hukuk devleti ilkesi, suçlanan kişinin adil bir ceza yargılamasına tabi olmasının güvencesini böylece teşkil etmektedir.¹⁷ Ayrıca, yine Alman Anayasası'nın insan onur ve haysiyetinin korunmasına ilişkin 1'inci maddesinin birinci fıkrasından¹⁸ da kaynaklandığı ileri sürüldüğü göz önünde bulundurulduğunda Alman hukukunda adil yargılanma hakkının, usule ilişkin genel bir hak olarak, bu hükümden ve Alman Anayasası'nın 2'nci maddesinin birinci fıkrasından¹⁹ türetildiğini; ayrıca Alman Anayasası'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasında²⁰ düzenlendiği üzere hukuk devletinin temel tezahürlerinden bir tanesi olduğunu ifade edebilmek mümkündür.²¹

Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6'ncı maddesinde hüküm altına alınmış olup bu maddenin birinci fıkrası ile genel kural ortaya konmuştur. Buna göre, *"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya*

¹⁷ Bkz. BVerfG, 21.08.2001-2 BvR 2290/00; BVerfG, 07.03.2012-2 BvR 988/10; BVerfG, 16.10.2023-2 BvR 1330/23.

¹⁸ "İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür." Deutscher Bundestag, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 14.

¹⁹ Stefan Harrendorf, Stefan König und Lea Voigt, "Art. 5-7 EMRK, Protokoll Nr. 4, Protokoll Nr. 6, Protokoll Nr. 7, Protokoll Nr. 12 und Protokoll Nr. 13." in: *Handkommentar EMRK Europäische Menschenrechtskonvention*, Herausgegeben von Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim, und Stefan von Raumer (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2023), Art. 6 Rn. 102. Ayrıca bkz. BVerfG, 05.05.1994-2 BvR 2653/93.

²⁰ "Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır." Deutscher Bundestag, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 25.

²¹ LSG Bayern, 13.06.2006-L 17 B 348/06.

kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir."²² Genel olarak, burada, bağımsız ve tarafsız karar veren bir mahkemeye erişim ile adillik ve alenilik ilkelerine uygun gerçekleştirilen bir duruşma prosedürü garanti altına alınmıştır.²³ Bahsi geçen fıkranın, sadece ceza davaları özelinde geçerli olduğuna dair bir sınırlamaya görüldüğü üzere yer verilmemiştir. Buna karşın adil yargılamanın anlamının ceza davalarında daha çok ön plana çıktığı kabul edilmektedir.²⁴ Bu durum, hukuk yargılamalarına nispetle ceza yargılamalarının sonuçlarının daha ağır olmasından ve bu gerekçeyle de bahsi geçen maddenin devamında ceza davaları özelinde düzenlemelerin yer almasından kaynaklanmaktadır. Böylece, sözleşmecî devletlerin hukuk davalarında, ceza davalarına nispetle daha geniş bir serbestiye sahip oldukları anlaşılmaktadır.²⁵

AIHS'in 6'ncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında, öncelikle, bağımsız ve tarafsız karar veren bir mahkemeye erişim hakkı ön plana çıkmaktadır. Ayrıca, ilgili fıkroda, mahkemenin kanunla kurulmuş olması gerekliliğine de işaret edildiği dikkat çekmektedir; nitekim bu doğrultuda olmak üzere, Anayasa'nın 37'nci maddesinin birinci fıkrasında da kimsenin kanunen tabi olduğu mahkeme dışında bir merci önüne çıkarılamayacağına ve aksi sonucu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağına hükmedilmekle kanuni hâkim güvencesi öngörülmüştür. Keza, Anayasa'nın mahkemelerin kuruluşuna ilişkin 142'nci maddesinin birinci fıkrasına göre de "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" Bu güvencelerle birlikte, kişilerin kanunla kurulmuş ve fiilen kanuna uygun şekilde teşekkül etmiş²⁶ bir mahkemede yargılanması sağlanarak mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması,

²² Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur>

²³ Eckhard Pache, *Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess.* Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 20, Heft: 12 (2001): 1343.

²⁴ Raik Werner, "*Faires Verfahren,*" in *Rechtswörterbuch*, Herausgegeben von Weber Klaus, (München: Verlag C. H. Beck, 2024).

²⁵ Perić v. Croatia App. no. 34499/06 (ECHR, 27 March 2008) §18.

²⁶ "*Mahkemenin fiilen kanuna uygun olarak kurulmuş olması da kanunla kurulmuş olmanın diğer yönünü teşkil etmektedir. Buna göre bir mahkemenin, görev ve işleyişi ile ilgili kurallara uygun olarak teşekkül etmemiş ve faaliyet göstermemiş olması hâlinde belirtilen güvenceye aykırı bir durum oluşacaktır.*" AYM, B. no. 2013/1138, 27.010.2015, §89; RG. 09.12.2015, S. 29557.

yargı sisteminin demokratik toplumda yürütmenin müdahalelerine karşısında korumaya alınması, sonuç olarak ise münhasıran millet iradesini temsil eden parlamento tarafından şekillenmesi garanti altına alınır.²⁷

Maddenin devamında, yargılamanın adilliğine işaret edilmiştir; bu kapsamda esas olarak ifade edilmek istenen, ilgili kişinin muhakemenin objesi durumuna düşmemesi gerektiği, bilakis kendi hakları olan ve yargılamanın seyrini ile neticesini etkileyebilecek konuma sahip bir özne olduğudur.²⁸ Zira yargılamanın gerçekleştirilmesinde insan onurunun korunması ancak bu şekilde mümkündür. Gerçekten, Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere, adil yargılanma hakkının temelinde insan onurunun korunması düşüncesi yatmaktadır.²⁹ Duruşmaların aleniliği kuralı ve istisna teşkil edebilecek durumlara da yine AİHS'in 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında işaret edilmiş; ayrıca yargılamanın makul sürede sonuçlanması gerektiği de düzenlenmiştir.

Neticede, AİHS'in 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında, yargılamanın; kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yapılması, makul sürede sonuçlanması, adil ve kamuya açık gerçekleştirilmesi gerektiği ortaya koyulmuş; dolayısıyla açıkça anılan hak ve ilkeler öngörülmüştür, bunların hepsi de yargılamanın hakkaniyete uygun gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Diğer yandan, AİHM, bahsi geçen maddeyi yorumlarken açıkça sayılmamasına karşın şu hak ve ilkelerin de 6'ncı madde dahilinde zımni unsurlar olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir: *mahkemeye başvurma hakkı, çelişmeli yargılama, silahların eşitliği, delillere ilişkin ilkeler, gerekçeli karar, susma ve kendini*

²⁷ AYM, B. no. 2013/1138, 27.010.2015, §88, RG. 09.12.2015 S. 29557.

AİHM, AİHS m.6/1'in amaçları doğrultusunda tarafsızlığın varlığının, subjektif değerlendirme ve objektif değerlendirme olmak üzere iki aşamalı olarak şu şekilde belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir: subjektif değerlendirmeye göre belirli hâkimin belirli bir davadaki kişisel kanaati dikkate alınmalıdır, objektif değerlendirmeye göre ise hâkimin ilgili konuda herhangi bir meşru şüpheyi gidermeye yetecek güvenceler sunup sunmadığına bakılmalıdır, bkz. Hauschildt v. Denmark App. no. 10486/83 (ECHR, 24 May 1989) §46.

²⁸ Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 9.

²⁹ Yar. CGK, E. 2019/699, K. 2019/699, 10.12.2019.

*suçlamama hakkı*³⁰, *hukuki kesinlik ilkesi*, *duruşmada hazır bulunma ve etkili katılım hakkı*.³¹ Özellikle, *savunma hakkı* bu kapsamdaki zımni haklardan biri ve hatta en önemlisi olarak gündeme gelmektedir.³²

AİHS'in 6'ncı maddesinin devam eden ikinci ve üçüncü fıkralarında "*suç ile itham edilen*" kimselerden bahsedilmekle birlikte ceza davaları özelinde hükümlere yer verilmiştir. Suç ile itham edilen kişiye sağladığı güvenceler dolayısıyla AİHS'in 6'ncı maddesi, ceza muhakemesi bağlamında en önemli norm olarak nitelendirilmektedir.³³ Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasına göre "*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*" hükmüyle masumiyet karinesi güvence altına alınmıştır.³⁴ Devam eden üçün fıkrada ise bir suç ile itham edilen herkesin şu asgari haklara sahip olduğuna işaret edilmiştir: "*a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya*

³⁰ Karş. Dağdelen and Others v. Türkiye App. nos. 1767/03, 14246/04 and 16584/04 (ECHR, 25 February 2009) §116; Marttinen v. Finland App. no. 19235/03 (ECHR, 21 April 2009) §60 vd.

³¹ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4 (Ankara: Mrk Yayıncılık, 2018), 3; Ryan Goss, Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014), 90. Karş. Krey und Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 186.; Stefan Seiler, Strafprozessrecht (Český Těšín: Facultas Verlags- und Buchhandels AG facultas Universitätsverlag, 2022), 309; Urs Kindhäuser und Kay H. Schumann, Strafprozessrecht (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2023), 240; Roxin und Schünemann, Strafverfahrensrecht, 20; Lohse und Jakobs, Karlsruher Kommentar, MRK Art. 6 Rn. 41, 42; Pache, "Das europäische Grundrecht," 1344 ff; Karpenstein und Mayer, EMRK Kommentar, Art. 6 Rn. 110; Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 12.1, 35 ff; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023).

³² AYM, B. no. 2013/4784, 07.03.2014, §32. Karş. Kindhäuser und Schumann, *Strafprozessrecht*, 77.

³³ Karsten Gaede, "EMRK Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren," in *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2*, Herausgegeben von Christoph Knauer (München, Verlag C. H. Beck, 2018), Rn. 1.

³⁴ Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur>

çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”³⁵

Anlaşılacağı üzere, asgari standart niteliği taşıyıp detaylı emir ve yasaklar içermeyen 6'ncı madde ile aslında genel bir çerçeve çizilmiştir, böylece sözleşmeciler devletler geniş bir takdir yetkisiyle bu çerçevenin içeriğini doldurabileceklerdir.³⁶ İlke doğrultusunda, suçlanan kişiye tanınacak usuli yetki ve desteklerin belirlenmesi ile bunların nasıl düzenleneceğinin tespiti öncelikle kanun koyucunun, daha sonra ise bu sınırlar dahilinde kanunu yorumlayan ve uygulayan mahkemelerin sorumluluğundadır.³⁷ Ulusal düzenlemelerin AİHS'in 6'ncı maddesine uygun olup olmadıkları, bu maddenin gerekliliklerinin tek tek yerine getirilmesinden ziyade bir bütün olarak adil bir yargılamayı güvence altına alıp almadığına bağlı olarak belirlenmelidir.³⁸ Nitekim AİHM, örneğin bahsi geçen maddenin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan hakların kendi müstakil amaçları olmayıp, asıl amacın ceza muhakemelerinin bir bütün olarak adil olmasını güvence altına almak olduğunu ifade etmektedir.³⁹ Ayrıca AİHS, hakları sadece teorik ve aldatıcı şekilde

³⁵ Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur>

³⁶ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 42. Ayrıca bkz. BVerfG, 12.01.1983-2 BvR 864/81.

Bahsi geçen 6'ncı maddenin birinci fıkrasının, genel bir çerçeve çizmesi dolayısıyla muğlak bir düzenleme olarak nitelendiren görüş için bkz. Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 13. Bu görüşe göre, ilgili maddenin Alman ceza yargılamasında giderek daha önemli hâle gelmesinin ve içtihatlarda usule ilişkin hakların yorumlanmasına bu maddeye giderek daha fazla atıfta bulunulmasının sebebi, düzenlemenin muğlaklığından kaynaklanmaktadır, bkz. Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 13.

³⁷ BVerfG, 12.01.1983-2 BvR 864/81; BVerfG, 02.04.2009-2 BvR 1468/08. Ayrıca bkz. Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 42. Karş. Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 13.

Örneğin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140 ve devamı maddelerinin adil yargılamanın gereği olarak hukuk devleti ilkesinin somutlaştırılmış hâli olduğu ifade edilmektedir, bkz. BVerfG, 25.09.2001-2 BvR 1152/01.

³⁸ Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 14.

³⁹ *Beuze v. Belgium* App. no. 71409/10 (ECHR, 9 November 2018) §122.

değil de somut olarak etkili şekilde güvence alma hedefini taşıdığından, bu hedefin Sözleşmenin 6'ncı maddesi açısından önemi büyüktür; bu bağlamda, ulusal hukukta kanun koyucu Sözleşme ile güvence altına alınan hakları sadece soyut olarak kağıt üzerinde değil, kişiler için gerçekten uygulanabilir şekilde düzenlemeli ve ayrıca hayata geçirmelidir.⁴⁰

AİHS'in 6'ncı maddesinde anılan güvenceler, her durumdaki adli işlemlerde geçerli olduğundan ceza muhakemesinde soruşturmalarda ve ayrıca temyiz aşamasında da geçerli olmalıdır; bu gerekçeyle soruşturma hâkimi bağımsız ve tarafsız olmalı, ayrıca adil yargılama için belirli güvenceler kovuşturmadan önce de geçerli olmalıdır.⁴¹ Diğer bir ifadeyle, genel olarak adli süreç boyunca müdafinin yardımından yararlanma hakkı böylece düzenlenmiş olsa da davanın şart ve özelliklerine bağlı olarak yargılamadan önceki süreçte (mesela ceza muhakemesi

Benzer bir yönde olmak üzere, Anayasa Mahkemesi de adil yargılanma hakkı kapsamındaki bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesinde yargılamanın bütününe dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir:

"...Müdafinin yardımından yararlanma hakkı bakımından önemli olan, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında şüphelinin/sanığın müdafinin yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır. Ancak avukata erişim yönünden getirilen kısıtlama yargılamanın sonraki aşamalarında telafi edilmiş ise savunma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz." AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §78, RG. 27.12.2016, S. 29931.

"Anayasa Mahkemesinin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma ilkeleri bağlamında yapacağı inceleme, başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir." AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §26, RG. 10.05.2014, S. 28996

⁴⁰ Gaede, "EMRK Art. 6," Rn. 7.

⁴¹ Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 5, 104; Gaede, "EMRK Art. 6 R," Rn. 304; Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 9, 13.

"...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde hüküm altına alınan "adil yargılanma hakkı" hukukun üstünlüğü ile adalete erişimi koruyan ve kişilerin ceza muhakemesinin ilk aşaması olan soruşturmanın başından itibaren açık ve adil bir şekilde yargılanmalarını teminat altına alan mutlak bir hak olup, kişilerin hukuk devleti kuralları içinde makul sürede yargılanmasını öngörür. Adil yargılanma hakkı hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup, bireyler için bir hak, devlet için ise bir görevdir. Adil yargılanma hakkının amacı, yargılamanın doğru, hakkaniyete uygun ve adil bir biçimde yerine getirilmesini sağlamaktır.

Adil yargılama, ... soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tamamında geçerli olan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır..." Yar. CGK, E. 2017/1049, K. 2020/115, 18.2.2020.

sürecinde soruşturma evresinde) ya da iç hukuk sistemindeki yapısı nazarı itibara alınmak suretiyle kanun yolu mahkemelerinde de bu hükmün uygulanma kabiliyeti olduğu kabul edilmelidir.⁴² Nitekim AİHM, sadece delillerin sunulma şeklinin adil olmasını yeterli kabul etmemekte ve delillerin toplanma şekli de dahil olmak üzere muhakemenin bütününe AİHS'in 6'ncı maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda adil olması gerektiğinin altını çizmektedir.⁴³ AİHM ayrıca, bir yargılamanın her ne kadar prensip olarak tamamlandıktan sonra bir bütün şeklinde AİHS'in bahsi geçen hükmü gerekliliklerine uygunluğunun incelenmesi gerektiğini ifade etse dahi, kimi istisnai durumlarda ulusal mahkeme hüküm vermeden önce de yargılamanın adilliğinin değerlendirilebileceğine hükmetmiştir.⁴⁴ Hatta, herhangi bir yargılama yapılmaması veya ilgililerin beraat etmesi durumunda dahi, zorla ifade alınması dolayısıyla susma ve kendini suçlamama hakkına riayet edilmemesi hâlinde AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlal edilmiş olacağına hükmetmiştir.⁴⁵

⁴² Granger v. the United Kingdom App. no. 11932/86 (ECHR, 28 March 1990) §44; Imbrioscia v. Switzerland App. no. 13972/88 (ECHR, 24 November 1993) §38; Brennan v. the United Kingdom App. no. 39846/98 (ECHR, 16 October 2001) §45; Berliński v. Poland App. nos. 27715/95 and 30209/96 (ECHR, 20 June 2002) §75; Ibrahim and Others v. the United Kingdom App. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09 (ECHR, 13 September 2016) §253; Meftah and Others v. France App. nos. 32911/96, 35237/97 and 34595/97 (ECHR, 26 July 2002) §41; Kamasinski v. Austria App no 9783/82 (ECHR, 19 December 1989) §106; Delcourt v. Belgium App. no. 2689/65 (ECHR, 17 January 1970) §25; Monnell and Morris v. the United Kingdom App. nos. 9562/81 and 9818/82 (ECHR, 2 March 1987) §56.

Karş. Havana Kuralları m. 1: "Herkes haklarının varlığını tespit ettirmek, korumak ve **ceza muhakemesinin her aşamasında** haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir." (vurgu eklenmiştir). Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/Havana_Kurallari.pdf>

⁴³ Dağdelen and Others v. Türkiye App. nos. 1767/03, 14246/04 and 16584/04 (ECHR, 25 February 2009) §116; Perić v. Croatia App. no. 34499/06 (ECHR, 27 March 2008) §17.

⁴⁴ Freimanis and Līdums v. Latvia App. nos. 73443/01 and 74860/01 (ECHR, 9 February 2006) §69.

⁴⁵ Marttinen v. Finland App. no. 19235/03 (ECHR, 21 April 2009) §60.

Susma ve kendini suçlamama hakkının, adil yargılanma hakkının özünde bulunduğu yönünde bkz. Dağdelen and Others v. Türkiye App. nos. 1767/03, 14246/04 and 16584/04 (ECHR, 25 February 2009) §116.

Adil yargılanma hakkının ihlali, ancak genel bir değerlendirme neticesinde, hukuk devleti bakımından zorunlu olan çıkarımların gerçekleştirilmediği ya da suçlanan kişinin muhakemedeki süje konumu için hukuk devleti çerçevesince gerekli olan unsurlar terk edilmişse gerçekleşmiş sayılır; bu genel değerlendirmenin bir parçası olarak işlevsel bir ceza adaleti sisteminin gereklilikleri dikkate alınmalıdır.⁴⁶ Diğer bir ifadeyle, adil yargılanma hakkının ihlali, bu hakkın geçersiz hâle getirilmesi veya özünün ortadan kaldırılması anlamına gelecek kadar temel bir ihlal (bkz. “*flagrant denial of justice*”, İng.; “*flagrante Rechtsverweigerung*”, Alm.) olmalıdır.⁴⁷ Örneğin, suçlanan kişi iki usul seçeneği arasında seçim yapma hakkı konusunda bilgilendirilirken, belirli bir usul seçeneğinin sadece olumlu yönlerine işaret edilip olumsuz yönlerinden bahsedilmemesi suretiyle ilgili kişinin o seçeneği tercih etmesinin sağlanması⁴⁸, müdafie erişimin sistematik şekilde engellenmesi⁴⁹, taraflardan birinin tanıklarının dinlenilmesiyle çelişen bir gerekçeyle diğer tarafın tanıklarının dinlenilmesinin reddedilmesi⁵⁰, yüksek mahkemenin gerekçe göstermeden yerleşik içtihadından sapması ve uygulama tutarlılığını denetleyecek bir mekanizmanın bulunmaması⁵¹ adil yargılama hakkının ihlal edilmesi neticesini beraberinde getirir.

AİHM tarafından istisnai bir güvence olarak kabul edilip bu nedenle dar yorumlanması gerektiğine, bu gerekçeyle ihlal edilmiş olduğunun kabul edilmesi için çok temel bir aykırılığın aranmasına karşın, AİHS’in pratik anlamdaki en önemli güvencesi yine de 6’ncı madde hükmü olmaktadır.⁵² Öyle ki, 1959’dan 2023 yılı sonuna kadar AİHM tarafından verilen toplamda 22.676 ihlal kararının

⁴⁶ BVerfG, 02.04.2009-2 BvR 1468/08. Ayrıca bkz. Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 42-44; Christoph J. M. Safferling, “Audiatur et altera pars-die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?-Qui statuit alliquid parte inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequus fuit.” *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 24, Heft: 4 (2004): 184.

⁴⁷ Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 100.

⁴⁸ Schäfer, *Strafprozessrecht*, 100.

⁴⁹ Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 100.

⁵⁰ Perić v. Croatia App. no. 34499/06 (ECHR, 27 March 2008) §17.

⁵¹ Ştefan and Ştef v. Romania App. nos. 24428/03 and 26977/03 (ECHR, 27 January 2009) §§35-36.

⁵² Gaede, “EMRK Art. 6,” Rn. 1.

12.892'sinde⁵³ ve dolayısıyla **yüzde 56,85'inde** AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu istatistik, AİHM'in kuruluş tarihinden bu yana vermiş olduğu ihlal kararlarının yarısından fazlasında bahsi geçen maddenin ihlalinin söz konusu olduğu anlamına gelmektedir. Diğer yandan, uzun bir zaman aralığını esas alan bu istatistiksel değerlendirmenin yanı sıra, istatistiklerde günümüze doğru yaklaştıkça oranların değiştiği gözlemlenebilir. Son beş yılda AİHM'in genel olarak vermiş olduğu toplam ihlal kararlarının **yüzde 37,84'ünde** ve ülkemiz hakkında son beş yılda AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının ise **yüzde 24,93'ünde** AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlali söz konusudur.⁵⁴ Görüldüğü üzere, son beş yılda hem sözleşmeye taraf ülkelerin geneli hem de ülkemiz bazındaki istatistikler genel ortalama olan yüzde 56,85'in altındadır. Bu olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir. Ancak son beş yılın istatistiklerine göre de AİHS'nin 6'ncı maddesi pratikte hâlâ önemli bir yere sahip olmaya devam etmektedir.

⁵³ Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-violation-2023-eng?download=true>>;

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_1959_2022_ENG>

⁵⁴ AİHM tarafından 2023 yılında verilen toplamda 892 ihlal kararının 372'si, 2022 yılında verilen toplam 1.059 ihlal kararının 346'sı, 2021 yılında verilen toplam 986 ihlal kararının 344'ü, 2020 yılında verilen toplam 762 ihlal kararının 287'si ve 2019 yılında verilen toplam 790 ihlal kararının 334'ü AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlaline ilişkin iken; ülkemiz hakkında 2023 yılında AİHM tarafından verilen toplamda 72 ihlal kararının 17'si, 2022 yılında verilen toplam 73 ihlal kararının 19'u, 2021 yılında verilen toplam 76 ihlal kararının 23'ü, 2020 yılında verilen toplam 85 ihlal kararının 23'ü ve 2019 yılında verilen 96 ihlal kararının 17'si AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlaline ilişkindir. Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-violation-2023-eng?download=true>>;

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_2022_ENG>;

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_2021_ENG>;

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_2020_ENG>;

<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_2019_ENG>

B. Adil Yargılanma İlkesinin Müdafinin Önemi Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi

AİHS'in 6'ncı maddesinde hüküm altına alınan adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesine istinat etmesi ile bağlantılı olarak, suçlanan kişinin usuli hak ve imkânlarını gerekli uzmanlıkla kullanabilmesini ve devlet makamlarının ya da muhakemenin diğer katılımcılarının tecavüzlerine karşı yeterli bir şekilde karşı koyabilmesini garanti eder.⁵⁵ Bu ise ulusal hukukta, suçlanan kişinin bir avukat bulundurulabileceğine veya gerekirse kendisine bir avukat atanacağına hükmetmekle ve uygulamada bunun hayata geçirilmesiyle sağlanabilir.^{56,57} Adil bir ceza yargılamasının temel unsurlarından birini böylece, AİHS'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde güvence altına alınan, bir müdafî tarafından etkili şekilde savunulma hakkı oluşturur.⁵⁸ Suç ile itham edilen kişinin kendini bizzat savunması, seçtiği müdafî vasıtasıyla savunulması ve belli şartların varlığı hâlinde ücretsiz olarak atanacak bir müdafî tarafından savunulması olmak

⁵⁵ BVerfG, 02.04.2009-2 BvR 1468/08.

⁵⁶ Karş. Schäfer, *Strafprozeßrecht*, 101-102.

⁵⁷ Adil yargılama hakkının ceza yargılamalarına anayasal-liberal bir karakter kazandırmasına karşın son zamanlarda bir etkinlik krizine girdiği ileri sürülmektedir; zira gelişmiş sanayi toplumunun giderek artan ve daha organize hâle gelen suçluluğu ile birlikte ceza hukukunun niceliksel ve niteliksel olarak dikkate değer hipertrofisi ile geleneksel ceza muhakemesi sürecinde başa çıkılamayacağı savunulmaktadır, bu yönde bkz. Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 14.

⁵⁸ Quaranta v. Switzerland App. no. 12744/87 (ECHR, 24 May 1991) §27; Beuze v. Belgium App. no. 71409/10 (ECHR, 9 November 2018) §123; Salduz v. Turkey App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §50-51; Dvorski v. Croatia App. no. 25703/11 (ECHR, 20 October 2015) §76; Correia de Matos v. Portugal App. no. 48188/99 (ECHR, 15 November 2001); Foucher v. France App. no. 22209/93 (ECHR, 18 March 1997) §30; Imbrioscia v. Switzerland App. no. 13972/88 (ECHR, 24 November 1993) §37; Artico v. Italy App. no. 6694/74 (ECHR, 13 May 1980) §§32-33; Simeonovi v. Bulgaria App. no. 21980/04 (ECHR, 12 May 2017) §112; Beuze v. Belgium App. no. 71409/10 (ECHR, 9 November 2018) §123; Ibrahim and Others v. The United Kingdom App. nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09 (ECHR, 13 September 2016) §255).

Karş. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 14/3-d (15 Ağustos 2000 tarihinde ülkemiz tarafından imzalanan işbu Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır).

üzere üç hakkın düzenlendiği bu hüküm vasıtasıyla, bir suç ile itham edilen kimseye karşı gerçekleştirilen adli işlemlerin, savunma için yeterli temsil imkânı tesis edilmeden yapılmaması garanti altına alınmıştır⁵⁹.

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki, savunma ve müdafiden yararlanma hakları birbirleriyle yakından ilişkilidir; zira müdafî yardımından yararlanma hakkı, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını temin eder.⁶⁰ Böylece, adil yargılanma hakkı, suçlanan kişinin ceza muhakemesinde güvendiği bir avukat tarafından savunulma hakkını içerir⁶¹. Ayrıca müdafî masraflarını karşılayamayan kişinin masrafları devlet tarafından karşılanacak şekilde hukuki yardım alabilmesi de yine bu kapsamdadır.⁶² Nitekim AİHS'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde avukat tutabilmek için gerekli maddî imkânlarla sahip olunmaması ve ayrıca adaletin tesis edilmesi için gerekli görüldüğü takdirde, re'sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz şekilde istifade edebilme hakkının da mevcut olduğuna işaret edilmiştir. Kaldı ki demokratik toplumun temel ilkelerinden bir tanesini, savunma haklarının ceza

⁵⁹ Pakelli v. Germany App. no. 8398/78 (ECHR, 12 December 1981) §§31,84.

⁶⁰ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, Ş74, RG. 27.12.2016, S. 29931.

⁶¹ BVerfG, 08.04.1975-2 BvR 207/75; BGH, 06.11.1991-4 StR 515/91; OLG Hamm, 28.01.1999-3 Ws 27/99.

⁶² Karş. BVerfG, 08.04.1975-2 BvR 207/75.

Karş. Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m. 3: "Hükümetler, yoksullara ve gerektiği takdirde mahrumiyet içinde bulunan diğer kimselere adli hizmet verilmesi için yeterli mali imkanlar ve başka kaynaklar sağlar. Avukatların meslek örgütleri bu hizmetlerin, imkanların ve kaynakların organize edilmesinde sunulmasında işbirliği yapar."

Havana Kuralları m. 6: "Avukatı bulunmayan bu durumdaki kimselere, adaletin yararının gerektirdiği bütün olaylarda etkili bir hukuki yardım verilmesi için, suçun niteliğine uygun deneyim ve donanıma sahip bir avukat atanır; bu kimseler avukatlık hizmetinin karşılığını ödeyebilme imkanından yoksun ise, ücretini kendisinin ödemediği bir avukat hakkına sahiptir."

Havana Kuralları, Havana'da 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların İslahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı'nda kabul edilmiştir; Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/Havana_Kurallari.pdf>

yargılamalarında güvence altına alınması oluşturmaktadır.⁶³ Bu gerekçeyle, sözleşmeli devletlerin bu hakkı, sadece hukuki düzenlemelerle teorik şekilde tanınmaları yeterli olmayıp bunu etkili bir şekilde uygulamaya da yansıtılmaları gerekir; bu gereklilik aslında genel olarak adil yargılanma hakkının kapsamında tüm haklar için geçerlidir ve ancak burada daha belirgin hâl almaktadır. Bu doğrultuda ifade etmek gerekir ki, suç isnadı altındaki kişiye devlet tarafından atanan müdafinin de görevini gereği gibi yerine getirmesi önemlidir. AİHM, AİHS'in teorik, aldatıcı ve gerçek olmayan hakları değil ve fakat hem pratik hem etkili hakları teminat altına almak için tasarlandığından bahisle bir avukatı salt görevlendirmenin sanığa sunacağı yardımın etkililiğini tek başına sağlamadığını ifade etmektedir; bu sebeple, her ne kadar avukatlık mesleğinin bağımsızlığı dolayısıyla savunmanın gerçekleştirilmesi temsil edilen ve müdafinin arasındaki bir mesele olsa ve dolayısıyla adli yardım amacıyla atanan avukatın her kusurundan devlet sorumlu tutulmaması da, sözleşmeli devletlerin avukatın etkin temsil sağlama konusundaki başarısızlığının belirgin olması durumunda buna müdahale etmesi gerektiğini belirtmektedir.^{64,65}

İç hukukumuzda savunma hakkı, Anayasa'nın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesinde güvence altına alınmıştır, buna göre: *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* Görüldüğü üzere, savunma hakkı anılan maddede açıkça ifade edilmiştir; zira bu hak, hem hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir hem de adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden birini

⁶³ AYM, B. no. 2013/4784, 07.03.2014, §32. Karş. AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16.06.1992, RG. 06.10.1992, S. 21367.

⁶⁴ Imbrioscia v. Switzerland App. no. 13972/88 (ECHR, 24 November 1993) §§38-41. Karş. Van Geyseghem v. Belgium App. no. 26103/95 (ECHR, 21 January 1999) §33; Pelladoah v. the Netherlands App. no. 16737/90 (ECHR, 22 September 1994) §41; Daud v. Portugal App. no. 22600/93 (ECHR, 21 April 1998) §38.

⁶⁵ Bu kapsamda, atanmış avukatın görevini yerine getirmeyi ihmal etmesinin yanı sıra hayatını kaybetmesi veya ciddi bir hastalığa yakalanması durumunda da salt bir avukat atanmış olması, suç ile itham edilen kişiye etkili bir hukuki yardım sunulduğu anlamına gelmez, Artico v. Italy App. no. 6694/74 (ECHR, 13 May 1980) §33; Vamvakas v. Greece (no 2) App. no. 2870/11 (ECHR, 9 April 2015) §36.

teşkil etmektedir.⁶⁶ Savunma hakkı tanınmadan bir kişinin cezalandırılması, sadece 36'ncı madde hükmüne değil ayrıca Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen masumiyet karinesine de aykırıdır.⁶⁷

Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleşmesini savunma sağlar.⁶⁸ Ceza muhakemesinde savunma makamı, esasen, şüpheli veya sanık ile müdafiden oluşmaktadır.⁶⁹ Şüpheli veya sanık, savunmasını kendisi bizzat gerçekleştirebileceği gibi, seçeceği bir müdafii veya gerekli görülmesi hâlinde re'sen atanacak bir müdafii bulunuyorsa bu vasıta ile gerçekleştirebilir.⁷⁰ Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, Anayasa'nın bahsi geçen 36'ncı maddesinde müdafiden yararlanma hakkına da yer verilmiştir. Gerçekten, müdafii yardımından yararlanma hakkı, anılan maddede bahsi geçen "*meşru vasıta ve yollar*" ifadesinin kapsamı içindedir ve dolayısıyla mevzubahis hak, AİHS'e paralel şekilde Anayasa'ya göre de adil yargılanma hakkının kapsamı ve muhtevasına dahil olup onun tabii bir neticesidir; çünkü savunma için başvurulacak meşru vasıta ve yollar arasında avukatın teknik bilgi ve deneyimlerinden istifade etme olanağı da bulunmaktadır ve hatta bu olanak sözü

⁶⁶ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §70, RG. 27.12.2016, S. 29931.

⁶⁷ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §70, RG. 27.12.2016, S. 29931.

⁶⁸ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §69, RG. 27.12.2016, S. 29931.

⁶⁹ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 165; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 196; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1961), 276 vd.; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 37.

⁷⁰ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 150: Müdafii görevlendirilmesi

"(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturamada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

edilen meşru vasıta ve yollardan en önemlisi olarak kabul edilmektedir.⁷¹ Suç isnadı altında bulunan kişinin bu haktan istifade edebilmesi için devlet pozitif bir yükümlülük altında olduğundan, ilgili kişinin elverişli bir ekonomik duruma sahip olmaması veya hakkaniyete uygun şekilde ceza adaletinin gerçekleşmesi için gerekli görülmesi hâlinde, kişiye resen bir müdafii atanması suretiyle müdafii yardımından yararlandırılması gerekir⁷². Bu doğrultuda, müdafii yardımından yararlandırılmanın gerçekleşebilmesi için ilgili kişiye sadece müdafii atanması yeterli değildir; ayrıca, müdafiiin görevini gereği gibi yerine getirip getirmediği de nazarı itibara alınmalıdır. Zira aksi takdirde ilgili gerçekten bir müdafiden yardım almamış ve sadece kendisine şeklen bir müdafii atanmış olur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de zorunlu müdafiiin etkin bir hukuki yardımda bulunmadığının ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının tespit edildiği durumlarda gerekli müdahalelerde bulunulması gerektiğini, zira Anayasa'nın 36'ncı maddesiyle hüküm altına alınmış olan adil yargılanma hakkı gereği bir suç ile itham edilen kişinin müdafii yardımından yararlanma hakkından istifade edebilmesi bakımından devletin pozitif bir yükümlülük altında olduğunu ifade etmektedir.⁷³ Dolayısıyla devletin yükümlülüğü sadece gerekli durumlarda müdafii atamakla sınırlı değildir; bu müdafiiin görevini gereği gibi yerine getirmediğinin ve etkin bir

⁷¹ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §72, RG. 27.12.2016, S. 29931. Aynı yönde bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 182.

Ayrıca bkz. "...Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur..." AYM, E. 2007/16, K. 2009/147, 15.10.2009, RG. 08.01.2010, S. 27456.

⁷² AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §75, RG. 27.12.2016, S. 29931: "...Şüphelinin/sanığın öznel durumu (örneğin yabancı olması), dava konusunun karmaşıklığı ve isnadın ağırlığıyla bağlantılı olarak suçlamanın ciddiliği değerlendirilerek ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için suç isnadı altındaki kişiye müdafii atanması gerekebilir. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişiden kendisini bizzat savunması istenemez. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için şüphelinin/sanığa müdafii atanması zorunlu ise müdafii görevlendirme konusundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekir..."

⁷³ Bkz. AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §75, RG. 27.12.2016, S. 29931.

hukuki yardımda bulunmadığının tespit edildiği durumlarda müdahalede bulunmayı da kapsamaktadır.⁷⁴

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki en asli haklardan biri olan⁷⁵ ve bu hakkın özünde bulunan⁷⁶ müdafiden yararlanma hakkı, muhakemenin her aşamasında mevcuttur.⁷⁷ AİHM ve Anayasa Mahkemesi, prensip olarak, şüphelinin kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren müdafiden yararlanma hakkının sağlanması gerektiğine işaret etmektedir.⁷⁸ Zira müdafinin temel görevlerinden biri soruşturma aşamasında şüphelinin susma ve kendini suçlamama hakkına dikkat edilmesini sağlamaktır; soruşturma aşamasında şüpheli özellikle kırılabilir bir konumdadır ve bu kırılabilirlik ancak şüphelinin kendini suçlamama hakkına riayet edilmesini sağlaması gereken bir müdafinin yardımı ile yeterince telafi edilebilir.⁷⁹ Diğer bir ifadeyle, iddia makamı karşısında savunmanın dezavantajlı bir konuma düşmemesi adına şüpheli veya sanığın sadece kendisini şahsen savunabilmesi imkânının tanınması yeterli değildir; ayrıca müdafinin yardımından da yararlandırılması gerekebilir.⁸⁰ Bu gerekçeyle, adil yargılanma hakkının kağıt üzerinde kalmaması ve yeterince pratik ve etkili olabilmesi için, her davanın özel koşulları doğrultusunda bu hakkın kısıtlanması

⁷⁴ Nitekim, örneğin zorunlu müdafinin duruşma esnasında hazır bulunmaması, zamansız şekilde duruşmadan çekilmesi yahut görevini icra etmekten imtina etmesi hâlinde CMK'nın müdafinin görevini yerine getirmediği takdirde yapılacak işlem ve müdafilik görevinden yasaklamaya ilişkin 151'inci maddesine göre hâkim veya mahkemenin derhâl yeni bir müdafinin görevlendirmesi gerekir.

⁷⁵ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 54.

⁷⁶ Salduz v. Türkiye App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §53.

⁷⁷ Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 42. Karş. BVerfG, 16.08.1994 - 2 BvR 902/94; OLG Braunschweig, 17.03.2008 - Ss 33/08.

⁷⁸ Salduz v. Türkiye App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §55; AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §76, RG. 27.12.2016, S. 29931; AYM, B. no. 2012/543, 15.10.2014, §64, RG. 17.12.2014, S. 29208.

⁷⁹ Salduz v. Türkiye App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §54; Beuze v. Belgium App. no. 71409/10 (ECHR, 9 November 2018) §128.

Anayasa m. 38/5: "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."

⁸⁰ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §69, RG. 27.12.2016, S. 29931.

için zorunlu sebepler olmadıkça, prensip olarak ilk sorgulamadan itibaren müdafie erişimin sağlanması gerekir.⁸¹

İç hukukumuzda, CMK'nın 149'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre "*Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir.*" Görüldüğü üzere, CMK şüpheli ve sanığın müdafiden yararlanma hakkının, muhakemenin her aşamasında olduğuna hükmetmiştir. Gerçekten, özellikle soruşturma aşamasında müdafie erişim, hatalı hükümlerden kaçınılmasını sağlamakla beraber savcılık makamı ile suçlanan kişi arasında silahların eşitliği de dahil olmak üzere AİHS'in 6'ncı maddesi tarafından izlenen hedeflere ulaşmayı temin eder; üstelik susma ve kendini suçlamama haklarının doğası gereği şüphelinin bu haklar konusunda bilgilendirilmesi önemli olduğundan, müdafie hızlı ulaşım sayesinde şüphelinin bu bilgiye sahip olması sağlanarak yargılamanın adil olmamasının önüne geçilebilir; ancak müdafie erişim gecikirse de savcılık makamının şüpheliyi susma, kendini suçlamama ve müdafii yardımından yararlanma haklarını bildirmesi önem arz eder.⁸² Olay hakkında doğrudan bilgi sahibi olan sanığın beyanları olayın aydınlatılması açısından önemli bir delildir ve suç isnadı altındaki kişinin müdafii hazır bulunmaksızın itiraf gerçekleştirmesi hâlinde bu sebeple her somut olayın değerlendirilmesi gerekir; zira müdafii erişimi sağlanmayan ilgili hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ve bu kararda kişinin kolluktaki ikrarının kullanılması dolayısıyla savunma hakkı telafi edilemez biçimde zarar görmüş sayılır.⁸³ Örneğin, soruşturmadaki ikrarın işkence ve kötü muamele altında verildiği ileri sürülerek reddedilmesine rağmen ilk derece mahkemesinin ikrarı

⁸¹ Salduz v. Türkiye App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §55.

⁸² Beuze v. Belgium App. no. 71409/10 (ECHR, 9 November 2018) §§125, 130; Salduz v. Türkiye App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §53; AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §76, RG. 27.12.2016, S. 29931. Karş. Dağdelen and Others v. Türkiye App. nos. 1767/03, 14246/04 and 16584/04 (ECHR, 25 February 2009) §116.

⁸³ Salduz v. Türkiye App. no. 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) §55.

hükme dayanak olarak kullanması AYM tarafından özen eksikliği olarak nitelendirilmiştir.^{84,85}

II. ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKESİ BAKIMINDAN MÜDAFİİN ÖNEMİ

A. Genel Olarak Çelişmeli Yargılama ilkesi

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan çelişmeli yargılama ilkesi, bir ceza davasında hem iddia makamına hem de savunmaya, diğer tarafın sunduğu görüşler ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma imkânın verilmesi gerektiğini ifade eder.⁸⁶ Dolayısıyla, yargılamanın çelişmeli olarak gerçekleştirilmesiyle diyalektik bir süreç gündeme gelir. “Gerçekliği ve onun çelişmelerini incelemeye yarayan ve bu çelişmeleri aşmayı sağlayan yolları aramayı öngören akıl yürütme yöntemi” olarak tanımlanan⁸⁷ ve *gerçeği bulma sanatı* olarak telakki edilen⁸⁸ diyalektiğin anlamı, insanlık tarihindeki en eski diyalektik uygulama olarak nitelendirilen⁸⁹, ceza muhakemesinde itham-savunma-hüküm üçlüsü bakımından ön plana çıkmaktadır. “Barika-i hakikat müsademe-i efkârdan

⁸⁴ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §79, RG. 27.12.2016, S. 29931.

⁸⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi sosyal devlet ve genel eşitlik ilkelerinden yola çıkarak “varlıkların ve yoksulların hukuken korunan alanda geniş kapsamlı şekilde eşitlenmesi” gerektiği sonucuna vararak bu gerekliliği hukuk devleti ilkesi ile gerekçelendirmiştir; bu sebeple, avukatla temsil edilme zorunluluğu bulunmasa veya bazı durumlardaki avukat tayin etme hakkı bulunması ve hatta hukuki dinlenilme ilkesi bir avukatın katılımını gerektirmese bile sırf bu gerekçenin dahi bir avukata danışmak için geçerli bir neden olduğunu ifade etmiştir, bkz. Bkz. BVerfG, 11.05.2009-1 BvR 1517/08. Benzer gerekçeyle, temyiz mahkemesi duruşmalarında ciddi davalarda kanuni dayanağı olmasa bile sanığa bir müdafî görevlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır; zira ancak bu şekilde sanık yargılamanın nesnesi hâline gelmeyecek ve dolayısıyla insan onuru korunacaktır, bkz. Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 79.

⁸⁶ Brandstetter v. Austria App. nos. 11170/84; 12876/87; 13468/87 (ECHR, 28 August 1991) §67.

⁸⁷ *Güncel Türkçe Sözlük*, Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://sozluk.gov.tr>>

⁸⁸ Faruk Erem, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 34, no.1 (1977): 2.

⁸⁹ Faruk Erem, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 1, no. 1 (1988): 93.

doğar” (fikirlerin çarpışmasından gerçeğin ışığı doğar) sözü bu anlamı açıklamak için yerinde bir ifade olacaktır. Zira gerçek, bir bakış açısı meselesi olduğundan, her ceza muhakemesi tarafının kendine mahsus bir gerçeği, diğer bir ifade ile hükmü bulunmaktadır.⁹⁰ Yargılama makamının, iki karşıtı bir neticede bağdaştırdığı⁹¹ hükmü ise bileşiktir ve bir sentez teşkil eder.⁹²

Gerçekten, ceza muhakemesinde iddia makamı itham ederken kendi tezini ileri sürmekte, savunma makamı ithama karşı savunmasını gerçekleştirirken antitezini beyan etmekte ve yargılama makamı ise hüküm verirken bunların sentezini gerçekleştirmektedir. Geçmişte gerçekleştirmiş bir olayın deliller vasıtasıyla günümüzde ortaya konulmuş şekli olan maddi gerçek⁹³ böylece, farklı ceza muhakemesi sülhelerinin ortak çabası ile ortaya çıkarılmaya çalışılır. En nihayetinde, hükmü veren makamın mutlak gerçeği olarak karşımıza çıkan⁹⁴ maddi gerçeğe, yargılama makamının verdiği hüküm ile ulaşılmış olur. Böylece ceza muhakemesi, diyalektik bir süreç olup *kolektif hüküm verme faaliyeti*, başka bir ifade ile *çelişmeli muhakeme faaliyeti* olarak addedilir.^{95,96} Kolektif hüküm vermekte

⁹⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 28.

⁹¹ Erem, “Savunma ve Ceza,” 94.

⁹² Kunter, *Ceza Muhakemesi*, 29; Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 30-31; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 800.

⁹³ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 65, no. 2 (2007): 126.

⁹⁴ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 27.

⁹⁵ Kunter, *Ceza Muhakemesi*, 29; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 800 vd.; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınları, 2016), 38-39; Eckhart Müller, Reinhold Schlothauer und Christoph Knauer (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung* (München: Verlag C.H. Beck, 2022), §45 Rn. 48.

⁹⁶ “...Ceza muhakemesinin amacı cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturarak maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ancak kolektif yargılama sağlanarak ulaşılabilir. Kolektif yargılama, hükmün verilmesine; iddia, savunma ve yargılama makamlarının birlikte katılmasını ifade eder. Kolektif yargılama yapmanın metodu ise, hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirmeleri suretiyle bütün sülhelerin birbirlerinin fikirlerini öğrenmeleridir. Mağdur da muhakeme evrelerinde diyalektik yargılamanın gerçekleştirilmesine katkıda bulunarak adil bir hükme ulaşılması için kendisine bağımsız olarak kullanabileceği haklar tanınan bir ceza muhakemesi süjesidir...” Yar. CGK, E. 2014/599, K. 2017/431, 24.10.2017.

bir yöntem olan *çelişme ilkesi*, bu şekilde muhakeme faaliyetine katılan sùjelerin fikirlerini karşılıklı olarak birbirlerine bildirmelerini, birbirlerinin düşüncelerini öğrenmelerini ve hep birlikte düşünmelerini olanaklı kılan bir sistem olarak anlaşılmalıdır.^{97,98} Yargıtay, iddia makamının tezine yer verilip savunma makamının antitezine yer verilmeyen ve böylelikle kolektif niteliği haiz olması gerekirken bu niteliğini kaybederek tarafların fikirlerini birbirine karşı bildirmemesi dolayısıyla çelişme ilkesini göz ardı eden mahkûmiyet kararlarının “kanuni ve yeterli” gerekçeden yoksun olduğunu ifade etmektedir.⁹⁹

Tam anlamıyla çelişmeli ve diyalektik bir usul, aslında yapısında şans ve silahların eşitliğini tam anlamıyla barındırır ve prensip olarak diğer tarafın delillerini açıklamasını gerektirir; bu durum mantıksal olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki taraf yargılamalarından kaynaklanmaktadır, zira burada iddia ve savunma makamları “kendi” davalarını genellikle meslekten olmayan bir jüriye kanıtlamak zorunda olduğundan gerçekten çelişmeli bir usul söz konusudur.¹⁰⁰ Kıta Avrupası hukuk sisteminde böyle bir durum söz konusu olmadığı için, savcının konumu da göz önünde bulundurulduğunda Anglo-

“...Ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeği, temel hak ve hürriyetler ile hukukun öngördüğü usule uygun bir biçimde ortaya çıkarmaktır. Bu amaca uygun **olarak yargılama makamının önüne getirilen delillerin ve buna dayanan isnadın çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak tartışılması gerekir...**” AYM, B. no. 2014/253, 09.01.2015, §62, RG. 12.05.2015, S. 29353 (vurgu eklenmiştir).

⁹⁷ Şahin, “Anayasa Mahkemesi,” 3052; Karakehya, “Ceza Muhakemesinin,” 128; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 20-21. Ayrıca bkz. Rowe And Davis v. the United Kingdom App. no. 28901/95 (ECHR, 16 February 2000) §60; Jasper v. the United Kingdom App. no. 27052/95 (ECHR, 16 February 2000) §51.

⁹⁸ “...Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılama ilkesi, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir...” AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §25, RG. 13.07.2015, S. 29415. Ayrıca bkz. J. J. v. the Netherlands App. No. 9/1997/793/994 (ECHR, 27 March 1998) §43; Vermeulen v. Belgium App. No. 19075/91 (ECHR, 20 February 1996) §33.

⁹⁹ Yar. CGK, E. 2016/1113, K. 2021/211, 25.5.2021. Ayrıca bkz. Yar. CGK, E. 2019/622, K. 2022/539, 13.9.2022.

¹⁰⁰ Kai Ambos, “Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren - Teil II, Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002,” *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 23, Heft: 1 (2003): 14.

Amerikan hukukundaki ile aynı şartlarda bir çelişmeli yargılamadan bahsedilemez; çünkü taraf yargılaması söz konusu değildir. Usul hukukunda çelişmeli yargılama ilkesinin çeşitli yollarla güvence altına alınabileceğinin altını çizen AİHM, sözleşmecî devletlere herhangi bir usul telkin etmeden, nasıl bir yöntem belirlenirse belirlensin karşı tarafın bir iddianın dosyaya konulduğuna dair bilgilendirilmesini ve buna cevap vermek için gerçek bir imkânâna sahip olmasını şart olarak aramaktadır.¹⁰¹

Adil yargılanma hakkının önemli bir tezahürü olan çelişmeli yargılama ilkesi, taraflara, sunulan delilleri ve yapılan beyanları öğrenerek mahkemenin kararını etkilemek üzere değerlendirme ve açıklamada bulunma fırsatının verilmesini gerektirir.¹⁰² Dolayısıyla bu ilke, savcılığın elinde bulunan lehe veya aleyhe tüm delilleri savunmaya açıklamasını gerektirir¹⁰³; ancak bu gereklilik bir prensip olup istisnaları mümkündür.¹⁰⁴ Nitekim, Anayasa Mahkemesi, çelişmeli yargılama ilkesinin taraflara dava malzemesine ilişkin bilgi sahibi olma hakkının tanınması gerektirdiğini ve bu durumun, tarafların yargılamanın bütününe aktif şekilde katılabilmesini beraberinde getirdiğini ifade etmektedir; yüksek mahkeme ayrıca, yine çelişmeli yargılama ilkesi gereğince taraflara yorum yapma hakkının tanınması gerektiğini de eklemektedir.¹⁰⁵ AİHM de bu doğrultuda olmak üzere, çelişmeli yargılama ilkesi gereğince sanığın, savunmasını uygun bir şekilde düzenleme ve tüm argümanlarını mahkemeye herhangi bir kısıtlama olmaksızın sunma, sonuçta da böylece yargılamanın sonucunu etkileme imkânına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁶ Dolayısıyla, örneğin tarafların mahkemede dinlenilmemesi veya taraflara delillere itiraz etme imkânının tanınmaması, yargılamanın hakkaniyete aykırı duruma gelmesine neden olabilir.¹⁰⁷

¹⁰¹ Bkz. Brandstetter v. Austria App. nos. 11170/84; 12876/87; 13468/87 (ECHR, 28 August 1991) §67.

¹⁰² Valerius, "EMRK Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren," Rn. 11; Rook v. Germany App. no. 1586/15 (ECHR, 25 October 2019) §56. Ayrıca bkz. AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §25, RG. 10.05.2014, S. 28996.

¹⁰³ Rook v. Germany App. no. 1586/15 (ECHR, 25 October 2019) §58.

¹⁰⁴ Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 11.

¹⁰⁵ AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §25, RG. 10.05.2014, S. 28996.

¹⁰⁶ Bkz. Rook v. Germany App. no. 1586/15 (ECHR, 25 October 2019) §56.

¹⁰⁷ AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §25, RG. 10.05.2014, S. 28996.

Çelişmeli yargılama ilkesi, dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ile yorum yapma haklarının tanınmasını gerektirdiği için, ceza davasında ulaşılmaması istenen temel amaç olan maddi gerçeğin adil yargılanma hakkına uygun olarak ortaya çıkarılması hedefinin gerçekleştirilmesinde en önemli unsurlardan biridir.¹⁰⁸ Zira gerçek bütüne ve dolayısıyla da gerçek hükme varılabilmesinin tek yolu, ceza muhakemesinde diyalektiğin doğal şartlarının tesis ve muhafaza edilmesinden geçmekte olup¹⁰⁹ bu kapsamda da müdafie savunmanın gereklerini yerine getirebilme imkânı sağlanması zaruridir.¹¹⁰ Bu gerekçeyle, ceza yargılamasının çelişmeli olmasında kamu yararı da bulunmaktadır. Çelişmeli bir ceza yargılaması ile hem suç ile itham edilen kişinin adil yargılanma hakkı korunmakta hem de kamu yararı gerçekleşmektedir, zira ceza muhakemesinde hükmün sağlıklı gerçekleştirilen bir sentez sonucunda ortaya çıkması, maddi gerçeğin en isabetli şekilde ortaya çıkmasına hizmet eder.

Çelişmeli yargılama ilkesi, ilk bakışta sadece kamu davası açıldıktan sonra gündeme geldiği izlenimini uyandırabilir; ancak kovuşturma aşamasından önce de çelişmeli yargılama ilkesi söz konusu olur. Örnek olarak, soruşturma aşamasında şüphelinin tutuklu olması mümkündür; bu tutukluma kararının veya tutukluluğun devamına ilişkin kararların verilmesinde de çelişmeli yargılama ilkesine dikkat edilmesi gerekir.¹¹¹ Dolayısıyla tutukluluğun gözden geçirilmesi sırasında savunmanın dosyalara erişim talebinin soruşturmanın amacına yönelik tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kısmen veya tamamen reddedilmesi, müdafinin şüphelinin tutukluluğuna itiraz edebilmesi için gerekli olan belgelere erişimi engellemesi dolayısıyla çelişmeli yargılama ilkesinin ve bunun yanı sıra ayrıca silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi neticesini beraberinde getirecektir.¹¹² Yargılamanın çelişme ilkesine aykırı şekilde gerçekleştirilmesi, çelişme ilkesinin

¹⁰⁸ AYM, B. no. 2013/1780, 20.03.2014, §25, RG. 10.05.2014, S. 28996.

¹⁰⁹ Erem, "Savunma ve Ceza," 98.

¹¹⁰ Erem, "Diyalektik Açından," 7.

¹¹¹ Simone Kämpfer, und Daniel Travers, "StPO § 147 Akteneinsichtsrecht, Besichtigungsrecht; Auskunftsrecht des Beschuldigten," in *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1*, Herausgegeben von Hans Kudlich (Verlag C. H. Beck, 2023), Rn. 27a.

¹¹² Ambos, "Europarechtliche Vorgaben," 14.

adil yargılanma hakkının alt unsurlarından biri olması dolayısıyla AİHS'in 6'ncı maddesiyle ve ulusal hukukumuzda Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrasıyla hüküm altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin göstergesi olacaktır.

B. Çelişmeli Yargılama İlkesinin Müdafinin Önemi Bakımından Değerlendirilmesi

Hükümün şeklen değil hakikaten mevcudiyeti, itham-savunma diyalektiğine bağlıdır¹¹³; zira doğruyu bulmak için sadece itham (tez) yeterli olmadığından ve savunma (antitez) olmazsa hüküm (sentez) sadece ithamı yansıtacağından netice yanlış olacaktır.¹¹⁴ Bu sebeple yargılama makamının maddi gerçeğe en doğru şekilde ulaşabilmesi için sentez sürecinin sağlıklı şekilde işlemesi gerekir. Bunun için de iddia ve savunma bakımından diyalektik koşulların tesis ve muhafaza edilmesi önem arz eder. Bu açıklamalardan sonra, ceza muhakemesi sürecinin amacına ulaşabilmesi için savunma makamına, savunmanın gereklerini yerine getirmesi imkânının tanınmış olması gerektiğini ifade etmekte fayda vardır. Zira aksi hâlde diyalektik sonuç vermeyecektir.¹¹⁵

Gerçekten, ifade edildiği üzere itham-savunma diyalektiği hususunun önemi bağlamında yargılama makamının ceza muhakemesinde maddi gerçeğe en doğru şekilde ulaşabilmesi için savunma makamı kritik bir rol oynamaktadır.^{116,117} 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1'inci maddesinde bir kamu hizmeti olarak telakki edilen avukatlığın, "yargının kurucu unsurlarından olan" bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiğine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla savunma, yargının "kurucu" unsurlarından biri olarak açıkça kabul edilmiştir. Ceza muhakemesi

¹¹³ Erem, "Diyalektik Açıdan," 4.

¹¹⁴ Erem, "Diyalektik Açıdan," 94.

¹¹⁵ Erem, "Diyalektik Açıdan," 98.

¹¹⁶ "Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan 'bağımsız yargı', yargının olmazsa olmaz koşulu olan 'savunma' ile birlikte anlam kazanır. Savunma, 'sav-savunma-karar' üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir." AYM, E. 2007/16, K. 2009/147, 15.10.2009, RG. 08.01.2010, S. 27456.

¹¹⁷ Karş. Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 36.

hukukunda “şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı” (CMK m. 2/1-c) olan müdafî, kelime manası itibarıyla “bir davada, davacı veya davalının haklarını savunan kimse, savunucu” anlamlarına gelmektedir.¹¹⁸ Mesleğinin icrası bağlamında bir kamu görevlisi olan avukat, “hak ve yasa işlerinde isteyenlere yol göstermeyi, mahkemelerde, devlet dairelerinde başkalarının hakkını aramayı, korumayı meslek edinen ve bunun için yasanın gerektirdiği şartları taşıyan kimse” olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁹ Bu anlamda olmak üzere, önemini çelişmeli yargılama ilkesi perspektifinden ceza muhakemesinin temel amacına ulaşamaması boyutunda ciddi şekilde hissettiren ve dolayısıyla kamu yararının gerçekleşmesi bakımından da vazgeçilmez bir konuma sahip olan müdafî, ayrıca somut bir davada ilgili kişinin adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesini de sağladığı için, önemi hem şüpheli veya sanık açısından subjektif hem de kamu yararı bakımından objektif olarak belirginleşmektedir. Nitekim bu gerekçelerle CMK’da ihtiyari müdafiliğin yanı sıra zorunlu müdafiliğe ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir¹²⁰. İhtiyari müdafî, şüpheli veya sanığın müdafî vasıtasıyla savunulmayı tercih etme imkânına sahip olduğu durumlarda görev yapan müdafî iken zorunlu müdafî¹²¹ ise görevlendirilmesi noktasında şüpheli veya sanığın iradesinin ehemmiyet arz etmediği durumlarda vazife icra eden müdafîdir.¹²²

AİHM, bir suç ile itham edilen kişinin ceza yargılamasına etkin şekilde katılma hakkının söz konusu 6’ncı maddeyle garanti altına alındığına işaret ederken, 6’ncı

¹¹⁸ (Güncel Türkçe Sözlük) Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://sozluk.gov.tr/>> Karş. Jürgen Wessing, “StPO § 137 Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers.” in *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Jürgen Peter Graf (München: Verlag C. H. Beck, 2022), 137 Rn. 3-6.

¹¹⁹ (Güncel Türkçe Sözlük) Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://sozluk.gov.tr/>>

¹²⁰ Zorunlu müdafilik hakkında bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 215 vd.; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 229 vd.; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 192 vd.

¹²¹ CMK m. 150/2: “Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.” CMK m. 150/3: “Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturamada ikinci fıkra hükmü uygulanır.” Ayrıca bkz. CMK m. 74/2; CMK m. 91/7; CMK m. 101/3; CMK m. 204; CMK m. 247/4.

¹²² Yar. CGK, E. 2011/10-182, K. 2011/204, 11.01.2011. Ayrıca bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 194.

madde bir bütün olarak okunduğunda bu hususun çelişmeli yargılama mevzuuna mündemiç bir hak olduğunun anlaşıldığına işaret etmektedir.¹²³ Gerçekten, iddiaya karşı savunma tanınmadığı takdirde, çelişmeli yargılama ilkesine uygun bir muhakeme gerçekleştirilmesi mümkün olmayacağı gibi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da mümkün olamayacaktır.¹²⁴ Diğer bir ifadeyle, çelişmeli bir yargılama gerçekleştirilmesi için, savunmanın etkili bir savunma gerçekleştiribilmesi ve dolayısıyla müdafinin görevini gereği gibi yerine getirebilme imkânına sahip olması vazgeçilmez bir husustur. Çünkü müdafinin görevini gereği gibi yerine getirebilmesi, sentez sürecinin olması gerektiği gibi işlemesine ve dolayısıyla çelişmeli yargılama ilkesine hizmet eder. Müdafinin görevini gereği gibi yerine getirebilmesi kapsamında ise savunma makamına tanınan hak ve yetkiler önem arz eder.

Bir suç ile itham edilen herkesin sahip olduğu haklar arasında AİHS'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde "*Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden ...ayrıntılı olarak haberdar edilmek*" sayılmıştır. Bu hak, savunmanın gereği gibi yerine getirilmesini sağlayan bir güvence olup AİHS'in 6'ncı maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılama hakkının temel ön koşuludur.¹²⁵ Bu bağlamda, ayrıca, bir suç ile itham edilen herkesin, savunmasını hazırlamak için gerçekleştirilen soruşturmaların sonuçları hakkında bilgi sahibi olma imkânına da sahip olması gerekir.¹²⁶ Bu kapsamda çalışma ilkesinin gerçekleşmesi için müdafinin görevini gereği gibi yerine getirebilmesi yolunda, öncelikle dosya inceleme yetkisi önem taşır zira soruşturma evresinde gerçekleştirilen işlemlerde yazılılık esastır. Muhakeme sürecinde bilgi asimetrisinin azaltılması, etkili bir savunma için ön koşuldur ve bu da ancak suçlanan kişinin neyle ve neye dayanarak suçlandığı bilgisini mümkün olan en

¹²³ Stanford v. United Kingdom App. No. 16757/90 (ECHR, 23 February 1994) §26.

¹²⁴ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §69, RG. 27.12.2016, S. 29931.

¹²⁵ AYM, B. no. 2013/4784, 07.03.2014, §35.

¹²⁶ Rook v. Germany App. no. 1586/15 (ECHR, 25 October 2019) §57.

erken aşamada elde etmesiyle sağlanır.¹²⁷ CMK'nın 153'üncü maddesinde, kural olarak, müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceğine ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız alabileceğine hükmedilmiştir. Ancak dosya inceleme yetkisine sahip olan müdafinin bu yetkisinin, kanunen sınırlandırılabilmesi mümkündür. Buna karşın, kanunen gerekli olmadığı hâlde müdafinin dosya incelemekten mahrum bırakılması savunmanın kısıtlanması anlamına geleceğinden adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi neticesini beraberinde getirecektir.¹²⁸ İlâveten, kovuşturma evresinde de yine savunma makamının aynı hususlardan haberdar olması, çelişme ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından gereklidir. Dosyaya erişim, hukuk devleti ilkesinden kaynağını alan adil yargılanma hakkının somutlaştırılmasını temsil eder zira pratikte dosyaların incelenmesi "bilgi dengesi" yaratarak suç ile itham edilen kişinin ve müdafinin muhakemenin seyrini aktif şekilde etkileyebilmesini sağlar; dosyaların incelenmesi bu şekilde adil bir ceza muhakemesi idealini hayata geçirmekle beraber yargılamanın çelişmeli gerçekleştirilmesinin yanı sıra silahların eşitliğini de sağlamış olur.¹²⁹

Yine, bir suç ile itham edilen herkesin sahip olduğu haklar arasında AİHS'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde "*Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak*" sayılmıştır. Savunmanın hazırlanması için gerekli zamana sahip olma hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan "*meşru vasıta ve yollardan yararlanmak*" ifadesine dahildir.¹³⁰ Bahsi geçen hak doğrultusunda, bireysel ve kamusal savunma makamlarına savunmayı gerçekleştirebilmek için gereken hazırlıkları yapabilecekleri zamanın verilmesi gerekir¹³¹; bu süre kanunla genel olarak tespit edilemez zira işlenen her suç birbirinden farklı olduğu gibi savunmanın hazırlanması için ihtiyaç duyulan süre de birbirinden farklıdır.¹³² Suç isnadı altında bulunan kişinin "*savunmasını*

¹²⁷ Nicolas Böhm, Effektive Strafverteidigung und Vertrauen, Die Bedeutung von Vertrauen in der Verteidigungsbeziehung unter besonderer Beachtung der Pflichtverteidigung (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021), 28.

¹²⁸ OLG Brandenburg, 20.09.1995-2 Ws 174/95.

¹²⁹ OLG Brandenburg, 20.09.1995-2 Ws 174/95.

¹³⁰ AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16/6/1992, RG. 06.10.1992, S. 21367

¹³¹ AYM, B. no. 2013/4784, 07.03.2014, §38.

¹³² AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16/6/1992, RG. 06.10.1992, S. 21367

hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara” sahip olması gerekliliği, çelişmeli yargılama ilkesi bakımından müdafinin önemine işaret etmek bakımından önemli bir perspektif sunar. Zira bireysel savunma makamı olarak suç isnadı altında bulunan kişinin yanında kamusal savunma makamı olarak bulunan müdafinin, savunma hazırlamak için gereken zamana veya kolaylığa sahip olmadığı durumlarda etkili bir savunma gerçekleştirilemeyecektir. Bu gerekçeyle, iddia makamlarının tezlerine karşı gerçek anlamda bir antitez ileri sürülemez, zira müdafinin bu durumda gerçekten var olduğu söylenemez, görevini yerine getiremediği için sadece görünüşte bir müdafie bulunduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla bunun neticesi olarak, ceza yargılamasında işlemesi gereken sentez süreci olması gerektiği gibi işlemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, çelişmeli yargılama gerçekleşmeyecek ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu doğrultuda, çelişmeli bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için müdafie savunma hazırlamak üzere gereken zaman ve kolaylıkların tanınması gerektiği sonucuna ulaşılır. Nitekim esas olan, çelişmeli yargılamanın gerçekleşmesi için müdafinin bulunması ve müdafie etkili bir savunma yapabilme imkânının tanınmış olmasıdır. İşte, savunmanın hazırlanması için gerekli zamana sahip olma hakkı da müdafie etkili bir savunma yapabilme imkânının sunan noktalardan biridir. Bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki, savunmanın hazırlanması için gerekli zamana sahip olma hakkının güvence altına alınması, çelişmeli yargılamanın gerçekleşmesine hizmet etmekle birlikte, bu doğrultuda olmak üzere genel olarak savunma makamının ve özel olarak kamusal savunma makamı olarak müdafinin önemini gözler önüne serer.

Şüpheli veya sanığın müdafie yardımından yararlandırılması konusunda sözleşmeli devletlerin pozitif bir yükümlülükleri olsa da ayrıca müdafie yardımının etkin bir savunmayı sonuçlandırıp sonuçlandırmadığının da tespit edilebilmesi önem taşır. Gerçekten, sadece müdafie atanması yeterli değildir; atanan müdafinin de görevini gereği gibi yerine getirmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi de, görevlendirilen müdafinin etkin bir hukuki yardım sağlamadığının yetkili makamlarca tespit edilmesi hâlinde, özen yükümlülükleri dolayısıyla müdafilere gerekli müdahalede bulunulması gerektiğine hükmetmiştir.¹³³ Zira CMK'nın 151'inci maddesinin birinci fıkrasına göre “150 nci madde hükmüne göre

¹³³ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §76, RG. 27.12.2016, S. 29931.

görevlendirilen müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir.” Üstelik, maddenin devam eden ikinci fıkrasına göre ise “Eğer yeni müdafî savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir.”

Sonuç olarak, müdafilik konumu çelişmeli yargılama ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayarak hem kişilerin adil yargılanma haklarının korunmasını hem de ceza muhakemesinin amacına ulaşarak maddi gerçeğin adil bir yargılamayla ortaya çıkarılmasını temin ederek kamu yararının gerçekleşmesini sağlamaktadır. Ayrıca soruşturma aşamasında da özellikle tutukluluğa ve tutukluluğun devamına ilişkin işlerde çelişmeli yargılama ilkesinin somut olayın ve muhakeme evresinin özellikleri de dikkate alınmak suretiyle mümkün olduğu kadar uygulanması gerekir; bu gerekçeyle çelişmeli yargılama ilkesi, ayrıca haksız tutuklamalara karşı da bir güvence sağlamaktadır.

III. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ BAKIMINDAN MÜDAFİİN ÖNEMİ

A. Genel Olarak Silahların Eşitliği ilkesi

Hukuk devleti ilkesine dahil olan adil yargılanma hakkı, taraflara, usul kuralları çerçevesinde mahkemenin kararlarıyla ilgili her şey sunma ve haklarını korumak maksadıyla yargılamanın gidişatını ve neticesini etkileme konusunda “eşit” imkân verilmesini gerektirir.¹³⁴ Çünkü bir ceza muhakemesi süreci içerisinde suç şüphesi altında bulunan kişiler muhakemenin objesi olmamalıdır, bu kişilere haklarını korumaları ve muhakemenin seyri ile sonucunu etkileme imkânı tanınmalıdır.¹³⁵ Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğer

¹³⁴ BSG, 12.11.1981-7 RAr 67/80; BSG, 20.04.1983 -9a RV 37/82.

¹³⁵ Bu yönde bkz. BVerfG, 19.10.1977-2 BvR 462/77; BVerfG, 17.05.1983-2 BvR 731/80; BVerfG, 25.09.2001-2 BvR 1152/01; BVerfG, 06.08.2003-2 BvR 1071/03; BVerfG, 27.12.2006-2 BvR 1872/03; BVerfG, 05.10.2020-2 BvR 554/20; BVerfG, 20.06.2023-2 BvR 1167/20; BVerfG, 21.06.2023-2 BvR 1090/21; OLG Düsseldorf, 22.07.2015-2 RBs 63/15; OLG Frankfurt, 17.03.2009-3 Ws 223/09.

tarafa nispeten dezavantajlı konuma düşürmeyecek koşullar altında, taraflardan her birinin deliller de dahil olmak üzere davasını ortaya koymak için kabul edilebilir ve makul imkânlarla sahip olması zorunluluğunu ifade eder.¹³⁶ Böylece adil yargılanma hakkının bir parçası ve alt unsuru olan silahların eşitliği ilkesi¹³⁷, muhakemeye katılanların eşit muamele görmelerini, aynı ölçüde bilgilendirilmelerini, aynı koşullar altında beyanda bulunmak ve davalarını sunmak için aynı imkânlarla sahip olmalarını gerektirir.¹³⁸ İlke, başlarda AİHS'in 6'ncı maddesi bağlamında çeşitli şekillerde yorumlanmış olsa da bu konudaki ilk öncü davalar Avusturya'da temyiz davalarındaki duruşmalarla ilgili olarak görülmüş ve AİHM, en azından karşı taraf dinlendiğinde sanığın veya bir temsilcisinin duruşmaya katılmasına izin verilmemesini AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlali olarak değerlendirirken karşı taraflara eşit muamele edilmesi gerektiğine işaret etmiş ve "silahların eşitliği" kavramının bu yöndeki yorumunu benimsemiştir.¹³⁹

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olduğunu ve hatta ceza davalarında adil yargılamanın temel unsuru olduğunu ifade ettiği silahların eşitliği ilkesinin¹⁴⁰, "*davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması*" anlamlarına geldiğini ve ceza yargılamasının yanı sıra hukuk

¹³⁶ Dombó Beheer B.V. v. the Netherlands App. no. 14448/88 (ECHR, 27 October 1993) § 33; Ankerl v. Switzerland App. no. 17748/91 (ECHR, 23 October 1996) § 38; Nideröst-Huber v Switzerland App. no. 18990/91 (ECHR, 18 February 1997) §23; Kress v. France App. no. 39594/98 (ECHR, 7 June 2001) §72.

¹³⁷ Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 10.

¹³⁸ Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 117.

¹³⁹ Safferling, "Audiatur et altera," 181-182.

¹⁴⁰ AYM, B. no. 2013/1134, 16.05.2013, §32, RG. 01.06.2013, S. 28664; AYM, E. 2012/69 K. 2012/149, 01.10.2012, RG. 13.02.2013, S. 28558; AYM, B. no. 2014/253, 09.01.2015, §63, RG. 12.05.2015, S. 29353.

davaları ile idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerektiğini¹⁴¹ belirtmiştir. Ayrıca bu genel açıklamalara ek olarak, ceza yargılamasında söz konusu ilkenin özellikle “*yargılama faaliyetinde iddia makamı ile sanığın eşit imkânlarla sahip olmaları*” anlamına geldiğine ve bu gerekçeyle de ilkenin, ceza muhakemesinde devlet mekanizmasını arkasına alan iddia makamına karşı sanığın savunma hakkının temel güvencesini oluşturduğunu ifade etmektedir.¹⁴² Bu gerekçelerle, söz gelimi, taraflara delillere itiraz etme imkânının tanınmaması, tarafların mahkemece dinlenilmemesi veya taraflara tanık delili dâhil delillerini sunma ve inceletme konusunda uygun imkânların verilmemesi yargılamanın hakkaniyete aykırı hâl gelmesi neticesini beraberinde getirecektir.¹⁴³ Sonuçta, ceza yargılamasında savcı ile suçlanan kişi arasında usule ilişkin belirli bir “silah eşitliği” gerekir ve bu imkânın sağlanması ile silahların eşitliği temin edilir.¹⁴⁴ Ancak ilkenin bu önemli özel sonucuna rağmen, daha genel bir mana içerdiği unutulmamalıdır; zira ilke sadece suç isnadı altındaki kişiyi savcı karşısında güçlendirmemektedir, aynı zamanda suçtan zarar görenin, mağdurun, tanığın ve hatta bilirkişinin de konumunu sağlamlaştırarak bu kişilerin de hukuki yardım alması gerekliliğine işaret etmektedir.¹⁴⁵

Alman hukukunda, silahların eşitliği ilkesinin hem adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olması dolayısıyla hukuk devletinin¹⁴⁶ hem de sosyal devlet

¹⁴¹ Bkz. AYM, B. no. 2013/1134, 16.05.2013, §32, RG. 01.06.2013, S. 28664; AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §26, RG. 13.07.2015 S. 29415. Karş. AYM, E. 2012/69 K. 2012/149, 01.10.2012, RG. 13.02.2013, S. 28558. Karş. Perić v. Croatia App. no. 34499/06 (ECHR, 27 March 2008) §19.

¹⁴² AYM, B. no. 2014/253, 09.01.2015, §63, RG. 12.05.2015, S. 29353.

¹⁴³ Örneğin bkz. Feldbrugge v. the Netherlands App. no. 8562/79 (ECHR, 29 May 1986) §44; AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §24, RG. 13.07.2015, S. 29415; AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §§27-30, RG. 13.07.2015, S. 29415.

¹⁴⁴ Kindhäuser und Schumann, *Strafprozessrecht*, 77; Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 117. Klaus Volk und Armin Engländer, *Grundkurs StPO* (Nördlingen: Verlag C.H. Beck, 2021), 50. Ayrıca bkz. BVerfG, 12.01.1983-2 BvR 864/81. Silahların eşitliği ilkesinin bağımsız bir anlama sahip olup olmadığının şüpheli olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 118.

¹⁴⁵ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 43.

¹⁴⁶ Almanca bulunan “*Rechtsstaatlichkeit*”, İngilizcede bulunan “*rule of law*” kavramının bir nevi Alman varyasyonu olarak nitelendirilir, bkz. Matthias Koetter, “*Rechtsstaat und*

ilkesiyle bağlantılı olarak, Alman Anayasası'nın 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında¹⁴⁷ düzenlenmiş olan genel eşitlik temel hakkının bir görünüm şekli

Rechtsstaatlichkeit in Germany," in *Understandings of the Rule of Law in various legal orders of the World, Rule of Law Working Paper Series Nr. 1*, ed. Matthias Koetter und Gunnar Folke Schuppert, (Berlin: 2010), 1.

Bu bakımdan konuyu Anglo-Amerikan hukuku perspektifinden de kısaca değerlendirmek gerekirse silahların eşitliği ilkesi bakımından suç ile itham edilen kişiye yeterli hukuki yardım sağlanıp sağlanmadığının, hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesi için de kritik önem arz ettiğini ifade etmek gerekir. Üstelik bu hukuk sisteminde taraf yargılamasının söz konusu olduğu nazarı itibara alındığında, ilkenin rolünün Kıta Avrupası hukuk sistemlerine nispetle daha belirgin olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir. Nitekim, silahların eşitliği ilkesinin dayanağı da Anglo-Amerikan taraf yargılaması geleneğidir, bkz. Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 79. Karş. Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45.

Amerikan Barolar Birliği (The American Bar Association's-ABA) tarafından 2006 yılında kurulup 2009 yılında bağımsız, kâr amacı gütmeyen bir organizasyona dönüşen ve dünya çapında hukukun üstünlüğünün gelişmesi için faaliyet gösteren Dünya Adalet Projesi (World Justice Project-WJP) (WJP hakkında bkz. Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://worldjusticeproject.org/about-us>>), hukukun üstünlüğünü esasen 4 evrensel prensip üzerinden belirler: hesap verebilirlik (*accountability*), adil yasa (*just law*), açık hükümet/şeffaf devlet (*open government*), erişilebilir ve tarafsız yargılama (*accessible and impartial justice*). Bu 4 evrensel ilke üzerine kurulu 8 ana faktör ve 44 alt faktör ile organizasyon tarafından ülkelerin hukukun üstünlüğü endeksi belirlenmektedir. Hükümet yetkileri üzerindeki kısıtlamalar, yolsuzluğun olmaması, açık hükümet/şeffaf devlet, temel haklar, düzen ve güvenlik, düzenleyici uygulamalar ve hukuk adaletinin yanı sıra nihayet *ceza adaleti* sekizinci faktördür. *Ceza adaleti* faktörü açısından hukukun üstünlüğü endeksinin belirlenmesinde dikkate alınan 7 alt faktör ise şunlardır: *ceza soruşturması sisteminin etkililiği, ceza muhakemesi sisteminin zamanlı oluşu ve etkililiği, ıslah sisteminin suçlu davranışları azaltmada etkililiği, ceza muhakemesinin tarafsızlığı, ceza muhakemesinde yolsuzluk olmaması, ceza muhakemesinde devletin uygun olmayan etkisinin bulunmaması ve hukukun gerektirdiği süreç ile suçlanan kimsenin hakları*. Suçlanan kimsenin hakları bağlamında, bu kişiye yeterli hukuki yardım sağlanıp sağlanmadığı, bu kapsamdaki kistaslardan bir tanesini teşkil eder, World Justice Project, (2022). *Rule of Law Index 2022*. Washington: WJP, 14 ff.: Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIndex2022.pdf>>. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, suç ile itham edilen kişiye yeterli hukuki yardımın sağlanmış olması sadece o kişiye değil, ayrıca adalete ve dolayısıyla da hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet edecektir.

¹⁴⁷ "Bütün insanlar yasa önünde eşittirler." Deutscher Bundestag, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 14.

olduğu kabul edilmekte olup¹⁴⁸ ayrıca Alman Anayasası'nın 2'nci maddesinin birinci fıkrasındaki genel özgürlük hakkıyla da arasında bağlantı kurulmaktadır.¹⁴⁹ Ancak eşitlik ilkesinin bir kaynak olarak devreye sokulması, en azından AİHS'in 6'ncı maddesinin tam bir eşitlik sağlama yükümlülüğü yaratmadığı nispette, yanıltıcı olarak nitelendirilmiş ve eleştirilmiştir.¹⁵⁰

Öğretide bir görüşe göre "silahların eşitliği" teriminin yanlış anlaşılmaya yol açabilecek nitelikte olduğu¹⁵¹ zira savcının ve savunmanın görevlerinin ve ayrıca bu görevleri yerine getirmek için sahip oldukları ilgili hukuki enstrümanların özel olması nedeniyle ceza yargılamasında gerçek bir güç dengesi anlamında silahların eşitliğinin söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür¹⁵². Bu görüş aslında, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ceza yargılamalarının taraf yargılaması olmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁵³ Gerçekten, Anglo-Amerikan taraf yargılaması geleneği, adil yargılanma bağlamında, yargılamanın taraflarının mümkün merteye en eşit konumda bulunması anlamında bir silahların eşitliği ilkesini hedeflemektedir.¹⁵⁴ Oysa bu hedef gerçekten, özellikle kamusal iddia makamı olarak savcılığın görev ve yetkileri göz önünde bulundurulduğunda, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ceza yargılaması bakımından gerçekçi değildir. Örneğin, soruşturmayı yürüten savcılık makamının soruşturma prosedürü sırasında bilgi edinmek için sanıktan farklı imkânlarla sahip olması

¹⁴⁸ Ayrıca bkz. Bruno M. Kübler et al., *Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I* (Köln: RWS Verlag, 2024), §5 Rn. 14.

¹⁴⁹ BVerfG, 25.07.1979-2 BvR 878/74; VerfG Brandenburg, 16.06.2005-VfGBbg 282/03; Safferling, "Audiatur et altera," 184.

¹⁵⁰ Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 126.

¹⁵¹ Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 80.

¹⁵² Ayrıca bkz. Bernhard Kramer, *Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Ermittlung und Verfahren* (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2021), 67-68; Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 80; Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45.

¹⁵³ Karş. Kramer, *Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 67-68; Krey und Heinrich, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 186; Schäfer, *Strafprozessrecht*, 99; Safferling, "Audiatur et altera," 182-183.

¹⁵⁴ Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 80. Karş. Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, MRK Art. 6 Rn. 45.

kaçınılmazdır.¹⁵⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi de savcılık ile savunma makamına eşit usuli haklar gerektirebilecek silahların eşitliği ilkesinin, “mutlak bir hak eşitliği iddiası” türetmek için kullanılamayacağını¹⁵⁶ ve örneğin savcılık ile savunma makamının eşit soruşturma olanaklarına sahip olamayacağını belirtmiştir.¹⁵⁷

Ceza muhakemesinde silahların eşitliğinin tam anlamda gerçekleştirilemeyeceğini savunan görüş kapsamında ayrıca, savcılık ve savunmanın işlevlerinin hiçbir şekilde birbirinin yansıması olarak görülemeyeceği ileri sürülmüş, bu gerekçeyle de Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkı kapsamında yer aldığı ve dolayısıyla hukuk devletinde yargılamanın temel ilkelerinden biri olduğu yönündeki değerlendirmesi “*olmayacak bir istek*” olarak nitelendirilmiş ve eleştiriye tabi tutulmuştur; ancak diğer yandan, suçlanan kişinin her halükârda aşırı güçlü bir ceza takibatı mekanizması altında kalmaması için ceza yargılamasına etkin katılım haklarına sahip olması gerektiği de belirtilmiştir.¹⁵⁸ Bu sebeple, silahların eşitliği ilkesinin her ne kadar kendisinden özgün usuli haklar doğmasa bile yol gösterici nitelikte yapısal bir ilke olduğu ve usule ilişkin kişisel hak ve yetkilerin yorumlanması için bağlayıcı bir ilke olacağı, ayrıca yargılamaların genel olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesinde önemli bir rol üstlendiği kabul edilmelidir.¹⁵⁹ Bu bağlamda, silahların eşitliğinin, iddia makamının usuli hakları ile savunma makamının savunmaya yönelik hakları arasında usuli bir denge kurulması anlamında olduğu ileri sürülmüştür.¹⁶⁰ Bu usuli dengeye istinaden, suçlanan kişiye güçlü durumdaki savcılık makamları tarafından derlenen aleyhe

¹⁵⁵ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45. Karş. Valerius, “EMRK Art. 6,” Rn. 10.

¹⁵⁶ Ayrıca bkz. Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 132.

¹⁵⁷ Bkz. BVerfG, 12.01.1983-2 BvR 864/81.

¹⁵⁸ Bu yönde bkz. Kramer, *Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 67-68.

¹⁵⁹ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45; Safferling, “Audiatur et altera,” 186; Valerius, “EMRK Art. 6,” Rn. 9, 16.

¹⁶⁰ Krey und Heinrich, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 186; Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 80; Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 126.

delilleri eleştirel olarak analiz etme ve itiraz etmek için şans verilmesi gerekir.¹⁶¹ Dolayısıyla bu açıdan, deliller hakkında bilgi sahibi olma dosya inceleme çelişmeli yargılama ilkesinde olduğu gibi önem arz eder. Anayasa Mahkemesi de silahların eşitliği ilkesinin ceza muhakemesinde en azından “*iddia makamı tarafından gösterilen ve edinilen maddi bilgilerin açıklanmasını, dava dosyasının incelenmesi konusunda iddia makamıyla savunma arasında bir farkın gözetilmemesini*” gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁶² Dolayısıyla yeterince açık usul kurallarının sağlanmasıyla, söz gelimi müdafî yardımının vaktinde sağlanması, müdafî erişimin haksız kısıtlanmalara karşı korunması, dosya inceleme hakkı gibi temel unsurlar bu bağlamda değerlendirilebilir.¹⁶³ Diğer bir ifadeyle, statüye ve göreve özgü farklılıkların dengelenmesi ya da savcı ile sanık arasındaki usuli farklılıkların eşitlenmesi gerekmez, ancak ilgililerin rol farklılıkları dikkate alınarak usule ilişkin imkânların dengelenmesi gerekir.¹⁶⁴ Neticeten, iç hukukumuzda silahların eşitliği ilkesi muhakemenin soruşturma ve kovuşturma evrelerinde farklı kapsamlarda anlaşılmalıdır, zira soruşturmayı gerçekleştirerek kamu davasını hazırlamakla görevli olan Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde iken - gereğinden fazla olmamak şartıyla- savunma makamından fazla yetki sahibi olması gerekir; fakat bu durum, söz konusu ilke sayısal anlamda (her işlem bakımından) değil de yargılamanın bütününe bakıldığında nitelik eşitliğini (iddia-savunma dengesinin muhafaza edilmesini) koruduğu için hakkaniyete aykırı değildir, kaldı ki yargılama aşamasında, soruşturma evresinde bu yöndeki dengesizliği giderici tedbirlerin alınması gerekir.¹⁶⁵ Bu şekilde, ilkeyle güdülen, muhakemenin tarafları hakkında hakkaniyete uygun bir dengenin tesis edilmesini amacına¹⁶⁶ ulaşılmış olur.

¹⁶¹ Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 80.

¹⁶² Bkz. AYM, B. no. 2014/253, 09.01.2015, §63, RG. 12.05.2015, S. 29353. Karş. AYM, B. no. 2013/1386, 16.04.2015, §25, RG. 13.07.2015, S. 29415.

¹⁶³ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45.

¹⁶⁴ Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 126; Safferling, “Audiatur et altera,” 184; BVerfG, 12.01.1983-2 BvR 864/81. Karş. Valerius, “EMRK Art. 6,” Rn. 10.

¹⁶⁵ Şahin, “Anayasa Mahkemesi,” 3052. Karş. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 222-223.

¹⁶⁶ İnceoğlu, *Adil Yargılama*, 115; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 222.

Neticede, savcılık ve mahkeme, suçlanan kişinin lehine olan hususları da re'sen araştırmakla yükümlü olsalar dahi, ceza muhakemesinde savunmanın bir muhatap olarak yer alması gerekir; bunun amacı, suçlanan kişinin bahsi geçen makamlara karşı korunmasını sağlamak olup bu suretle belirli bir silahların eşitliğini temin etmektir ve sonuçta, suçlanan kişinin ceza muhakemesinin objesi değil süjesi olarak muamele görebilmesi sağlanmış olur.¹⁶⁷ Bu gerekçeyle, iddia ve savunma makamlarından her biri, diğerinin iddiaları ve delilleri hakkında "aynı şekilde" bilgilendirilmelidir; söz gelimi savcılık makamı, prensip olarak, suçlanan kişiyi elinde olan tüm lehine veya aleyhine deliller hakkında bilgilendirmelidir.¹⁶⁸ Silahların eşitliği, her ne kadar özgün bir usuli hak olarak nitelendirilemese¹⁶⁹ ve kendi başına hukuki bir yetki içermese de adil yargılama hakkının vazgeçilemez bir yönüdür ve hukuki bir refleks şeklinde sanık lehine işlemektedir; buna göre, ilk olarak yasama organına yöneliktir ve dengeli bir usul sistemi oluşturulmasını gerekli kılar, ikinci olarak hâkim için bir yorum yardımcısıdır ve üçüncü aşamada ise somut bir ceza muhakemesinde hukuk devletinde vazgeçilmez olan gereklilikler yerine getirilmediğinde suçlanan kişi açısından sonuç doğurabilir.¹⁷⁰

Kovuşturmada gerçekleşmesi gereken silahların eşitliğinin bundan önceki aşamalarda tam olarak gerçekleştirilemese bile, savunmaya yanlış soruşturma sonuçlarını önleme veya en azından düzeltme konusunda adil bir şans tanıyan usuli dengenin kurulması gerektiği kabul edilir; bu anlamda olmak üzere, örneğin kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklu yargılama yerine örneğin elektronik kelepçe gibi tedbirlerin uygulanması önerisi ileri sürülmektedir.¹⁷¹ Kovuşturmadan önce silahların eşitliği ilkesinin bilhassa kovuşturma aşaması için yargılamayı olumsuz yönde etkileyecek koşulların yaratıldığı durumlarda devreye girmesi gerekir;

¹⁶⁷ Kindhäuser und Schumann, *Strafprozessrecht*, 77.

¹⁶⁸ Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 127; Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 117.

¹⁶⁹ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45; Safferling, "Audiatur et altera," 186.

¹⁷⁰ Safferling, "Audiatur et altera," 184.

¹⁷¹ Bu yönde bkz. Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 357.

örneğin müdafinin ön yargılamada delillerin toplanmasına mümkün olan şekilde katılmasının bu anlamda temel bir öneme sahip olduğu belirtilmektedir.¹⁷²

B. Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından Müdafinin Önemi

Ceza yargılamalarında hukuk devletine uygunluğun unsurlarından biri silahların eşitliğine hizmet eden bir adil yargılanma hakkıdır ve bu hak, usule ilişkin hak ve imkânları bilinçli bir şekilde, yani bir avukatın uzman yardımıyla kullanmak hakkını içerir.¹⁷³ Eşit haklara sahip şekilde ve etkin katılım ise adillığın temel tanımlayıcı özelliğidir; suçlanan kişinin yanında müdafinin ceza muhakemesine yer alması, devlet makamları karşısında menfaatlerini savunması ve süje statüsü ile güvence altına alınan savunma hakkını gerçekleştirilmesi, ceza yargılamasının eşit silahlı ve hukuka uygun şekilde yürütülmesini sağlayarak suçlanan kişinin muhakemeye etkin katılımını temin eder.¹⁷⁴ Bu gerekçelerle, suçlanan kişinin muhakemeye etkili şekilde katılması ve dolayısıyla muhakemenin objesi değil süjesi konumunda olduğunu pekiştirmesi, muhakemede müdafinin yardımı alınmasıyla sağlanır. Zira adil yargılama ilkesinin gereği olarak temin edilmesi gereken süje konumunun temel gereklerinden biri, suçlanan kişinin kendi seçtiği güvenilir bir müdafiden yardım alabilmesidir; öyle ki, suçlanan kişinin müdafinin seçebilmesi, silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanmamakta ve fakat silahların eşitliğini sağlamaya hizmet etmekte, böylece müdafinin bulunması silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesinin ön koşuludur.¹⁷⁵ Diğer bir ifadeyle, müdafinin yardımından yararlanma hakkının

¹⁷² Safferling, "Audiatur et altera," 186, 188. Karş. Karpenstein und Mayer, *EMRK Kommentar*, Art. 6 Rn. 126.

¹⁷³ BVerfG, 25.09.2001-2 BvR 1152/01; VerfG Brandenburg, 25.10.2002-VfGBbg 87/02.

¹⁷⁴ Böhm, *Effektive Strafverteidigung*, 25-26.

¹⁷⁵ Simone Kämpfer und Daniel Travers, "StPO §140 Notwendige Verteidigung," in *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1*, Herausgegeben von Hans Kudlich (München, Verlag C. H. Beck, 2023), Rn. 2; Safferling, "Audiatur et altera," 184, 187; BVerfG, 25.09.2001-2 BvR 1152/01.

silahların eşitliği ilkesinin zorunlu bir gereği olduğu¹⁷⁶ ve bu ilkeye işlerlik kazandırdığını ifade edebilmek mümkündür.¹⁷⁷

Suçlanan kişinin müdafî yardımından faydalanmasının muhakemeye etkili katılım sağlaması neticesini beraberinde getirmesinin nedenleri vardır. Bir yandan, muhakemede kamusal iddia makamında bulunan savcı, hukuk bilgisine sahip uzman bir kişi olmasına karşın bireysel savunma makamında bulunan gerçek kişi ise çoğu zaman hukuk bilgisine sahip değildir. Şüpheli veya sanık, ceza muhakemesinde hukuki bilgi ve deneyim eksikliğini ve bunun sonucunda ortaya çıkan dezavantajlı konumunu müdafî yardımından faydalanmak suretiyle telafi edebilme imkânına sahiptir.¹⁷⁸ Diğer yandan, herhangi bir ceza muhakemesi işlemine tabi olmak şöyle dursun, salt bir ceza muhakemesi sürecine dahil olma fikri dahi suçlanan kişi üzerinde çoğu zaman psikolojik olarak olumsuz bir etki bırakır. Şüpheli veya sanık olmanın kişinin psikolojisinde yarattığı olumsuz etkinin önüne geçebilmek de müdafî ile savunulmanın ceza muhakemesindeki önemini gösterir.¹⁷⁹ Zira bu olumsuz etki kişinin duygu dünyasında sıkıntı, kaygı, heyecan, telaş, gerginlik ve hatta korku şeklinde tezahür edebilir; dolayısıyla, bu şartlar altındaki kişinin, akliselikle düşünebilme ve davranışlarını itidal sahibi bir şekilde yönlendirebilme yeteneklerinin zedelenmesi kaçınılmaz olur. Bu sebeplerle, müdafî yardımından yararlanılması, hem içinde bulunulan hukuki bir süreç olan ceza muhakemesinde iddia ve savunma makamları arasında hukuk bilgisine sahip olma bakımından bir eşitliğin sağlanmasını sağlayacak hem de ceza muhakemesi sürecinden kişisel olarak etkilenmesi dolayısıyla psikolojik olarak da yük altında kalması muhtemel olan ilgili kişinin psikolojik olarak dezavantajlı konumunu iyileştirecektir. Müdafî yardımından faydalanılması ile beraber suçlanan kişi, müdafîin hukuk bilgisinden istifade ederek haklarıyla yetkilerini daha ayrıntılı öğrenecek ve muhakeme işlemlerini daha yakından, itidal sahibi bir

¹⁷⁶ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 44.

¹⁷⁷ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §74, RG. 27.12.2016, S. 29931.

¹⁷⁸ Wessing, "StPO §137," §137 Rn. 1-24.

¹⁷⁹ Aynı yönde bkz. Ahmet Bozdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 21; İsa Başbüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (2013): 1349.

kişinin eliyle takip edebilecektir. Dolayısıyla müdafî yardımından istifade edilmesi, suçlanan kişinin bir obje olarak muhakemeye savunmasız şekilde teslim edilmemesini sağlayacak ve kişiye haklarını savunmada daha geniş bir hareket alanı temin edecektir.¹⁸⁰ Bu şekilde muhakemeye etkili katılım sağlanması temin edilmiş olacak ve dolayısıyla silahların eşitliği gerçekleşecek ve suçlanan kişinin muhakemedeki süje konumu pekişecektir. Müdafîin bulunması sadece suçlanan kişiye destek sağlamakla kalmaz, aynı zamanda yargılamanın diğer taraflarına karşı bağımsızlığın korunması için de önemli rol oynar.¹⁸¹ İlâveten, suçlanan kişinin hukuk uzmanlık bilgisine sahip olduğu ve ayrıca kendisi hakkındaki muhakeme süreçlerinden de psikolojik olarak etkilenmediği farz edilse dahi yine de silahların eşitliğinin gerçekleştirilmesi için müdafîe ihtiyaç duyulacaktır. Zira her kişi, hayatın olağan akışı içerisinde toplumun bir parçasıdır; dolayısıyla başta iş ve aile hayatı ile sosyal yaşantıda olmak üzere çeşitli konumlara ve rollere sahiptir. Bu konular gereği kişi, hayatının gündelik seyri içinde her zaman muhakemenin her safhasını kendi başına yakından takip etmekte zorlanabilir. Sırf bu sebep dahi müdafîe ihtiyaç duyulması için gayet makul bir nedendir. Ayrıca ceza muhakemesindeki özellikle gözaltı ve tutuklama gibi özgürlük bakımından sonuç doğuran tedbirler dikkate alındığında, müdafîin önemi silahların eşitliği perspektifinden daha belirgin hâle gelecektir. Zira bu durumdaki şüpheli veya sanığın müdafîi, adeta kişinin dışarıdaki özgür eli gibi muhakeme işlemlerini yakından takip edebilecektir.

Silahların eşitliği ilkesi gereğince ceza yargılamasında sanık ve müdafîi ile savcılık, karar alma sürecini etkilemek için eşit imkânlarla sahip olmalıdır.¹⁸² Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesinin gereği olarak savunma ve iddia makamlarının davasını hazırlamada ve sunmada eşit şartlara ve imkânlarla sahip olması gerektiğinin altını çizmektedir.¹⁸³ Buradaki eşit imkânlar bağlamında bir *şans eşitliği*nden de bahsedilebilir ve bu kavram, hukuki dinlenilme hakkıyla da bağlantılı olan katılma, bilgi edinme ve ifade haklarını güvenceye almasının yanı

¹⁸⁰ Kämpfer und Travers, "StPO §140," Rn. 2

¹⁸¹ Böhm, Effektive Strafverteidigung, 39.

¹⁸² Valerius, "EMRK Art. 6," Rn. 10.

¹⁸³ AYM, B. no. 2014/253, 09.01.2015, §63, RG. 12.05.2015, S. 29353.

sıra silahların eşitliği ile bağlantılı olarak adil yargılanma ilkesinin sonucudur.¹⁸⁴ Sonuç olarak silahların eşitliği ilkesi gereğince savcılık makamının üstün konumu, etkili bir savunma imkânı ile dengelenmelidir.¹⁸⁵ Ceza yargılamalarında, silahların eşitliği, iddia makamına nispetle önemli şekilde dezavantajlı olmayan uygun bir savunmayı gerektirir¹⁸⁶ ve bu önemli ölçüde, müdafinin yardımıyla gerçekleşecektir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, suç şüphesi altındaki kişinin ceza muhakemesinde kendi seçtiği bir müdafî tarafından savunulma hakkının anayasal güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının özel bir tezahürü olduğunu ve bunun, silahların eşitliğini sağlamaya hizmet ettiğini kabul etmektedir.¹⁸⁷ İddia pazarlığının mevcut olduğu Alman ceza muhakemesinde ayrıca, zorunlu müdafiliğin de önemli ölçüde genişletilmesi gerektiği zira, iddia pazarlığına dayalı olan ceza muhakemesinde müdafisi bulunmayan suçlanan bir kişinin bulunmasının hukuk devleti bakımından kabul edilemez olduğu öğretide ileri sürülmektedir.¹⁸⁸ Gerçekten, iddia pazarlığı kurumunun bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere iddiaya karşı savunma tanınmadığı müddetçe silahların eşitliği ilkesine uygun bir muhakeme yapılması da maddi gerçeğe ulaşılması da mümkün değildir.¹⁸⁹ Bu doğrultuda olmak üzere, müdafî ile iletişimin prensip olarak, engellenmemesi ve denetlenmemesi gerekir.¹⁹⁰ Suçlanan kişi ile müdafî arasındaki serbest iletişimi etkileyen tedbirler, hukuk devleti ile bağdaşmayacağı gibi, bu bağlamda olmak üzere adil yargılanma hakkını zedeler¹⁹¹. Nitekim CMK'nın 149'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın,

¹⁸⁴ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45; Harrendorf, König und Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Rn. 117.

¹⁸⁵ Safferling, “Audiatur et altera,” 186.

¹⁸⁶ Gaede, “EMRK Art. 6 R,” Rn. 304.

¹⁸⁷ BVerfG, 12.08.2002-2 BvR 932/02; BVerfG, 25.09.2001-2 BvR 1152/01; BVerfG, 27.12.2006-2 BvR 1872/03.

¹⁸⁸ Bu yönde bkz. Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 357.

¹⁸⁹ AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §69, RG. 27.12.2016, S. 29931.

¹⁹⁰ Valerius, “EMRK Art. 6,” Rn. 43.

¹⁹¹ BVerfG, 07.03.2012-2 BvR 988/10; BVerfG, 16.10.2023-2 BvR 1330/23.

şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz."

Müdafi, yargılamanın tüm aşamalarında hazır bulunabilmelidir ve ayrıca aktif katılım ve etkileme yetkilerine de sahip olması gerekir; zira aksi hâlde, suçlanan kişinin süje konumu ve silahların eşitliği gerçekleşmeyecek ve kurguda kalacaktır.¹⁹² Zira silahların eşitliği ilkesi, karar alma sürecini etkilemek için eşit imkânlarla sahip olma hakkını da (adil denge) içerir.¹⁹³ Bu konuda özellikle, soruşturma aşamasında müdafiin dosya inceleme yetkisinin gündeme gelmesi gerekir; zira müdafiin dosya inceleme yetkisi bu evrede silahların eşitliğinin sağlanması bakımından önemlidir. Söz gelimi, tutuklama kararının bilinmesi yeterli değildir, belgelerinin kendilerinin de incelenmeye hazır bulundurulması gerekir; bu sayede, örneğin tutukluğunun devam etmesine karar verilen kişinin bu kararın verilmesinde kilit rol oynayan ifadeleri kendisinin veya müdafiin öğrenebilmesi mümkün duruma gelir.¹⁹⁴

Adil yargılanma hakkında mündemiç olan silahların eşitliğinin temin edilmemesi, sanığın muhakemedeki süje konumunu zedeler ve obje konumuna düşmesi neticesini beraberinde getirir. Sanığın yargılamanın nesnesi hâline getirilmesi insan onuruyla bağdaşmaz.¹⁹⁵ Dolayısıyla, ceza muhakemesinde müdafiin bulunması insan onuru ve haysiyetinin korunmasını sağlar. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı Anayasa'da koruma altına alınmıştır; Anayasa'nın 17'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre "...kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan ... muameleye tâbi tutulamaz." Ayrıca Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde de "Her Türk vatandaşının ... onurlu bir hayat sürdürme ... hak ve yetkisine doğuştan sahip" olduğuna işaret edilmiştir.

SONUÇ

Adil yargılama hakkı birçok haktan oluşan karma bir yapıya sahip olsa da adil bir ceza yargılamasının temelini, birbirlerinin tamamlayıcısı niteliğinde olan

¹⁹² Böhm, Effektive Strafverteidigung, 27-28.

¹⁹³ Lohse und Jakobs, *Karlsruher Kommentar*, MRK Art. 6 Rn. 45.

¹⁹⁴ Garcia Alva v. Germany App. no. 23541/94 (ECHR, 13 February 2001) §41.

¹⁹⁵ Roxin und Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 79.

çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkına riayet edilen bir ceza yargılaması yapılabilmesi yolunda silahların eşitliğinin sağlanması ve çelişmeli bir yargılama yapılabilmesi için, suç isnadı altındaki kişinin savunma hakkına sahip olması ve bunu etkili şekilde kullanabilmesi şarttır. Ceza yargılamasında savunma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi ise suç isnadı altındaki kişinin müdafiden yararlanması ile gerçekleşecektir. Nitekim, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri ile savunma hakkının yanı sıra, adil yargılanma hakkının bileşenlerinden biri de böylece, müdafiden yararlanma hakkı olmaktadır. Kaldı ki, savunma hakkının sağladığı güvenceler de esasında adil yargılanma hakkına dahil unsurlardır.¹⁹⁶ Dolayısıyla, ceza yargılamalarında çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin hayata geçirilmesi için, suç isnadı altındaki kişinin müdafii yardımından yararlanması kritik bir yere sahiptir. Bu gerekçeyle, müdafiiin önemi, bu ilkelerin gerçekleşmesi bakımından kendini doğrudan göstermektedir. Bunun sonucu olarak ayrıca, ilkelerin alt unsuru oldukları adil yargılama hakkına riayet edilmesinde de müdafiiin önemi etkisini hissettirmektedir. Ancak, ilişkili olduğu çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından müdafiiin önemi kendisini dolaylı olarak başka önemli noktalarda da belirgin şekilde göstermektedir; aslında bahsedilecek olan etki burada kendini dolaylı olarak gösterse de özünde, adil yargılanma hakkının ve alt unsurlarının üzerine inşa edildiği temeli oluşturmaktadır.

Çelişmeli yargılama ilkesi, iddia makamının tezine karşı savunma makamının antitez ileri sürebilmesi sonucunda sentez teşkil eden hükmün kolektif şekilde vücut bulmasına olanak tanır; bu gerekçeyle çelişmeli yargılamada, benimsenen hukuk sistemi gereğince mümkün olduğu kadarıyla diyalektik bir süreç işlemekte ve bunun neticesinde de maddi gerçeğe ulaşılmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşılması yolunda, savunma makamının etkili bir savunma yapamaması diyalektik süreci sekteye uğratarak yargılamanın çelişmeli olarak gerçekleşmesine mâni olacaktır. Savunma makamının etkili bir savunma yapabilmesi için ise suç isnadı altındaki kişinin müdafii yardımından yararlanabilmesi ve müdafiiin görevini gereği gibi yerine getirebilmesi gerekir. Zira savunmanın etkinliği müdafiden yararlanmakla olmaktadır. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için

¹⁹⁶ Bu yönde bkz. AYM, B. no. 2014/12002, 08.12.2016, §70, RG. 27.12.2016, S. 29931.

müdafiin önemi kendini göstermektedir. Üstelik ceza muhakemesinin amacının adil bir yargılama ile maddi gerçeğe ulaşılması olduğu da göz önünde bulundurulursa müdafiin ceza muhakemesinin amacına ulaşabilmesi için vazgeçilmez bir konuma sahip olduğunu da eklemek gerekir. Bu doğrultuda, ceza muhakemesi sürecinde suç isnadı altındaki kişinin müdafiin bulunması ve görevini gereği gibi yerine getirebilmesi sadece ilgili kişi açısından hayati öneme sahip değildir, aynı zamanda toplum için de önemlidir; zira bahsedilen etkisi dolayısıyla yargılamanın çelişmeli olarak gerçekleştirilmesinde kamu yararı da bulunmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesi, taraflardan birinin, diğeri karşısında dezavantajlı bir konuma düşmeden iddiasını ve savunmasını makul şekilde mahkemeye sunabilmesini gerektirir; bu yönüyle, ceza yargılamasında silahların eşitliğinin gerçekleştirilmesi suç isnadı altındaki kişinin muhakemenin objesi değil süjesi olma niteliğinin gerçekleşmesini sağlar. Ceza yargılamalarında, her ne kadar Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde taraf yargılaması söz konusu olmasa dahi savcılık makamının kamusal iddia makamı olarak sahip olduğu özgü hak ve yetkiler bulanmaktadır. Üstelik savcılık makamı her ne kadar suç isnadı altındaki kişinin lehine olan delilleri de toplayacaksa da neticede iddia makamında bulunmaktadır; ayrıca hukuk bilgisine sahip bir kişidir. Bu sebeple, suç isnadı altındaki kişinin de hukuk bilgisine sahip bir kişi olarak müdafiden yararlanması silahların eşitliğinin sağlanması için önemlidir. Ayrıca suç isnadı altındaki kişinin ceza muhakemesi sürecinde bulunmanın etkisiyle psikolojik anlamda olumsuz etkilenmesi mümkündür; bu sebeple özel bilgi olarak hukuk bilgisine sahip olmasının yanı sıra, psikolojik olarak olumsuz etkinin önüne geçebilmek bakımından da itidal sahibi şekilde hareket edebilecek bir müdafiin bulunması önem taşır. Kaldı ki, özgürlük üzerinde etkisini gösteren tedbirlerin uygulandığı ceza muhakemelerinde silahların eşitliğinin sağlanması bakımından müdafiin önemi daha da belirginleşmektedir. Bahsedilen bu olumsuz sonuçların önüne, silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesi yolunda müdafi ile geçilmektedir; bahsedilen olumsuz sonuçların önüne geçilmediği takdirde ise suç isnadı altındaki kişi muhakemenin objesi durumuna gelir, böylece hem silahların eşitliği ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş hem de insan onuru korunmamış olur. Sonuç olarak, ceza muhakemesinde müdafi yargılamanın adilliğine zemin hazırlayarak aslında insan onurunun korunmasına da çok önemli bir katkıda bulunmaktadır.

Sonuç olarak, ceza muhakemesinde müdafinin, adil yargılanma hakkı kapsamındaki çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin gerçekleşmesini sağlayarak ceza yargılamasının hakkaniyete uygun şekilde seyretmesinin zeminini hazırlar; böylece hukuk devleti ilkesi doğrultusunda olan adil bir ceza yargılaması gerçekleştirilmiş olur. Bunun çok önemli iki temel sonucu vardır: *ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını ve insan onurunun korunmasını sağlanmak*. Neticede, ceza muhakemesinin amacına ulaşarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve insan onuruna yakışan bir ceza yargılaması yapılması için, suç isnadı altındaki kişinin müdafiden etkin bir hukuki yardım alabilmesi gerekir. Bu gerekçeyle, ceza muhakemesinde müdafinin bulunması ve görevini gereği gibi yerine getirebilme imkânına sahip olması adil bir ceza yargılaması için kritik önemi haizdir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author states that no financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author indicates that no ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Ambos, Kai. "Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren - Teil II, Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 23, Heft: 1 (2003): 14-17.
- Başbüyük, İsa. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan* (2013): 1339-1372.
- Bozdağ, Ahmet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Böhm, Nicolas. *Effektive Strafrechtliche Verteidigung und Vertrauen, Die Bedeutung von Vertrauen in der Verteidigungsbeziehung unter besonderer Beachtung der Pflichtverteidigung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- Centel, Nur, ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Erem, Faruk. "Diyalektik Açından Ceza Yargılaması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 34, no. 1 (1977): 1-7.
- Erem, Faruk. "Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 1, no. 1 (1988): 91-99.
- Deutscher Bundestag. *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*. Berlin: Deutscher Bundestag, 2024.
- Gaede, Karsten. "EMRK Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren." in *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2*, Herausgegeben von Christoph Knauer. München, Verlag C. H. Beck, 2018.
- Goss, Ryan. *Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.
- Ünver, Yener, ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Harrendorf, Stefan, Stefan König und Lea Voigt. "Art. 5-7 EMRK, Protokoll Nr. 4, Protokoll Nr. 6, Protokoll Nr. 7, Protokoll Nr. 12 und Protokoll Nr. 13." in: *Handkommentar EMRK Europäische Menschenrechtskonvention*, Herausgegeben von Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim, und Stefan von Raumer, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.

- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*. Ankara: Mrk Yayıncılık, 2018.
- Karakehya, Hakan. "Ceza Muhakemesinin Amacı." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 65, no. 2 (2007): 121-142.
- Karpenstein, Ulrich, und Franz C. Mayer. *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Kämpfer, Simone, und Daniel Travers. "StPO § 140 Notwendige Verteidigung." in *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1*, Herausgegeben von Hans Kudlich. München, Verlag C. H. Beck, 2023.
- Kämpfer, Simone, und Daniel Travers. "StPO § 147 Akteneinsichtsrecht, Besichtigungsrecht; Auskunftsrecht des Beschuldigten." in *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1*, Herausgegeben von Hans Kudlich. München, Verlag C. H. Beck, 2023.
- Kindhäuser, Urs, und Kay H. Schumann. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- Koetter, Matthias, "Rechtsstaat und Rechtsstaatlichkeit in Germany," in *Understandings of the Rule of Law in various legal orders of the World, Rule of Law Working Paper Series Nr. 1*, Herausgegeben von Matthias Koetter und Gunnar Folke Schuppert. Berlin: 2010.
- Kramer, Bernhard. *Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Ermittlung und Verfahren*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2021.
- Krey, Volker, und Manfred Heinrich. *Deutsches Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2019.
- Kunter, Nurullah. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1961.
- Kübler, Bruno M. und Hanns Prütting, Reinhard Bork, Florian Jacoby. *Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I*. Köln: RWS Verlag, 2024.
- Lohse, Kai, und Sebastian Jakobs. "Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten." In *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, Herausgegeben von Cristoph Barthe und Jan Gericke. Nördlingen: Verlag C. H. Beck, 2023.

- Müller, Eckhart, Reinhold Schlothauer und Christoph Knauer (Hrsg.) *Münchener Anwaltshandbuch Strafrecht*. München: Verlag C.H. Beck, 2022.
- Pache, Eckhard. "Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess." *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 20, Heft: 12 (2001): 1342-1346.
- Roxin, Claus und Bernd Schünemann. *Strafverfahrensrecht*. Nördlingen: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Safferling, Christoph J. M. "Audiatur et altera pars-die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?-Qui statuit alliquid parte inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequus fuit." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 24, Heft: 4 (2004): 181-188.
- Schäfer, Karl. *Strafprozeßrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1976.
- Seiler, Stefan, *Strafprozessrecht*. Český Těšín: Facultas Verlags- und Buchhandels AG facultas Universitätsverlag, 2022.
- Şahin, Cumhur. "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan* 21, Özel Sayı (2019): 3051-3065.
- Şahin, Cumhur, ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Toroslu, Nevzat, ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 2016.
- Valerius, Brian. "EMRK Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren." in *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Jürgen Graf. (Erişim tarihi: Şubat 15, 2024) beck-online.beck.de: Verlag C. H. Beck.
- Volk, Klaus, und Armin Engländer. *Grundkurs StPO*. Nördlingen: Verlag C.H. Beck, 2021.
- Werner, Raik. "Faires Verfahren." in *Rechtswörterbuch*, Herausgegeben von Weber Klaus, München: Verlag C. H. Beck, 2024.
- Wessing, Jürgen. "StPO § 137 Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers." in *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, Herausgegeben von Jürgen Peter Graf. München: Verlag C. H. Beck, 2022.

World Justice Project, (2022). Rule of Law Index 2022. Washington: WPJ, 14 ff.:
Erişim tarihi: Şubat 15, 2024, <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIndex2022.pdf>>

Yenisey, Feridun, ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Yurtcan, Erdener. *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

ÇALIŞMA SÜRELERİNDE ESNEKLEŞME: KAYAN İŞ SÜRELERİ VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE UYUM ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Flexibility in Working Hours: Evaluations on Shifting Working Hours and Adaptation to Climate Change

Salih YILDIZ*

Öz

Günümüzde artan rekabet gücü, teknolojik gelişmeler ve iklim değişikliği çalışma hayatında işletmelerin değişiklikler yapmasını zaruri kılmaktadır. İşverenler, işçilerin geleneksel hafta içi 08.00-17.00 veya 9.00-18.00 çalışmalarından fazlasına ihtiyaç duymaktalar. Bu gelişmelerin yansımaları olarak hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılan düzenlemelerle esnek çalışmaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kanunun esnekleşme prensibinde, çalışma sürelerinde esnekleşme kuşkusuz önemli bir yere sahip olmuştur. Kayan iş süreleri taraflara çalışma sürelerini kendi ihtiyaçlarına göre esnekleştirme ve belirleme imkânı tanımaktadır. İklim değişikliği ile mücadele hakkında uluslararası örgütler ve devletler bazı kararlar almakta ve bu kararların uygulanmasında işletmelere önemli görev düşmektedir. Kayan iş süreleri iklim değişikliğine uyum sağlama uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda esnekleşme kavramı ve

* Arş. Gör. Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, salihyildiz@karatekin.edu.tr , ORCID: 0000-0003-0709-8664

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.09.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 31.10.2024.

Atıf/Citation: Yıldız, Salih. "Çalışma Sürelerinde Esnekleşme: Kayan İş Süreleri ve İklim Değişikliğine Uyum Üzerine Değerlendirmeler." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2508-2555.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

türlerine yer verdikten sonra kayan iş sürelerinin tanımı ve türlerinden bahsedilmiştir. Sonrasında kayan iş sürelerinin diğer çalışma türleri ile ilişkisi incelenmiş ve iklim değişikliğinin çalışma sürelerine etkisi ele alınmıştır. Son olarak yargı kararları ve esnek çalışma süreleri hakkında yapılan sosyal araştırmalar göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Esnekleşme, Kayan İş Süreleri, Çalışma Süreleri, İklim Değişikliği, Fazla Çalışma, Denkleştirme.

Abstract

Today, increasing competitiveness, technological developments and climate change are forcing companies to change the way they work. Employers need more than the traditional 08.00-17.00 or 09.00-18.00 working day. In response to these developments, flexible working arrangements have been introduced into our law through the provisions of Labour Law No. 4857. In the principle of flexibility of the law, the flexibility of working hours undoubtedly has an important place. Flexible working hours allow the parties to be flexible and to determine working hours according to their own needs. International organisations and states are taking some decisions to combat climate change, and companies have an important role to play in implementing these decisions. Shifting working hours appears to be a practice of adaptation to climate change. In our study, after giving space to the concept and types of flexibilisation, the definition and types of shifting working hours are mentioned. It then examines the relationship between flexitime and other forms of work and discusses the impact of climate change on working time. Finally, case law and social research on flexible working are considered and evaluated.

Keywords: Flexibility, Shifting Working Hours, Working Hours, Climate Change, Overtime, Equalization.

GİRİŞ

Çalışma sürelerinin düzenlenmesi, çalışma ilişkilerinde merkezi konumda yer alan bir husustur. Gelişen teknoloji, değişen ekonomik koşullar ve yaşanan iklim değişikliği işletmelerin rekabet etme yöntemini değiştirmesini gerekli kılmaktadır. Dijitalleşmenin hayatın her alanına hâkim olduğu günümüzde, işletmeleri

varlıklarını devam ettirmek için yeni arayışlara yönelmektedir. Ekonomik sınırların değişmesi, mal ve hizmete ulaşımdaki kolaylık işletmeler arası rekabeti artırması sonucunda klasik çalışma modelleri yerini esnek çalışma modeline bırakmaktadır. Esnek çalışma modelleri işletme ve işçi menfaatlerini bir arada barındıran ve birbirlerini tamamlayan niteliktedir.

Esneklik, işçi ve işverenin karşılıklı ihtiyaçlara göre çalışma koşullarını düzenlemelerine imkân sağlayan, günümüz dünyasına uyumlu çalışma modelini ifade etmektedir. Esnek çalışma modellerinin taraflara sağladığı kazanımların korunması için iş hukukumuzda esnek çalışmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Esnek çalışma modellerinden birisi de çalışma sürelerindeki esneklik türü olan kayan iş süreleridir. Kayan iş süreleri taraflara çalışma sürelerini kendi ihtiyaçlarına göre esnekleştirme ve belirleme imkânı tanımaktadır.

Kayan iş süreleri, iklim değişikliğine uyum sürecinde önemli bir yere sahiptir. Küresel olarak yaşanan iklim değişikliği insan sağlığını etkilemekte ve çalışma modellerinde yeniliğe gidilmesini zorunlu kılmaktadır. Artan sıcaklık dönemlerinde çalışma sürelerinde esneklik uygulaması benimsenerek iklim değişikliğine uyum sürecinin yürütülmesi, yalnızca işçi sağlığı ve memnuniyeti için değil daha yeşil bir dünya için önemli bir yere sahiptir.

Bu çalışma kapsamında genel olarak kayan iş süreleri; kayan iş sürelerinin türleri olan basit kayan iş süreleri, nitelikli (vasıflı) kayan iş süreleri; yargı kararları ışığında kayan iş sürelerinin fazla çalışma ve denkleştirme çalışması ile ilişkisi; iklim değişikliğinin çalışma sürelerine etkisi ve son olarak konu açısından önem arz eden sosyal araştırmalar açıklanmaya çalışılacaktır.

I. İŞ HUKUKUNDA ESNEKLİK KAVRAMI

A. Genel Olarak

Teknolojinin hızla gelişmesi ve işletmelerin günümüz dünyasına uyum sağlama istekleri çalışma hayatında esnekleşmenin ortaya çıkması ihtiyacını meydana getirmiştir. İş hukukunda esnekleşme, bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile tarafların geleneksel çalışma sürelerinden farklı olarak işin yapılması sırasında teknolojinin gereklerinden faydalanarak katı düzenlemeleri yumuşatılmaları veya değişik koşullarda belirleyebilmeleri ve işverenlerin gelişen teknolojiye ayak uydurabilmek adına ürettiği alternatif yol veya açık sistem olarak

karşımıza çıkar.¹ Aynı zamanda işgücünün gelişmesine katkı sunan ve onu korumakla birlikte gelişen teknoloji ile üretim sistemleri karşısında rekabet etme imkânı tanıyan sistem olarak görülmektedir.² Bir başka ifadeyle esnek çalışma, geleneksel çalışma modelinde yapılan tüm değişiklikleri ve yenilikleri kapsamaktadır. Esnekleşme, yenilikleri kapsamakla birlikte bir “kuralsızlaştırma” olarak görülmemelidir.³ Zira kuralsızlaştırma sözleşme özgürlüğüne geniş imkân tanırken, esnekleşme emredici kurallara getirilen istisnalardan meydana gelmektedir.⁴

Geleneksel veya eski çalışma biçimlerinin istenilen sonuçları vermemesi yeniliği zorunlu kılmaktadır.⁵ Küreselleşmenin ve esnekleşmenin getirdiği yeniliklerden biri de iş sürecinde dış kaynak kullanımında meydana gelen artıştır.

¹¹ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022) 404; Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, (Ankara: Turhan, 2008) 275; Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2024) 21-22; A. Can Tuncay, “Brief History and Flexibilisation Efforts of Turkish Labour Law,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Temmuz 2013): 346; Banu Sarıbay, “Uzaktan Çalışma Üzerine Sosyolojik Bir Değerlendirme,” *Sosyoloji Dergisi*, no.46, (2023): 224; Burak Karakoç, “Çalışma Hayatında Esnekleşmenin Geldiği Son Nokta: Sıfır Saat Sözleşmeleri,” *Karatekin Hukuk Dergisi*, no. 2023/1, (2023): 2; Candan Albayrak Zincirlioğlu, “İş Hukukunda Esneklik ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 40, (2021): 274; Çağlar Doğru, “İnsan Kaynakları Açısından Esnek Çalışmanın İstihdama Etkilerinin İncelenmesi: Türkiye Örneği,” *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4, no. 7 (Ocak 2015): 110; Duygu Çelebi Demir, “Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, no.1, (2023): 597; Elif Şen, “Evde Hizmet Sözleşmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no.10, (2017): 477; Fevzi Demir ve Gülşen Gerşil, “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma,” *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no.16, (2008): 68; Münir Ekonomi. “4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.12, (2008): 5.

² Erişim Tarihi: Mayıs, 10, 2024, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st16/st16201.en07.pdf>

³ Albayrak Zincirlioğlu, “İş Hukukunda Esneklik ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi,” 274.

⁴ Ekonomi, “4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik,” 5.

⁵ Alpay Hekimler, *Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya’da Esnek Çalışma Modelleri*, (Ankara: Yorum Matbaacılık, 2006) 11; Serkan Odaman. *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*, (İstanbul: Legal, 2013) 9.

Günümüzde işverenler donanımlı ve enerjisi yüksek insan kaynağını kendi bünyesinde barındırmak için işçilerine daha fazla esneklik tanıyarak istedikleri mekânda istedikleri zamanda çalışma imkânı tanımaktadır.⁶ Zira küreselleşme ve teknolojik gelişmelerin katkısıyla nitelikli işçiler buldukları konumdan farklı şehirler ve ülkelerden işverenlerin yanında iş görme imkânı edinmişlerdir.⁷ Bu sayede işçiler hayatlarının diğer yönlerini düzenleyebilir ve sorumluluklarına göre çalışma sürelerini düzenleyebilirler.⁸ Uygulama ile işçilerin, iş ve genel yaşam memnuniyet düzeyleri artacaktır.

Esnekliğin piyasaya sağlayacağı faydalardan bahsedilen 1986 tarihli OECD tarafından hazırlatılan Dahrendorf Raporu'nda yapılan tanıma göre esneklik, "sistemlerin, organizasyonların ve bireylerin yeni yapılanmalar ve davranış biçimleri geliştirerek değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum gösterme becerisi" olarak yer almaktadır.⁹

İlerleyen teknoloji ile değişen koşullara uyum sağlama ancak işçi ve işverenlerin karşılıklı anlaşmaları ve güvenceli esneklik uygulaması ile mümkün olacaktır. Güvenceli esneklik uygulamasında temel uygulama, işçinin korunma ilkesi gözetilerek işletmelerin esneklik ihtiyaçlarının giderilmesidir.¹⁰ Güvenceli

⁶ Sajjad Ahmad, Numan Ahmad ve Najeeb UK Sherwani, "Impact of Flexible Working Hours on Organizational Commitment and the Mediating Role of Work-Life Balance," *IUP Journal of Organizational Behavior* 23 no.2: (2024): 5; E. Jeffrey Hill ve diğerleri, "Defining and conceptualizing workplace flexibility Community," *Work and Family*, 11 no.12: (2008): 149.

⁷ Orhan Ersun Civan ve Çiğdem Yatağan Özkan, "İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.50 (2023/II): 110-111.

⁸ Fionna Buick ve diğerleri, "Flexible Working in the Australian Capital Territory (ACTPS)," *Australia&New Zealand School of Government*, (Melbourne: ANZSOG), (2022): 8.

⁹ Gerhard Bosch, "Social Europe Flexibility and Work Organization Report," Supplement 1, *Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities*. No.95, (1995): 2; Detaylı bilgi için bkz. Canan Erdoğan, "İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği," *Terazi Hukuk Dergisi*, 15, no. 170, (Ekim 2020): 2021.

¹⁰ Gaye Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20 no.1, (2014): 224; Albayrak Zincirlioğlu, "İş

esneklik işletmesel özgürlüğü de koruması yönüyle işçinin yanı sıra işverenin de korunması sağlanmaktadır.¹¹ Hukukumuzda günlük ve haftalık azami çalışma sürelerinin bulunması güvenceli esnekliğe kaynak oluşturmaktadır.

İş Hukukunda esnekleşmede tek taraflı bir menfaat söz konusu olmayıp işçi ve işverenlerin çıkarları birbirlerini tamamlayıcı nitelik taşımaktadır¹². Bu yönüyle kanunumuzda çalışma sürelerine yönelik yapılan düzenlemeler esnekleşmeyi geliştirmeye yönelik değil tarafları korumaya yöneliktir.¹³

Esasında esneklik, sayısal, fonksiyonel, ücret ve çalışma sürelerine ilişkin olarak farklı formüllerde karşımıza çıkmaktadır.¹⁴

B. Esneklik Türleri

1. Sayısal Esneklik

Sayısal esneklik, işletmelerin kısa dönemdeki değişimlere göre ihtiyaç duyulan işçi sayısını ve niteliklerini serbestçe belirleyebilme özgürlüğünü ifade eder.¹⁵ Başka bir ifadeyle işletmelerin değişen koşullara hızlı uyum sağlamak amacıyla kurallara bağlı olmaksızın işçi alım ve işten çıkarmalardaki esnekliğidir.¹⁶ Bu bağlamda, işletmeler belirli işçi gruplarını resmi iş bulma kurumları yerine özel istihdam büroları aracılığıyla ve niteliksiz veya yarı nitelikli işçileri de alt işverenlik veya ödünç iş ilişkisi gibi yöntemlerle temin edebilme

Hukukunda Esneklik ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi," 275; Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 6.

¹¹ Erdoğan, "İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği," 2022.

¹² Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin, 2023): 1321.

¹³ Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 1321.

¹⁴ Gülten Kutal, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları," *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 55, no. 1, (2011): 24.

¹⁵ Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 12.

¹⁶ Canan Aydoğdu, "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türkiye'de Esnek Çalışma ve Kadın İstihdamına Yönelik Olarak Yapılan Çalışmalar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri," *Uzmanlık Tezi, (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, 2012): 13.*

esnekliğine sahip olur.¹⁷ Bununla beraber, temin edilen işçiler ile yapılacak sözleşmelerin türünü belirleme özgürlüğü de sayısal esneklik kapsamında değerlendirilecektir.¹⁸ Özetle, sayısal esneklik, işgücü ihtiyacına göre işçi sayısının belirlenmesidir ve istihdamdaki esnekliği ifade eder.¹⁹

2. Fonksiyonel Esneklik

İşçilerin iş tanımlarının iş yüküne göre esneklik gösterdiği esneklik hali, fonksiyonel esneklik olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰ Fonksiyonel esneklik, iç esneklik²¹ ve iş organizasyonunda esneklik²² olarak da ifade edilmektedir. Fonksiyonel esneklikte, işgücünün zamana ve teknolojiye uygun hale getirilmesi ile esnekliğin amaca uygun olarak kullanılması hedeflenir.²³ Bu esneklik türü işçilerin farklı alanlarda görev alabilmesine imkân tanır. Zira fonksiyonel esneklik işçilerin sayısı ile değil iş tanımı ile ilgilidir.²⁴ İşyerinde çalışan işçilerin farklı

¹⁷ Nurgün Kul Parlak, "İş-Yaşam Dengesi Açısından Esnek Çalışmanın Analizi," *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 5, no.2, (2016): 112; Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları," 230; Geçici iş ilişkisinde esneklik için bkz. Canan Erdoğan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2, (2017): 130 vd; Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 8.

¹⁸ Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 8.

¹⁹ Demir ve Gerşil, "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma," 70; Erdoğan, "İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği," 2023.

²⁰ Demir ve Gerşil, "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma," 70-71.

²¹ Mehmet Ali Noyan, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi," Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, 2007): 106.

²² Aydoğdu, "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türkiye'de Esnek Çalışma ve Kadın İstihdamına Yönelik Olarak Yapılan Çalışmalar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri," 14.

²³ Ayşe Oya Özçelik, "Güvenceli Esneklik Kavramı ve Türk Çalışma Hayatındaki Yeri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010): 12; Karakoç, "Çalışma Hayatında Esnekleşmenin Geldiği Son Nokta: Sıfır Saat Sözleşmeleri," 4.

²⁴ Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları," 230.

işlerde çalıştırılabilmesi fonksiyonel esnekliktir.²⁵ Fonksiyonel esneklikte, mevcut işçilerin gelişen teknolojiye uyumu sağlanması yoluyla işgücünün verimli kullanılması amaçlanır.²⁶

İşin düzenlenmesine ve çalışma sürelerine ilişkin düzenlenen esneklik türleri de fonksiyonel esneklik başlığı altında ele alınmaktadır.²⁷ Ancak çalışmamızın konusunu oluşturması sebebiyle çalışma sürelerine ilişkin esneklik ek başlık altında ele alınacaktır.

3. Ücret Esnekliği

Ücret, esas olarak işçinin yaptığı işin ve emeğinin karşılığıdır.²⁸ Aynı zamanda yapılan hizmetin, görülen işin veya fikir çalışmalarının karşılığı olan parayı da ifade eder.²⁹ Ücret sisteminin en yaygın ve eski olan uygulanma şekli zamana göre ücret ödenmesidir.³⁰ İşçi ne kadar çalışırsa o kadar ücrete hak kazanacaktır. Zamana göre ücretin yanı sıra, verime göre ücret, yüzde usulü ücret ve karma ücret sistemleri de uygulanan diğer ücret ödeme şekilleridir.³¹ Ücret esnekliği ile bu uygulamalara çeşitlendirilmiş ve esneklik getirilmiştir.

Ücret esnekliği, piyasa koşullarının ve işletmelerin ihtiyaçlarının değişimine göre çeşitlendirilmiş ve değişken ücret politikalarının uygulanabilmesidir.³²

²⁵ Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 8.

²⁶ Başak Balkır Gülen, "Esnek Çalışma Biçimleri Açısından İş Kazası Kavramı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023): 19.

²⁷ Begüm Şermet, "İş Hukukunda Esneklik ve Atipik İş Sözleşmeleri," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, no. 123, (Kasım 2014): 142; Erdoğan, "İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği," 2022.

²⁸ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, (Ankara: Turhan, 2008): 462; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: On İki Levha, 2020): 259; Muhammed Fatih Uşan, *Parça Başına Ücret*, (Ankara: Seçkin, 2003): 19.

²⁹ Mehmet Zahid Yener, *İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt*, (Ankara: Yetkin, 2020): 28.

³⁰ Uşan, *Parça Başına Ücret*, 29.

³¹ Detaylı bilgi için bkz. Uşan, *Parça Başına Ücret*, 29 vd.

³² Murat İkişler, *Türk Hukukunda Esnek Çalışma*, (Ankara: Adalet, 2012): 30.

İşçilerin kıdemi, performansı ve yeteneğine göre ücret ödenmesi de ücret esnekliğinin bir unsurudur. Kısaca işletmeler, ücret düzeyini değişen koşullara göre ayarlayabilme özgürlüğüne sahiptir ve bu sayede kişi bazlı ücret uygulamaları mümkün hale gelir.³³ Burada asgari ücret uygulaması, işçinin korunmasını ve menfaat dengesini en az düzeyde sağlayan uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁴

Diğer görüşe göre performansa dayalı ücretin esas ücret esnekliği olduğu söylenmektedir.³⁵ Yani "eşit işe eşit ücret" değil "eşit değerde işe eşit ücret" savunulmaktadır.³⁶ İşverenler genel olarak işçilerin performansını üretkenliğe göre değil işyerinde bulunulan süreye göre değerlendirmektedir. Oysa işin niteliğine ve alınan sorumluluğa göre ücretin değişiklik göstermesi işçilerin üretkenliğini artıracak bir gerçektir. Şüphesiz ücret esnekliği, işletmelerin verimliliğine ve karlılığına da olumlu etki etmektedir.

4. Çalışma Sürelerinde Esneklik

Esneklik uygulamasına, işgücünden daha fazla faydalanılması için öncelikle çalışma sürelerine yönelik düzenlemeler ile yer verilmiştir.³⁷ İşçinin işi ne zaman göreceğinin sınırları çalışma süreleri ile belirlenir.³⁸ Çalışma süresi, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği (ÇSY)³⁹ m.3/1'de "Çalışma süresi, işçinin

³³ Tolga Alkan, "Esnek Çalışma Biçimleri ve Çağrı Merkezi Örneği," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007): 38; Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları," 230; Demir ve Gerşil, "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma," 71.

³⁴ Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 8.

³⁵ Aydoğdu, "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türkiye'de Esnek Çalışma ve Kadın İstihdamına Yönelik Olarak Yapılan Çalışmalar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri," 14.

³⁶ Noyan, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi," 168.

³⁷ Mehtap Yücel Bodur, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1 (Temmuz 2019): 290.

³⁸ Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, 53.

³⁹ RG. 06.04.2004, S. 25425.

çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanunu'nun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanunun 68 inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz." hükmünde açıklanmıştır. Hükümden anlaşılacağı üzere, işçinin yalnızca fiili çalıştığı süreler değil işverenin emir ve talimatları altında çalışmaya hazır bulunduğu farazi çalışma süreleri de çalışma süresinden sayılmaktadır.⁴⁰

Esnek çalışma ile işçilere belirli sınırlar dahilinde mesai başlangıç ve bitiş saatlerini belirlerken süre esnekliği verilmektedir.⁴¹ İşçinin çalışma süresinde azalma olmadan çalışma saatlerini belirme imkânı tanınır.⁴² Özellikle kovid19 pandemisi sonrasında artan esneklik ile işçiler, işyerine geliş ve işyerinden ayrılış saatlerini kendileri belirlemektedirler.⁴³ Çalışma sürelerindeki esneklik, işçi açısından işe başlangıç ve bitiş sürelerini kendisinin belirlemesi olarak uygulanırken işveren açısından işin ihtiyaç olan süreler içerisinde yapılmasıdır.⁴⁴ İş hukukunda esneklik ihtiyacının doğma sebebi esasen ekonomik krizler, küreselleşme, rekabet ortamı, bilgisayar ve otomasyon sisteminin kullanımının arttığı bilgi çağına geçiştir.⁴⁵ 1475 sayılı İş Kanunu'nda⁴⁶ yer alan hükümler ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyum sağlamaması nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu⁴⁷ (İşK.) ile esnek çalışma modelleri ve çalışma sürelerine ilişkin

⁴⁰ Nuri Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta, 2023): 757 vd.; Öner Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2020): 269; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 379 vd.; Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 830.

⁴¹ Johannes Gärtner ve diğerleri, "Mehr Gleitzeit in die Schichtarbeit!," *Z. Arb. Wiss.* 70, (2016): 9.

⁴² Sajjad, Ahmad ve Sherwani, "Impact of Flexible Working Hours on Organizational Commitment and the Mediating Role of Work-Life Balance," 7.

⁴³ Zhiyi Gan ve diğerleri, "Organizational Benefits of Commuting Support: The Impact of Flexible Working Hours on Employees' OCB through Commuting Control," *Soc Indic Res*, (2024): 2.

⁴⁴ Filiz Çalışkan ve Banu Sungur, "Vasıflı Kayan Esnek Çalışma Saati Sistemi İçin Bir Karma Tamsayı Hedef Programlama Modeli Önerisi," *Erciyes Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* no.33, (2009): .2.

⁴⁵ Detaylı bilgi için: Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 21.

⁴⁶ RG. 1.9.1971, S. 13943.

⁴⁷ RG. 10.06.2003, S. 25134.

düzenlemelere yer verilmiştir.⁴⁸ Nitekim esneklik uygulaması, İşK. m.63/2'de yer alan *"Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir."* hükmüne dayanmaktadır. Bu hükümde, sözleşme ile çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit dağıtılma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.⁴⁹ Kanun koyucu çalışma süresine bir üst sınır belirleyerek işçiyi koruma amacıyla işverenin yönetim hakkını sınırlamıştır.⁵⁰ Emredici nitelikteki bu hükümlerle esnekliğin de sınırları belirlenmiştir. Bu durumda işçinin haftalık çalışma süresi 66 saate kadar çıkabilmektedir. Öğretide haftalık 45 saat üzeri çalışmalar yoğunlaştırılmış iş haftası olarak değerlendirilmektedir.⁵¹ İşçiye yoğun çalıştığı haftaları iki aylık sürede denkleştirme imkânı verilmiştir. Bu süre toplu iş sözleşmeleri ile dört aya çıkabilmektedir. İşK. m.41/1 uyarınca denkleştirme süreleri dahil edildiğinde işçinin bu süre içerisinde haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşamaz. Haftalık ortalama 45 saati aşan süreler ise fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.

II. KAYAN İŞ SÜRELERİ VE TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Çalışma sürelerinde esnekleşmenin en yaygın uygulanan modellerinden biri olan kayan iş süreleri, 1960'larda Almanya'da ortaya çıkmış ve diğer ülkelerde de benimsenmiştir.⁵² Esnek çalışma modellerinden biri olan kayan iş sürelerinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *"Normal çalışma zamanının belirli kısımlarında, belirli bir zaman bütçesi dahilinde çalışanın zaman kullanımını özgürce yapabildiği bir esnek*

⁴⁸ Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2023): 11; Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri*, 750-751; Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 24.

⁴⁹ Cevdet İlhan Günay, "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.6, (Haziran 2007): 5-6.

⁵⁰ Volkan Güneş, "Güvene Dayalı Çalışma Süresi (Vertrauensarbeitszeit)," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no.4, (2019): 252.

⁵¹ Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2020) 141; Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri*, 753.

⁵² Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, 396.

çalışma modelidir".⁵³ Kayan iş sürelerinden söz edebilmek için işçinin, belirli bir iş gününde, iş başlangıç ve bitiş zamanının belli bir saate bağlı olmaksızın, daha esnek bir sürede, kendisi tarafından belirlenen bir saatte işe başlaması ve günlük veya haftalık olarak belirlenen süre içerisinde işi bitirmesi gerekir.⁵⁴ Kayan iş sürelerinin en ayırt edici özelliği, çalışma saatlerinin düzenlenmesi konusunda birtakım yetkin işçiye verilmesidir.⁵⁵ Esasında temel olarak basit ve nitelikli kayan iş süreleri olmak üzere iki farklı kayan iş süreli çalışma modeli bulunmaktadır.⁵⁶

Kayan iş süreleriyle bir iş ilişkisi kurulmadan önce tarafların, her ne kadar kriterler her işyeri için tamamen aynı anda olmasa da bazı hususların önceden belirlemesinde fayda olacaktır. Bunlar:

- İşçinin günlük ortalama çalışma süresi,
- Basit kayan iş sürelerinde işçinin temel olarak işe başlayabileceği ve sona erdirebileceği iş süresi aralığı,
- Basit kayan iş sürelerinde işçinin işyerinde bulunması gereken çekirdek zaman dilimi,
- Trafik lambası sistemine göre işçinin fazla veya eksik çalışma durumlarında denkleştirme yapması gereken zaman aralığı belirlenmesi gerekir.

Bu kriterlerle belirlenirken hukukumuzda yer alan azami süreler dikkate alınmalı ve günlük azami çalışma süresine riayet edilmelidir.⁵⁷

⁵³ *Ekonomi ve Çalışma Hayatı Terimleri Sözlüğü*, Ankara: Memur-Sen Yayınları, 2016, 125.

⁵⁴ Devrim Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. Özel Sayı, (2007): 177; Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, 396-397.

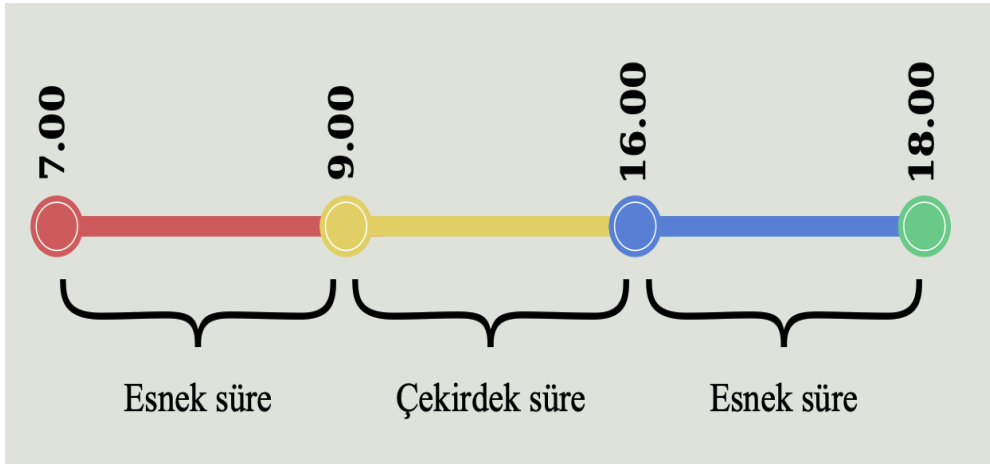
⁵⁵ Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, 397.

⁵⁶ Çalışkan ve Sungur, "Vasıflı Kayan Esnek Çalışma Saati Sistemi İçin Bir Karma Tamsayı Hedef Programlama Modeli Önerisi," 4; Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, 398.

⁵⁷ Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı," 180.

B. Basit Kayan İş Süreleri

İşçinin işyerinde günlük geçirmesi gereken çekirdek sürenin belirlendiği ancak başlangıç ve bitişini kendisinin belirlediği çalışma sürelerine basit kayan iş süreli çalışma modeli adı verilmektedir⁵⁸(Bkz. Şekil 1). Çekirdek süre dışında kalan ara dinlenme, işe başlangıç ve bitiş saatleri işçi tarafından belirlenir.⁵⁹ Aşağıdaki şekilde yer alan çalışma modelinde, işçilerin işe başlayabilecekleri en erken saat ile işi bırakmaları gereken en geç saat öncelikle belirlenir. Örnekte bu saatler sabah yedi ile akşam on sekiz olarak kabul edilmiştir. İşçiler, çekirdek çalışma saatleri içinde iş yerinde bulunmak zorundadır; ancak bunun dışında kalan çalışma zamanlarını istedikleri gibi belirleme özgürlüğüne sahiptirler. İşK. m.63'te haftalık çalışma süresi en fazla 45 saat olarak belirlenmiştir ve aksine bir hüküm bulunmadıkça haftanın günlerine eşit olarak bölünmektedir. Basit kayan iş sürelerinde altı gün çalışan bir işçi her gün yedi buçuk saat çalışmak zorunda olup, çalışacağı aralığı kendisi belirler.⁶⁰



⁵⁸ Noyan, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi," 188; Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı," 178.

⁵⁹ Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, 399.

⁶⁰ Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı," 180.

Şekil 1: Çekirdek Süre Belirlenen Basit Kayan Süreli Çalışma Modeli, **Kaynak:** Yazar tarafından hazırlanmıştır.

C. Nitelikli Kayan İş Süreleri

İşçinin işe başlangıç ve bitiş süresinin yanı sıra bazı günler kısa, bazı günler uzun çalışarak kendisine boş zaman bırakabildiği çalışma sürelerine nitelikli kayan iş süresi adı verilir.⁶¹ Nitelikli kayan iş sürelerinde işçi, işe normal zamandan önce veya sonra başlayabileceği gibi günlük iş süresini kısaltabilmekte ve daha sonra bunu denkleştirme olanağına sahiptir.⁶² Öğretide bazı yazarlar nitelikli kayan iş sürelerinde de çekirdek süre olacağını savunmaktadır.⁶³ Nitelikli kayan iş sürelerinde işçi, kendi belirlediği günler günlük azami çalışma süresi olan 11 saati aşmamak kaydıyla fazla çalışarak kendisine boş gün oluşturma imkanına sahiptir. İşçi burada iki aylık denkleştirme sürelerine uymak kaydıyla haftalık 45 saat ortalama çalışma süresine riayet etmelidir.

Sözleşme ile haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlendiği durumlarda da taraflar kayan iş sürelerini benimseyebilir. Bu durumlarda sözleşme ile belirlenen çalışma süresi, haftalık çalışma süresi olarak kabul edilir.⁶⁴ Denkleştirme döneminde yer alan haftaların ortalama çalışma süresi sözleşmede belirlenen süreyi aştığı takdirde 45 saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışma sayılır.⁶⁵

⁶¹ Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı," 178.

⁶² Noyan, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi," 189; Yücel Bodur, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar," 298.

⁶³ Akyiğit, *İş Hukuku*, 405.

⁶⁴ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 870.

⁶⁵ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 870.

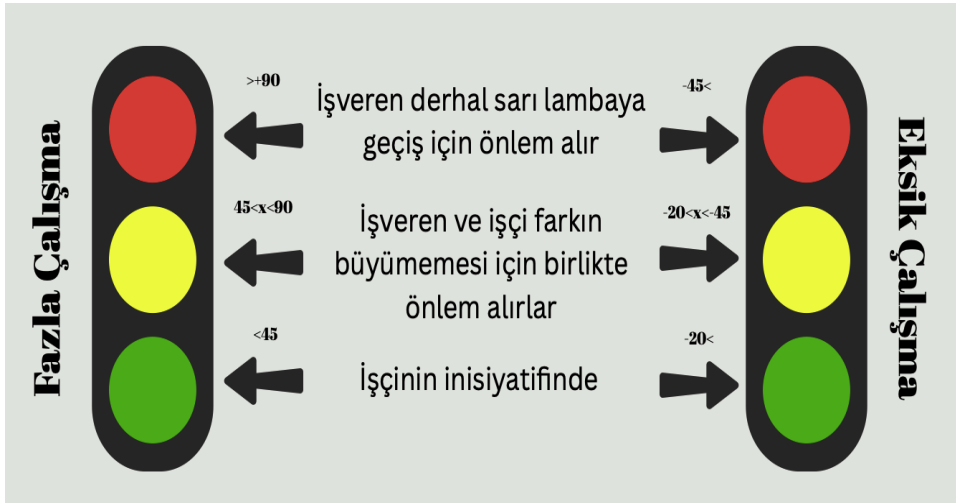
D. Trafik Lambası Sistemi

Trafik lambası sistemi kayan iş sürelerinin diğer bir esnek çalışma türü olan güvene dayalı çalışma sürelerinden⁶⁶ farklılaştıran bir sistemdir. Nitekim kayan iş sürelerinde işçinin çalışma süreleri kayıt altına alınırken güvene dayalı çalışma süresinde esneklik sınırları genişletilerek daha serbest bir çalışma süresi tanınmıştır.⁶⁷ Trafik lambası sistemi kayan iş süreli iş sözleşmelerinin uygulandığı işyerlerinde işçinin çalışma süresinin tespiti için kullanılır. Bu sistem hem eksik hem de fazla çalışma sürelerinin olmasında devreye girer. Burada kullanılan renkler trafik lambalarında kullanılan yeşil, sarı ve kırmızıdır. Renklerin durumuna göre işçi ve işverenler sorumluluk alırlar. Aktif çalışılan süre çalışılması gereken süreden az ise eksik çalışma olarak işçi tarafına çalışılması gereken süre olarak kırmızı bölgeye not düşülürken; aktif çalışılan süre çalışılması gereken süreden fazla ise (*fazla çalışılan sürenin miktarına göre*) işçi adına yeşil bölgeye kaydedilir. İşçinin alacaklı olduğu süreler fazla çalışma olarak değerlendirilmemekte ve işçiye fazla çalışma ücreti yerine boş zaman hakkı tanımlanarak çalışma süresinde esneklik sağlanmaktadır. Yeşil renk sorun teşkil etmezken, sarı renkte sorumluluk her iki tarafa da ait olur ve renk kırmızı ise sorumluluk işverene aittir.⁶⁸

⁶⁶ Güvene dayalı çalışma süresi hakkında detaylı bilgi için bkz. Güneş, "Güvene Dayalı Çalışma Süresi (Vertrauensarbeitszeit)," 254 vd.

⁶⁷ Güneş, "Güvene Dayalı Çalışma Süresi (Vertrauensarbeitszeit)," 256.

⁶⁸ Çalışkan ve Sungur, "Vasıflı Kayan Esnek Çalışma Saati Sistemi İçin Bir Karma Tamsayılı Hedef Programlama Modeli Önerisi," 5.



Şekil 2: Trafik Lambası Sistemi, Kaynak: Uyarlanmıştır. Örnek için bkz. Filiz Çalışkan ve Banu Sungur. "Vasıflı Kayan Esnek Çalışma Saati Sistemi İçin Bir Karma Tamsayılı Hedef Programlama Modeli Önerisi" Erciyes Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi S.33, (2009): 1-18.

Burada trafik lambasının yeşilden sarıya ve sarıdan kırmızıya geçişte bazı kurallar öngörülmüştür. Örneğimizde fazla çalışmada 90 saat üzeri fazla çalışma kırmızı alan olarak belirlenirken, 45 saat üzeri eksik çalışma kırmızı alan olarak belirlenmiştir. Bu süreler örnek olup işveren ve işçilerinin kendi kararlarına bırakılmıştır.

Trafik lambası sistemi ile işçilerin çalışma süresi otomasyon sistemine işlenmekte olup işverenlerin yönetimine kolaylık getirmektedir. İşçilerini çalışma sürelerini takibi kolaylaşmakta ve işgücü farkındalığı artmaktadır.

III. FAZLA ÇALIŞMA İLE KAYAN İŞ SÜRELERİ İLİŞKİSİ

Fazla çalışma, İş Kanunu'nda belirlenen hükümler çerçevesinde haftalık 45 saat çalışma süresinden fazla olan çalışmalardır.⁶⁹ İşçinin kanunda belirlenen

⁶⁹ Şahin Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, (Ankara: Yetkin, 2020): 146; Muhammed Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2023): 396; Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri*, 776; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 391; Eyrenci ve

çalışma süresinin üzerinde çalıştırılmaması esastır.⁷⁰ Ancak tarafların anlaşarak haftalık çalışma süresini 45 saatten daha bir az süre olarak kararlaştırmaları mümkündür.⁷¹

Esnek çalışmada da amaçlanan işçinin fazla çalışma yapması değil zaman ayarlamasını kendisi yaparak çalışması gereken süre kadar çalışmasıdır. Ancak üretimin artması, işyerindeki aksamaların önlenmesi, toplumun acil ihtiyaçlarının karşılanması ve nitelikli kayan iş süreleri modeli benimsenen işyerlerinde ihtiyaca binaen fazla çalışma yapılabilir. Yalnızca bu sebeplerle değil bu sebeplere benzerlik gösteren sebeplerle de fazla çalışma yapılabilir.⁷² Bu çalışmalar İşK. m.41 ile m.43 arasında düzenlenmiştir. Kanun düzenlemesine göre fazla çalışma türleri; normal fazla çalışma, zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte her ne olursa olsun kanunda (İşK. m.63/3) belirlenen günlük 11 saat üzerinde çalışma yapmaması gerekir.⁷³

Eğer işçi işyerinde esnek çalışma yöntemiyle çalışıyorsa, haftalık normal çalışma süresi, iş günlerine ve günlük 11 saati aşmamak şartıyla farklı şekillerde dağıtılabilir. İki aylık denkleştirme süresi içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık 45 saati geçmeyecektir (İşK. m.41/1).⁷⁴ Haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saati aştığı hallerde fazla çalışma doğacaktır (İşK. m.41/3). İşçi haftanın beş günü dokuz saat çalışan işçi ek bir gün daha işe çağırılırsa, ek olarak çalıştığı gün fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.⁷⁵ Bu durumda işçi, bazı günler 11 saate kadar çalışabilirken, diğer günlerde daha az çalışarak veya çalışmayarak haftalık ortalama 45 saat sınırını aşmadan dengeleyebilir. Bu şekilde fazla çalışma ile nitelikli kayan iş süresi modelinin uygulaması gerçekleştirilebilir.

diğerleri, *İş Hukuku*, 225; Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, 886; Odaman, *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*, 28; Sümer, *İş Hukuku*, 143; Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 870.

⁷⁰ Uşan ve Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 196.

⁷¹ Ali Cengiz Köseoğlu ve Sibel Kabul, "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72, no.2, (2014): 237.

⁷² Günay, "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları," 10; Odaman, *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*, 36-39.

⁷³ Günay, "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları," 1324.

⁷⁴ Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı," 180.

⁷⁵ Sümer, *İş Hukuku*, 144.

Uygulamada, nitelikli kayan iş süreleri ile çalışan işçi fazla çalışmanın karşılığını ücret olarak almaz ancak denkleştirme yoluyla tatil ve dinlenme süresi olarak kullanır (İşK. m.41/4-5).⁷⁶ Bir başka deyişle işçiler dinlenme süresi olarak kullanacakları boş zaman ile çalışma sürelerini denkleştirebileceklerdir.

Günlük azami sınır olan 11 saati aşmadan haftalık 45 saat üzerinde çalışma yapıldığı takdirde, örneğin haftalık elli saatlik çalışma ile sekiz haftada 400 saat çalışma yapılmış olacaktır. 400 saatlik çalışmadan sekiz haftalık normal çalışma süresi olan 360 saat çıkarılarak bulunan 40 saatlik fazla çalışma ücreti doğacaktır.⁷⁷ Yargıtayın vermiş olduğu kararda, haftalık çalışma süresi 45 saate ulaşmasa da günlük azami çalışma süresi olan 11 saati aşan çalışmalar yine fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.⁷⁸

Ayrıca İşK. m.41 uyarınca “ 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.” denilerek denkleştirmeye tâbi olan sürelerin fazla çalışma sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, işçinin iki aylık denkleştirme çalışması süresi içerisinde bazı haftalarda 45 saati aşan çalışmaları, denkleştirme süresi kapsamında değerlendirileceğinden, iki aylık süre içindeki haftalık ortalama çalışma süresinin dikkate alınması gerekir. Denkleştirme süresi içerisinde 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilirken; çalışma süresi 45 saati aşmıyorsa fazla çalışma olarak değerlendirilemeyecektir.

Yargıtay kararında, tıbbi satış mümessili olarak çalışan kişilerin yapmış oldukları çalışmaların uzaktan ve esnek çalışma kapsamında değerlendirilmesi gerekliliği neticesinde çalışma sürelerini kendisi belirleyen işveren vekillerinin⁷⁹

⁷⁶ Demir ve Gerşil, “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma,” 82.

⁷⁷ Günay, “Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları,” 1325.

⁷⁸ Bkz. Yar. HGK. E.2007/9-150, K.2007/160, 21.3.2007. ve aynı yönde bkz. Yar. 9.HD. E.2016/20709, K. 2020/8341, 17.09.2020: “günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı...” (Günay, (Şerh), 1324-1327).

⁷⁹ Bkz. Yar. 9.HD E.19804, K.8199, 14.3.2005, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2024, kazanci.com.tr.

yapacakları çalışmalar da fazla çalışma kapsamında kabul edilmemiştir.⁸⁰ Bir başka kararında ise *“Esasen davalı bazı zamanlarda fazla mesainin yapıldığını ancak, aylık ücretle birlikte fazla mesai parasının ödendiğini savunmuştur. Bu savunmaya değer verebilmek için taraflar arasında bir sözleşmenin veya yazılı bir belgenin olması gerekir. Böyle bir yazılı belge bulunmadığı sürece fazla mesainin ücretin içinde olduğu kabul edilemez.”* Denilerek fazla mesai ücretinin yazılı belge olmadığı sürece ücretin içinde olamayacağı belirtilmiştir.⁸¹

Yargıtay kararlarında *“kayan iş süreleri”* ifadesi geçen kararda ise, *“... davacı taraf, dosyaya sunduğu e-maillerden de görüleceği gibi, işveren tarafından belirlenen hedeflere ulaşmalarının zorunlu olduğunu, hedefe ulaşılması yönünde talimat verilmesi halinde kayan iş süresinin söz konusu olmayacağını, belirlenen hedeflerin ise fazla çalışmayı gerektirdiğini ve bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için normal çalışma saatlerini aşan çalışmalar yapıldığını, böyle bir durumda çalışma süresini kendisinin belirlemesinin söz konusu olmadığını iddia etmiş olup; mahkemece bu iddia ile ilgili olarak herhangi bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, dosyada bulunan e-mailler, işyeri kayıtları ve diğer tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle, davacının günlük ve haftalık çalışma planının fazla çalışma yapmayı gerektirip gerektirmediği yönünde inceleme yapılarak, bu incelemenin sonucuna göre davacının fazla çalışma ücreti talebi konusunda bir karar verilmelidir”* diyerek tıbbi mümessillerin belirlenen hedefe ulaşması için yapılan fazla çalışmaların kayan iş süresi olarak kabul edilemeyeceği ve fazla çalışma ücreti ödenmesi yönünde karar vermiştir.⁸²

Taraflar, kanuni ara dinlenmeleri ve haftalık en fazla çalışma süresi kurallarına uyarken trafik lambası sistemini kullanırlar. Bu sistemde işveren ve işçinin birlikte sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda tarafların işin niteliğine göre iş koşullarını ayrıntılı olarak düzenlemeleri beklenir.⁸³ Yukarıda belirtildiği şekilde yazılı olarak sözleşme ile detayları belirlemeleri gerekmektedir.

⁸⁰ Bkz. Yar. 9.HD E.2005/ 23905, K.2006/5769, 8.3.2006, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2024, kazanci.com.tr.

⁸¹ Bkz. Yar. 9.HD E.16225, K.731, 24.1.2002, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2024, kazanci.com.tr.

⁸² Yar. 22.HD E.2017/22513, K.2019/11475, 23.05.2019, Erişim Tarihi: Haziran 8, 2024, kazanci.com.tr.

⁸³ Ulucan, “Yargıtay’ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı,” 181.

IV. DENKLEŞTİRME ÇALIŞMASI İLE KAYAN İŞ SÜRELERİ İLİŞKİSİ

Esnek çalışma ile çalışma sürelerinin farklı günlere bölünmesinin sonuçlarından biri de denkleştirme çalışmasıdır.⁸⁴ İş Kanunu m. 63/2 hükmünde *“Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir”* yer verilen düzenleme ile esneklik ihtiyacına bağlı olarak denkleştirme uygulamasına yer verilmiştir.⁸⁵ Denkleştirme, işçinin bazı haftalar yoğun bazı haftalar az çalışarak çalışma süresini tamamlamasını sağlayan uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁶ Öncelikle belirtmek gerekir ki bir işyerinde denkleştirme çalışması uygulanabilmesi için İşK. m.63/2 uyarınca tarafların üzerinde anlaşmış olmaları gerekir.⁸⁷ Bu anlaşma işyerindeki tüm işçilerle veya tek bir işçiyle de yapılabilir.⁸⁸

Denkleştirme çalışmasında her ne kadar esas olan fazla çalışma yapılmadan işin yürütülmesi olsa da işin yoğunluğu ve zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılabilmektedir (İşK. m.42).⁸⁹ Fazla çalışmanın yapıldığı haftalar tek başına değerlendirilmeyecek ve denkleştirme dönemi içerisinde ortalama çalışma süresine bakılacaktır. Ortalama çalışma süresinin aşılmadığı durumlarda fazla çalışmadan söz edilmeyecektir. Denkleştirme uygulamasıyla fazla çalışma kısmen

⁸⁴ Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 389.

⁸⁵ Çil, Koronavirüs Salgının İş Hukukuna Etkileri, 147 dn: *“Denkleştirme süresi turizm sektöründe dört ay olup toplu iş sözleşmesi ile altı aya kadar arttırılabilir.”*; Aynı yönde bkz. Yücel Bodur, *“Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,”* 322.

⁸⁶ Bkz. Yücel Bodur, *“Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,”* 301-302.

⁸⁷ Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri*, 754.

⁸⁸ Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri*, 755.

⁸⁹ Köseoğlu ve Kabul, *“4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma,”* 236.

ortadan kalkacak ve işçi fazla çalışma ile elde edeceği ek gelirden mahrum kalacaktır.⁹⁰

Denkleştirme için belirlenen süre uygulamanın kendine has özelliği olup önceden belirlenmiş olup değiştirilemez.⁹¹ Tarafların anlaşarak bu süreyi kısaltmaları veya uzatmaları mümkün değildir.⁹² Haftalık 45 saati aşan yoğunlaştırılmış iş haftasının akabinde işverenin işçiyi daha az süre çalıştırması durumunda, işçiye fazla mesai ücreti ödemek durumunda kalmayacaktır.⁹³ *Örneğin, haftanın beş günü çalışma yapılan işyerinde işçi üç hafta süresince elli beş saat çalıştığında, daha sonraki üç hafta süresince otuz beş saat çalışarak haftalık 45 saat olan ortalama çalışma süresini aşmamış olacaktır.*⁹⁴

Denkleştirmeye esas olacak olan esnek çalışma süreleri hakkında işçilere önceden bilgi verilmesi İşK m.67 ile hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, *“Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur. İşin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir.”* Bu uygulama esasında hem işvereni hem de işçiyi güvence altına almaktadır.⁹⁵ İşçinin günlük 11 saat çalıştırılarak haftalık 66 saat çalışmasını iki aylık denkleştirme süresine tabii tutularak iş sağlığı ve güvenliği açısından meydana gelecek riskler göz önünde bulundurulmuştur.⁹⁶ Denkleştirme de işçi denkleştirme süresi boyunca normalde uygulanan günlük ve haftalık çalışma

⁹⁰ Devrim Ulucan, “Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri ile İlgili Bazı Düşünceler,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.7, (Eylül 2007): 6-7; Yücel Bodur, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,” 302.

⁹¹ Odaman, *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*, 101.

⁹² Yücel Bodur, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,” 321.

⁹³ Günay, “Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları,” 1323.

⁹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu 63. maddesi gerekçesi.

⁹⁵ Baycık, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları,” 236.

⁹⁶ Baycık, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları,” 236-237; Yücel Bodur, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,” 299.

süresi ile bağlı kalmadan bazı haftalar 66 saate kadar çalışarak diğer haftalarda işçi normalin altında iş yapabilmekte ya da hiç çalışmamaktadır.⁹⁷

İşçinin korunması ilkesi gereği⁹⁸ denkleştirme çalışmasının uygulanmasında da ÇSY m.5 hükmünde işçinin günlük çalışma süresi olan 11 saati aşamayacağı düzenlenmiştir. Bu süre emredici olarak düzenlendiği için denkleştirmeye tabi tutulamayacaktır(ÇSY m.5). Günlük çalışma 11 saati aştığı takdirde aşan süreler fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir.⁹⁹ Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁰⁰.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle basit süreli kayan iş sürelerinde denkleştirme yapılması mümkün değildir zira denkleştirmeye tabi olacak bir çalışma mevcut değildir. Bununla birlikte nitelikli kayan iş sürelerinde işçi, çalışma zamanını kendisinin belirlemesi sonucunda meydana gelecek fazla ve eksik çalışmalar sebebiyle denkleştirmeye tâbi olacaktır.

Bununla birlikte öğretide denkleştirme süresine eleştiriler mevcuttur. Bu eleştiriler haftalık azami yoğunlaştırılmış bir çalışma süresinin belirlenmemesinden kaynaklanmaktadır. Zira işçi dört hafta boyunca haftalık 66 saat çalışarak kalan dört haftaya ortalama 24 saat kalacağı için işverenler işçinin yoğunlaştırılmış sürelerle çalışmasını tercih etmeyecektir ve esnek çalışma uygulanamaz hale gelecektir.¹⁰¹ Bu sebeple ya haftalık çalışma süresine bir sınırlandırma getirilmeli¹⁰² ya da denkleştirme süresi artırılmalıdır.¹⁰³

⁹⁷ Akyiğit, *İş Hukuku*, 410.

⁹⁸ Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik," 6; Yücel Bodur, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar," 318.

⁹⁹ Köseoğlu ve Kabul, "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma," 236.

¹⁰⁰ Bkz. Yar. 22.HD E.3049, K.744, 14.1.2019, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2024, kazanci.com.tr; Yar. 9.HD E.10355, K.4649, 1.3.2019, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2024, kazanci.com.tr.

¹⁰¹ Aziz Can Tuncay, "Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu," *AB-Türkiye Endüstri İlişkileri*, (2004): 76; Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları," 237.

¹⁰² Yücel Bodur, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar," 320.

¹⁰³ Tuncay, "Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu," 76.

İş, çalışma yeri, çalışma zamanı ve ücret gibi unsurlar iş sözleşmesinin esasını oluşturur.¹⁰⁴ Buna göre, işçinin çalışma zamanını belirlediği esnek çalışma veya denkleştirme uygulaması gibi değişiklikler esaslı değişiklik sayılır. Esnek çalışmanın ve denkleştirmenin uygulanması için iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olması sebebiyle işçinin yazılı onayının alınması şarttır.¹⁰⁵ Nitekim İşK. m.22/2 hükmünde “*Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir.*” İşçiye bu değişiklik yazılı olarak bildirilmeli ve işçi tarafından altı iş günü içinde kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır (İşK. m.22).¹⁰⁶ Bununla birlikte bu süre hak düşürücü nitelikte olmadığı için, işçinin sonradan vereceği rıza ile değişiklik yapılması mümkün olacaktır.¹⁰⁷ Öğretideki diğer bir görüşe göre kanunda öngörülmemiş bir kuralın yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmayacağından, tarafların yazılı olmaksızın denkleştirme esasına ve kayan iş sürelerine geçişi mümkün olmalıdır.¹⁰⁸ Kanaatimizce esneklik veya denkleştirme uygulaması sözleşmede yapılan esaslı bir değişiklik olması sebebiyle İşK. m.22 uyarınca yazılı olarak işçinin rızası alınmalıdır.

Denkleştirme çalışmasının yapıldığı dönemlerde işçiye ödenecek olan ücrette bir değişiklik yoktur. İşçiye yoğunlaştırılmış iş haftasında fazla çalışma nedeniyle fazla ücret ödenemeyeceği gibi az çalıştığı haftalarda da az ücret ödenmemelidir.¹⁰⁹ Fazla çalışmaya dahil edilecek çalışmalar haricinde işçinin hak kazanacağı ücret normal dönemde kazandığı ücret olacaktır.

¹⁰⁴ Muhammed Fatih Uşan, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, no. Özel Sayı, (2007): 220.

¹⁰⁵ Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 224-225.

¹⁰⁶ Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 224-225; Uşan, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları,” 256.

¹⁰⁷ Uşan, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları,” 255.

¹⁰⁸ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 832; Aynı yönde karar bkz. Yar. 9.HD, E.11167 K.2008/11017, 2.5.2008, Erişim Tarihi: Haziran 20, 2024, kazanci.com.tr.

¹⁰⁹ Yücel Bodur, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,” 326.

V. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE UYUM: KAYAN İŞ SÜRELERİ

A. İklim ve İklim Değişikliği

İklim, “Yeryüzünün herhangi bir yerinde hava olaylarına bağlı olarak gerçekleşen etkilerin uzun yılların ortalamasına dayanan durumu” olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁰ İklim değişikliği ise, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’ne¹¹¹ göre, “karşılaştırılabilir zaman dilimlerinde gözlenen doğal iklim değişikliğine ek olarak, doğrudan veya dolaylı olarak küresel atmosferin bileşimini bozan insan faaliyetleri sonucunda iklimde oluşan değişiklik” olarak tanımlanır. Tanımdan anlaşılacağı üzere iklim değişikliği doğal süreçler içerisinde gerçekleşmekle birlikte insanın da sebep olduğu sonuçlarla önlem alınması gereken ciddi bir husus olmuştur.¹¹² İklim krizi, kamu menfaatlerinin korunması itibariyle kamu hukuku karakterini taşıyor olsa da çözümünde hukukun tüm disiplinlerine ihtiyaç duyulmaktadır.¹¹³ Kamu hukuku ile özel hukuku keskin çizgilerle ayırmak mümkün değildir zira kamu hukuku toplumun menfaatlerini korumayı amaçlarken özel hukuk bireylerin menfaatlerini korumayı amaçlar.¹¹⁴ Özel hukuk ve kamu hukuku arasında hukuk uygulanmasında bir öncelik bulunmamalıdır.¹¹⁵ Hakkaniyete uygun olan ise hukukun bir bütün olarak ele alınarak sorunlara çözüm bulunmasıdır.

Günümüzde küresel iklim değişikliği uluslararası örgütler ve devletler tarafından mücadele edilmesi gereken ve tüm insanlığı ilgilendiren bir konu

¹¹⁰ İklim sözcüğünün kelime anlamı için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹¹¹ İklim Değişikliği Başkanlığı, “BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi,” <https://iklim.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-33>

¹¹² Christian Roschmann, “İklim Değişikliği Ve İnsan Hakları,” çev. Engin Fırat, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no.4, (2022): 1157.

¹¹³ Başak Baysal, “Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, no.1, (Haziran 2024): 258-259.

¹¹⁴ Baysal, “Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi,” 258-259.

¹¹⁵ Baysal, “Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi,” 261-262.

olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁶ İklim krizi tüm insanlığı ilgilendiren bir sorun olması sebebiyle bu sorunun çözümünde görev yalnızca uluslararası örgütlere ve devletlere düşmemelidir. İklim krizinin çözümünde işletmelerin, toplumun ve bireylerin de katkısına ve desteğine ihtiyaç duyulmaktadır.

Olumsuz ve beklenmeyen hava olaylarının kendini sıklıkla gösterdiği bugünlerde iklim değişikliğinin çalışma hayatını da etkilemesi kaçınılmazdır.¹¹⁷ Sıcaklıkların artması, deniz seviyesinin yükselmesi, su kaynaklarının azalması, aşırı yağışlar ve seller gibi aşırı hava olaylarına bağlı olarak tarımsal üretim olumsuz etkilenmekte, su kaynaklarının azalması, artan sıcaklıklar ve hava kirliliği gibi nedenler ise insan sağlığını doğrudan tehdit etmektedir.¹¹⁸ Başka bir deyişle iklim değişikliği; eğitim, ekonomi, sağlık, tarım, göç, güvenlik ve insan haklarını etkilemektedir.¹¹⁹

Küresel olarak yaşanan iklim değişikliği de ekonomik değişikliklere benzer olarak yaşama ve çalışma biçimlerimizi etkilemekte ve yenilik yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İklim değişikliğine yönelik temel çözümlerden birisi olarak esnek çalışma modelleri karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada esnek çalışma modelinin, karbon kirliliğinin ve işçilerin sıcak havaya maruz kalma sürelerinin azaltılmasına çözüm olduğu görülmektedir.

¹¹⁶ Yeter Tabur ve Erdi Şafak, "Küresel İklim Krizi İle Mücadelede Uluslararası Hukukun Rölü ve Ekokırım Suçu," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 no.1, (2023): 83.

¹¹⁷ Didem Yardımcıoğlu, "İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (Mayıs 2024): 467.

¹¹⁸ Mehmet Levent Kurnaz, "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye," *Dirençlilik Dergisi*, 7, no. 1, (2023): 200.

¹¹⁹ Neslihan Özkerim Güner, "İklim Değişikliği ve Dünya Mirasının Korunması," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, no. 2, (2021): 265.

B. Karbon Kirliliği

İklim değişikliği başkanlığının tanımına göre, “karbon kirliliği, fosil yakıtların yakılmasından kaynaklanan fazla karbondioksittir¹²⁰.” Her ne kadar bitkiler fotosentez için karbondioksite ihtiyaç duysa da fazlasının insan sağlığı için zararlı olduğu şüphesizdir. Günümüzde karbon kirliliğinin önemli sebeplerinden biri de binek araçlarda kullanılan fosil yakıt tüketimidir. Enerjiye hızlı bir şekilde dönüşmesi sebebiyle kullanılan fosil yakıtlar uzun vadede küresel ısınma, karbon kirliliği ve asit yağmurları vb. olumsuzluklara neden olmaktadır¹²¹. Karbon kirliliğinin ve çevresel sorunların azaltılması için karbon vergisi ve karbon vergisinin¹²² rolü üzerine çalışmalar yapılmıştır.¹²³ Türkiye 2021 yılında onaylamış olduğu Paris İklim Anlaşması¹²⁴ doğrultusunda 2053 yılını net sıfır karbon hedefi olarak

¹²⁰ Bkz. İklim Değişikliği Başkanlığı, <https://iklim.gov.tr/sss/temel-kavramlar#:~:text=Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler%20%C4%B0klim%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi%20%C3%87er%C3%A7eve,iklimde%20olu%C5%9Fan%20de%C4%9Fi%C5%9Fiklik%20olarak%20tan%C4%B1mlan%C4%B1r>.

¹²¹ Gökhan Bulut ve Mehmet Akif Özer, “Ekolojik Modernleşmeye İklim Değişikliği ve ‘Çevresel Ayak İzleri’ Üzerinden Bakmak,” *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 14, no. 3 (Eylül 2024): 760.

¹²² İklim Değişikliği Başkanlığı tanımına göre, “Karbon vergisi kömür, petrol ve doğal gaz gibi enerji ürünü birimi başına, farklı miktarlarda karbon yayan çeşitli fosil yakıt türlerine, farklılaştırılmış marjinal vergi oranlarının uygulanmasını kabul eden etkinliği yüksek bir fiyatlandırma tedbiridir.” Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2024, <https://iklim.gov.tr>.

¹²³ Bkz. Sibel Balı ve Gizem Yaylı, “Karbon Vergisinin Türkiye’de Uygulanabilirliği,” *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, 54, no.1, (2019):.306 vd.; Nur Sena Oğuz ve Seyfi Yıldız, “Bir Çevre Vergisi Olarak Karbon Vergisi”, *Anadolu University Journal of Faculty of Economics*, 6, no.1, (2024): 24 vd.; Derya Şencan, “Çevresel Sorunların Önlenmesinde Karbon Vergisi Üzerine Genel Bir Bakış,” *Journal of Vocational and Social Sciences of Turkey*, no.6, (Yıl.3, Ağustos 2021): 50-58; Karbon vergisinin çevrenin korunmasında yeterince etkin olmadığı ancak devletler için bir gelir kaynağı oluşturduğuna dair görüş için bkz. Birgül Alıcı ve Habib Yıldız, “Küresel Kamusal Bir Mal Olan Çevrenin Korunmasında Karbon Vergisi ve Etkinliği,” *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 4, no.1 (Haziran 2012): 55-64.

¹²⁴ Bkz. “Paris Anlaşması,” Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2024, <https://iklim.gov.tr/paris-anlasmasi-i-34>.

belirlemiştir.¹²⁵ Bu hedefin gerçekleşmesi enerji, ulaşım, sanayi, kentsel dönüşüm ve sıfır atık gibi politikaların başarılı bir şekilde yürütülmesine bağlıdır.¹²⁶ Bu hedefler doğrultusunda 24 ülke ve bazı yerel bölgelerde de karbon vergisi uygulaması bulunmaktadır.¹²⁷ Ciddi anlamda hayvansal gıda ihraç eden ülke konumunda bulunan Danimarka 2030 yılından itibaren hayvancılık sektöründe karbon vergisi uygulayacağını açıkladı ve böylece çiftliklerde bunu gerçekleştiren ilk ülke konumunu alacaktır.¹²⁸ Karbon vergisinin haricen bir çalışma konusu olması ve çalışmamızın konusunun dışında kalması sebebiyle burada detaya girilmeyecektir.

Geleneksel çalışma modelleri insanların sürekli olarak yer değiştirmesini gerekli kılmaktadır ve bu da fosil yakıt tüketimini artırmaktadır. Esnek çalışma modellerinden uzaktan çalışma veya kayan iş süreleri ile çalışmanın benimsenmesi ile fosil yakıt tüketimi azaltılabilir ve çevre kirliliğine ve iklim değişikliğine karşı olumlu katkıda bulunulabilir. Zira yapılan araştırmalar küresel covid19 salgını sürecinde benimsenen esnek çalışma modelinin fosil yakıt tüketimini önemli ölçüde azalttığını göstermektedir.¹²⁹ Kayan iş sürelerinde işçilerin işe gidiş geliş saatlerinin değişken olması trafik yoğunluğunu azaltması sebebiyle yakıt tüketimini de azaltacağı bir gerçektir. Fosil yakıt tüketiminin azalması ülke ekonomisinin üzerinde yük olan enerji açığının azalmasına da katkı

¹²⁵ "Türkiye Net Sıfır Emisyon Hedefini 2053'te gerçekleştirmeyi öngörüyor," Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2024, https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dis_basinda_turkiye/detay/turkiye-net-sifir-emisyon-hedefini-2053te-gerceklestirmeyi-ongoruyor.

¹²⁶ Bulut ve Özer, "Ekolojik Modernleşmeye İklim Değişikliği ve 'Çevresel Ayak İzleri' Üzerinden Bakmak," 764.

¹²⁷ Balı ve Yaylı: "Karbon vergisi; Birleşik Krallık, Finlandiya, İzlanda, Norveç, İsveç, Danimarka, Estonya, Letonya, İrlanda, Slovenya, İsviçre, Polonya, Portekiz, Meksika, Kolombiya, Şili, Hindistan, Japonya ülkelerinde ve Kanada'da bulunan British Columbia ve Alberta eyaletlerinde yerel olarak uygulanmaktadır."

¹²⁸ T.C. Ticaret Bakanlığı, Ticaret Araştırmaları ve Risk Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2024, <https://ticaret.gov.tr/blog/sektor-haberleri/danimarka-ciftliklere-karbon-vergisi-uygulayan-ilk-ulke-olacak>.

¹²⁹ İzzet Arı ve Mustafa Kaya, "The impact of remote working on Türkiye's energy consumption and greenhouse gas emissions: Learning from the experiences of Covid-19 era," *International Journal Energy Studies* 8, no.4 (2023): 714.

sağlamaktadır.¹³⁰ Aynı çalışmada esnek çalışmanın elektrik tüketimini azalttığı ve elektriğin üretiminden kaynaklanacak olan karbon kirliliğinin azalacağı öngörülmüştür.¹³¹ Uzaktan veya evden çalışmalarda, işçilerin maliyetlerini kendileri karşıladıklarında elektrik tüketimini azaltmaları bir faktör olarak görülmektedir.

C. Küresel Isınma ve Artan Sıcaklıklar

İklim değişikliği ve küresel ısınma, ülkelerin iş birliği içerisinde ortak çözüm aradıkları konulardan biri haline gelmiştir.¹³² Küresel ısınma ve artan sıcaklıklar, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Fosil yakıt tüketimine bağlı olarak sera gazı salınımının artışı küresel ısınma ve iklim değişikliğinin faktörü olarak görülmektedir.¹³³ Küresel ısınmanın ve iklim değişikliğinin bir diğer temel faktörü olarak; yüksek nüfus artışı, göçler, sanayileşme gibi insani faktörler belirtilmektedir.¹³⁴ Türkiye'nin de taraf olduğu Paris İklim Anlaşması küresel sıcaklık artışını 2°C'nin olabildiğince altında (mümkünse 1,5 derece seviyesinde) tutmayı amaçlamaktadır.¹³⁵ Dünyanın ısınması tehlikesine karşı alınan önlemler ve hedefler sıcaklığı belirli ölçüde tutmak olup soğutmaya yönelik değildir.¹³⁶ İklim değişikliğinin zararlı etkilerine uyum sağlamak amacıyla öngörülen diğer bir uygulama ise işçilerin sıcak havaya olan maruziyetlerinin azaltılmasına yönelik yapılan çalışmalardır. Yapılan uyum çalışmaları ile iklim değişikliğinin meydana getireceği olumsuz etkilerin önceden tahmin edilerek meydana gelecek zararları önlemek veya en aza indirmek

¹³⁰ Arı ve Kaya, "The impact of remote working on Türkiye's energy consumption and greenhouse gas emissions: Learning from the experiences of Covid-19 era," 718.

¹³¹ Arı ve Kaya, "The impact of remote working on Türkiye's energy consumption and greenhouse gas emissions: Learning from the experiences of Covid-19 era," 712-722.

¹³² Şerif Öner, "İklim Değişikliği Sorununun Uluslararası Gelişmeler Eşliğinde Türkiye'nin Politika ve Kurumlarına Yansımaları," *Ombudsman Akademik*, no.18 (Temmuz 2023): 37.

¹³³ Bulut ve Özer, "Ekolojik Modernleşmeye İklim Değişikliği ve 'Çevresel Ayak İzleri' Üzerinden Bakmak," 766.

¹³⁴ Oğuz ve Yıldız, "Bir Çevre Vergisi Olarak Karbon Vergisi," 21.

¹³⁵ Bkz. "Paris Anlaşması," Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2024, <https://iklim.gov.tr/paris-anlasmasi-i-34>.

¹³⁶ Fırat, "İklim Değişikliği Ve İnsan Hakları," 1160.

için alınan tedbirleri kapsamaktadır.¹³⁷ Araştırmalar küresel ortalama sıcaklık artışının iki dereceyi bulması halinde acil tedbirlerin alınmasının gerekliliğini göstermektedir.¹³⁸ Aynı araştırmada yazarlar, sıcaklık artışından en fazla etkilenecek olan ülkelerin sıcaklığa en hazırlıksız olan İsviçre, Birleşik Krallık ve Norveç gibi ülkelerin olacağı görüşündedir.¹³⁹ Ancak iklim değişikliğinin olumsuz etkisini bu ülkelerden ziyade fakir ve gelişmemiş olan ülkelerin hazırlıksız ve yapılandırılmamış olmaları nedeniyle daha fazla hissedeceği bilinen bir gerçektir.¹⁴⁰ Bir başka araştırmada ise yaklaşık 50 yıl sonra açık havada çalışmalarda artan sıcaklıklar nedeniyle işgücü kapasitesinin yüzde 25 ile 50 arasında azalacağı öngörülmektedir.¹⁴¹

İklim değişikliği ile ortaya çıkacak olan sıcaklık stresi¹⁴² işçilerin çalışma sürelerini ve verimliliğini etkileyecektir.¹⁴³ İklim değişikliği, açık havada ve yeraltında çalışanları diğer çalışanlara göre daha fazla sıcaklık stresine maruz bırakacaktır. Bu sebeple; tarım işçileri, maden işçileri, çiftlik işçileri, posta dağıtım görevlileri, kuryeler ve inşaat işçileri vb. işlerde çalışanlar daha fazla etkilenecektir.¹⁴⁴

¹³⁷ İklim Değişikliği Başkanlığı, Erişim Tarihi: Ağustos 7, 2024, <https://iklim.gov.tr>.

¹³⁸ Nicole D. Miranda ve diğerleri, "Change in cooling degree days with global mean temperature rise increasing from 1.5 °C to 2.0 °C," *Nature Sustainability* 6, no.1716. (2023).

¹³⁹ Nicole D. Miranda ve diğerleri, "Change in cooling degree days with global mean temperature rise increasing from 1.5 °C to 2.0 °C,".

¹⁴⁰ Fırat, "İklim Değişikliği Ve İnsan Hakları," 1159-1160.

¹⁴¹ Plinio Marcos Bernardo De Souza ve diğerleri, "Influence Of Climate Change On Working Conditions In The Late 21st Century," *Ambiente&Sociedade Sao Paulo*, .23, (2020): 1-20.

¹⁴² International Labour Organization (ILO) tanımına göre; *Isı stresi, insan vücudunun fizyolojik zayıflamaya uğramadan dayanabileceğinin ötesindeki ısıyı kastediyor.* International Labour Organization, "Working on a warmer planet - The impact of heat stress on labour productivity and decent work," (Geneva, ILO, 2019): 13.

¹⁴³ Yardımcıoğlu, "İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması," 482.

¹⁴⁴ De Souza ve diğerleri, "Influence Of Climate Change On Working Conditions In The Late 21st Century," 4.

Belirttiğimiz artan sıcaklara karşı alınacak önlemler ile çalışma sürelerinde yapılacak olan esneklikler iklim değişikliğine uyum hususunda önem arz etmektedir. Nitekim insanların sıcaklığa karşı aldığı önlem olarak kullanılan klimaların tükettikleri enerji, döngüsel olarak iklim krizini etkilemektedir ve uzun vadede bir çözüm değildir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) yayınlamış olduğu rapora göre artan sıcaklıklar nedeniyle 2030'a kadar sadece altı yılda özellikle açık havada çalışma gerektiren tarım ve inşaat işlerinde yüzde 3.8 kayıp beklenmektedir.¹⁴⁵ Küresel ısınma 2030'dan sonra da devam edeceğinden hareketle işgücü verimliliği azalmaya devam edecektir. Bu nedenle küresel ısınmaya uyum sağlanması hususunda önlemler alınması gerekmektedir. Dünya genelinde işçi güvenliği ve işgücü kapasitesini artan sıcaklıklardan ve iklim değişikliğinden korumaya yönelik birtakım tedbirler alınmaktadır.

¹⁴⁵ ILO Report, 13.

D. Örnek Uygulamalar

Avrupa'da bazı işverenler, yaz aylarında "yaz cumaları" olarak adlandırdıkları cuma günlerini tatil günü olarak belirlemekte ve haftada beş gün çalışma yerine dört gün çalışma modelini benimsemektedir.¹⁴⁶ Aynı haberde yer alan bilgilere göre, işverenlerin esnek çalışma modeli ile cuma günleri işçilere iş çıkış saatleri belirleme özgürlüğü de tanınmaktadır.¹⁴⁷ Bu uygulama ile işçilerin çalışma saati yaklaşık yüzde 20 oranında kısalmasına rağmen verimliliklerinin arttığı vurgulanmaktadır.¹⁴⁸ Yakın tarihli (Temmuz 2024) açıklamada Birleşik Krallık'ta sendikalar, işverenleri artan sıcaklıklar nedeniyle; esnek çalışma süreleri, esnek giyim kuralları, içme suyu erişimi ve klima gibi olanakların işçilere sunulması ve bu yönde düzenlemeler yapılmasını talep etmektedir.¹⁴⁹

Körfez ülkelerinde aşırı sıcaklıkların görülmesi nedeniyle çalışma sürelerinde yaz aylarına göre kısmen düzenlemeler yapılmıştır. Suudi Arabistan İnsan Kaynakları ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı yaptığı duyuruda, sıcaklıklarla mücadele ve işçilerin sağlığının korunmasına yönelik olarak 15 Haziran ve 15 Eylül tarihleri arasında saat 12.00 ile 15.00 arasında güneşte çalışılmasını yasaklama kararı almıştır.¹⁵⁰ Birleşik Arap Emirlikleri İnsan Kaynakları bakanlığı da aynı tarihlerde, saat 12.30 ile 15.00 arasında çalışma yasağı uygulamaktadır.¹⁵¹ Bahreyn Krallığı Çalışma Bakanlığı ise 1 Temmuz ve 31 Ağustos tarihleri arasında

¹⁴⁶ Orianna Rosa Royle, "4-day work week— are 'summer hours' an attractive alternative?," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://fortune.com/europe/2023/05/11/4-day-work-week-summer-hours-alternative/>.

¹⁴⁷ Orianna Rosa Royle, "4-day work week— are 'summer hours' an attractive alternative?,".

¹⁴⁸ Orianna Rosa Royle, "4-day work week— are 'summer hours' an attractive alternative?,".

¹⁴⁹ "Workers need protection in hot weather," Erişim Tarihi: Ağustos 1, 2024, <https://www.gmb.org.uk/news/workers-need-protection-in-hot-weather>

¹⁵⁰ "Saudi Arabia introduces midday work ban," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.planetattractions.com/news/Saudi-Arabia-introduces-midday-work-ban/2439>.

¹⁵¹ "UAE to implement midday work break from 15 June to 15 September for 19th consecutive year," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.mohre.gov.ae/en/media-centre/news/1/6/2023/uae-to-implement-midday-work-break-from-15-june-to-15-september-for-19th-consecutive-year.aspx>.

saat 12.00 ile 16.00 arasında çalışma yasağı uygulamaktadır.¹⁵² Diğer bir körfez ülkesi Kuveyt'te ise çalışma yasağı 1 Haziran ve 31 Ağustos arasında saat 11.00 ile 16.00 arasında yürürlüktedir.¹⁵³ En geniş süreleri kapsayan düzenlemeyi yapan konumunda olan Katar'da 1 Haziran ve 15 Eylül tarihleri arasında saat 10.00 ile 15.30 arasında çalışma yasağı bulunmaktadır.¹⁵⁴ Bu yasak kamu ve özel sektörün tamamını kapsar niteliktedir. Bu kararlarla, ulusal ekonomi açısından; üretkenliğin artması, iş kazalarından kaynaklanan sağlık giderlerinin azalması, işveren açısından; iş kazalarının azalması, işçi verimliliğinin artması, işveren açısından; sıcaklıklardan korunma ve çalışma koşullarının insan onuruna yakışır olması hedeflenmektedir.

Filipinler Çalışma ve İstihdam Bakanlığı açıklamış olduğu çalışma bildirisi ile işyerinde alınacak sağlık ve çalışma koşullarının düzenlenmesi talimatı vermiştir.¹⁵⁵ Bildiriye göre işverenler, işçilerin sıcak havaya maruziyetlerini azaltmak için tedbir almalı, kıyafet esnekliği tanımalı, dinlenme sürelerinde serin ortamlar sağlamalı ve günlük yeterli içme suyu temin edilmelidir.¹⁵⁶ Bildirinin üçüncü maddesinde esnek çalışma düzenlemelerine yer verilmiştir ve bu düzenleme ile işçilere haftalık çalışma saatinin korunarak kayan süreli bir çalışma düzenlenmesi mümkün kılınmıştır.¹⁵⁷

¹⁵² "Bahrain to Implement Midday Work Ban from July to August to Protect Workers From Summer Heat," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, https://www.newsofbahrain.com/bahrain/100526.html#google_vignette.

¹⁵³ "Kuwait sets heat record as outdoor work ban begins" Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://kuwaittimes.com/article/15065/kuwait/other-news/kuwait-sets-heat-record-as-outdoor-work-ban-begins/>

¹⁵⁴ "Midday Work Ban Fails to Adequately Protect Workers," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.migrant-rights.org/2021/06/summer-midday-work-ban-fails-to-adequately-protect-workers/> ; Detaylı karar metni için: Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@arabstates/@ro-beirut/documents/legaldocument/wcms_794551.pdf.

¹⁵⁵ "Safety and Health Measures to Prevent and Control Heat Stress at the Workplace," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, https://www.dole.gov.ph/php_assets/uploads/2023/04/LA-08-23-Safety-and-Health-Measures-to-Prevent-and-Control-Heat-Stress-at-the-Workplace.pdf.

¹⁵⁶ "Safety and Health Measures to Prevent and Control Heat Stress at the Workplace," m.2.

¹⁵⁷ "Safety and Health Measures to Prevent and Control Heat Stress at the Workplace," m.3.

Ülkemizle benzer iklim koşullarına sahip olan İspanya'nın güney kıyılarında iklim değişikliği ve yüksek sıcaklıklara uyum kapsamında çalışma saatleri daha erken saatlere kaydırılarak gün içinde 39° üzerine çıktığında çalışma yasağı uygulama kararı aldı ve şirketler ayrıca açık alanda çalışanlara güneş kremi, şapka kapalı alanlarda çalışanlara ise klima sağlama üzerine karar aldılar.¹⁵⁸ Sıcak hava çarpması sonucunda hayatını kaybeden sokak temizleyicisi bu kararın alınmasında etkili olmuştur.¹⁵⁹

E. Türkiye'deki Mevcut Durum

Louvain Üniversitesi tarafından kurulan "The Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED)" tarafından derlenen afet araştırmaları verilerine göre 35°'den yüksek sıcaklık görülen günlerin baz alındığı araştırmada ülkemizde belirgin bir sıcak gün artışı görüldüğü kaydedildi.¹⁶⁰ Son yıllarda orman yangınlarında belirgin derecede görülen artış ve yazların kurak ve sıcak geçişi de iklim krizinin ciddi boyutunu göstermektedir.¹⁶¹ İklim krizi açısından ülkemiz de riskli bölgeler arasında yer almaktadır.¹⁶² Dört mevsimi gördüğümüz ülkemizde sıcaklık bölgelere göre değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle ülkemizin güneyinde ve güneydoğusunda yaz aylarında aşırı olarak nitelendirebileceğimiz sıcaklıklar görülürken kuzeyinde aşırı olarak nitelendiremeyeceğimiz, soğutma ihtiyacı duyulmayan sıcaklıklar görülmektedir. Nitekim "Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından hazırlanan İklim Değişikliği Uyum Stratejisi ve Eylem Planı" nda (İDUSEP) da artan sıcaklıkların soğutma ve enerjiye

¹⁵⁸ "Spain drought: Working outdoors during extreme heat will soon be made illegal," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.euronews.com/green/2023/05/12/spain-drought-working-outdoors-during-extreme-heat-will-soon-be-made-illegal>.

¹⁵⁹ "Madrid street-sweeper's death prompts curbs on heatwave working hours," Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.euronews.com/2022/07/21/uk-europe-weather-spain-workers>.

¹⁶⁰ Kurnaz, "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye," 203; EM-DAT (The International Disaster Database) verileri için bkz. Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.emdat.be/>.

¹⁶¹ Kurnaz, "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye," 203.

¹⁶² Kurnaz, "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye," 204.

talepleri artırmasının beklenebileceği yönündedir.¹⁶³ Diğer yandan ülkemizin en büyük riski kendi coğrafyasından değil çevre coğrafyasından kaynaklanmaktadır.¹⁶⁴ Güney Asya'da artan nüfus ve sıcaklıklar bir iklim göçüne sebep vermesi halinde göç yolu üzerinde bulunan ülkemizin "iklim mültecileri" krizi ile karşılaşması muhtemeldir.¹⁶⁵

İDUSEP verilerine göre ülkemizde önümüzdeki 50-75 yıllık süreçte sıcaklığın 3 ile 6 derece artacağı tahmin edilmektedir.¹⁶⁶ Yıllık toplam yağış miktarının ise kuzeyde artış beklenirken güneyde azalma öngörülmektedir.¹⁶⁷ Aynı raporda yer alan verilere göre ülkemizde gelecek projeksiyonunda sıcak hava dalgalarında ve buna bağlı olarak kuraklık ve orman yangınlarında ciddi artış öngörülmektedir.¹⁶⁸

Yukarıda farklı ülkelerden verilen örnekler ve veriler ışığında ülkemizde de sıcaklığın arttığı ve ısı stresinin hissedildiği dönemlerde çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin iklim değişikliğine uyum kapsamında yapılması gerekmektedir. Sağlık bakanlığı tarafından yapılan çalışmalarda iklim değişikliği nedeniyle tropikal hastalıklarda artış olabileceği öngörüsü ile çeşitli illerde klinikler kurulmuştur.¹⁶⁹ İklim değişikliği ve artan sıcaklıklar, özellikle tarım ve inşaat işçileri, posta taşıyıcıları ve sahil kenarında yaşayanlar için deri kanseri ve beyin kanaması riski oluşturmaktadır.¹⁷⁰ Bu riskler açık havada çalışan işçiler için ölümcül olabilmektedir. ABD Çalışma Bürosunun yayınladığı verilerde sıcak havaya maruziyetin sonucunun ne kadar ciddi olduğunu göstermektedir(Şekil 3).

¹⁶³ "İklim Değişikliğine Uyum Stratejisi ve Eylem Planı," Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2024, https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/%C4%B0klim%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi ne%20Uyum%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan_%202024-2030.pdf , (İDUSEP) s.139.

¹⁶⁴ Kurnaz, "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye," 204.

¹⁶⁵ Kurnaz, "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye," 204.

¹⁶⁶ İDUSEP, 297.

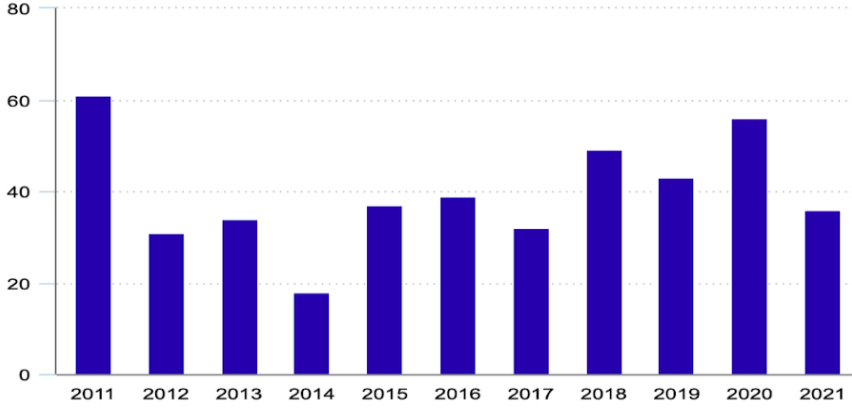
¹⁶⁷ İDUSEP, 297-298.

¹⁶⁸ İDUSEP, 299-300.

¹⁶⁹ Sağlık Bakanlığı tarafından 11 ilde (Antalya, Samsun, Diyarbakır, Erzurum, Adana, Mersin, Ankara, Trabzon, Gaziantep, İstanbul, İzmir) devlet hastanelerinde tropikal hastalıklar için klinikler açılmıştır. Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2024, https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/eduardosya/file/eylem%20planlari/uyum_stratejisi_eylem_plani_TR.pdf (USEP), 53.

¹⁷⁰ USEP, 51.

Sağlık bakanlığı tarafından risk gruplarına yönelik çalışmalar ve bilgilendirme programları yürütülmektedir.



Şekil 3: Çevresel Isıya Maruziyetten Kaynaklanan İşçi Ölüm Sayısı, **Kaynak:** U.S. Bureau of Labor Statistics, <https://www.bls.gov/opub/ted/2023/36-work-related-deaths-due-to-environmental-heat-exposure-in-2021.htm> (Erişim Tarihi: Ağustos 9, 2024).

Sağlıklı bir çalışma hayatının vazgeçilmez unsuru çalışma sürelerinin düzenlenmesidir.¹⁷¹ Bu sebeple sağlık ve iklim değişikliğine uyum çerçevesinde bu risk gruplarına yönelik yapılması gereken ülke örneklerinde olduğu gibi esnek çalışma modeline geçilmesidir. Ülkemizde de yaz aylarının aşırı sıcaklıkların yaşandığı dönemlerde çalışma sürelerinin azaltılması veya başlangıç saatinin erken saate alınarak öğle aralarının uzatılması yönünde düzenleme yapılması gerekmektedir.

Türkiye'nin iklim değişikliğine uyum vizyonu, "Türkiye'de yaşayanların, kamu ve özel sektör kurumlarının iklim değişikliğinin etkilerine karşı hazırlıklı olmasını ve uyumunu sağlamak için ekonomik, sosyal ve ekolojik açıdan daha dirençli, daha sürdürülebilir, daha yeşil bir Türkiye" olarak açıklanmıştır.¹⁷² İklim değişikliği çalışmaları kapsamında 29 Ekim 2021 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın ismi "Çevre, Şehircilik ve İklim

¹⁷¹ Gökçe Uğurlu ve Ali Naci Yıldız, "Günlük Çalışma Süresi ve Sağlık Sonuçları," *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 15, no.2, (2024): s.1.

¹⁷² Uğurlu ve Yıldız, "Günlük Çalışma Süresi ve Sağlık Sonuçları," 9.

Değişikliği Bakanlığı” olarak değiştirilmiştir.¹⁷³ Bu değişim Türkiye’nin iklim değişikliği farkındalığına yönelik sembol niteliğindedir.¹⁷⁴ Bakanlığa bağlı olarak “Çölleşme ve Erozyonla Mücadele Genel Müdürlüğü” ve “İklim Değişikliği Başkanlığı” kurulmuş ve “İklim Değişikliği Uyum ve Koordinasyon Kurulu” oluşturulmuştur.¹⁷⁵ Bakanlığa bağlı olarak “Türkiye Çevre Ajansı Başkanlığı” iklim politikaların önemli bir unsur olarak görevini yerine getirmektedir. Bu doğrultuda risklere karşı sosyal ve ekonomik sistemlerin göreceği zararları azaltma yönünde çalışmalar yapılırken çalışma ilişkilerinin göz ardı edilmemesi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca da iklim değişikliği üzerine faaliyetlerde bulunması gerekir. Nitekim İSUDEP verilerinde ve hedeflerinde bu yönde kapsayıcı bir çalışma olmaması eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Esneklik, işçi ve işverenin karşılıklı ihtiyaçlara göre çalışma koşullarını düzenlemelerine imkân sağlayan, günümüz dünyasına uyumlu çalışma modelini ifade etmektedir. Ayrıca esnekleşme, çalışma hayatında ortaya çıkan ve değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum sağlama yeteneğidir. Günümüz çalışma hayatında esnekleşme ihtiyacının kaçınılmaz olduğu bir gerçektir.

Esnekleşme uygulamaları karşımıza fonksiyonel, sayısal, ücret ve çalışma sürelerinde esneklik olarak çıkmaktadır. Kanun koyucu, dünya genelinde yaşanan teknolojik ve hukuki gelişmeleri ve esnekleşme ihtiyaçlarını dikkate alarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda çeşitli düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir ve esnek çalışma modellerinin taraflara sağladığı kazanımların korunması için iş hukukumuzda esnek çalışmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Esnek çalışma modellerinden birisi de çalışma sürelerindeki esneklik türü olan kayan iş süreleridir. Kayan iş sürelerinin uygulanması özellikle covid19 salgını sonrasında işyerinde eş zamanlı olarak çalışan işçi sayısını azaltmak amacıyla ülkemizde de artmıştır. İklim değişikliğinin insan sağlığını tehdit etmesi

¹⁷³ RG. 29.10.2021, S. 31643, 85 sayılı CBK.

¹⁷⁴ Öner, “İklim Değişikliği Sorununun Uluslararası Gelişmeler Eşliğinde Türkiye’nin Politika ve Kurumlarına Yansımaları,” 15.

¹⁷⁵ Öner, “İklim Değişikliği Sorununun Uluslararası Gelişmeler Eşliğinde Türkiye’nin Politika ve Kurumlarına Yansımaları,” 32-33.

sebebiyle esnek çalışma modellerinin ve özellikle çalışmamızda ele aldığımız kayan iş sürelerinin bu hususta bir uyum aracı olacağı düşüncesindeyiz. Çalışmamızda diğer ülkelerden vermiş olduğumuz örnekler de bunun bir göstergesidir. Kayan iş süreleri ile işçi ve işveren kendi ihtiyaç ve istekleri doğrultusunda çalışma saatlerini ve günlerini belirleyebilmeli ve esnekleşmenin getirdiği olanaklardan faydalanmalıdırlar. Bu uygulamanın taraflara avantajlar ve dezavantajları birlikte getirdiğini söylemek mümkündür.

Kayan iş sürelerinin işçi açısından avantajı, işçilerin trafik saatinin yoğun olduğu saatlerde yola çıkmak yerine kendileri için daha az yoğunluk olan saatleri tercih ederek işyerine varış için geçirdikleri süreleri azaltabilmeleridir.¹⁷⁶ Ayrıca yoğunlaştırılmış iş haftası ile haftada üç veya dört gün işe giden işçi, işe daha az gittiği için harcamalarından tasarruf etmektedir.¹⁷⁷ Bunlar da işçi açısından önemli bir avantaj olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira büyükşehirlerde çalışan işçiler için gün içerisinde trafikte geçirilen süre önemli bir yere sahiptir. İşe gelirken yolda geçirilen sürenin azalması veya artması işçinin işyerinde mutluluğunu etkileyen bir faktördür. Yolda harcanan ek süre, işçinin stresini artırmakla birlikte sağlıklarını da olumsuz etkiler.¹⁷⁸ İşçinin bireysel ve biyolojik olarak verimli olduğu saatlerde çalışması kendisinin ve çevresinin motivasyonunu artırmaktadır.¹⁷⁹ İşçi belirlediği günlerde yoğun çalışarak kendisine boş gün oluşturma imkânı ile ailesine ve arkadaşlarına daha fazla zaman ayırabilmekte ve işine olan bağlılığı artmaktadır. Ayrıca işçinin kendi kararı ile belirlediği çalışma süreleri, işçinin sorumluluk bilincini ve özgüvenin yanı sıra kişisel becerilerini artırmaktadır.

Kayan iş sürelerinin işveren açısından avantajları, işçilerin motivasyonlarının artışı üretimi ve çalışma ortamındaki birlikteliği artırmaktadır. Aynı zamanda

¹⁷⁶ Yücel Bodur, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar," 298.

¹⁷⁷ Yücel Bodur, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar," 297.

¹⁷⁸ Gan ve diğerleri, "Organizational Benefits of Commuting Support: The Impact of Flexible Working Hours on Employees' OCB through Commuting Control," 3.

¹⁷⁹ Uğurlu ve Yıldız, "Günlük Çalışma Süresi ve Sağlık Sonuçları," 4.

yapılan araştırmada esnek çalışmanın işçilerin motivasyonunu artırıcı özelliğinin işyeri örgütlenmesine bağlılığını artırdığı da düşünülmektedir.¹⁸⁰ Fazla mesai ücretinin ortadan kalkması ile işverenler açısından maliyet avantajı da sağlanmaktadır.¹⁸¹ Bunun yanı sıra işyerinde aynı zaman diliminde bulunan işçi sayısının azalması işveren giderlerini ve maliyetini azaltması da esnek çalışmanın olumlu yönleri arasında değerlendirilir. Ayrıca işyerinde işçi sayısının azalması ile işveren tarafından işçilerin işe gidip gelme kontrolü kolaylaşır ve kontrol sistemi ne kadar iyi olursa kaynak tüketimi ve maliyet o kadar az olur.¹⁸² Bunun yanı sıra esnek çalışma ile işyerinde aynı zaman diliminde bulunan işçi sayısının azalması işyerlerinin de yeniden tasarlanması gerekliliği sonucunu da doğurabilecektir. İşyerlerinin işçilerinin ihtiyaçlarına göre yeniden tasarlanarak işçiye cazip hale getirilmesi gerekecektir. Aksi takdirde işçilerin, iş arkadaşlarının olmadığı bir işyerine gitmenin de anlamsız olduğunu düşünmeleri sonuçlarıyla da karşılaşılabilir.¹⁸³

Kayan iş süreleri ile çalışma, işçilere kendi çalışma günlerini ayarlama imkanını vermesiyle ücretli izin kullanımını da azaltacaktır. Yapılan araştırmalarda, işçilere esnek zaman imkânı tanınmasının ücretli ve ücretsiz devamsızlık kullanımını azalttığı¹⁸⁴ ve özellikle evli kadınların ve annelerin devamsızlığının azaldığı gözlemlenmiştir.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Kazım Yasin Özbey ve Yavuz Demirel, "Teknokentlerde Uzaktan Çalışmanın Örgütsel Bağlılık Üzerine Etkisi," *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 14, no. 2, (2024): 358.

¹⁸¹ Hekimler, Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya'da Esnek Çalışma Modelleri, 137.

¹⁸² Gan ve diğerleri, "Organizational Benefits of Commuting Support: The Impact of Flexible Working Hours on Employees' OCB through Commuting Control," 2.

¹⁸³ Buick ve diğerleri, "Flexible Working in the Australian Capital Territory," 10.

¹⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. David A. Ralston ve Michael, F. Flanagan. "The effect of flextime on absenteeism and turnover for male and female employees". *Journal of Vocational Behavior*, 26, no. 2, (April 1985): 206 vd.

¹⁸⁵ Detaylı bilgi için bkz. Moshe Krausz ve Nechama Freibach, "Effects of flexible working time for employed women upon satisfaction, strains, and absenteeism," *Journal of Occupational Psychology*, 56, no.2, (1983): 155 vd.

Esnek çalışma uygulamaları hem işverenler hem de işçiler için olumlu etkilerinin yanı sıra yapılan bir araştırmaya göre bazı olumsuz etkilere de sahip olabilir. Esnekliğin, yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması ile işçi sağlığını olumsuz etkileme riski¹⁸⁶ bulunmakla birlikte takım çalışmalarında aksaklıklara yol açtığı, işçilerin dikkat ve ciddiyet sağlama konusunda zorluk yaşamasının yanı sıra işverenler açısından, işçileri denetlemenin, kontrol etmenin, birliktelik kültürünü aktarmanın ve sosyalliği sağlamanın zorluğu ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁷ Takım çalışmalarının esnek çalışma uygulamasından olumsuz etkilenmemesi için haftanın belirli gün ve saatleri “çekirdek süre” olarak belirlenebilir ve işçilerin iletişim kurmaları sağlanabilir. Diğer bir araştırma ise esnek çalışmanın işçilerin örgütsel bağlılıklarını anlamlı ve olumlu yönde etkilediğini göstermektedir.¹⁸⁸ İşveren açısından avantaj olan fazla mesai ücretinin ortadan kalkması işçi için gelir kaybı olarak olumsuz etki olacaktır.¹⁸⁹ Esnek çalışma neticesinde meydana gelecek eksik çalışma saatlerinin giderilemeyecek düzeye ulaşması ve işçi tarafından kötüye kullanılması işveren açısından dezavantaj olarak görülmektedir.

Kayan iş süreleri, iklim değişikliğine uyum sürecinde önemli bir yere sahiptir. Ekonomik ve teknolojik değişiklikler yaşama ve çalışma biçimlerimizi etkilemekte ve yenilik yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Aynı şekilde küresel olarak yaşanan iklim değişikliği insan sağlığını etkilemekte ve çalışma modellerinde yeniliğe gidilmesini zorunlu kılmaktadır. Özellikle açık havada çalışan inşaat işçileri, tarım işçileri, kuryeler, temizlik personelleri gibi gruplar artan sıcaklıklardan etkilenmektedirler. Sadece etkilemekle kalmamakta sıcak havaya aşırı maruziyet ölüme de sebebiyet vermektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi artan sıcaklık dönemlerinde çalışma günleri erken saatlere kaydırılarak ısı stresinin yoğun olduğu saatlerde ülkemizde de çalışanları bu koşullardan korumak için gerekli

¹⁸⁶ Yücel Bodur, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,” 299.

¹⁸⁷ Metin Işık ve Nursaç Uygun, “Esnek Çalışma Uygulamalarının Öznel İyi Oluş ve İş Tatminine Etkisini İncelemeye Yönelik Bir Araştırma,” *Aksaray Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 15, no. 3 (Eylül 2023): 231.

¹⁸⁸ Bkz. Sajjad Ahmad ve Sherwani, “Impact of Flexible Working Hours on Organizational Commitment and the Mediating Role of Work-Life Balance,” 15 vd.

¹⁸⁹ Hekimler, Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya’da Esnek Çalışma Modelleri, 138.

kanuni düzenlemeler yapılarak çalışma yasağı benimsenmesi insan sağlığı ve güvenliği için önemli olacaktır.

İklim değişikliğine uyum kapsamında çalışma sürelerinde esneklik yapılması, yalnızca işçi sağlığı için değil daha yeşil bir dünya için önemli bir yere sahiptir. Kayan iş süreleri ile işçilerin sıcak havaya maruz kalma sürelerinin azaltılması hedeflenirken karbon kirliliğinin de azalacağı düşüncesindeyiz. Yukarıda belirttiğimiz gibi kayan iş süreleri işçilerin işe gidiş geliş sayısını azaltacağı için işçinin zaman kazanmasının ve harcamalarından tasarruf etmesinin yanı sıra tüketilen enerji (fosil yakıt veya elektrik) azalacak ve karbon kirliliğinin de önüne geçilecektir. Çalışma süresinin iklim değişikliğine uyum sağlamasının yanı sıra iklim değişikliğini azalttığı da görülmektedir. Nitekim işe gidiş gelişlerin en aza indiği covid19 salgını sürecinde fosil yakıt tüketiminin ve karbon kirliliğinin azaldığı gözlemlenmiştir. Enerji tüketiminin azaltılması Türkiye gibi enerji ithalatına bağımlı bir ülke için sürdürülebilir kalkınma kapsamında ayrı bir önem taşımaktadır.

Özellikle covid19 sonrası benimsenen ve bir süre yaygın olarak uygulanan esnek çalışma modelleri ülkemizde kalıcı bir hale getirilememiştir. Esnek çalışmanın uygulanabilir ve kalıcı olması yalnızca teknolojik altyapıya bağlı değildir. İşin düzenlenmesine ilişkin yapılacak hukuki düzenlemeler ve çalışma kültüründe değişikliklere ihtiyaç olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, esnek çalışma üzerine yapılan araştırmalar, kayan iş sürelerinin işçiler ve işverenler üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler oluşturmasının yanı sıra iklim değişikliğine uyum sürecinde önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir. İklim değişikliğine uyum sürecinde çalışma sürelerinin düzenlenmesinde görev ve sorumluluk yalnızca işçi ve işverene değil aynı zamanda devletlere, hükümetlere, kanun koyuculara, sendikalara ve topluma düşmektedir. Bu doğrultuda iklim değişikliğinin zararlı etkileriyle mücadele kapsamında yapılacak düzenlemeler ve esnek çalışma uygulamaları hükümetler tarafından teşvik edilmelidir. Sendikaların toplu sözleşmeler aracılığıyla işçi haklarını desteklenmesi ve çalışma koşullarını iyileştirilmesi yönünde girişimlerde bulunması önemlidir. Kayan iş sürelerinin uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunlar temel insani durumlardan meydana gelmektedir. Teknolojik otomasyon sistemleri ile işçilerin denetimi kolaylaştırılabilir, haberleşme internet tabanlı sistemlerle çözülebilir. İşverenlerin ve hükümetlerin

esnek çalışmanın avantajlarından en iyi şekilde yararlanabilmesi ve olumsuz etkileri azaltabilmesi için uygun stratejiler geliştirmeleri gerekmektedir. Bu stratejiler neticesinde esnek çalışma düzenlemeleri benimsenerek sürdürülebilir kalkınmaya katkı sunularak insan onuruna yakışır adil çalışma koşulları düzenlenmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Alıcı, Birgül ve Habib Yıldız. "Küresel Kamusal Bir Mal Olan Çevrenin Korunmasında Karbon Vergisi Ve Etkinliği." *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 4, no.1 (Haziran 2012): 55-64.
- Alkan, Tolga. "Esnek Çalışma Biçimleri ve Çağrı Merkezi Örneği", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007).
- Albayrak Zincirlioğlu, Candan. "İş Hukukunda Esneklik ve Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi." *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 40, (2021): 272-305.
- Arı, İzzet ve Mustafa Kaya. "The impact of remote working on Türkiye's energy consumption and greenhouse gas emissions: Learning from the experiences of Covid-19 era." *International Journal Energy Studies* 8, no.4 (2023): 701-729.
- Astarlı, Muhittin. *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*. Ankara: Turhan, 2008.
- Aydoğdu, Canan. "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türkiye'de Esnek Çalışma ve Kadın İstihdamına Yönelik Olarak Yapılan Çalışmalar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri." Uzmanlık Tezi, *Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü*, 2012.
- Balı, Sibel ve Gizem Yaylı. "Karbon vergisinin Türkiye'de uygulanabilirliği." *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi* 54, no.1, (2019): 302-319.
- Balkır Gülen, Başak. "Esnek Çalışma Biçimleri Açısından İş Kazası Kavramı." Yayınlanmamış Doktora Tezi. (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023).
- Baysal, Başak. "Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi." *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no.1, (Haziran 2024): 257-268.
- Baycık, Gaye. "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20 no. 1, (2014): 223-262.
- Bosch, Gerhard. "Social Europe Flexibility and Work Organization Report", *Supplement 1 no.95, Luxembourg: Office for Official Publications of the European*

- Communities*. 1995. Erişim Tarihi: Eylül 11, 2024, <https://ketlib.lib.unipi.gr/xmlui/bitstream/handle/ket/968/Flexibility%20and%20work%20organization.pdf?sequence=2>
- Buick, Fiona, Miriam Glennie, Helen Dickinson, Deborah Blackman, Sue Williamson, Vindhya Weeratunga ve Tani Massimiliano. "Flexible Working in the Australian Capital Territory (ACTPS)." *Australia&New Zealand School of Government*. (Melbourne: ANZSOG), 2022. Erişim Tarihi: Eylül 11, 2024, <https://anzsog.edu.au/app/uploads/2022/10/Flexible-working-in-the-ACTPS-RI-CoverFINAL.pdf>
- Bulut, Gökhan ve Mehmet Akif Özer. "Ekolojik Modernleşmeye İklim Değişikliği ve 'Çevresel Ayak İzleri' Üzerinden Bakmak." *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 14, no. 3 (Eylül 2024): 752-778.
- Civan, Orhan Ersun ve Çiğdem Yatağan Özkan. "İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.50 (2023/II): 89-115.
- Çalışkan, Filiz ve Banu Sungur. "Vasıflı Kayan Esnek Çalışma Saati Sistemi İçin Bir Karma Tamsayılı Hedef Programlama Modeli Önerisi." *Erciyes Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* no.33, (2009): 1-18.
- Çelebi Demir, Duygu. "Uzaktan Çalışma İlişkisinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, no. 1, (2023): 596-625.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2023.
- Çil, Şahin. *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*. Ankara: Yetkin, 2020.
- De Souza, Plinio Marcos Bernardo, Marcelo De Paula Correa, Roger Rodrigues Torres ve Luiz Felipe Silva. "Influence Of Climate Change On Working Conditions In The Late 21st Century." *Ambiente&Sociedade* Sao Paulo 23, (2020): 1-20.
- Demir, Fevzi ve Gülşen Gerşil. "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma." *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no.16, (2008): 68-89.
- Doğru, Çağlar. "İnsan Kaynakları Açısından Esnek Çalışmanın İstihdama Etkilerinin İncelenmesi: Türkiye Örneği." *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4, no. 7 (Ocak 2015): 109-130.

- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Ekonomi, Münir. "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.12, (2008): 5-23.
- Ekonomi ve Çalışma Hayatı Terimleri Sözlüğü*, Ankara: Memur-Sen Yayınları, 2016.
- Erdoğan, Canan. "Geçici İş İlişkinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no.2, (2017): 127-158.
- Erdoğan, Canan. "İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği." *Terazi Hukuk Dergisi* 15, no. 170, (Ekim 2020): 2020-2031.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Gan, Zhiyi, Jinhua Gan, Zhiqing. E. Zhou ve Hanying Tang. "Organizational Benefits of Commuting Support: The Impact of Flexible Working Hours on Employees' OCB through Commuting Control." *Soc Indic Res*, 2024.
- Gärtner, Johannes, Werner Marschitz, Peter Baumgartner ve Karin Boonstra-Hörwein. "Mehr Gleitzeit in die Schichtarbeit!" *Z. Arb. Wiss.* 70, (2016): 9-11.
- Günay, Cevdet İlhan. "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.6, Ankara, (Haziran 2007): 5-21.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Güneş, Volkan. "Güvene Dayalı Çalışma Süresi (Vertrauensarbeitszeit)." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no.4, (2019): 249-275.
- Hekimler, Alpay. *Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya'da Esnek Çalışma Modelleri*. Ankara: Yorum Matbaacılık, 2006.
- Hill, E. Jeffrey, J.G. Grzywacz, S. Allen, V.L. Blanchard, C. Matz-Costa, S. Shulkin ve Pitt-Catsoupes, M. "Defining and conceptualizing workplace flexibility Community." *Work and Family* 11 no.2, (2008): 149-163, Erişim Tarihi: Eylül 11, 2024,
<https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/13668800802024678?src=getft>
r.
- International Labour Organization Report. "Working on a warmer planet - The impact of heat stress on labour productivity and decent work." Geneva, 2019. Erişim Tarihi:

- Eylül 11, 2024,
https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_711919.pdf
- Işık, Metin ve Nursaç Uygun. "Esnek Çalışma Uygulamalarının Öznel İyi Oluş ve İş Tatminine Etkisini İncelemeye Yönelik Bir Araştırma." *Aksaray Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 15, no. 3 (Eylül 2023): 229-242.
- İkizler, Murat. *Türk Hukukunda Esnek Çalışma*. Ankara: Adalet, 2012.
- Karakoç, Burak. "Çalışma Hayatında Esnekleşmenin Geldiği Son Nokta: Sıfır Saat Sözleşmeleri." *Karatekin Hukuk Dergisi* 1, no.1, (2023): 1-17.
- Köseoğlu, Ali Cengiz ve Sibel Kabul. "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72, no.2, (2014): 233-268.
- Krausz, Moshe ve Nechama Freibach. "Effects of flexible working time for employed women upon satisfaction, strains, and absenteeism." *Journal of Occupational Psychology* 56, no.2, (1983): 155-159.
- Kul Parlak, Nurgün. "İş-Yaşam Dengesi Açısından Esnek Çalışmanın Analizi." *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, no. 2, (2016): 109-137.
- Kutal, Gülten. "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* 55, no. 1, (2011): 23-43.
- Kurnaz, Mehmet Levent. "İklim Değişikliği ve Uyum Süreçlerinde Türkiye", *Dirençlilik Dergisi*, C. 7, S. 1, (2023): 199-208.
- Miranda, Nicole D, Jesus Lizana ve Sarah N. Sparrow, "Change in cooling degree days with global mean temperature rise increasing from 1.5 °C to 2.0 °C." *Nature Sustainability* 6, no.1716, 2023.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. *İş Hukuku*. Ankara: Turhan, 2008.
- Noyan, Mehmet Ali. "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi." Yayımlanmamış Doktora Tezi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı*. İzmir, 2007.
- Odaman, Serkan. *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*. İstanbul: Legal, 2013.

- Oğuz, Nur Sena ve Seyfi Yıldız. "Bir Çevre Vergisi Olarak Karbon Vergisi." *Anadolu University Journal of Faculty of Economics* 6, no.1, (2024): 19-35.
- Öner, Şerif. "İklim Değişikliği Sorununun Uluslararası Gelişmeler Eşliğinde Türkiye'nin Politika ve Kurumlarına Yansımaları." *Ombudsman Akademik*, no.18 (Temmuz 2023): 13-47.
- Özbey, Kazım Yasin ve Yavuz Demirel. "Teknokentlerde Uzaktan Çalışmanın Örgütsel Bağlılık Üzerine Etkisi." *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 14, no.2, (2024): 356-383.
- Özçelik, Ayşe Oya. "Güvenceli Esneklik Kavramı ve Türk Çalışma Hayatındaki Yeri." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2010.
- Özkerim Güner, Neslihan. "İklim Değişikliği ve Dünya Mirasının Korunması." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2, (2021): 263-288.
- Ralston, David A. ve Michael, F. Flanagan. "The effect of flextime on absenteeism and turnover for male and female employees." *Journal of Vocational Behavior* 26, no. 2, (April 1985): 206-217.
- Roschmann, Christian. "İklim Değişikliği Ve İnsan Hakları." Çev. Engin Fırat. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70, no.4, (2022): 1155-1198.
- Sajjad, Ahmad, Numan Ahmad ve Najeeb Uzzamman Khan Sherwani. "Impact of Flexible Working Hours on Organizational Commitment and the Mediating Role of Work-Life Balance." *IUP Journal of Organizational Behavior* 23 no.2, (2024): 5-25, Erişim Tarihi: Eylül 11, 2024, <https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=c03c1273-1eae-41de-bb9a-0fc602358d63%40redis>
- Sarıbay, Banu. "Uzaktan Çalışma Üzerine Sosyolojik Bir Değerlendirme." *Sosyoloji Dergisi*, no.46, (2023): 221-241.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Süzek, Sarper ve Süleyman Başterzi. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2024.
- Şen, Elif. "Evde Hizmet Sözleşmesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no.10, (2017): 475-505.

- Şencan, Derya. "Çevresel Sorunların Önlenmesinde Karbon Vergisi Üzerine Genel Bir Bakış." *Journal of Vocational and Social Sciences of Turkey*, no.6, (Yıl.3, Ağustos 2021): 50-58.
- Şermet, Begüm. "İş Hukukunda Esneklik ve Atipik İş Sözleşmeleri." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 123, (Kasım 2014): 139-169.
- Tabur, Yeter ve Erdi Şafak. "Küresel İklim Krizi İle Mücadelede Uluslararası Hukukun Rölü ve Ekokırım Suçu." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no.1, (2023): 83-114.
- Tuncay, Aziz Can. "Brief History and Flexibilisation Efforts of Turkish Labour Law." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.15, (Temmuz 2013): 341-368.
- Tuncay, Aziz Can. "Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumunu." *AB-Türkiye Endüstri İlişkileri Ed. Alpay Hekimler*, (İstanbul: Vedat, 2004).
- Uğurlu, Gökçe ve Ali Naci Yıldız. "Günlük Çalışma Süresi ve Sağlık Sonuçları." *Çalışma İlişkileri Dergisi* 15, no.2, (2024): 1-19.
- Ulucan, Devrim. "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. Özel Sayı, (2007): 177-188.
- Ulucan, Devrim. "Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri ile İlgili Bazı Düşünceler." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.7, (Eylül 2007): 5-10.
- Uşan, Muhammed Fatih. *Parça Başına Ücret*. Ankara: Seçkin, 2003.
- Uşan, Muhammed Fatih. "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. Özel Sayı, (2007): 211-271.
- Uşan, Muhammed Fatih ve Canan Erdoğan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2023.
- Yardımcıoğlu, Didem. "İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (Mayıs 2024): 467-511.

Yener, Mehmet Zahid. *İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt*. Ankara: Yetkin, 2020.

Yücel Bodur, Mehtap. "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi Ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1 (Temmuz 2019): 285-352.

İSLAM CEZA HUKUKUNDA ÂKİLENİN CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

The Evaluation of the Surety System (Aqila) with Respect to the Principle of Individual Criminal Responsibility in Islamic Criminal Law

Ensar KUM*

Öz

İslam ceza hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi cezaların şahsiliği ilkesidir. Bu ilkeye göre bir suç neticesinde oluşan cezayı ancak bu suçu işleyen kişi çekmelidir. Cezaların şahsiliği ilkesi, İslam ceza hukukunda uygulanagelmiş ve bu ilkeden ödün verilmemiştir. İslam ceza hukukundaki âkile ise kast unsuru olmaksızın gerçekleştirilen bir öldürme veya yaralama suçunda suç neticesinde ödenmesi gereken diyeti fail ile birlikte üstlenen şahıslar topluluğunun genel adıdır. Âkile sistemi bu tanımıyla birlikte İslam ceza hukukundaki cezaların şahsiliği ilkesi açısından tartışmalı bir konumda yer almaktadır. İslam hukukçuları âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığını tartışmışlardır. İslam hukukçuları üç görüş etrafında toplanmıştır. Birinci görüşe göre âkile, bir kimsenin diğer bir kimsenin suçundan dolayı cezalandırılmasına yol açtığı için cezaların şahsiliği ilkesine aykırıdır. İkinci görüşe göre âkile cezaların şahsiliği

* Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, ensarkum@trabzon.edu.tr., ORCID: 0000-0001-8806-3898.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 21.12.2024.

Atf/Citation: Kum, Ensar. "İslam Ceza Hukukunda Âkilenin Cezaların Şahsiliği İlkesi Açısından Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2556-2590.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

ilkesine aykırı değildir. Zira âkile grubunun içindeki kimselerin birbirlerini koruma ve gözetme yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerini yerine getirmedikleri için diyetin ödenmesi noktasında sorumlulukları bulunmaktadır. Ayrıca âkile grubunda bulunan kimselerin birbirlerine yardım etmeleri de gerekmektedir. Üçüncü görüşe göre âkile, cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir. Zira cezaların şahsiliği ilkesinin konusunu cezalar oluşturmaktadır. Âkilenin temellerini aldığı diyetin ise tazminat olma yönü ağır bastığı için cezaların şahsiliği ilkesinin konusuna girmediği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Âkile, Cezaların Şahsiliği İlkesi, Diyet, Ceza, Tazminat.

Abstract

The principle of individual criminal responsibility is one that dominates Islamic Criminal Law. This principle states that only the person who is guilty of a specific offense should be punished. It has been consistently applied in Islamic Criminal Law and has not been abandoned. The surety system (aqila), used in Islamic Criminal Law, refers to a group of people who, along with the perpetrator, assume responsibility for paying the blood money (diyya) required for an unintentional killing or injury. The surety system holds a controversial position in relation to the aforementioned principle. Islamic jurists have debated whether the surety system contradicts the principle of individual criminal responsibility. Islamic jurists have gathered around three main opinions. According to the first opinion, the surety system is contrary to the principle of individual criminal responsibility because it leads to one person being punished for the crime of another. According to the second opinion, the surety system does not contradict the principle of individual criminal responsibility. This is because the members of the surety system group have obligations to protect and look out for each other. As they fail to fulfill these obligations, they bear responsibility for the payment of blood money. Furthermore, members of the surety system group are also required to assist one another. According to the third opinion, the surety system is not within the scope of the principle of individual criminal responsibility. This is because the principle of individual criminal responsibility pertains to punishments. It is considered outside the scope of this principle because the blood money, which forms the basis of the surety system, is primarily compensatory in nature.

Keywords: The Surety System (Aqila), The Principle of Individual Criminal Responsibility, Blood Money (Diyya), Punishment, Compensation.

GİRİŞ

Ceza, devlet tarafından bireye karşı uygulanan bir zorlama aracıdır. Devlet ilk önce kanunlar vasıtasıyla korunmasını isteği emir ve yasaklar koymaktadır. Bu sayede insanlar arasında kaos oluşmasını engellemekte ve yaşanılabilir bir ortam oluşturmaktadır. Bununla birlikte devlet söz konusu koymuş olduğu emir ve yasalara uymayanlar hakkında önceden bildirdiği cezaları infaz etmektedir. Bireylerin hürriyetine önemli derecede etki eden bu sonuçlar nedeniyle ceza hukukuna bazı ilkeler yön vermektedir.¹ Zira devletin elinde bulundurduğu cezalandırma yetkisi keyfi bir şekilde kullanılmayacak düzeyde önemli ve tehlikeli bir araçtır. Bu aracın düzgün ve adalete uygun bir şekilde kullanılabilmesi için belli başlı sınırlandırmalara tabi olması kaçınılmazdır. Söz konusu sınırlandırmalar ise ceza hukukunu etkileyen ilkeler eliyle olur.

İslam ceza hukukuna yön veren ilkeler temelde şu ilkelerdir: Kanunilik ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi, genellik ilkesi, suç-ceza denkliği ilkesi, cezalandırmada adalet ve hakkaniyet ilkesi.²

Bu çalışmada İslam ceza hukukunu kurumlarından biri olan âkile sistemi, İslam ceza hukukunun önemli ilkelerinden biri olan cezaların şahsiliği ilkesi açısından değerlendirilecektir. Cezaların şahsiliği ilkesi -kısaca- hiç kimsenin bir başkasının suçundan dolayı cezalandırılmayacağını ifade etmektedir.³ Söz konusu bu ilke İslam hukukunun en temel ilkelerinden biridir. İslam hukukunun

¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 54.

² Ali Bardakoğlu, "Ceza," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 7 (Ankara: TDV Yayınları, 1993), 475; Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 49; İlhan Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 1 (2003): 180.

³ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 57; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 77; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler/ Temel Bilgiler* (Ankara: Astana Yayınları, 2020), 35.

-ileride geleceği üzere- temel kaynaklarında sıkça vurgulanmaktadır. Âkile sistemi ise kast unsuru olmaksızın gerçekleştirilen öldürme veya yaralama fiilleri neticesinde ödenmesi gereken diyeti fail ile birlikte üstlenen şahıslar topluluğunun genel adıdır.⁴ Yani fail bir suç işlemektedir ve bu suç neticesinde öngörülen diyeti ödeme yükümlülüğü failin yanı sıra âkile grubunu da ilgilendirmektedir. Bu açıdan bakıldığında zahiren âkile sisteminin cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir. Bu noktada İslam hukukçularının arasında âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı noktasında önemli tartışmalar bulunmaktadır. Bu çalışma söz konusu bu tartışmaları ve değerlendirmeleri inceleyecektir.

I. İSLAM CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ

Cezaların şahsiliği ilkesi, cezayı sadece suçu işleyen kimse ve ona yardım edenlerin çekmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu ilke gereğince diğer masum kimselerin, suçu işleyen kişi ile yakınlıkları olsa dahi ceza çekmelerinin adalete uygun olmadığını kabul etmek gerekmektedir.⁵ Bir başka deyişle, ceza hukukunda herkes kendi yapmış olduğu fiilden sorumlu tutulmaktadır. Hiçbir kimse bir başkasının fiilinden sorumlu tutulamaz. Ceza hukukunda kolektif ceza sorumluluğu kabul edilmemektedir.⁶ Bu açıdan bakıldığında ceza hukukunda

⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2016), 64; Hamza Aktan, "Âkile," İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 2 (Ankara: TDV Yayınları, 1989), 248.

⁵ Ebu Mansur Muhammed b. Muhammed b. Mahmud el-Matüridi, *Te'vilâtü'l Kur'an Tercümesi*, C. 5, çev. Bekir Topaloğlu ve Yusuf Şevki Yavuz (İstanbul: Ensar Yayınları, 2016), 302; Kurtubî, *el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'ân*, C. 7, çev. M. Beşir Eryarsoy (İstanbul: Buruc Yayınları, 2004), 265; Abdülkadir Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, C. 1, çev. Akif Nuri (İstanbul: İhya Yayınları, 1976), 573; Hayreddin Karaman, *Anahtarlarıyla İslam Hukuku: Giriş ve Amme Hukuku* (İstanbul: Ensar Yayınları, 2011), 227; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 280; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 57; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 285. Günümüzde 5237 sayılı TCK'da cezaların şahsiliği ilkesi şu şekilde düzenlemiştir: TCK m. 20/1: "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz."

⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 77; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 44-46; Hakeri, *Ceza*

sübjektif mesuliyet prensibi bulunmaktadır. Objektif mesuliyet prensibi geçerli kabul edilmemektedir.⁷

Eski hukuk sistemlerinin birçoğunda suçun cezasını sadece suçlu çekmez, suçlunun yakınları da söz konusu cezadan etkilenirlerdi. Yani ilkel dönemde cezaların şahsiliği ilkesi yerine kolektif sorumluluk kabul edilebiliyordu.⁸ İslamiyet öncesi Araplarda da kısas cezası uygulanmaktaydı; lakin kolektif sorumluluk kabul edildiği için suçtan failin bütün kabilesi sorumlu tutuluyordu.⁹ İslamiyet öncesi Türklerde de bazen cezaların suçu işleyenlere değil de onların yakınlarına uygulandıkları görülmektedir. Mesela bir kimsenin gözünü kör eden bir kişi, mağdura kızını veya karısının mallarını vermek zorundaydı. Bu misal İslamiyet öncesi Türklerde cezanın her alanda kişiselleşmediğini göstermektedir.¹⁰

İslam ceza hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan cezaların şahsiliği ilkesi, birçok ayet ve hadisten temellerini almaktadır. Şu ayetler cezaların şahsiliği

Hukuku Genel Hükümler/ Temel Bilgiler, 35; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 87; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2023), 83-85.

⁷ Samire Hasanova, "İslâm Ceza Hukukunda Maslahat Prensibi Açısından Cezalar ve Cezanın Şahsiliği İlkesinin Değerlendirilmesi," *Yakın Doğu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2017): 104.

⁸ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 57. Mesela Hitit hukukunda genel olarak cezaların şahsiliği ilkesi bulunmasına rağmen bu durumun üç yerde uygulanmadığı görülmektedir. İlk olarak devlete karşı işlenen suçlarda yalnızca suçu işleyen kimse değil onun ailesi ve oturdukları mahalleler bile ortadan kaldırılırdı. İkinci olarak dini bir suç işleyen kimsenin yalnızca kendisi değil tüm ailesi ve soyundan gelenlerde cezalandırılabilirdi. Üçüncü olarak ise bir köle hür bir kimseyi öldürürse bu durumda yalnızca suçlu değil o kölenin ailesi de cezalandırılırdı. İbrahim Erol Kozak, *Kâdim Dönemler Genel Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 190-191. Semavi kökenli dinlerde ise cezaların şahsiliği ilkesine yer verildiği gözlemlenmektedir. Mesela Tevrat'ta bulunan bu ifade de cezaların şahsiliği ilkesine yer verildiği gözlemlenmektedir: "Babalar çocukları için; çocuklar babaları için öldürülmeyecek, herkes kendi günahı için öldürülecektir." (Tesniye: XXIV / 16). Hayreddin Karaman, *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi* (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1975), 22; Kozak, *Kâdim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 327.

⁹ Ali Bardakoğlu, "Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliyye Hukuku Örneği," *İç. Dünden Bugüne İslam Dünyasında Zihniyet Değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu* (Bursa: Ensar Vakfı Yayınları, 1990), 102.

¹⁰ Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 58.

ilkesine işaret etmektedir: “Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez (sorumluluğunu taşımaz), cezasını çekmez.”¹¹, “Kim bir günah kazanırsa, onu ancak kendi aleyhine kazanmış olur.”¹², “Hiçbir günahkâr başka bir günahkârın yükünü yüklenmez. Günah yükü ağır olan kimse, (bir başkasını), günahını yüklenmeye çağırırsa, ondan hiçbir şey yüklenilmez, çağırıldığı kimse yakını da olsa.”¹³, “Kim iyi bir iş yaparsa kendi lehinedir. Kim de kötülük yaparsa kendi aleyhinedir.”¹⁴ “Onlar, Yûsuf ‘a: “Ey güçlü vezir! Bunun çok yaşlı bir babası var. Onun yerine bizden birini alıkoy. Şüphesiz, biz senin iyi ve yararlı işleri en güzel şekilde yapanlardan olduğunu görüyoruz” dediler. Yûsuf, “Malımızı yanında bulduğumuz kimseden başkasını tutmaktan Allah’a sığınırız. Şüphesiz biz o takdirde zulmetmiş oluruz” dedi.”¹⁵

Ayetlerin yanı sıra şu hadisler de cezaların şahsiliği ilkesine işaret etmektedir: “Kişi babasının ve kardeşinin suçundan dolayı sorumlu tutulmaz.”¹⁶, “Ensardan bir grup insan gelip: “Ey Allah’ın Resulü! Şunlar Beni Sa’lebe b. Yerbu’dur. Cahiliye devrinde falan kimseyi öldürdüler!” dedi. Hz. Peygamber sesini yükselterek: “Bir kimse diğerinin suçundan sorumlu olmaz.” buyurdu.”¹⁷, “Oğlumla beraber Rasûllullâh (s.a.v.) yanına geldim. Bana “Bu oğlun mudur?” diye sordu. Ben de “Evet Ey Allah’ın Resulü” dedim. Bunun üzerine Allah Resulü (s.a.v.): “Sen oğlunun işlediği cinayetin sorumluluğunu yüklenmezsin. Oğlun da senin işlediğin cinayetin sorumluluğunu yüklenmez.”¹⁸

İslam ceza hukuku, yukarıdaki birçok ayet ve hadiste görüldüğü üzere cezaların şahsiliği ilkesine son derece büyük bir önem vermiştir. Söz konusu ayet ve hadislerle net bir şekilde anlaşılmaktadır ki İslam hukukuna göre bir suçtan

¹¹ Necm suresi, 38. ayet; Zümer suresi, 7. ayet; İsrâ suresi, 15. ayet; Enam suresi, 164. ayet; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 280.

¹² Nisa suresi, 111. ayet; *Kur’ân-ı Kerîm Meâli*, çev. Halil Altuntaş ve Muzaffer Şahin (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009), 106.

¹³ Fatır suresi, 18. ayet; *Kur’ân-ı Kerîm Meâli*, 481.

¹⁴ Fussilet suresi, 46. ayet; *Kur’ân-ı Kerîm Meâli*, 532.

¹⁵ Yusuf suresi, 78.-79. ayet; *Kur’ân-ı Kerîm Meâli*, 263.

¹⁶ Ebu Davud, *Diyet*, 2.

¹⁷ Nesai, *Kasame*, 39.

¹⁸ İbn-i Mace, *Kitabü’l-Diyet*, 2671; Ahmet Saban, “İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi,” *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2016) 84.*

yalnızca onu işleyen kimse sorumludur. Bir kimse akrabalık veya dostluk derecesi ne olursa olsun, diğer bir kimsenin işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Bu açıdan bakıldığında cezaların şahsiliği ilkesi, İslam ceza hukuku içerisinde ciddi surette uygulanagelen bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹

II. İSLAM CEZA HUKUKUNDA DİYET ve ÂKİLE

A. Diyet Kavramı

Âkile kavramı temellerini diyet kavramı üzerine bina eden bir kurumdur. Bu sebeple öncelikli olarak diyet kavramından bahsetmek gereklidir. Diyet, Arapçada "eda, ödemek, vermek" anlamlarına gelen "vedy" kökünden türetilmiş bir kelimedir.²⁰

Diyet, -terim anlamı itibarıyla- insan öldürme veya yaralama suçlarında duruma göre failin veya âkilesinin, mağdura veya mirasçılara ödemesi gereken maldır.²¹ Bir başka açıdan diyet, öldürmek suretiyle gerçekleşen cinayette ölenin canına bedel ve uzuvlara yapılan yaralamalarda söz konusu yaralanan veya kesilen uzva bedel olarak fail veya âkilesinin, mağdur veya yakınlarına verme yükümlülüğü altına girmiş olduğu belli bir miktar maldır.²²

Diyet miktarıyla ilgili olarak hadislerde ve Hulefâ-yi Râşidîn'in söz ve uygulamalarında ayrıntılı bir şekilde miktarlar geçmektedir. Birçok hadiste diyet

¹⁹ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 1:571, Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 280; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 57.

²⁰ Ali Bardakoğlu, "Diyet," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 9 (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 475; Serdar Mutçalı, *Arapça-Türkçe Sözlük* (İstanbul: Dağarcık Yayınları, 2018), 972.

²¹ Şeyhü'l-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir Merginani, *Delilleriyle Hanefî Fıkıhı el-Hidâye*, C. 4, çev. Ahmed Meylânî (İstanbul: Kahraman Neşriyat, 1983), 249vd.; İbrahim Halebi, *İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi*, C. 4, çev. Mustafa Uysal (İstanbul: Dizerkonca Matbaası, 1968), 303; Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, C. 8, çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz ve Nurettin Yıldız (İstanbul: Risale Yayınevi, 1994), 81; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 196; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 338; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 285; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk* (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2019), 361.

²² Bilmen, *Fıkıh İlmi& İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, 64.

miktarıyla ilgili asli olarak yüz deve ifadesi geçmektedir. Bazı hadislerde ise bunun yerine bin dinar veya on bin dirhem gümüş ifadeleri de yer almaktadır. Bunun yanı sıra iki yüz sığır veya iki bin koyun ya da iki yüz elbise miktarları da diyet bedeli olarak geçmektedir.²³

Diyet şu hallerde alınmaktadır: Kasten öldürme suçunda kısas talebinden vazgeçilmesi halinde, kasten yaralama suçunda kısas talebinden vazgeçilmesi halinde, kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) öldürme suçunda, taksirle (hataen) öldürme suçunda, taksirle (hataen) yaralama suçunda (erş), çocuk düşürme tazminatında (gurre).²⁴

Öldürme fiili neticesinde alınan diyetle öldürme fiilinin kasten veya taksirle olması durumuna göre diyetin ağırlaştığı veya hafiflediği gözlemlenmektedir. Taksirle öldürme fiilinde tam diyet (diyet-i kâmile) alınmaktadır. Bu iki, üç, dört ve beş yaşına giren dişi develerin her birinden yirmişer tane ve iki yaşına giren erkek develerden de yirmi tane olmak üzere toplam yüz devedir. Öldürme fiilinin kasten veya kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) olması durumunda ise ağırlaştırılmış diyet (diyet-i muğallaza) alınmaktadır. Bu da Ebu Yusuf, Ebu Hanife ve Hanbelilerin görüşüne göre iki, üç, dört ve beş yaşlarına giren develerin her birinden yirmi beşer tane olmak üzere toplam yüz devedir. İmam Malik, İmam Muhammed ve İmam Şafîî'nin görüşüne göre kırk tanesi hamile, otuz tanesi dört yaşına girmiş, otuz tanesi de beş yaşına girmiş toplam yüz devedir. Ayrıca burada dikkat edilmelidir ki kasten öldürme neticesinde suçun asli cezası olan kısastan vazgeçilmesi halinde fail, maktulün yakınları razı olursa onlara ağırlaştırılmış diyet (diyet-i muğallaza) öder. Ancak maktulün yakınları razı olmazsa uzlaşma bedeli (bedel-i sulh) olarak ağırlaştırılmış diyetten daha fazlasını da ödemek zorunda kalabilirler.²⁵

²³ Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8: 84; Bardakoğlu, "Diyet," 475; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 425; Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 154; Şamil Dağcı, "Hükûmet-i Adl," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 18 (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 463-464; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 306.

²⁴ Bardakoğlu, "Diyet," 475; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 338; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 396vd.; Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 361.

²⁵ Bardakoğlu, "Diyet," 476; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 397-399; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 153-154; Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller* (Ankara:

B. Âkile Kavramı

Âkile kelimesi, Arapçada “*akl*” kelimesinden türetilerek oluşturulmuş bir kelimedir. Akl, sözlük anlamı itibarıyla bağlamak, engel olmak anlamlarına gelir. Âkilenin diyeti ödediği vakit failin kanının dökülmesine engel olması açısından âkile ile akl kelimesi arasındaki ilişki daha net anlaşılabilir. Âkile sözlük anlamı itibarıyla, “*maktulün diyetini ödemekle sorumlu katilin akrabaları*” demektir.²⁶

Âkilenin terim anlamı ise genel manada, kast unsuru olmaksızın gerçekleştirilmiş bir öldürme veya yaralama suçunda suçlunun adına diyet ödemeyi üstlenen şahıslar topluluğudur. Yani âkile kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) veya taksirle (hataen) öldürme ve yaralama suçları neticesinde failin ödemesi gereken diyeti onunla birlikte üstlenen grubun ismidir.²⁷ Bir başka açıdan âkile, diyet dayanışma grubudur.²⁸

Âkilenin hukuki meşruluğu cumhur tarafından hadisler ile tespit edilmiştir. Bu hadislerden biri de şu şekildedir: “*Hüzeyl kabilesinden iki kadın birbirleriyle kavga ettiler. Biri diğerine bir taş atarak kadını da karnındaki yavruyu da öldürdü. Dava Hz. Peygambere geldi. Efendimiz (s.a.v.) ceninin diyetini bir gurre olarak hükme bağladı.*”

Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018), 254-255. Diyet hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 2:285vd.; Bardakoğlu, “Diyet,” 473vd.; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 396vd.; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 149vd.; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 235vd.

²⁶ İbn Kudâme, *Delilleriyle Hanbeli Fıkhı el-Muğni Muhtasarı*, C. 4, çev. Alpaslan Tunçer (İstanbul: Karınca Polen Yayınları, 2015), 326; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 258; Mutçalı, *Arapça-Türkçe Sözlük*, 586; Aktan, “Âkile,” s. 248.

²⁷ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkhı Gurer ve Dürer Tercümesi*, C. 3, çev. Arif Erkan (İstanbul: Eser Neşriyat, 1980), 155; Merginani, *Delilleriyle Hanefi Fıkhı el-Hidâye*, 4:344vd.; Halebi, *İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi*, 4: 373; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Alfabetik İslam Hukuku Fıkıh İstilahları Kamusu*, C. 1 (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 60; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, C. 3 (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1986), 54; Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 3:14vd.; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku (Genel Kısım- Cilt I)* (İstanbul: Der Kitabevi Yayınevi, 2016), 157; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 424vd.; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 285; Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 363; Nuri Berkay Özgenç, “İslam Ceza Hukukunda Cezaların Şahsiliği İlkesi,” *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 22 (2021): 213; Aktan, “Âkile,” 248.

²⁸ Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 424.

Kadının diyetini âkilesi üzerine hükmetti, kadına çocukları ve onlarla birlikte olanlar varis oldu."²⁹ Hadiste de görüldüğü üzere Hz. Peygamber âkilenin diyeti ödemesini karara bağlamıştır. Hz. Peygamber'in vefatından sonra da sahabeler âkilenin diyeti ödemesi üzerine olan görüşü icma ile kabul etmişlerdir.³⁰

Âkile, -daha önce bahsi geçen- bütün diyet çeşitleri için sorumluluk altına girmemektedir. Âkile; taksirle öldürme veya yaralama suçlarının diyetinde, kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) öldürme suçunun diyetinde ve çocuk düşürme neticesinde ortaya çıkan tazminatta (gurre) söz konusu diyetleri ödemesi gerekir.³¹

²⁹ Ebu Davud, *Kitabü'd-Diye*, 4576; Nesai, *Kitabu'd-Diye*, 4717. Benzer bir hadis için bkz. Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi, *Mebûsât*, C. 27, ed. Mustafa Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 165-166.

³⁰ İbn Kudâme, *Delilleriyle Hanbeli Fıkhı el-Muğni Muhtasarı*, 322; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 82-83.

Âkile ile ilgili yukarıdaki hadisin yanı sıra Medine'deki farklı grupların katılımıyla birlikte hazırlanıp Hz. Peygamber'in devlet başkanlığında bir arada yaşamak için düzenlenen Medine Sözleşmesi'nde de kan diyetinin ödenmesi ile ilgili âkilenin kimler olacağına değinilmiştir. Medine Sözleşmesi'nin üçüncü ve on birinci maddeleri arasında o dönemde âkilenin kimler arasında olacağı tek belirtilmiştir. Mesela Medine Sözleşmesi'nin 3. maddesi şu şekildedir: "Kureyşli muhacirler kan diyetlerini ödemeye katılacaklar ve savaş esirlerinin fidyesini müminler arasındaki mâkul esaslara ve adalete göre ödeyeceklerdir." Ayrıca dördüncü madde de Avf oğulları, beşinci madde de Haris oğulları, altıncı madde de Saide oğulları, yedinci madde de Cuşem oğulları, sekizinci madde de Neccar oğulları, dokuzuncu madde de Amr b. Avf oğulları, onuncu madde de Nebit oğulları ve on birinci madde de Evs oğullarının diyet sorumluluğunu üstlenecek âkile grupları olduğu belirtilmiştir. Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi I* (Ankara: İmaj Yayınları, 2003), 206-207; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 156; Mustafa Özkan, "Medine Vesikası," *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. Ek-2 (Ankara: TDV Yayınları, 2019), 213-214.

³¹ Serahsi, *Mebûsât*, 27:103, 165; Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed eş-Şafii Maverdi, *Ahkamu's-Sultaniyye*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976), 263; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:53-54; Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8:90vd.; Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986), 182; Ekrem Buğra Ekinci, *Hukukun Serüveni* (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2011), 338.

Âkile, yukarıdaki durumun aksine dört yerde diyeti ödemek zorunda değildir. İlk olarak kasten öldürme veya yaralama suçlarında mağdur tarafın kısas talebinden vazgeçmesi ve sulh yapılması durumunda oluşan diyeti âkile değil failin kendisi öder.³² İkinci olarak şayet bir köle öldürülürse bu durumda fail yalnızca kölenin kıymetini mağdur tarafa öder. Âkilenin herhangi bir şey ödemesine gerek yoktur. Üçüncü olarak failin ikrarıyla sabit olan bir suç için oluşan diyette yalnızca fail söz konusu diyeti öder. Zira bilindiği üzere ikrar yalnızca ikrarda bulunanı bağlayan bir ispat vasıtasıdır. Ancak failin ikrarıyla sabit olan bir suç için oluşan diyette faili tasdik eden bir âkile varsa bu durumda söz konusu diyeti onu tasdik eden âkile de verir. Dördüncü olarak bir kimse hakkında cinayet işlediğine dair iddiada bulunulur ve o kimse söz konusu iddiayı reddeder ve daha sonra kabul ederse bu durumda ortaya çıkan diyeti fail yalnızca kendisi öder. Âkilenin herhangi bir şey ödemesine gerek yoktur.³³

İslam hukukçuları tarafından âkilenin birçok hukuki gerekçesi zikredilmektedir. Temel olarak şu gerekçe zikredilebilir: Diyet normal sosyo-ekonomik düzeye sahip kişiler için yüksek bir miktar arz etmektedir. Şayet âkile olmasaydı fail söz konusu bu diyet bedelini ödemekte ciddi zorluklar yaşayacaktı. Hatta bu bedeli ödemesi durumunda malvarlığının çoğunu kaybedecek ve hayatını büyük zorluklar içerisinde geçirmek zorunda kalacaktı. Fail açısından bakıldığında diyeti ancak zenginler ödeyebilecek ve sayıları oldukça fazla olan orta halli veya fakir kimseler diyet bedelini ödeyemeyecekti. Mağdur veya yakınları açısından bakacak olursak bu durumda zengin olan failin işlemiş olduğu suçtan dolayı mağdur veya yakınları diyet bedellerini alabilecekken orta halli veya

³² Zira her insan için asli olan kendi fiillerinden dolayı tek başına sorumlu olmasıdır. Kastan öldürme ve yaralama fiillerinde de taksirdeki gibi kişi için bir mazeret durumu olmayacağından dolayı buradaki diyeti fail tek başına öder. Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8:89.

³³ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:54; Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8:89vd.; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 107. Âkile bu dört maddenin yanı sıra eğer herhangi bir sebeple diyet, belli bir orana ulaşmadıysa da ödeme yükümlülüğü altına girmemektedir. Hanefilere göre âkile, diyet bedelinin yirmide birinden aşağısını ödemek zorunda değildir. Malikiler ve Hanbelilere göre âkile, diyet miktarının üçte birinden aşağısını ödemek zorunda değildir. İmam Şafiî ise miktarın ne olduğuna bakılmaksızın diyetin âkile tarafından ödeneceğini savunmaktadır. Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, 260; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 105.

fakir olan faillerin işlemiş oldukları suçtan dolayı mağdur veya yakınları diyet bedellerini eksik almak zorunda kalacaktı. Görüldüğü üzere hem failer açısından hem de mağdur veya yakınları açısından eşitlik olmayacağı için âkilenin varlığı son derece önem arz etmektedir. Âkile adaletin ve eşitliğin gerçekleşmesi için önemli bir kurumdur.³⁴ Bunun yanı sıra taksirle adam öldüren veya yaralayan kimsenin mazeretli sayılması gerekir. Zira o bu fiilini bilerek ve isteyerek işlememiştir. Fakat yine de onun mazereti ölen veya yaralanan kimsenin canının saygınlığını yok etmez. Bu sebeple diyet bedelinin ödemesi konusunda faile yardımcı olması için âkile kurumu kabul edilmiştir.³⁵

C. Âkileyi Oluşturan Kimseler

Âkileyi oluşturan kimselerin, kim olduğu noktasında Hanefiler ile cumhur arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Hanefilere göre âkile ilk olarak suçlunun bağlı olduğu “*divan ehli*”dir. Divan ehli, aynı ücret siciline kayıtlı askeri birlik mensuplarına denilmektedir. Divan ehline kayıtlı olan hür, akıllı ve baliğ olan erkekler âkileyi oluşturmaktadır. Suç için ödenecek diyet divan ehlinin asli mallarından değil kendilerine verilen maaşlardan ödenir.³⁶ Şayet suçlu divan ehlinde değilse bu durumda âkile, failin mensup olduğu kabile veya aşirettir. Çünkü fail kendi kabilesinden yardım ve destek görmektedir. Birbirinin hareketlerini denetleyerek diğerleri ile alakadar olması gereken kabilenin veya aşiret fertlerinin kendi içlerinden birisinin işlemiş olduğu bahsi geçen suçlardan

³⁴ Udeh, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 2:295.

³⁵ Kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) öldürme suçunda da kişinin mazeretli olduğu kabul edilmektedir. Zira bu durumda fail öldürme neticesini kastetmemesine rağmen ölüm gerçekleştiği için katil mazeretli sayılmaktadır. Bundan dolayı da mağdurun diyetini âkile ödemektedir. Serahsi, *Mebûsât*, 27:166.

³⁶ Serahsi, *Mebûsât*, 27:166-167; Molla Hüsrev, Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkhı Gurur ve Dürer Tercümesi, 3:155; Merginani, Delilleriyle Hanefî Fıkhı el-Hidâye, 4:345; Fetâvây-ı Hindîyye (Fetavay-ı Alemgirriye), çev. Mustafa Efe (Ankara: Akçağ Yayınevi, 1986) 8:148; Abdül Vehhab-ı Şa'rânî, Mizân-ül Kübrâ Dört Hak Mezhebin Büyük Fıkıh Kitabı, çev. Faruk Meyan (İstanbul: Berekât Yayınevi, 1980) 593; Halebi, İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, 4:373; Bilmen, Hukuk-ı İslâmîyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 3:54; Ebu Zehra, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C. 2 (İstanbul: Kitabevi Yayınları, 1994), 546; Aktan, “Âkile,” 248; Saban, “İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi,” 101.

dolayı oluşan diyeti ödemeleri gerekmektedir. Kabile veya aşiret içinde bulunan akıllı, hür ve baliğ erkekler söz konusu diyeti âkile vasfıyla öderler. Yine de kabiledaki kimselerin söz konusu diyeti karşılamaya güçleri yetmezse bu durumda faile soy bakımından en yakın olan diğer akrabalar da diyet ödemeye katkıda bulunurlar.³⁷ Şayet failin mensup olduğu bir kabile veya aşiret de bulunmazsa bu durumda âkile beytülmal olarak kabul edilmektedir. Mesela sokağa bırakılan bir çocuk veya İslamiyet'e yeni girmiş ve Dârülharpten Dârülişlâma yeni gelmiş bir kimsenin kabilesi veya aşireti bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu kimselerin işlemiş olduğu suçlar neticesinde oluşan diyeti beytülmal ödemektedir. Şayet beytülmal da mevcut olmazsa bu durumda söz konusu diyet doğrudan fail tarafından ödenmelidir.³⁸

Hanefi fakihleri dışındaki cumhura göre ise âkile, failin baba tarafından erkek akrabaları olan asabesidir. Burada da yakın asabeden uzak asabeye doğru bir sıralama yapılmaktadır. Cumhura göre failin baba tarafından erkek akrabaları olan asabesi bulunmaz ise bu durumda söz konusu diyeti beytülmal ödemelidir. Beytülmalin ödeme imkânı bulunmadığı halde de diyet fail tarafından ödenmelidir.³⁹

Suç işleyen failin, âkileye dahil olup olmayacağı noktasında da mezhepler arasında ihtilaflar bulunmaktadır. İmam Şafî'ye göre failin kendisi âkilenin içine dahil değildir. Zira onlara göre "*Yanılarak yaptıklarınızda sizin için bir vebal yoktur.*"⁴⁰ ayeti ve "*Ümmetimden hata ve unutmama(nın vebali) kaldırılmıştır.*"⁴¹ hadisine dayanarak hata içinde olan failin sorumluluğu kaldırılmıştır. Bu durumda faile diyetin yüklenilmemesi gerektiğini düşünmektedir. Ancak Hanefilere göre failin

³⁷ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkhı Gurer ve Dürer Tercümesi*, 3:156; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:54; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 101-102.

³⁸ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkhı Gurer ve Dürer Tercümesi*, 3:156; Şa'rânî, *Mizân-ül Kübrâ Dört Hak Mezhebin Büyük Fıkıh Kitabı*, 593; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:54.

³⁹ Şa'rânî, *Mizân-ül Kübrâ Dört Hak Mezhebin Büyük Fıkıh Kitabı*, 593vd.; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 102.

⁴⁰ Ahzâb suresi, 5. ayet; *Kur'ân-ı Kerîm Meâli*, 462.

⁴¹ İbn Mace, *Talak*, 16; *Dâreketnî, Sünen*, IV/170.

kendisi de âkilenin içine dahildir. Zira âkilenin varlığı, failin taksirle işlemiş olduğu suç karşılığında kendisine düşen diyetin altında ezilmemesi içindir. Ancak diyetin bir kısmını onun ödemesinde herhangi bir sakınca yoktur. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere âkile, failin taksirle işlediği suçtan dolayı mazur görüldüğü için bulunmaktadır ve bu sebeple diyeti tek başına ödemesi kabul edilmez. Ancak dikkat edilmelidir ki failin âkilesi ise ondan daha suçsuzdur. Bundan dolayı fail de âkileye dahil edilmelidir.⁴² Malikilerden bazılarının da Hanefilerin bu görüşünü kabul ettiği bilinmektedir.⁴³ Ayrıca Şafilere göre baba, dede, oğul ve torun da âkilenin içine dahil edilmezler. İmam Malik, Ebu Hanife ve İmam Hanbel'in bir rivayetine göre ise babalar ve çocuklar âkile sayılırlar. Çünkü âkilenin temelleri yardımlaşmaya dayanmaktadır. Baba ve oğul aynı ailenin bireyleridir.⁴⁴

Bütün mezhepler çocukları, akıl hastalarını, kadınları ve fakirleri âkilenin dışında tutmaktadırlar. Zira âkilenin varlığından biri failin âkilesinin onu gözetleyip kollamasından ileri gelmektedir. Ancak çocuktan, akıl hastasından ve kadınlardan bu şekilde bir gözetleme ve kollama yükümlülüğü beklenemez. Bundan dolayı onlar âkilenin içine dahil olmamaktadır.⁴⁵ Diğer bir yandan âkile, faile diyet noktasında yardımcı olunmak için oluşturulmuştur. Bu açıdan bakıldığında yardıma muhtaç olan fakirlerin, böyle bir yardımlaşma faaliyeti içinde olmaları mümkün gözükmemektedir.⁴⁶

D. Âkilede Bulunan Kimselerin Diyetten Ödemesi Gereken Miktar ve Bunun Süresi

Âkiledeki her bir ferdin, diyetten ödemesi gerekli olan miktar mezhepler arasında farklılık göstermektedir. Buna göre Malikilere ve Hanbelilere göre

⁴² Serahsi, *Mebsût*, 27:168; Merginani, *Delilleriyle Hanefî Fıkhı el-Hidâye*, 4:349.

⁴³ Aktan, "Âkile," 248.

⁴⁴ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 3:15.

⁴⁵ Merginani, *Delilleriyle Hanefî Fıkhı el-Hidâye*, 4:349-350; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 79; Aktan, "Âkile," 248.

⁴⁶ Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8: 103; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 104-105.

diyetten her bir ferdin ödeyeceği miktarı hâkim belirler. Hâkim âkilenin içinde bulunan kimseye ona eziyet etmeyecek şekilde kolaylıkla ödeyebileceği bir miktar tayin eder. Hanefiler ise diyetten kişi başına üç veya dört dirhem düşeceğini kabul etmektedirler. Şafilere ise zenginlerden yarım dinar, orta halli olan kimselerin ise çeyrek dinar veya üç dirhem ödemesi gerektiğini ifade etmektedirler.⁴⁷

Âkilenin yukarıdaki belirtilen miktarları ödemesi için kendisine verilen süre üç yıldır. Âkilenin diyetten kendisine düşen miktar yıllık paylara bölünüp üç yılda ödenir. Söz konusu taksitlerin ne zaman başlayacağı noktasında bir kısım İslam hukukçuları suçun işlendiği zamanı, diğerleri ise mahkeme kararının verildiği tarihi esas almaktadır.⁴⁸

III. ÂKİLENİN CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

Cezaların şahsiliği ilkesi, bir kimsenin işlemiş olduğu suçtan dolayı yalnızca kendisinin cezalandırılmasıdır. Faile herhangi bir yakınlıkları olsa dahi diğer masum kişilerin failin suçundan dolayı cezalandırılmamalarıdır.⁴⁹ Âkile ise, kast unsuru olmadan gerçekleştirilen bir öldürme veya yaralama suçunda suçlunun adına diyet ödemekle yükümlü olan şahıslar topluluğunun genel adıdır.⁵⁰ İki kavram birlikte değerlendirildiğinde âkilenin zahiren cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. Zira söz konusu diyeti ödemekle yükümlü grup olan âkile, failin işlemiş olduğu suç üzerinde herhangi bir etkisi ve katkısı olmamasına rağmen bu suç karşılığında verilen diyeti ödemekle yükümlü kılınmıştır.

⁴⁷ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 3:17-18; Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8:99-100; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 106.

⁴⁸ Serahsi, *Mebûsât*, 27:168vd.; Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 3:17-18; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:52vd.; Aktan, "Âkile," 248; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 106.

⁴⁹ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 1:573; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 280; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 285.

⁵⁰ Molla Hüsrev, *Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkhı Gurer ve Dürer Tercümesi*, 3:155; Merginani, *Delilleriyle Hanefî Fıkhı el-Hidâye*, 4:344vd.; Halebi, *İzahlı Mültekâ El Ebbur Tercümesi*, 4:373; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:54; Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 3:14vd.; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 424vd.; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 285; Aktan, "Âkile," s. 248.

Âkile ile cezaların şahsiliği ilkesi arasındaki bu ilişki İslam hukukçuları arasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tartışmaların üç ana başlık altında toplanabileceği görülmektedir.

A. Âkilenin Cezaların Şahsiliği İlkesine Aykırı Olduğunu Düşünenler

İslam hukukçularından bir kısmı âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu düşünmektedirler. Bu hukukçular diyetin âkile tarafından ödenmeyeceğini, aksine fail tarafından ödeneceğini ifade etmektedirler.

Diyetin âkile tarafından ödenmeyeceğini ifade eden İslam hukukçularından Ebubekir Esam'a göre diyetler yalnızca failerin malvarlığından ödenir. Bunları âkile ödemez. Zira hiçbir kimse bir başkasının suçundan dolayı cezalandırılmaz. Nitekim En'am suresinin 164. ayetine göre: "...Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez (sorumluluğunu taşımaz), cezasını çekmez..." Bu ayet sebebiyle bir kimse bir başkasının sorumluluğuna ortak olamaz. Dolayısıyla bir kimsenin işlemiş olduğu suçtan dolayı ödenmesi gereken diyeti yalnızca o kişi ödemelidir. Failin haricindeki kişilerin söz konusu diyeti üstlenmeleri düşünülemez.⁵¹ Benzer bir şekilde İbn Uleyye ve Hâricilerde âkilenin diyeti ödemeyeceği ve diyetin failin malından ödenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.⁵²

Kuhistani'de diyeti ödemesi gerekenin fail olduğunu ifade etmektedir. Zira artık aşiretler bitmiş ve halkın birliği kalmamıştır. Bundan dolayı diyeti âkile değil failin kendisi ödemelidir.⁵³

⁵¹ Ebu Bekr Alâeddin Ebu Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefi el-Kâsânî, *Bedaiüs-Sanai fi Tertibiş-Şerai*, C. 7 (Beyrut: Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1986), 255; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:57; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 156.

⁵² Muhammed b. Abdullah b. Ebi Bekr es-Sardafi er-Rimi, *El-Meanil-Bedia fi Marifeti İhtilafi Ehliş-Şeria*, C. 2 (Beyrut: Darül-Kütübü'l-İlmiyye, 1999), 379.

⁵³ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3:57; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 156. İbn Kemal'e göre Araplar kendi neseplerini düzgün bir şekilde koruyabildikleri ve divan oluşturarak yardımlaşabildikleri için onlarda âkile sistemi vardır. Ancak Acemlerde bu duruma örnek vermedikleri için âkile sistemi yoktur. Mustafa Avcı, "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 1 (2016): 22. Osmanlı'da âkilenin uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili Ebussuud Efendinin şu şekilde bir fetvası bulunmaktadır: "Katil ödeyemeyince onun mensubu olduğu topluluk (akile) diyeti ödemekle

B. Âkilenin Cezaların Şahsiliği İlkesine Aykırı Olmadığını Düşünenler

Âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu düşünenlerin yanı sıra âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını düşünenler de vardır.

Âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını düşünenler, cezaların şahsiliği ilkesinin temelini aldığı En'am suresinin 164. ayeti olan "...Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez (sorumluluğunu taşımaz), cezasını çekmez..." ayetini ve bu manaya gelen diğer ayetleri kabul etmektedirler. Âkilenin varlığını ise şu meşhur hadise dayandırmaktadırlar: "Hüzeyl kabilesinden iki kadın birbirleriyle kavga ettiler. Biri diğerine bir taş atarak kadını da karnındaki yavruyu da öldürdü. Dava Hz. Peygambere geldi. Efendimiz (s.a.v.) ceninin diyetini bir gurre olarak hükme bağladı. Kadının diyetini âkilesi üzerine hükmetti, kadına çocukları ve onlarla birlikte olanlar varis oldu."⁵⁴

Âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını düşünenlerin geneline göre âkile, cezaların şahsiliği ilkesinin temelini aldığı yukarıdaki ayete zahiren aykırılık teşkil etmektedir. Ancak ayeti söz konusu hadis ile birlikte ele almak ve zahire göre hareket etmemek gereklidir. Zira söz konusu hadis, cezaların şahsiliği ilkesinin temelini aldığı bu ayete bir istisna olarak kabul edilmelidir. Yani cezaların şahsiliği ilkesi genel bir kaide ortaya koymaktadır. Âkile ise söz konusu bu genel kaideye istisna teşkil eden özel bir durumdur. Ayrıca âkile, çeşitli gerekçeler ile birlikte cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.⁵⁵ Söz konusu bu istisna halini ve gerekçelerle ilgili görüşleri şu şekilde sıralayabiliriz:

İbn Hazm, âkile kurumunu cezaların şahsiliği ilkesi açısından değerlendirirken ilk olarak En'am suresinin "...Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez (sorumluluğunu taşımaz), cezasını çekmez..." mealindeki 164. ayeti ile buna benzer şekilde gelen ayet ve hadisleri incelemiştir. Ona göre bu ayet ve hadislerden de anlaşılacağı üzere hiç kimse bir başkasının işlemiş olduğu suçun cezasını çekmez ve bir kimse diğerinin cezasını yüklenemez. Zahiren bunun aksi

yükümlü müdür? Cevab: Bu topraklarda akile yoktur." Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler, 156.

⁵⁴ Ebu Davud, *Kitabü'd-Diye*, 4576; en-Nesai, *Kitabu'd-Diye*, 4717.

⁵⁵ Kâsânî, *Bedaiüs-Sanai fi Tertibiş-Şerai*, 7:255; Muhammed Emin İbn Abidin, *Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, C. 17, çev. Ahmed Davudoğlu (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983), 42; Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 1:572-573.

olarak görülen ve Hz. Peygamber'den (sav) gelen rivayetlere göre taksirle insan öldürme durumunda yaptırım olarak belirlenen diyetin, failin âkilesi tarafından ödenmesi gerektiğinin de bir nass olduğunu belirtmiştir. İbn Hazm, bu iki hükmün de doğru ve zorunlu olduğunu ve bu hükümlerin birleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ona göre bu durumda az çoktan yani özel durum genel kaideden istisna edilmelidir. Zira Allah'ın emirlerinin bir kısmı alınıp diğeri terk edilemez. Bu hükümlerin hepsi doğrudur ve zorunlu olarak uygulanmalıdır.⁵⁶

Kâsânî, âkilenin varlığını Hz. Peygamberden gelen hadislere dayandırmaktadır. Ayrıca Hz. Ömer sahabelerin huzurunda diyeti âkilenin üzerine hükmettiği zaman onların itiraz etmemesini de delil olarak kabul etmiştir. Kendisine cezaların şahsiliği ilkesinin temelini aldığı ayetler sorulduğu vakit ise bu ayetleri elbette kabul ettiğini ifade etmiştir. O da âkileye itiraz edenlere şu şekilde bir soru sormaktadır: *"Niçin âkilenin yükümlülüğünün suçsuz yere olduğunu söylüyorsunuz?"* Zira âkile katili korumak ve gözetmekle mükelleftir. Onu korumadılarsa bu onların ihmali olarak kabul edilir ve bu da onların hatasıdır. Katil olan kimse akrabalarından aldığı güç neticesinde fiillerine dikkat etmez ve bu suçu işlemiş olur. Bu sebeple de âkile de bu suça ortak gibi kabul edilir. Ayrıca diyet büyük bir meblağ olduğu için onun tamamını katile yüklemek haksızlık olur. Katil işlemiş olduğu fiili taksir ile gerçekleştirmiş olduğu için yükümlülüğünün hafifletilmesini hak eder. Bu sebeple âkile de ona yardımcı olmalıdır.⁵⁷

İbn Rüşd, âkilenin cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnası olduğunu ifade etmektedir. Diyeti kimin ödemesi gerektiği üzerine yapmış olduğu tartışmada ilk olarak *"...Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez (sorumluluğunu taşımaz), cezasını çekmez..."*⁵⁸ ayetini ve *"...Onun işlediği suç yüzünden sen cezalandırılmazsın ve senin işlediğin suç yüzünden o cezalandırılmaz..."*⁵⁹ hadisini zikretmiştir. Daha sonra bu

⁵⁶ Ebu Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Said Ez-Zâhiri İbn Hazm, *el-Muhalla bil-Asar*, C. 11 (Beyrut: Darü'l-Fikr), 261.

⁵⁷ Kâsânî, *Bedaiüs-Sanai fi Tertibiş-Şerai*, 7:255.

⁵⁸ En'âm suresi, 164. ayet; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 280.

⁵⁹ Aslı itibarıyla bu hadis Hz. Peygamber (sav) tarafından bir baba ve oğula ithafen söylenmiştir. Hadisin tam metni şu şekildedir: *"Ebu Rimse (Habib b. Hayyân el-Belevî) (ra) şöyle demiştir: Babamla birlikte Rasulullah'ın (sav) yanına gitmiştik. Rasul-i Ekrem (sav) babama "Senin oğlun mu bu?" diye*

ayet ve hadisin umumu yani genel kaideyi ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Ancak âkilenin genelden istisna edilen özel bir hüküm olduğunu bildirmiştir.⁶⁰

İbn Abidin, âkilenin inkâr edilmesinin ve zahiren cezaların şahsiliği ilkesine uymadığı düşünülerek yanlış bir uygulama olduğunu ifade edilmesini doğru bulmadığını belirtmektedir. Zira âkilenin failin işlemiş olduğu suç dolayısıyla sorumlu tutulması meşhurdur ve -bu daha önce de geçen- meşhur hadislerle sabittir. Sahabenin ve tabiin kendi dönemlerindeki karşılaştıkları olaylara karşı uygulamaları da böyledir. İbn Abidin meşhur bir hadisle birlikte Kur'an-ı Kerim'in hükümlerine ekleme yapılabileceğini ve âkilenin de böyle bir uygulama olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını iki gerekçe ile açıklamaktadır. İlk olarak âkile, faili muhafaza ve gözetmeyi terk etmeleri ve bu açıdan kusurlu olmaları sebebiyle diyeti yüklenir. Zira fail âkileden almış olduğu güç ve güven sebebiyle davranışlarına dikkat etmemiş ve bu fiili işlemiştir. Bu durumda âkile, kendi içlerinde birbirlerini denetlemeli, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayı birbirine hatırlatmalı kast dışı da olsa öldürme fiiline mahal vermemelidir. Bu açıdan cinayetten âkile de sorumludur. İkinci gerekçe ise insanların müşkül durumlarında birbirlerine yardımlaşma sorumlulukları olmasıdır. Zira İslamiyet öncesi Arap örfünde bile diyet, şeref kazanmak ve dostlarına iyilikte bulunmak amacıyla verilmekteydi. İslam hukuku da bu yardımlaşma fiilini tasvip etmiştir. Ayrıca halk arasında da bu örf vardı. Mesela hırsızlık veya yangın gibi zararların olduğu durumlarda halk kendi içerisinde birbirine yardım etmekteydi.⁶¹

sordu. Babam "Kâbe'nin Rabbine yemin ederim ki evet!" dedi. Hz. Peygamber (sav) "Gerçekten mi?" dedi. Babam "Buna şahitlik ederim" dedi. Efendimiz (sav) benim babama benzerliğimden ve babamın benim üzerime yemin etmesinden dolayı güldü. Sonra "Bil ki oğlunun işlediği suç yüzünden sen sorumlu olmadığın gibi, senin suçun sebebiyle de o sorumlu tutulamaz" buyurdu ve "Hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez" mealindeki ayeti (Fâtır 35/18) okudu." Sünen-i Dârimî, Diyat, 25.

⁶⁰ İbn Rüşd, *Bidayetül-Müctehid ve Nihayetül-Muktesid*, C. 3, çev. Ahmed Meylânî (İstanbul: Ensar Yayınları, 2015), 172.

⁶¹ İbn Abidin, *Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, 17:42.

Okur, İbn Abidin'in ve -bundan önce yukarıdaki iki gerekçeyi aynı anda zikreden- Kâsani'nin, ifade etmiş olduğu bu iki gerekçenin birbiri ile uyumlu olmadığını dile getirmiştir. Zira ilk gerekçeye göre âkile, faille ilgili gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumlu tutulmuştur. Bu da İslamiyet öncesi Araplardaki kollektif sorumluluk anlayışını

Udeh'e göre cezaların şahsiliği ilkesi, ilk zamanlarından itibaren İslam hukukunda ciddi bir şekilde tatbik edilen bir müessesedir. Bu genel kaidenin bir tane istisnası bulunmaktadır. O da kasten öldürme haricindeki öldürme suçlarında failin âkilesinin söz konusu diyeti ödemesidir. Udeh'e göre kasten öldürme dışındaki öldürme suçlarında genel kaide olan cezaların şahsiliği ilkesinin doğrudan uygulanması, adaleti gerçekleştirmez ve zulme sebebiyet verir. Ayrıca bu âkileyi oluşturan kimseler açısından zulüm olmaz.⁶² Zira Allah,

çağrıştırmaktadır. İkinci gerekçe de ise âkilenin sorumluluğu, Müslümanlar arasındaki yardımlaşma ve dayanışma esaslarına dayanmaktadır. Okur, söz konusu bu iki gerekçenin özde birbirleriyle uyumadıklarını ifade etmektedir. Ayrıca bu konu ile ilgili olarak Muhammed İvaz'dan şu görüşleri aktarmıştır: "...Hem akilenin faili kollamakta ihmâl gösterdiğinden dolayı diyet ödemekle yükümlü olduğunu hem de faille yardım ve dayanışma amacıyla diyeti yüklediğini söylemek nasıl mümkün olur? Eğer akilenin ihmalden dolayı ödemeye yükümlü olduğu kabul edilecekse, taksirli öldürme diyetini yüklediği gibi kasıtlı öldürme diyetini de ödemesi, hatta can ve mal ayırımı yapmaksızın bütün haksız fiillerden doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olması gerekir. Halbuki böyle bir durumun söz konusu olmadığı bütün hukukçuların görüş birliği ile ortaya konmuştur." İvaz Muhammed İvaz, *Nazariyyetü'l-âkile fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, C. 10/2 (ed-Dirasatü'l-İslamiyye, 1985), 28, akt. Kâşif Hamdi Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği* (Ankara: İsam Yayınları, 2017), 147; Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 144-147.

Söz konusu bu gerekçeler, şu bakış açısıyla da değerlendirilebilir: Bu gerekçeler birbirine zıt olmaktan ziyade âkilenin cinayet fiilinin öncesindeki ve sonrasındaki sorumluluğunu beraber ortaya koyan iki gerekçe olarak anlaşılabilir. Yani bu gerekçeler, cinayet fiilinden öncesi ve sonrası açısından birbirini tamamlayan gerekçelerdir. Zira âkilenin faili koruma ve gözetme yükümlülüğü, âkilenin önleyici tedbir alma noktasındaki eksikliğinden kaynaklanan cinayet fiilinden önceki sorumluluğunu yansıtmaktadır. Âkilenin cinayet fiili işlendikten sonra failin diyeti ödeme yükümlülüğüne dair yardımlaşma sorumluluğu ise âkilenin cinayet fiili işlendikten sonraki sorumluluğunu yansıtmaktadır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu bu gerekçelerden ilki olay yaşanmadan önceki sorumluluğu izah için bulunurken diğeri olay sonrasındaki sorumluluğu gerekçelendirmek için vardır. Dolayısıyla bu gerekçeler birbirini tamamlayan gerekçeler olarak kabul edilebilir.

⁶² Burada kast dışındaki öldürme suçlarında failin doğrudan diyeti ödemesi ona zulüm olup adalet sağlanamayacaksa, kasten işlenen cinayetlerde kısastan vazgeçilmesi durumunda diyetin ya da uzlaşma bedelinin doğrudan faille yüklenmesi de zulüm olup adaletsizliğe sebep olmayacak mı diye bir soru akla gelebilir. Kastan işlenen öldürme suçlarında bu suçun asli cezası kısastır. Ancak maktulün yakınları kısastan vazgeçebilir ve onun yerine ağırlaştırılmış diyet ya da belirlemiş oldukları uzlaşma bedelini katilden alabilir. Burada maktulün yakınları söz konusu bedeli teminat altına aldıkları zaman kısastan vazgeçeceklerdir. Kısastan vazgeçilmesine rağmen katilin söz konusu bedeli ödeyecek maddi durumu olmaması halinde bu durum doğrudan maktulün

Müslüman toplum içerisindeki bireyler açısından iyilik olması için zenginlerin mallarından fakirlere bir hak olduğunu bildirerek zekât vermeyi emretmiştir. Ayrıca Müslümanların birbirlerine karşı sorumluluklarından biri olan nafakayı da İslam hukukunca belirlenen kişilere verilmesini zorunlu kılmıştır. İşte söz konusu bu vecibelerdeki yardımlaşma ve sorumluluk bilincinin tezahürlerinden biri de kasten öldürme dışındaki öldürme suçlarında diyetin âkile tarafından ödenmesidir.⁶³

Zuhayli, cezaların şahsiliği ilkesinin İslam hukukunda son derece önemli bir konu olduğunu ifade etmektedir. Âkilenin ise söz konusu bu genel kaidenin bir istisnası olduğunu dile getirmiştir. Bu istisnanın sebebini ise katile yardımcı olmak, onun sıkıntısını hafifletmek, akrabalar arasında dostluk bağlarını kuvvetlendirmek ve mağdurun veya yakınlarının haklarını korumak suretiyle onların haksızlığa uğramasını engellemek olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca katil âkilesinden aldığı güç ile üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne önem vermemiştir. Zira âkilesine güvenmeseydi fiillerinde daha dikkatli olur ve hareketleri daha düşünceli ve temkinli olurdu. Bu sebeple İslam hukuku işlenen bu cinayeti âkileye de nispet eder.⁶⁴

Kazamil, âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını düşünmektedir. Zira âkilenin faili gözlemleme, koruma, iyi eğitime ve doğruya yönlendirme sorumlulukları bulunmaktadır. Âkilenin diyeti üstlenmesinin sebebi de bu sorumluluğunu ihmal etmesinden dolayıdır. Çünkü fail kastı olmaksızın

yakınları tarafından tercih edildiği için kendi elleriyle meydana getirdikleri bu halden dolayı zarara uğramış olarak kabul edilemezler. Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 2:296.

⁶³ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 1:572-573: Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 148-149.

⁶⁴ Vehbe Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman Ahkamül-Mesuliyetel-Medeniyye vel-Cinaiyye fil-Fıkhil-İslami* (Dimaşk: Darü'l-Fikri'l-Muasır, 1982), 248-249.

Zuhayli, âkile sisteminin günümüz açısından uygulanabilirliğinin kalmadığını ifade etmektedir. Zira âkile bir sistem olarak birbirine sıkı surette bağlı olup sevinci ve hüznü bir arada yaşayan aile yapılarına münasip bir sistemdir. Ancak günümüzde aile yapıları dağılmış, akrabalar arasındaki bağlar zayıflamış, nesep bağlarına önem verilmeyen bir hale gelmiştir. Aile fertleri arasında dayanışma anlamının kaybolmasıyla birlikte, âkilenin uygulanabilirliği de kalmamıştır. Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Daman Ahkamül-Mesuliyetel-Medeniyye vel-Cinaiyye fil-Fıkhil-İslami*, 259.

dikkatsizce davrandığı için taksirle adam öldürmüştür. Şayet âkilesi kendisine daha iyi bir eğitim verip onu doğruya yönlendirmiş olsa daha dikkatli davranır, fiillerine özen gösterir ve tam bir farkındalıkla hareket ederdi. Bu sorumluluktan ötürü İslam hukuku suçu dolaylı yoldan âkilenin tamamına atfetmektedir. Ayrıca yardımlaşma, toplum düzeninin sağlanması ve maktulün yakınlarının mağdur olmaması gibi gerekçelerle de diyet âkile tarafından ödenmelidir.⁶⁵

C. Âkilenin Cezaların Şahsiliği İlkesinin Konusu Olmadığını Düşünenler

İslam hukukçularından bir kısmına göre ise âkile cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir. Zira cezaların şahsiliği ilkesi, hiç kimsenin bir başkasının suçundan dolayı cezalandırılmamasıdır. Bir başka açıdan cezaların şahsiliği ilkesi bir kimsenin işlemiş olduğu suçtan dolayı bu suça herhangi bir iştiraki olmayan başka bir kimsenin suça öngörülen cezaı almasını önleyen bir mekanizmadır.⁶⁶ Cezaların şahsiliği ilkesinin temel konusu cezalardır. Âkilenin cezaların şahsiliği ilkesinin konusu olmadığını düşünenlere göre âkilenin sorumluluk altına girdiği diyet salt manada bir ceza olarak değerlendirilemez. Zira bazı gerekçelerden dolayı onu hem bir ceza hem de bir tazminat olarak görmek mümkündür. Hatta bazılarında göre diyet tamamen tazminattır, cezai bir yönü bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere bu görüşü kabul edenlere göre diyet mutlak manada bir ceza olmadığı için diyet üzerine bina edilen âkile de cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir. Dolayısıyla âkile cezaların şahsiliği ilkesi açısından değerlendirilebilecek bir kurum değildir.⁶⁷ Bu açıdan bakıldığında diyetin bir ceza mı yoksa bir tazminat

⁶⁵ Seyf Recep Kazamil, *el-Âkile fi'l-Fıkhi'l-İslâmî* (Kahire: Mektebetü ve Matbaatü'l-İşâa el-Fenniyye, 1999), 163-165.

⁶⁶ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 1:573; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 280; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 285.

⁶⁷ Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, 2:295; Yaşar Yiğit, "İslam Ceza Hukukunda Şahsiliğin Prensibi," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1993) 92vd.; Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 149; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 96vd. Bu görüşü savunan kişiler eserlerinde doğrudan "âkile, cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir" şeklinde bir ifade kullanmamışlardır. Eserlerinde âkilenin üstlendiği diyetin tazminat yönünün olmasından dolayı cezaların şahsiliği ilkesi ile çatışma içinde olmadığını ifade etmektedirler. Ancak bu ifadeleri ile çalışmamızın -bir önceki başlığı olan-

mı olduğuna yönelik görüşleri incelemek önem arz etmektedir. Bu görüşler şu şekilde sıralanabilir:

İslam hukukçularından bir kısmına göre diyet mali bir cezadır. Zira diyet kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) veya taksirle öldürme ve yaralama suçlarında kanun koyucu tarafından asli yaptırım olarak belirlenmiştir. Diyetin uygulanması bireylerin talebine bağlı değildir ve o suç için ceza niteliğinde belirlenmiştir. Eğer mağdur veya yakınları faili diyet açısından affederlerse bu durumda ona uygun bir tazir cezası ile fail cezalandırılabilir. Şayet diyet bir ceza olmasaydı, mağdur veya yakınlarının talebine bağlı olurdu ve mağdur onları diyetten affettiğinde faile tazir cezası verilemezdi. Ayrıca diyetin miktarının kanun koyucu tarafından belirlenmesi de onun ceza mahiyetinde olduğuna bir delildir.⁶⁸

İslam hukukçularından bir kısmı ise diyetin mali bir ceza olmadığını onun hukuki bir tazminat olduğunu kabul etmektedirler. Zira mali cezalar devlet hazinesine ödenmektedir. Ancak diyet devlet hazinesine değil mağdur veya onların mirasçılara ödenmektedir. Bu da diyetin mali bir ceza olmadığını hukuki bir tazminat olduğunu göstermektedir. Ayrıca bilindiği üzere cezai ehliyeti bulunmayan çocuğun veya akıl hastasının işlemiş olduğu suçlardan dolayı kendisine ceza verilemez. Ancak bu kimselerin öldürme veya yaralama fiillerinden dolayı diyet ödenmesi gereklidir. Buna göre diyet ceza olsaydı cezai

üçüncü kısmının "B. Âkilenin Cezaların Şahsiliği İlkesine Aykırı Olmadığını Düşünenler" başlığının altında bulunan grup ile aynı düşüncede oldukları sonucuna varılmamalıdır. Zira üçüncü kısmın "B." başlığı altında olan hukukçular, âkilenin ceza yönünü esas alarak onun cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını izah etmişlerdir. Ancak -burada- üçüncü kısmın "C." başlığı altındaki hukukçular ise âkilenin tazminat olma yönüne vurgu yaparak diyetin mutlak manada ceza olarak kabul edilemeyeceği için âkilenin cezaların şahsiliği ilkesi ile çatışmaya girmeyeceğini ifade etmektedirler. Bu iki görüş arasında ciddi bir fark olduğu için ve bu başlık altındaki hukukçuların söylemlerinden hareketle âkilenin cezaların şahsiliği ilkesinin konusu olmadığını ifade ettiklerini düşündüğümüzden dolayı bu şekilde bir başlık altında onları inceledik.

⁶⁸ Avd Ahmed İdris, *ed-Diye Beyne'l-Ukub ve't-Ta'vid* (Beyrut: Daru ve Mektebetu'l-Hilal, 1986) 548; Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk*, 2:295; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017), 310; Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 361; Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 82-83.

ehliyeti bulunmayan çocuk veya akıl hastası için geçerli olmazdı. Bunun yanı sıra kast olmadan gerçekleştirilen öldürme ve yaralama suçlarında diyeti âkile ödemektedir. Ancak failin âkilesi bulunmadığı durumlarda söz konusu diyeti beytülmal ödemektedir. Beytülmal'ın yapmış olduğu ödemeye de ceza denilmesi uygun olmayacaktır. Ayrıca cezai müeyyideler bağlayıcı ve genel kabul edilmektedir. Bunların icra edilme sürecinde mağdur tarafın herhangi bir tasarrufu bulunmamaktadır. Diyette ise mağdur isterse şartsız bir şekilde diyeti bağışlayabilmektedir. Çünkü diyet mağdur tarafın şahsi malı olarak kabul edilmekte ve ona istediği şekilde tasarrufta bulunabilme hakkı vermektedir. Bu durumda diyetin hukuki bir tazminat olma yönünü güçlendirmektedir.⁶⁹

İslam hukukçularından bir kısmı ise diyetin hem mali bir ceza hem de hukuki bir tazminat olduğunu ifade etmektedirler. Zira diyetin kast dışı öldürme ve yaralama fiillerinde asli ceza olarak belirlenmesi, diyetin uygulanmasında mağdur veya yakınlarının talep etmesinin gerekmemesi, mağdur veya yakınları tarafından diyetten vazgeçilmesi durumunda failin tazir ile de cezalandırılabilmesi, diyet bedelinin kanun koyucu tarafından belirlenmesi ve mağdurun durumuna göre diyet bedelinin değişmemesi yönleriyle ceza olma vasfı ön plana çıkmaktadır. Bunun yanı sıra diyetin devlet hazinesine değil de mağdur veya yakınlarına ödenmesi, cezai ehliyeti olmayan kimselerin işlemiş olduğu öldürme veya yaralama fiillerinde de diyetin ödenmesinin gerekmesi, mağdurun diyetten vazgeçebilme hakkının olması yönleriyle de tazminat olma vasfı ön plana

⁶⁹ Serahsi, Mebsût, 27:166; İdris, ed-Diye Beyne'l-Ukub ve't-Ta'vid, 551; Udeh, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 2:285vd.; Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler, 152; Ali Şafak, "Erş," İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 11 (Ankara: TDV Yayınları, 1995), 307-308; Okur, İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği, 84; Hüseyin Esen, İslam Hukukunda Mali Cezalar (İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006), 44-46; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 99; İbrahim Paçacı, "Diyet Bir Ceza Mıdır? (Cezai ve Medeni Müeyyide Açısından Diyet)," Mütefekkir- Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi 1, no. 2 (2014): 100. Bunların yanı sıra Bilmen, diyet için "Cinayet sebebiyle mecniyyün aleyhe veya varislerine -bir nevi tazminat mahiyetinde olarak- tediyesi ical eden maldır." demek suretiyle diyetin tazminat yönüne vurgu yapmaktadır. Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 3:12. Benzer bir şekilde Belgesay, "Diyet, mağdurun maddi ve manevi zararını karşılayan tazminattır." demiştir. Mustafa Reşit Belgesay, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk Mevzuat İçtihatlar Tatbikat (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963), 142.

çıkmaktadır. Bu gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde diyetin bir yönüyle mali bir ceza, diğer bir yönüyle de hukuki bir tazminat olduğu sonucuna varmaktadırlar.⁷⁰

Âkilenin, cezaların şahsiliği ilkesinin konusu olmadığını düşünenler, bu fikirlerini diyetin hukuki bir tazminat olma yönünden almaktadırlar. Zira cezaların şahsiliği ilkesinin konusu cezalardır. Âkilenin hukuki bir tazminat olma yönü olduğu için doğrudan bir ceza olarak görülemez.⁷¹ Bu sebepten ötürü de cezaların şahsiliği ilkesinin konusu olarak kabul edilemezler.

Serâc, diyetin âkileye yüklenmesinin bir cezalandırma anlamı taşımadığını düşünmektedir. Zira diyetin tazminat niteliği taşıması, onun âkileye yüklenmesini bir ceza olmaktan ziyade, failin yükünü hafifletmeye ve mağdurun hakkını temin etmeye yönelik bir dayanışma mekanizması hâline getirmektedir. Serâc, bununla birlikte âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını ve onun bir istisna olduğunu ifade eden İslam hukukçularının, âkile konusunda yapay bir sorun

⁷⁰ İdris, ed-Diye Beyne'l-Ukube ve't-Ta'vid, 556-557; Udeh, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 2:285-286; Bardakoğlu, "Diyet," 47; Okur, İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği, 85; Esen, İslam Hukukunda Mali Cezalar, 41-44. Diyetin ceza olma yönü, kasten ve kısmen de kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) işlenen öldürme veya yaralama suçlarında ön plana çıkmaktadır. Âkilenin diyeti üstlendiği durumlarda ise daha çok tazminat yönü ağır basmaktadır. Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar," 173; Veli Sırım, "İslâm'da Diyet Uygulaması ve Sosyo-Ekonomik Yönden Değerlendirilmesi," Tevilat- Selçuk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi 4, no. 1 (2023): 283.

⁷¹ Yiğit, "İslam Ceza Hukukunda Şahsilik Prensibi," 94; Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 149; Saban, "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi," 99. Burada dikkat edilmelidir ki her ne kadar diyet mali bir ceza olarak kabul edilmediğinde taksirle öldürme veya yaralama suçunun ceza kısmının kalkmış olduğu gibi bir izlenim oluşmuşsa da taksirle öldürme veya yaralama suçuna verilecek olan bir de tazir cezası vardır. Söz konusu tazir cezası sebebiyle diyet mali bir ceza olarak kabul edilmese de taksirle öldürme veya yaralama suçunun cezası da varlığını devam ettirmektedir. Ebu Zehra, bu konu hakkında taksirle öldürmede ölen sayısınca tazir cezası verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca 1858 Ceza Kanununun 182. maddesinde taksirle öldürmeye tazir cezası verileceği şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir kimse bir şahsı hataen itlaf eder yahut bigayr-ı kasdin telef-i nefisine sebep olur ise, verese-i maktûlün hukuk-u şeriyesi bil'muhakeme istifa olunduktan sonra, eğer bu cerh ve darp keyfiyeti dikkatsizlikten ve nizâmâta riayetsizlikten neşet etmiş ise, altı aydan iki seneye kadar hapis ile mücazat olunur." Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 148-149.

oluşturduklarını düşünmektedir. Çünkü bu fikri savunanlar, diyetin ceza yönünün ağır bastığını düşündükleri için -âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını kanıtlamak amacıyla- âkilenin de failin işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu olduğunun hukuki bir gerekçesini aramaktadırlar. İşte bu durum yapay bir sorun oluşturmaktadır. Âkilenin faili koruma ve gözetme sorumluluğunu yerine getirmediklerinden ötürü onların sanki faille birlikte bu suçu işlemiş gibi görülmeleri ve bu sebeple de failin yaptığı eylemin sonucunu onunla paylaşmasının uygun görülmesi zorlama olmaktan uzak değildir. Halbuki bu durum cezadan ziyade tazminat sadedinde bir dayanışma olarak görülmeli ve böylece bu yapay sorun ortadan kaldırılmalıdır. Çünkü diyet ve maddi tazminatlar, cezalandırmadan ziyade zararın giderilmesi ve mağdurun zararının tazmin edilmesi amacını taşımaktadır.⁷² Görüldüğü üzere diyet bir cezadan ziyade maddi bir tazminat olarak kabul edilirse cezaların şahsiliği ilkesinin konusu olmaktan çıkıp onunla bir çatışma durumu da kalmamaktadır.

Behnesi, diyetin ceza ile tazminat arasında bir yerde olduğunu ifade etmektedir. Diyet bir taraftan bir suçun cezası olarak belirlenmiştir. Bir taraftan ise mağdura veya onun varislerine tazminat niteliğindedir; çünkü diyet tamamen onlara aittir ve mağdur veya yakınları bu tazminattan feragat ederse diyete hükmedilemez. Bu açıdan bakıldığında Behnesi, âkilenin cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisna olduğunu ifade eden İslam hukukçularına katılmamaktadır. Çünkü o, âkileyi cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnası olarak görmemektedir. Zira âkilenin en baştan tazminat olma yönüyle birlikte cezaların şahsiliği ilkesiyle çatışma içinde olduğu düşünülemez.⁷³ Bu sebeple de âkile, cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir.

Okur, âkilenin ödemiş olduğu diyeti cezai bir sorumluluk kapsamında değil hukuki bir sorumluluk kapsamında ele almaktadır. Ona göre âkilenin cezaların şahsiliği ilkesi açısından ele alınmasının sebebi diyetin bir ceza olduğu yönündeki ön kabulden kaynaklanmaktadır. Diyetin bir ceza olarak görülmesi âkilenin cezaların şahsiliği ilkesi ile ilişkisinin sorgulanmasına ve bu konuda çeşitli

⁷² Muhammed Ahmed Serâc, *Damânü'l-udvân fi-fikhil-İslâmi* (Beyrut: Müessesetü'l-câmiyye, 1993), 364-367.

⁷³ Ahmed Fethi Behnesi, *el-Ukûbe fil-fikhi'l-İslâmi* (Beyrut: Darü's-Şuruk, 1983), 48-50.

gerekçeler öne sürülmesine sebebiyet vermiştir. Ancak diyet, cezai bir karakter taşımamakta aksine tazminat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Diyetin tazminat olduğu düşüldüğünde de cezaların şahsiliği ilkesi ile bir çatışma içine girmediği görülmektedir.⁷⁴ Zira diyet bir ceza olmadığı için cezaların şahsiliği ilkesinin de konusu olmamaktadır.

Günümüzde bazı hukukçular diyetin tazminat yönünden dolayı âkile kurumunun sosyal bir sigorta türü olduğunu düşünmektedir. Zira sigorta, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı koordine eden bir kurumdur. Bu açıdan bakıldığında sigorta ile âkile kurumlarının belli açılardan örtüştüğü söylenebilir. Her iki kurumda başımıza gelmeyeceğinden emin olamayacağımız muhtemel oluşabilecek tehlikelerin doğuracağı zararları bölüşmek ve diğer insanlarla bunun için ortak önlem almaktır. Sigorta tekniği açısından âkileye bakıldığında sigorta uygulamasında olduğu gibi tehlikenin iktisadi sonuçları geniş bir iştirakçi topluluk arasında paylaştırılarak giderilmeye çalışılmış ve böylece mağdurun korunması amaçlanmıştır. Bu da bizlere sosyal sigortaya benzer bir durumun varlığını göstermektedir.⁷⁵

SONUÇ

İslam ceza hukuku insanların adil bir şekilde yargılanıp ceza sistemi içerisinde sıkıntılar yaşamaması için belli başlı ilkeler benimsemiştir. Bu ilkelerden biri olan cezaların şahsiliği ilkesi, hiç kimsenin bir başkasının işlemiş olduğu suçtan dolayı cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Bir başka açıdan cezayı yalnızca suçu işleyen kimse ve ona yardım edenlerin çekmesi olarak tanımlanır. Buna göre fail ile her ne kadar yakınlıkları olsa da suç üzerinde herhangi bir etkisi olmayan masum kimselerin söz konusu suçtan dolayı herhangi bir ceza almamaları gerekir.

⁷⁴ Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 149-150.

⁷⁵ Okur, *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*, 319vd.; Fahri Demir, "Sigorta (Akile Müessesesi ve Süftece Muamelesi Işığında Bir Tedkik)," *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 43, no. 2 (2002): 197-198; Hadi Sağlam, "İslam Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası Mıdır?," *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 290-291; Hadi Sağlam, "Günümüzdeki Sosyal Güvenlik Kurumunun Tarihsel Kökeni Hakkında Özet Bir Tahlil," *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9, no. 1 (2016): 139-140.

Âkile, İslam hukuk tarihi içerisinde belli bir dönemde uygulanmış bir sistemdir. Âkileyi, kast unsuru olmaksızın gerçekleştirilen öldürme veya yaralama fiilleri neticesinde ödenmesi gereken diyeti, fail ile birlikte üstlenen şahıslar topluluğu olarak tanımlayabiliriz. Buna göre İslam ceza hukukunda âkile; taksirle öldürme veya yaralama suçlarının diyetinde, kast/taksir kombinasyonu (şibh-i amd) öldürme suçunun diyetinde ve çocuk düşürme neticesinde ortaya çıkan tazminatta (gurre) uygulanmıştır. İslam hukukçuları arasında âkile sisteminin detaylarıyla ilgili farklı görüşler bulunsa da bu sistem Hz. Peygamber'den itibaren belli bir süre İslam devletlerinde uygulanmıştır.

Âkile sistemi ile ilgili olarak tartışılan en büyük sorun âkilenin, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı meselesi üzerinedir. Zira âkilenin tanımından da anlaşılacağı üzere fail bir suç işlemektedir ve bu suç neticesinde öngörülen diyetin ödeme yükümlülüğü failin yanı sıra âkile grubunu da ilgilendirmektedir. Aslı itibarıyla âkilenin işlenen suç üzerine doğrudan bir dahli olmamasına rağmen söz konusu suç neticesinde ödenecek diyetle sorumluluk altına girmektedir. Bu durum İslam hukukçuları arasında âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu çalışmada tespit edildiği üzere bu tartışmaları üç ana grupta toplamak mümkündür.

İslam hukukçularından bir kısmı âkile sisteminin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu iddia etmektedir. Zira cezaların şahsiliği ilkesi -daha önce de geçtiği üzere- ayet ve hadislerle birlikte son derece açık bir şekilde kabul edilen bir ilkedir. Âkile ise failin yüklenmesi gereken diyet sorumluluğunu işlenen suçta herhangi bir dahli olmamasına rağmen faile olan yakınlıklarından dolayı (akrabalık, aynı meslek grubunda olmak vb.) onunla birlikte üstlenmektedir. Görüldüğü üzere âkile sistemi cezaların şahsiliği ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu uygulama ayet ve hadislerden temelini alan cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği için kabul edilebilir bir uygulama değildir. Bu sebeple de âkile sistemi ceza hukuku içerisinde uygulanmamalıdır.

İslam hukukçularından bir kısmı ise âkile sisteminin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını düşünmektedir. Zira âkilenin uygulanması ile ilgili hadisler mevcuttur. Ayrıca Hz. Ömer'in ve diğer sahabelerinde âkile sistemini uyguladıklarına dair birçok örnek vardır. Bu uygulamaların göz ardı edilmesi mümkün değildir. Elbette onlar cezaların şahsiliği ilkesi ile ilgili ayet ve hadisleri

kabul etmektedirler. Âkile ile ilgili hadisleri ve uygulamaları da bu ayet ve hadislerin bir istisnası olarak görmekteyiz. Ayrıca bu görüşü savunan İslam hukukçularının geneline göre âkile grubunun içinde yer alan kimseler de çeşitli gerekçelerle söz konusu suçun işlenmesinde pay sahibidir. Zira âkilenin faili koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Âkile faili eğitme ve onu doğruya yönlendirme vazifesini hakkıyla yerine getiremediği için diyet sorumluluğu altına girmektedir. Fail, kastı olmaksızın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için adam öldürmüştür. Şayet âkile onu koruyup gözetse ve onu doğruya yönlendirse failde fiilleri açısından dikkat ve özen yükümlülüğüne daha fazla riayet edebilirdi, diye düşünmektedirler. Âkilenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını düşünenler, onların bu sorumluluğundan ötürü suçu dolaylı yoldan âkileye de atfetmektedir. Ayrıca fail kast olmaksızın bu suçu işlediği için mazeretli sayılmalı ve onunla bağlantılı olan insanlarda diyet sorumluluğunda ona yardımcı olmalıdır. Zira hayatın olağan akışı içerisinde bazı dikkatsizlikler sonucunda kişiler istemeden suç işleyebilirler. Bu suçlar neticesinde oluşan diyetin tamamını faile ödettirmeye kalkışılırsa bu durumda failin malvarlığının tamamı elinden çıkabilir. Bu da failin hayatını geri dönülemez surette büyük bir sıkıntıya sokabilir. Burada failin kasıtlı hareketi olmadığı için kendisine yardımcı olunmalıdır. Âkilenin söz konusu diyeti ödemesiyle birlikte hem fail bütün malvarlığını yitirmemiş olur. Hem de mağdurun diyeti ödenmiş olur.

İslam hukukçularından diğer bir kısmına göre de âkile cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir. Zira cezaların şahsiliği ilkesi hiç kimsenin bir başkasının suçundan dolayı cezalandırılmamasını ifade eder. Dolayısıyla cezaların şahsiliği ilkesinin konusu cezalardır. Âkilenin cezaların şahsiliği ilkesinin konusu olmadığını düşünenlere göre âkilenin sorumluluk altına girdiği diyet sadece bir ceza olarak değerlendirilmemelidir. Bu düşüncede olanların bir kısmına göre diyet hem bir ceza hem de bir tazminattır. Ayrıca diyeti tamamen tazminat olarak görenler de vardır. Diyetin hukuki bir tazminat olma yönünden dolayı diyetin varlığından temellerini alan âkilenin cezaların şahsiliği ilkesi ile çatıştığı düşünülemez. Bundan ötürü âkile cezaların şahsiliği ilkesinin konusu değildir.

Günümüzde bazı hukukçular diyetin tazminat yönünün varlığı sebebiyle âkilenin sosyal bir sigorta türü olabileceğini de düşünmektedir. Zira hem sigorta hem de âkile kurumu insanların başına gelmesinin meçhul olduğu muhtemel

tehlikeler karşısında oluşabilecek zararların giderilmesinde kişiye yardımcı olan mekanizmalardır. Söz konusu zararların sosyal yardımlaşma ile paylaşılması bu iki kurumun onlar açısından birbirine benzediğini göstermektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study.

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Akbulut, İlhan. "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 1 (2003): 167-181.
- Aktan, Hamza. "Âkile." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 2/248-249. Ankara: TDV Yayınları, 1989.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Avcı, Mustafa. "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 1 (2016): 7-36.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Bardakoğlu, Ali. "Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliyye Hukuku Örneği." İç. *Dünden Bugüne İslam Dünyasında Zihniyet Değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu*, Bursa: Ensar Vakfı Yayınları, 1990.
- Bardakoğlu, Ali. "Ceza." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 7/470-478. Ankara: TDV Yayınları, 1993.
- Bardakoğlu, Ali. "Diyet." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 9/473-479. İstanbul: TDV Yayınları, 1994.
- Behnesi, Ahmed Fethi. *el-Ukûbe fil-fıkhî'l-İslâmî*. Beyrut: Darü's-Şuruk, 1983.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk Mevzuat İçtihatlar Tatbikat*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1986.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2016.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

- Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dağcı, Şamil. "Hükûmet-i Adl." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 18/463-464. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Füller*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.
- Demir, Fahri. "Sigorta (Akıle Müessesesi ve Süftece Muamelesi Işığında Bir Tedkik)." *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 43, no. 2 (2002): 169-200.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku (Genel Kısım- Cilt I)*. İstanbul: Der Kitabevi Yayınevi, 2016.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ebu Zehra. *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*. İstanbul: Kitabevi Yayınları, 1994.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Hukukun Serüveni*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2011.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2019.
- Esen, Hüseyin. *İslam Hukukunda Mali Cezalar*. İstanbul: Yeni Akademi Yayınları, 2006.
- Fetâvây-ı Hindiyye (Fetavay-ı Alemgirriye)*. çev. Mustafa Efe. Ankara: Akçağ Yayınevi, 1986.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler/ Temel Bilgiler*. Ankara: Astana Yayınları, 2020.
- Halebi, İbrahim. *İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi*. çev. Mustafa Uysal. İstanbul: Dizerkonca Matbaası, 1968.
- Hamidullah, Muhammed. *İslam Peygamberi I*. Ankara: İmaj Yayınları, 2003.
- İbn Hazm, Ebu Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Said Ez-Zâhiri. *el-Muhalla bil-Asar*. Beyrut: Darü'l-Fikr.
- İbn Kudâme. *Delilleriyle Hanbeli Fıkhı el-Muğni Muhtasarı*. çev. Alpaslan Tunçer. İstanbul: Karınca Polen Yayınları, 2015.

- İbn Rüşd. *Bidayetül-Müctehid ve Nihayetül-Muktesid*. çev. Ahmed Meylânî. İstanbul: Ensar Yayınları, 2015.
- İdris, Avd Ahmed. *ed-Diye Beyne'l-Ukube ve't-Ta'vid*. Beyrut: Daru ve Mektebetu'l-Hilal, 1986.
- Karaman, Hayreddin. *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi*. İstanbul: İrfan Yayınevi, 1975.
- Karaman, Hayreddin. *Anahtarlarıyla İslam Hukuku: Giriş ve Amme Hukuku*. İstanbul: Ensar Yayınları, 2011.
- Kâsânî, Ebu Bekr Alâeddin Ebu Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefi. *Bedaiüs-Sanai fi Tertibiş-Şerai*. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.
- Kazamil, Seyf Recep. *el-Âkile fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*. Kahire: Mektebetü ve Matbaatü'l-İşâa el-Fenniyye, 1999.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kozak, İbrahim Erol. *Kâdim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Kur'ân-ı Kerîm Meâli*. çev. Halil Altuntaş ve Muzaffer Şahin. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009.
- Kurtubî. *el-Câmiu li-Ahkâmî'l-Kur'ân*. çev. M. Beşir Eryarsoy. İstanbul: Buruc Yayınları, 2004.
- Matüridi, Ebu Mansur Muhammed b. Muhammed b. Mahmud. *Te'vîlâtü'l Kur'an Tercümesi*. çev. Bekir Topaloğlu ve Yusuf Şevki Yavuz. İstanbul: Ensar Yayınları, 2016.
- Maverdi, Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed eş-Şafii. *Ahkamu's-Sultaniyye*. çev. Ali Şafak. İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976.
- Merginani, Şeyhü'l-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir. *Delilleriyle Hanefî Fıkhı el-Hidâye*. çev. Ahmed Meylânî. İstanbul: Kahraman Neşriyat, 1983.
- Molla Hüsrev. *Kaynaklarıyla Büyük İslam Fıkhı Gurer ve Dürer Tercümesi*. çev. Arif Erkan. İstanbul: Eser Neşriyat, 1980.
- Mutçalı, Serdar. *Arapça-Türkçe Sözlük*. İstanbul: Dağarcık Yayınları, 2018.

- Okur, Kâşif Hamdi. *İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk Âkile Örneği*. Ankara: İsam Yayınları, 2017.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Özgenç, Nuri Berkay. "İslam Ceza Hukukunda Cezaların Şahsiliği İlkesi." *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 22 (2021): 203-221.
- Özkan, Mustafa. "Medine Vesikası." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ek-2/212-215. Ankara: TDV Yayınları, 2019.
- Paçacı, İbrahim. "Diyet Bir Ceza Mıdır? (Cezai ve Medeni Müeyyide Açısından Diyet)." *Mütefekkir- Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2014): 87-105.
- Rimi, Muhammed b. Abdullah b. Ebi Bekr es-Sardafi. *El-Meanil-Bedia fi Marifeti İhtilafi Ehliş-Şeria*. Beyrut: Darül-Kütübil-İlmiyye, 1999.
- Saban, Ahmet. "İslam Ceza Hukukunda Diyet ve Âkile Sistemi." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Sağlam, Hadi. "İslam Hukuk Tarihindeki Âkile Bugünün Sigortası Mıdır?" *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 265-292.
- Sağlam, Hadi. "Günümüzdeki Sosyal Güvenlik Kurumunun Tarihsel Kökeni Hakkında Özet Bir Tahlil." *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9, no. 1 (2016): 131-142.
- Samire Hasanova. "İslâm Ceza Hukukunda Maslahat Prensibi Açısından Cezalar ve Cezanın Şahsiliği İlkesinin Değerlendirilmesi." *Yakın Doğu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2017): 89-111.
- Schacht, Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986.
- Serâc, Muhammed Ahmed. *Damânü'l-udvân fi-fikhil-İslâmi*. Beyrut: Müessesetü'l-câmiyye, 1993.
- Serahsi, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed. *Mebûsât*. ed. Mustafa Cevat Akşit. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.

- Sırım, Veli. "İslâm'da Diyet Uygulaması ve Sosyo-Ekonomik Yönden Değerlendirilmesi." *Tevilat- Selçuk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2023): 277-295.
- Şa'rânî, Abdül Vehhab-ı. *Mizân-ül Kübrâ Dört Hak Mezhebin Büyük Fıkıh Kitabı*. çev. Faruk Meyan. İstanbul: Berekât Yayınevi, 1980.
- Şafak, Ali. "Erş." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 11/307, 308. Ankara: TDV Yayınları, 1995.
- Udeh, Abdülkadir. *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*. çev. Akif Nuri. İstanbul: İhya Yayınları, 1976.
- Yazır, Elmalılı M. Hamdi. *Alfabetik İslam Hukuku Fıkıh İstılahları Kamusu*. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Yiğit, Yaşar. "İslam Ceza Hukukunda Şahsilik Prensibi." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993.
- Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*. çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz ve Nurettin Yıldız. İstanbul: Risale Yayınevi, 1994.
- Zuhayli, Vehbe. *Nazariyyetü'd-Daman Ahkamül-Mesuliyyetil-Medeniyye vel-Cinaiyye fil-Fıkhil-İslami*. Dımaşk: Darü'l-Fikri'l-Muasır, 1982.

GÜVEN TEORİSİNE DAİR HANEFİ MEZHEBİ BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation of the Theory of Trust in the Context of Hanafi
School*

Oğuzhan ORHAN*

Öz

Bir akdin tarafları, irade beyanlarını anlamlandırma hususunda uyuşmazlığa düşebilirler. Bu durumda uyuşmazlığın giderilmesi için hâkimin irade beyanlarını yorumlaması gerekmektedir. Bu yorumun hangi esaslara göre olacağına dair tarih boyunca birçok teori ortaya atılmıştır. Günümüzde Türk/İsviçre borçlar hukukunda hâkim teori, güven teorisidir. Fakihlerin de tarafların irade ve irade beyanları arasında farklılık olması durumunda nasıl bir yol izleneceği hususunda farklı yaklaşımlarda buldukları görülmektedir. Hanefî fakihlerin genel yaklaşımı, iradeden ziyade irade beyanını esas alma yönündedir. Hanefî fakihlerin bu husustaki yaklaşımına hukuk tarihi boyunca öne sürülen teorilerden en yakınının açıklama teorisi olduğu, ancak bazı hallerde bu teoriden ayrılıp irade veya güven teorisine yaklaştıkları görülmektedir. Bu bağlamda Hanefî fakihler, hukukî işlem güvenliği ve hakikî iradenin korunması ilkeleri arasında güven teorisinde olduğu gibi beyan sahibini ihmal edip yalnızca muhatabı esas alan normatif bir yorum teorisine hacet kalmaksızın denge kurabilmişler ve asırlar

* Arş. Gör. Oğuzhan ORHAN, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslâm Hukuku Ana Bilim Dalı., orhanoguzhan@kku.edu.tr, ORCID: 0000 0003 0555 0936.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 12.12.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.12.2024.

Atıf/Citation: Orhan, Oğuzhan. "Güven Teorisine Dair Hanefi Mezhebi Bağlamında Bir Değerlendirme." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2591-2642.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

öncesinden sistematik ve tutarlı bir akid nazariyesi geliştirebilmişlerdir. Makalede, öncelikle irade beyanı, rıza-irade beyanı ilişkisi, bu ilişkiye tesir açısından hatalı ve ciddi olmayan irade beyanları ile genel hatlarıyla güven teorisine dair bilgi verilmiş ve akabinde bu teori Hanefî fakihlerin meseleye yaklaşımları doğrultusunda değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, İrade, İrade beyanı, Yorum, Güven Teorisi, Hukukî İşlem Güvenliği, Hanefî Mezhebi.

Abstract

In many cases, the contracting parties attribute different meanings to the declarations of will. In this case, in order to resolve the dispute between the parties, the declarations of will must be interpreted by the judge. Many theories have been put forward throughout history regarding the principles on which this interpretation will be based. Today, the dominant theory in Turkish/Swiss law of obligations is the trust theory. The faqih's have also taken different approaches on how to proceed in case of differences between the parties' will and declarations of will. The general approach of the Hanafi faqih's is to take the declaration of will rather than the will as the basis. It is seen that the closest approach to the Hanafi faqih's' approach in this regard is the explanation theory among the theories put forward throughout the history of law, but in some cases, they departed from this theory and approached the will or trust theory. In this context, the Hanafi faqih's were able to establish a balance between the principles of the security of legal transactions and the protection of the true will without the need for a normative theory of interpretation that neglects the declarant and focuses only on the addressee, as in the trust theory, and they were able to develop a systematic and consistent contract theory centuries ago. In this article, firstly, information on the declaration of will, the relationship between consent and declaration of will, erroneous and non-serious declarations of will in terms of the effect on this relationship, and the theory of trust in general terms are given, and then this theory is evaluated in line with the Hanafi jurists' approach to the issue.

Keywords: Islamic Law, Will, Declaration of Will, Interpretation, Trust Theory, Security of Legal Transactions, Hanafi School.

GİRİŞ

İnsanı diğer canlılardan ayıran hususların başında, haklara ve borçlara ehil olması yani zimmet (vücub ehliyeti) sahibi olması gelmektedir.¹ İslâmî anlayışa göre insanın sahip olduğu bu özellik, Kuran-ı Kerim’de Araf suresinin 172. ayetinde yer alan bezm-i elest sözleşmesine² dayanmaktadır. Nitekim insanın diğer hemcinsleriyle gerçekleştiği bütün borç ilişkilerindeki iltizam ve ilzamları meşruiyyetini buradan almaktadır.³

Pozitif hukukta borç ilişkisinin kaynakları; sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutularak ele alınmaktadır. Meselecî metodu esas alan fıkıh kitaplarında bu şekilde bir sınıflandırma bulunmamakla beraber borçlar ve aynî hakların bütün kaynaklarının karşılığını bulmak mümkündür. Muâsır bazı İslâm hukukçuları ise hak ve borçları hukukî tasarruf ve hukukî hâdise olmak üzere iki sebebe bağlamaktadır.⁴ Her hâlükârda borç, ya kişinin kendi iradesinden ya da iradesi olmaksızın kanunen öngörülen bir yükümlülük sebebinden meydana gelmektedir.⁵

Kişinin kendi iradesinden doğan borçların başlıcasını akitlerden doğan borçlar, akitlerin esasını ise tarafların karşılıklı irade beyanları oluşturmaktadır. Bununla beraber akitleri meydana getiren aslî unsur, tarafların iradesi (rızası) olup bunun ortaya çıkarıldığı vesile (söz, yazı vs.) bu iradenin hariçteki suret ve

¹ Molla Hüsrev, *Mirkaâtü'l-vüsûl ilâ 'ilmi'l-usûl*, thk. Cemal Ebu İz (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2017) 304.

² “Kıyamet gününde, biz bundan habersizdik demeyesiniz diye Rabbin Âdemoğullarından, onların bellerinden zürriyetlerini çıkardı, onları kendilerine şahit tuttu ve dedi ki: Ben sizin Rabbiniz değil miyim? (Onlar da), Evet (buna) şahit olduk, dediler.” Bkz. Araf, 7/172.

³ A. Cüneyd Köksal, “Hanefi Fıkıh Düşüncesinde Vücub-Eda Ayrımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele,” *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no.25 (2012): 108.

⁴ Bu tasnifin meziyetleri ve Batılı hukuk sistemlerin tasnifinin sıkıntılılarına dair Bkz. Abdürrezzâk Senhûrî, *Meşâdirü'l-hak fi'l-fıkhî'l-İslâmî*, C.1, (Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukukiyye, 1998) 68.

⁵ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Atlas Yayıncılık, 2019) 516.

mazharından ibarettir.⁶ Ancak irade veya rıza derunî bir hâdise olup hakikatinin bilinmesi mümkün olmayacağından hukuk düzenleri iradenin dışı yansıdığı hali olan irade beyanlarını dikkate alıp hukukî sonuçları buna bağlamıştır.⁷ Birçok halde taraflar irade beyanlarına farklı manalar yüklemekte veya başka bir deyişle irade beyanlarının birbirine uygunluğu hususunda ihtilaf söz konusu olmaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için irade beyanlarının hâkim tarafından yorumlanması gerekmektedir.⁸

İrade beyanlarının yorumlanması hususunda modern hukukta beyan sahibinin beyanına verdiği anlamı esas alan 'irade teorisi', beyan sahibinin iradesini değil beyanını esas alan 'beyan teorisi' ve beyan muhatabının dürüstlük kuralı bağlamında içerisinde bulunduğu hal ve şartlara göre beyanı nasıl anlaması gerektiğini esas alan 'güven teorisi' olmak üzere üç teori ortaya atılmıştır.⁹ Günümüzde Türk/İsviçre borçlar hukukunda genel kabul gören hâkim teori güven teorisidir. Fakihler de tarafların irade ve irade beyanları arasında farklılık olması durumunda nasıl bir yol izleneceği hususunda farklı yaklaşımlarda bulunmuşlardır.

Bu çalışmada öncelikle irade beyanı, rıza-irade beyanı ilişkisi, bu ilişkiye tesir açısından hatalı ve ciddi olmayan irade beyanları ile genel hatlarıyla güven teorisine dair bilgi verilecek ve akabinde bu teori Hanefî fakihlerin meseleye yaklaşımları doğrultusunda değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Son olarak

⁶ Nâsirüddîn el-Beyzâvî, *el-Ğâyetü'l-kuşvâ fi dirâyeti'l-fetvâ*, C.1, thk. Ali Muhyiddin el-Karadâğî (Beyrut: Daru'l-Beşâiru'l-İslâmiyye, 2008) 572; Ali el-Hafif, *Ahâmü'l-mu'âmelâti's-şer'iyye* (Kahire: Daru'l-fikri'l-arabî, 2008) 213; Mustafa ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-âm* (Dimeşk: Daru'l-Kalem, 2012) c.1, 405.

⁷ Beyzâvî, *el-Ğaye*, c.1, 572; Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir* (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018) 128; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014) 130.

⁸ Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Basımevi, 2015) 126; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018) 69; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Basımevi, 2016) 147.

⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 149; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Konya: Mimoza Yayınları, ty.) 153; Barış Demirsatan, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvaza," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26, no:2 (2020): 1224-1228.

çalışmanın gayesinin daha iyi anlaşılması adına iki hususa temas etmekte fayda olduğunu düşünüyoruz:

Birincisi; çalışmamızın konusu, niyet ve kasdın veya başka bir deyişle kişiyi akit yapmaya sevk eden unsurun akitlere tesiri değildir. Mesela vadeli satılan bir malın daha sonra peşin para karşılığında daha az bir bedelle geri satın alınması şeklinde cereyan eden bey' u'l-inede tarafların satış akdi perdesi altında faizli muamele yapmak kasdıyla hareket etmelerinin akdin sıhhatine olan tesiri, bu hususta yalnızca bey' akdi için taraflardan sâdır olan zâhiri lafızlara mı yoksa iç iradeye mi itibar edileceği gibi meseleler bu çalışmanın konusu değildir. Bu hususu belirtmemizin sebebi, güncel fıkıh literatüründe irade ve irade beyanı arasındaki uyumsuzluklar konusu ele alınırken bu iki konunun birbirine karıştırıldığı görülmektedir.

İkincisi; İslâm hukuku kendi has kâide ve esasları olan ilahî menşei müstakil bir hukuk sistemidir. Beşerî hukuk sistemleriyle İslâm hukuku arasında yapılan mukayeselerde bu husus göz ardı edilmemelidir. Zira modern hukukta yer alan bazı ıstılah ve kurumları İslâm hukukundakilerle özdeşleştirme çabaları, çoğu zaman ilmîlikten uzak yüzeysel neticelere vücut vermektedir. Çalışmada mümkün mertebe bu mühim nokta göz ardı edilmemeye çalışılarak güven teorisi, Hanefî mezhebinin konuya yaklaşımı bağlamında tahlil ve değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

I. İRADE BEYANI KAVRAMI

İrade beyanı, hukukî netice doğuracak bir işlemi yapma iradesinin açığa çıkarılmasıdır.¹⁰ Nitekim hukukî işlem, 'hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade

¹⁰ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019) 195; Yunus Apaydın, "İrade Beyanı," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000) 22/387.

açıklaması'¹¹ şeklinde tarif edilmektedir.¹² Tarifte yer alan 'irade açıklaması' yerine 'irade beyanı' tabiri de çoğunlukla kullanılmakla beraber¹³ irade açıklaması, irade beyanından daha geniş olup irade faaliyetini de içermektedir.¹⁴ Tariften de anlaşıldığı üzere, irade beyanı hukukî işlemin en mühim unsurudur.¹⁵

¹¹ Hukukî işlemin aslî unsuru irade beyanı olsa da bu, hukukî neticenin yalnızca irade beyanıyla meydana geldiği anlamına gelmemektedir. Zira hukukî neticeye yönelen irade beyanlarına hukukî neticeyi bağlayan hukuk düzenidir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 87. Öyle ki kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme hükümsüzdür Bkz. TBK 27. Aynı durum İslâm hukuku içinde geçerlidir. Mesela iki kişi arasında icra edilen bir satış (bey') akdinde icap ve kabulün ardından (diğer gerekli hususlarda mevcutsa) satılanın (mebi') satın alanın mülkiyetine geçme neticesini vaz' eden Allah Teâlâ' (Şâri') dir.

¹² İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2017) 46; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Yayıncılık, 2016) 42.

¹³ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969) 76; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 42; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 84.

¹⁴ "İşî neticelendirmek iradesi, iradeyi diğer kimselerin itilatına ulaştırmak gayesine matuf olmayan bir hareket tarzından da istidlal edilebilir. Bu nevi irade izharına beyan denemez, bu nevi irade izharı neticelendirici bir vakia (iradenin fiili emaresi)dir." Bkz. Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*, çev. Cevat Edege (Ankara: Olgaç Matbası: 1983) 151.

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 90; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 127; Bununla beraber hukukî işlemler her zaman irade beyanından ibaret değildir. Zira hukukî neticenin ortaya çıkması için irade beyanı haricinde başka hususların mevcudiyetinin gerekli olduğu hukukî işlemlerde vardır. Bkz. Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 49; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 91. Bu husus hem İslâm hukuku hem de pozitif hukuk için geçerlidir. Mesela nikâh akdinin kurulması için İslâm hukukunda iki şahit gerekir. Bu hususta ittifak olmakla beraber sadece şahitliğin sıhhat şartı mı yoksa akdin tamam olmasının şartlarından mı olduğunda ihtilaf edilmiştir. Bkz. Ebü'l-Velîd Muhammed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-mukteşid*, thk. Salim el-Cezâirî (Beyrut: Müessetür-risâle, 2015) 481. Aynı şekilde pozitif hukukta da nikâh akdinin evlenme memuru önünde yapılması şart koşulmuştur. Bkz. TMK 141. Buna göre zikredilen unsurlar olmadan hukukî işlem meydana gelmemektedir; Türk Hukuk Lügatinde irade beyanı (izhârî) ile alakalı yukarıdaki ifademizi destekler surette şöyle denilmektedir: "Gerek bir taraflı, gerek iki taraflı bulnsun her hukukî muamelenin en esaslı unsuru iradenin muteber bir tarzda izhar edilmesidir. Çünkü hukukî muameleler ferdin iradesinden değil, belki iradenin kanunun istediği şekilde açığa vurulmasından doğar. Bugünkü hukuka 'irade beyanı nazariyesi' ismi verilen müessesede işte bu düşüncelerin meydana getirdiği bir eserdir." Bkz. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati* (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991) 186.

İrade beyanının bu kurucu mahiyeti, tek taraflı veya iki taraflı olsun bütün hukukî işlemler için geçerlidir. Nitekim iki taraflı hukukî işlemlere tekâbül eden akitler¹⁶, tarafların karşılıklı irade beyanlarının hukukî sonuç doğurmak üzere bir hususta ittifak etmesiyle meydana gelmektedir.¹⁷

A. İrade Beyanının Unsurları

Pozitif hukuk doktrininde irade beyanının, unsurlarına ayrılarak tetkik edildiği görülmektedir. Buna göre irade beyanı iki unsurdan oluşur: İrade (sübjektif unsur) ve beyan (objektif unsur).¹⁸ Bizde çalışmamızda faydasına binaen

¹⁶ Oğuzman- Barlas, *Medeni Hukuk*, 181; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 103. maddesinde akit şöyle tarif edilmektedir: Akit, tarafeynin bir hususu iltizâm ve taahhüd etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir. Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, C.1 (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017) 199; TBK'nın birinci maddesine göre akit (sözleşme) tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan hukukî işlemidir. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 42; Hayrettin Karaman'a göre TBK'da yer alan tarif nâkıstır. Zira hukukî işlem olarak akitten söz edilebilmesi için tarafların karşılıklı iradelerinin hukukî netice doğuracak şekilde beyan edilmesi gerekir. Nitekim mesela havanın soğuk olması noktasında da tarafların karşılıklı irade beyanında bulunmaları hukukî netice doğurmayacağından akit olarak isimlendirilemez. İslâm hukukçularının yaptığı tarif ise akdin bütün unsurlarını ihtiva etmektedir. Bizimde katıldığımız bu görüş için Bkz. Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C.2 (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016) 53-54; Ebû Bekir er-Râzî'ye göre ise kişiye yükümlülük getiren her türlü hukukî tasarruf –tek taraflı veya çift taraflı olması fark etmeksizin- akit olarak isimlendirilir. Nitekim er-Râzî'ye göre kişinin yemin ederek bir şeyi yapmayı vaat etmesi de bir akittir. Bkz. Ebû Bekir er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Sadık el-Gamhâvî (Beyrut: Daru İhyâi Turâsu'l-Arabî, 1979) c.3, 285. Bu anlamda akit, hukukî tasarruf kavramıyla eş anlamlı olmaktadır. Bkz. Muhammed Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd* (Kahire: Daru'l-fikri'l-arabî, 2020), 174; Çalışmada akit kavramından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de yer alan mana kastedilmektedir.

¹⁷ Kocayusufşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 95; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 54; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 88.

¹⁸ Esat Arsebük'e göre irade beyanında ayırt edici iki unsur vardır: Beyanın muhtevası ve beyan iradesi. Beyan muhtevası, irade beyanını izhar için kullanılan vasıtaların muhataba anlattığı manaya göre beyanda bulunan kimsenin arzusu olarak tezâhür eden şeydir ki buna 'iş bitirmek iradesi' veya 'hukukî neticeye yönelmiş irade' de denilir. Beyan iradesi ise ferdin akdi husule getirmek için iradesini diğer şahıslara bildirmeye karar vermesidir. Mesela yazı ile yapılan irade beyanlarında, birinci unsur (iş bitirmek iradesi) beyanda bulunan kimse tarafından tanzim

bu yöntemi esas alarak irade beyanının bahsi geçen iki unsurunu, pozitif hukuk ve İslâm hukuku doktrinleri bağlamında kısaca ele alacağız.

a. İrade (Sübjektif Unsur)

Giriş kısmında işaret ettiğimiz üzere, hem İslâm hukukunda hem de pozitif hukukta akdin aslî unsuru (gıvâmu'l-akd), rıza ve iradedir. Nitekim ayet-i kerimede, “*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rızaya dayanan ticaret olursa o müstesna...*”¹⁹ buyrulmaktadır. Konuya dair bir hadis-i şerif şöyledir: “*Akit yapan taraflar karşılıklı rıza olmaksızın alışverişi nihayete erdirmesinler.*”²⁰ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 175. maddesinde de bu durum şöyle ifade edilmektedir: “*İcab ve kabulden maksâd-ı asli ki terazi-i tarafeyndir.*”²¹ TBK'nın ilk maddesinde de “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarıyla kurulur.*” düzenlemesine yer verilerek sözleşmelerin esasının tarafların iradelerine dayandığına işaret edilmektedir. Buna göre pozitif hukuk anlayışına göre de akitlerin kurucu ve aslî unsuru iradedir.²²

İrade, gerçekleşmesi imkân dâhilinde olan bir şeyi yapıp yapmamak, ihtimali olan belirli bir surette yapmayıp diğer surette yapmak veya belli bir zamanda yapmayıp mümkün olan diğer bir zamanda yapmak gibi vasıflanması mümkün olan sıfat/sıfatlarla tahsis etmek veya o şeyi tahsis eden sıfat olarak tarif edilebilir.²³ Bu manasıyla irade, Şihâbüddîn el-Karâfî'nin de belirttiği üzere niyetin cinsi olmaktadır.²⁴ Abdürrezzak Senhurî ise iradeyi, ‘belli bir şeyi yapmaya azmetmek

olunan vesikada belirtilir. Beyan iradesi ise bazen imza ile ve çok defa da yazılan şeyin muhataba teslimi veya gönderilmesiyle ortaya çıkarılır. Bkz. Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku* (İstanbul: Arkadaş Matbaası, 1943) 232-233.

¹⁹ Nisa, 4/29.

²⁰ Tirmizi, “Kitabü'l-buyu,” 1248.

²¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, C.1, 245; Yani icap ve kabulden aslî maksad iki tarafın karşılıklı rızasıdır.

²² Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976) 47; Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 47.

²³ Ebü'l-Abbâs el-Karâfî, *el-Ümniyye fi idrâki'n-niyye* (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1984) 8.

²⁴ Karâfî, *el-Ümniyye fi idrâki'n-niyye*, 7.

şeklinde gerçekleşen kalbî eylem' şeklinde tarif etmektedir.²⁵ Kanaatimizce bu ikinci tarif, irade beyanının unsuru olan iradenin manasını daha açık surette beyan etmektedir.

İrade de üç unsurdan meydana gelmektedir: Fiil iradesi, beyan iradesi (veya bilinci) ve hukukî sonuç (işlem) iradesi.²⁶ Fiil iradesi, iradeyi dış dünyada ortaya çıkarmak için yapılan fiile yönelen iradedir. Beyan iradesi, kişinin hukukî işlem yapma iradesini dış dünyaya aksettirme arzusu, isteğidir.²⁷ İşlem iradesi ise beyan sahibinin beyanıyla hukukî netice doğuracak bir işlemi yapma iradesidir. Buna göre beyan sahibi, hukukî işlem yapma kastına sahip olmalı, bunun haricindeki (öğrenme, şaka (hezl vb.) kasıtlarla beyanda bulunmuş olmamalıdır.²⁸

Klasik fıkıh literatüründe akitlerde yer alan irade beyanının irade unsurunu ifade etmek için genellikle rıza, ihtiyar veya kast kavramları kullanılmaktadır.²⁹ Cumhura göre rıza ve ihtiyar -istilâhî olarak- eş anlamlı olmakla beraber Hanefî fukahası rıza ve ihtiyar kavramlarının arasını ayırmaktadır.³⁰ Buna göre ihtiyar,

²⁵ Abdürrezzak es-Senhûrî, *el-Vasîf fi şerhi'l-kânûni'l-medeniyyi'l-cedîd: Nazariyyetü'l-iltizâm bi-vechin 'âmmin*, 145.

²⁶ Bazı yazarlar, iradenin unsuru olarak zikrettiğimiz bu üç unsuru doğrudan irade beyanının unsuru olarak ele almaktadır. Bkz. Murat Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," Doktora tezi (İstanbul, 2019), 44.

²⁷ İleride güven teorisi ele alınırken zikredileceği üzere, pozitif hukukta bazı durumlarda kişinin doğrudan beyan iradesi olmasa dahi fiilinden ötürü başkalarının onda hukukî sonuç doğurmaya yönelik bir irade olduğu noktasında çıkarımda bulunabileceklerini bilmesi (beyan bilinci) veya bu hususta gerekli özeni gösterseydi bunu bilebileceği bazı haller de beyan iradesi varmış gibi kabul edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 131; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 131.

²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 129; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 57.

²⁹ Ebü'l-Fazl el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*, thk. Muhammed Derviş (Beirut: Daru'l-Erkâm, ty) 251; Ebü'l-Menâkıb Şihâbüddîn ez-Zencânî, *Tahrîcü'l-fürû' 'ale'l-uşûl*, thk. Muhammed Edip Salih (Beirut: Müessesetür-Risâle, 1982) 143.

³⁰ Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 193; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-Muâmelati's-Ser'iyye*, 341-342; Ali Muhyiddin Karadağî, *Mebdeu'r-Rıza Fi'l-Ukûd* (Beirut: Dâru'l- Beşâiri'l-İslâmiyye, 1985) 197.

bir şeyi yapıp yapmamaktan birini tercih edip kalbin ona yönelmesini ifade eder.³¹ Rıza ise kalbin bu yönelmesi sebebiyle kişide meydana gelen memnuniyeti ifade eder ki yüzde tebessüm gibi şeylerle ortaya çıkar.³² Başka bir açıdan rıza, ihtiyarın son derecesidir.³³

Konuyu nihayete erdirmeden evvel çalışmamızla bağlantılı olduğunu düşündüğümüz bir hususa değinmekte fayda görmekteyiz: Karşılıklı rızanın akdin esası olduğu hususunda İslâm Hukukçuları arasında görüş birliği olmakla beraber rızanın akdin rüknü mü yoksa sıhhat şartı mı olduğu hususunda Hanefî

³¹ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-'âm*, 451; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri* (İstanbul: Meral Yayınları, ty) 509; Sayit Tahir, "İslâm Hukukunda İrade Beyanı", Yayınlanmamış Doktora Tezi (Bursa, 2023) 51.

³² Abdülazîz el-Buhari, *Keşfü'l-esrâr fî şerhi Uşûli'l-Pezdevî*, thk. Abdullah Mahmûd Muhammed (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997) c.4, 536.

³³ Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 193; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, 509; Bazı muasır İslâm hukukçuları, Hanefîlerin rıza ve ihtiyar ayrımını modern hukukta yer alan beyan iradesi ve işlem iradesi arasındaki ayrımla ifade etmektedir. Şöyle ki, onlara göre Hanefî fakihlerin rıza kavramından kasıtları, hukukî işlemin hukukî sonuç doğurmasını arzu etmek manasına gelen işlem iradesi ve ihtiyar kavramından kasıtları ise hukukî sonuç istenmese dahi hukukî işlem doğuracak irade beyanını dış dünyaya aksettirme arzusu demek olan beyan iradesidir. Bkz. Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-Muâmelati's-Şer'iyye*, 343; Abdüsselam Arı, "Rıza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2008) 35/57. Bununla beraber Hanefî fakihlerin ihtiyar ve rıza ayrımının semeresinin görüldüğü fer'î meselelere dair yapmış oldukları değerlendirmeler bu özdeşleştirmenin pek de yerinde olmadığına delâlet etmektedir. Mesela cumhura muhalefetle ikrah altında yapılan nikah akdinin geçerli olduğunu savunan Hanefî fakihlerin buna dair tutundukları birçok delilden birisi şöyledir: Hz. Peygamber üç şeyin (nikah, talak, rec'ât (boşanmadan dönme) veya itk) şakasının da ciddi olduğunu beyan etmiştir. Şakayla (hezl) yapılan bir nikâh akdinde irade beyanında bulunan kişinin akdin hukukî sonuç doğurmasına ne ihtiyarı ne de rızası vardır. İkrah da ise fasit de olsa hukukî işlem iradesi vardır ancak buna rızası yoktur. Öyleyse hükmün hukukî sonuç doğurması hususunda ihtiyarı ve rızası hiç olmadığı halde şaka yollu yapılan nikah akdi geçerli oluyorsa fasitte olsa ihtiyarının olduğu ikrah altındaki nikah akdi evleviyetle geçerlidir. Bkz. Sadrüşşerîa Ubeydullâh b. Mes'ûd, *et-Tavâzih fî halli şavâmi'it-Tenkîh* (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2014) 655. Görüldüğü üzere Hanefîler, ihtiyardan yalnızca beyan iradesini kastetmemektedir. Nitekim ikrah halinde akit yapan kişinin ne irade beyanında bulunmaya ne de akdin hukukî sonuç doğurmasına rızası vardır. Sadece kendisini o halden kurtarmak için hukukî sonuç doğuracağını bildiği halde bunu kastederek irade beyanında bulunmaktadır. Yani hem beyan hem de işlem iradesi vardır. Buna göre ihtiyarı beyan iradesiyle, rızayı da hukukî işlem iradesiyle ifade etmek doğru değildir.

mezhebi ile diğer mezhepler arasında ihtilaf vardır.³⁴ Yukarıda bahsettiğimiz üzere cumhur, ihtiyar ve rıza arasında ayırım gözetmediğinden rızayı akdin rüknü olarak görmektedirler. Hanefilere göre rıza, feshe kâbil olan mâli akitlerin sıhhat şartıdır, rıza olmasa dahi akit kuruluştur.³⁵ Bununla beraber sıhhat şartlarından birisi olmadığı için akit, fesad ile ma'lûl olur. Mesela ikrah altında yapılan bir satış veya kira akdi icap ve kabulün varlığı ve diğer kuruluş (in'ikad) şartlarının varlığı halinde kurulmuş olur. Ancak akdi yapanın rızası olmadığı için Hanefî fıkıh ıstılahında yer alan fasit akit kategorisinde değerlendirilir. Buna göre ikrah durumu geçtikten sonra irade beyanını ikrah altında yapan kişi (mükreh) akdin hukukî sonuç doğurması yönünde rızası olduğunu beyan etmekle akdi sahih hale getirebilir.³⁶

Hanefî fukahası, nikâh akdi ile talak, köle azadı (ıtk), ric'î talaktan dönüş (rec'ât), ilâ, zihâr vs. gibi tek taraflı bazı hukukî işlemlerde³⁷ ise rızayı sıhhat şartı olarak dahi addetmemiş, şaka yoluyla, ikrah altında hatta hata ile dahi olsa³⁸ bahsi geçen bu hukukî işlemlere yönelik irade beyanını hukukî sonuçların doğması için yeterli görmüşlerdir.³⁹

³⁴ Karadağî, *Mebdeu'r-Rıza Fi'l-Ukûd*, 1002; Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 198.

³⁵ Ebü'l-Hasen Burhânüddîn el-Merğînânî, *el-Hidâye*, C.4 thk. Muhammed Adnan (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye,ty) 269; Ebû Bekr Şemsü'l-eimme es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Daru'l-Mârifetü'l-İlmiyye,ty) c.24,55; Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr*, C.2, 373; Alâüddîn el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*, C.7 thk. Muhammed Tâmir (Karaçi: Daru'l-Maa'rifi Diyubend, 2013) 26; Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 194.

³⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, c.3, 269; Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr*, c.2, 372.

³⁷ Ebü'l-Leys es-Semerkindî, Hanefi mezhebine göre rıza olmasa dahi yalnızca irade beyanıyla hukukî sonuç doğuracak hukukî işlemlerin 17 tane olduğunu ifade etmekte ve bunları tek tek saymaktadır. Bkz. Ebü'l-Leys es-Semerkindî, *Hizânetü'l-fık'h*, thk. Muhammed Abdüsselam Şahin (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2005) 332.

³⁸ Hata ile icra edilen talak, Hanefilere göre kazaen (hukuken) geçerli olup diyaneten geçerli değildir. Bkz. Alâüddîn el-Haskefî, *İfâdatü'l-envâr*, thk. Muhammed Berekât (Dimesşk: Mektebetü'l-İmam el-Evzâ'î, 2008) 324.

³⁹ Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 654; Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 198.

b. Beyan (Objektif Unsur)

Beyan, 'hukukî işlem yapma iradesini ortaya çıkaran söz, yazı veya buna delâlet eden her türlü işaret' şeklinde tarif edilebilir.⁴⁰ İradenin beyanı için çoğunlukla söz veya yazıyı kullanılmakla beraber âdeten muteber görülen (el veya kafa sallama gibi) işaretler de kullanılabilir.⁴¹ Yerine göre sükût dahi irade beyanı olarak sayılabilir.⁴² Özetle, hem İslâm hukukunda hem de pozitif hukukta genel kabul gören anlayışa göre irade beyanına delâlet eden her türlü fiille⁴³ hukukî işlem kurulabilir.

Kadim dönem fıkıh ıstılahında beyan unsurunu ifade etmek üzere genellikle sigatü'l-akd veya icap-kabul⁴⁴ ifadeleri kullanılmaktadır.⁴⁵ Abdürrezzâk es-Senhûrî ve Mustafa ez-Zerkâ gibi son dönem İslâm hukukçuları ise irade ve irade beyanını ayırmak amacıyla irade için 'el-irâdetü'l-bâtiniyye'l- hakikiyye' ve irade beyanı için 'el-irâdetü'z-zâhire' ifadelerini kullanmaktadırlar.⁴⁶

⁴⁰ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 132.

⁴¹ Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, 150; Arsebük, Borçlar Hukuku, 232.

⁴² Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 67.

⁴³ Şafii mezhebinde genel kabul gören görüşe göre fiili mübadele ile (teâtî) akdin geçerli olmayacağı yönündedir. Bkz. Beyzâvî, *el- Ğaye*, C.1, 572. Bununla beraber müteahhir dönem Şafii fakihleri, zaruret ve ihtiyaca binaen değeri düşük mallarda teatî ile akdin geçerli olacağını söylemişlerdir. Bkz. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l- 'âm*, 422; Ebu Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l- 'akd*, 205.

⁴⁴ Hanefî fakihlerce ve pozitif hukuk doktrininde kabul gören görüşe göre icap, akdi kuran beyanlardan ilkidir. İcaba mukâbil akdin kurulmasını sağlayan ikinci beyana ise kabul denilir. Bkz. Şeyhizâde, *Mecma' u'l- enhur fi şerhi Mülteka'l- ebhur*, C.3 thk. Halil Umran Mansûr (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1998) 5; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, C.1, 197-199; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 179-203.

⁴⁵ Muhammed b. Kâsım er-Rassâ, *el-Hidâyetü'l-kâfiyyetü's-şâfiyye li-beyâni hakâ'iki İbn 'Arafeti'l-vâfiyye*, thk. Tahir el-Ma'mûrî (Beyrut: Daru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1993) 331; Merġinânî, *el-Hidâye*, C.3, 23. Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'lili'l-Muhtâr*, C.1, 252; Zeynüddîn Zekerîyyâ el-Ensârî, *Fethu'l-vehhâb bi-şerhi Menheci't-tullâb*, thk. Muhammed Hâmî Beyzâvî (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1998) 271; Tahir, "İslâm Hukukunda İrade Beyanı", 33.

⁴⁶ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l- 'âm*, c.1, 435-436; Senhûrî, *Meşâdirü'l-hak*, c.1, 84.

B. İrade Beyanı- Rıza İlişkisi⁴⁷

Bahsedildiği üzere irade, hukukî işlemlerin özünü oluşturmaktadır. Ancak hiçbir hukuk düzeninde dış âleme yansımayıp kişinin içinden geçirdiği işlem iradesine hukukî sonuç bağlanmamaktadır.⁴⁸ Bununla beraber, hukuk sistemlerinden bazıları hakikî iradeye ehemmiyet vererek onu ön plana çıkarmaya meylederken bazıları ise hukukî güvenlik ve istikrarı gözeterek mümkün mertebe irade beyanını esas alma noktasında bir yöntem benimsemektedir.⁴⁹

Genel kabul edilen görüşe göre bu hususta Batılı hukuk sistemlerini temelde iki hukuk sistemi yönlendirmektedir: Cermen hukuku ve Latin hukuku. Cermen hukuk sistemi, hukukî istikrar ve güvenliği ön plana çıkarmakta ve iç iradeye ihtiram uğruna bu esası göz ardı etmemektedir. Latin hukuk sistemi ise işlem güvenliğini tamamen göz ardı etmemekle beraber hakikî iradenin esas alınmasını hukukî istikrarın teminini öncelemektedir.⁵⁰

Türk/İsviçre hukuku, genel olarak muhatabın güvenini korumayı esas alarak hukukî işlem güvenliğini ön plana çıkarıyor görülsede bazı hallerde akitlerde ve akitler haricindeki bazı hukukî işlemlerde (vasiyet gibi) irade özerkliği ilkesini ön plana çıkartarak tarafların iradesini esas almaktadır.⁵¹ Fakihler arasında yaklaşım

⁴⁷ Yukarıda beyan edildiği üzere Hanefî fakihler rıza ve ihtiyar kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Bu başlık altında 'rıza' kavramından muradımız, ihtiyar ile eş anlamlı olarak irade kavramıdır.

⁴⁸ Bazı Mâlikî fakihler kişinin kesin bir şekilde kalben talaka (boşama) niyet etmesiyle talakın gerçekleşeceğini söylemişlerse de, Bkz. Kâdî Abdulvehhâb el-Bağdâdî, *el-İşrâf 'alâ nüketi mesâ'ili'l-hilâf*, C.2 thk. Habib bin Tâhir (Riyad: Daru İbni Hazm, 1999) 746. mezhebin baskın görüşü lafız olmadan talakın gerçekleşmeyeceği yönündedir. Bkz. Şemsüddîn ed-Desûkî, *Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-kebîr*, C.2 (Şâm: Darûl-Fikir, ty) 365.

⁴⁹ Özgür Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu", Doktora Tezi (Ankara, 2020), 74; Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 59-60.

⁵⁰ Senhûrî, *Meşâdirü'l-hak*, C.1, 112-113; Vahîdüddin Sevvâr, *et-Ta'bir 'ani'l-irâde fi'l-fıkhi'l-İslâmî* (Cezayir: eş-Şirketü'l-Vataniyye lilneşri vet-tevzi', 1979) 281.

⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 155; Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 146.

farklılıkları olmakla beraber genel olarak İslâm hukukunun ise her iki eğilim arasında mutedil bir çizgide durduğunu söylemek mümkündür.⁵²

İslâm hukukunda genel kabul gören anlayışa göre Şâri' (kanun koyucu), zâhiri birtakım sebepleri tam olarak mahiyeti kavranamayacak bâtinî hususların delili olarak vaz' etmiştir.⁵³ Buna göre zâhiri sebep düzgün olduğunda hükmün esası olan bâtinî sebebin de düzgün olduğuna hükmedilecektir.⁵⁴ Nitekim Mecelle'nin 68. maddesinde de, "Bir şeyin umûr-ı bâtininde delili o şeyin makamına kâim olur." külli kâidesiyle bu husus ifade edilmek istenmiştir.⁵⁵ Usûlcüler genellikle bâtini veya genel-geçer olmadığı için hükmün üzerine bina edilmediği aslî unsuru 'mainnet', buna delâlet eden zâhiri sebebi ise 'mazinnet' veya 'illet' kavramlarıyla ifade etmişlerdir.⁵⁶

Fakihler, irade ve irade beyanı arasındaki ilişkiyi de bu bağlamda ele almaktadırlar. Şöyle ki; bahsettiğimiz üzere İslâm hukukunda akitlerin esaslı unsuru karşılıklı rıza ve iradedir. Ancak irade, derunî ve bâtinî bir şey olduğundan iradeye delâlet eden zâhiri sebep olarak irade beyanı iradenin yerine geçirilmiştir. Buna göre rıza hükmün mainneti, ona delâlet eden irade beyanı ise mazinnetidir.⁵⁷ Mainnet olan rızanın hakikati de dış âlemde ancak mazinneti olan irade beyanı ile bileneceğinden fakihler, aralarında yaklaşık farkları olmakla beraber hukukî işlemlerde irade beyanlarını esas almışlardır.⁵⁸

⁵² Senhûrî, *Meşâdirü'l-ḥak*, 113.

⁵³ Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 431.

⁵⁴ Ebû İshâk eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, C.2 thk. Hüseyin Eyt Saîd (Mağrib: Menşurâtu'l-BeşirbinAtiyye, 2017) 544; Usûlcüler bunun hikmetleri arasında bilinmesi mümkün ve genel-geçer olmayan hususlar üzerine hükümlerin bina edilmesi sebebiyle ortaya çıkacak zorluk ve meşakkatin giderilmesini zikrederler. Nitekim eğer Şâri' hükümleri zâhirî sebeplere değil de kalbî ve bâtinî hususlara bina etseydi bu durum hükümlerin tatbiki ile emrolunan mükellefler için büyük bir zorluk ortaya çıkaracaktı. Bkz. Abdülazîz el-Buhari, *Keşfü'l-esrâr*, c.4, 536.

⁵⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, C.1, 142.

⁵⁶ Ebû Abdillâh Bedrüddîn ez-Zerkeşî, *el-Burhân fi 'ulûmi'l-Kur'an*, C.5 thk. Ebû Fadl ed-Dimyâfi (Kâhire: Daru'l-Hadis, 2006) 120; Sevvâr, *et-Ta'bir 'ani'l-irâde*, 293.

⁵⁷ Ebû'l-Abbas el-Karâfi, *Envârü'l-burûk fi envâ'i'l-furûk*, C.2 (Beirut: Daru Alemü'l-Kütüb, ty) 167.

⁵⁸ Sevvâr, *et-Ta'bir 'ani'l-irâde*, 297; Apaydın, "İrade Beyanı," 387.

Çalışmamızın konusu, güven teorisinin Hanefî mezhebi bağlamında tahlili olduğundan aslî konuya geçmeden evvel Hanefî fakihlerin irade ve irade beyanı arasındaki münasebeti ne surette gördüklerinin ele alınması faydalı olacaktır:

a. Hanefî Fakihlere Göre İrade-İrade Beyanı İlişkisi

Hanefî fakihlerin, fukaha içerisinde irade beyanına en fazla itibar edenler arasında oldukları görülmektedir. Hanefî fakihler, bu eğilimlerini usûlî olarak da temellendirmişlerdir. Zira Hanefîlere göre zâhiri sebep (mazinnet) olan irade beyanı, bâtinî aslî sebep (mainnet) olan irade yerine geçerek hükmün illeti olmuştur. İlet ise hükmün üzerine bina edildiği zâhirî, genel-geçer ve kat'î vasıf demek olduğundan mümkün mertebe illet (irade beyanı) esas alınmalıdır.⁵⁹

Hanefîlerin bu husustaki tutumuna misal sadedinde Muhammed Hudarî Bey'in şu ifadelerini aktarmak istiyoruz: *"Bu hükme başka bir misal olarak Hanefîlerin mükrehin satışının geçerli olduğuna dair söylediklerini zikredebiliriz. Şöyle ki; satış akdi neticesinde mülkiyet mübâdelesinin hakikî illeti (mainneti) tarafların karşılıklı rızasıdır. Sahih akit (yani icap ve kabul) ise bu illetin mazinnesi (zâhir vasfı)dir. İkrahin bulunması, mainnetin oradan kalktığına delâlet etmektedir. Bununla beraber Hanefîler mazinnete itibar ederek mükrehin akdini fâsit de olsa geçerli saymışlar ve kabzla satılanın müşterinin mülkiyetine geçeceğini söylemişlerdir. Cumhuriyet ise hakikî illetin (rıza) olmaması sebebiyle akdin hiçbir şekilde hukukî sonuç doğurmayacağına hükmetmişlerdir."*⁶⁰ Bu asla binaen Hanefî fakihlere göre akitlerin rüknü icap ve kabuldür⁶¹ ve yukarıda bahsedildiği üzere rıza, akdin rüknü veya in'ikâd (geçerlilik) şartı değil ancak sıhhat şartıdır.

⁵⁹ Sevvâr, *et-Ta'bir 'ani'l-irâde*, 298; Kanaatimizce İslâm hukuku ile beşeri hukuk sistemleri arasındaki en büyük farklardan birisi, bu temellendirme ve gerekçelendirme çabasında ortaya çıkmaktadır. İslâm hukuku, ilahî kaynaklı olduğundan İslâm hukukçuları, hiçbir nassın bulunmadığı hallerde dahi yapmış oldukları içtihatlarda Şârî'in göstermiş olduğu yoldan gitmek durumundadırlar. Bkz. Abdülvehhâb Hallaf, *Meşâdirü't-teşrî'l-İslâmî fimâ lâ naşsa fih* (Kahire: Matâbi'u'l-Darî'l-Kitâbi'l-Arabî, 1954) 7; Hiçbir fakih, sadece kendi heva ve hevesine göre içtihatla bulunamaz. Bu durum mezhepler arası farklılıklarla beraber İslâm hukukunun hükümlerinde ve eğilimlerinde tutarlılık ve yeknesaklığı sağlamada büyük bir etken olmuştur.

⁶⁰ Muhammed el-Hudarî, *Uşûlü'l-fıkḥ* (Kahire: Daru'l-Hadis, ty) 351.

⁶¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, C.3, 23; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*, C.6, 467; Bu hususu İmam Mevsilî şu şekilde ifade etmektedir: "Bey' akdinin rüknü icap ve kabuldür. Zira icap ve

Hanefî fakihlerin irade mukâbilinde irade beyanına ehemmiyet verdiklerini ifadeden sonra bir hususa açıklık getirmek gerektiği kanaatindeyiz. İbn Nüceym'in el-Eşbâh ve'n-Nezâir adlı eserinden iktibasla⁶² Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 3. maddesinde yer verildiği üzere Hanefî mezhebinde esas olan 'Ukûdda itibar makâsîd ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir.' kâidesidir. Yani akitlerde aslî olarak itibar edilecek olan tarafların kullandıkları lafızlar (irade beyanları) değil, bunların ifade ettiği mana ve maksatlardır.⁶³ Buradan hareketle yukarıda zikrettiğimiz irade beyanını esas alma eğilimin doğru olmadığı ve bu kâideyle çeliştiği akla gelebilirse de kanaatimizce iki husus arasında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır.

Şöyle ki; serhlerinde verilen misallerden de anlaşıldığı üzere kâidenin manası şudur: Akdin taraflarının kullandıkları ifadelerden açık bir şekilde işlem iradeleri başka bir deyişle doğmasını istedikleri hukukî netice anlaşılıyorsa bu hususta yanlışlıkla veya bilgisizce kullanmış oldukları ifadeler dikkate alınmaz. Kastettikleri açıkca anlaşılın hukukî neticenin vesilesi olan hukukî işlemi yapmak istediklerine hükmedilir.⁶⁴ Mesela borçlunun borçla halen sorumlu olması şartıyla yapılan havale akdinde kefâlet akdinin hükümleri geçerli olur. Zira her ne kadar taraflar buna 'havale' deseler de koymuş oldukları şart açıkca kefâlet akdi yapmak istediklerini göstermektedir.⁶⁵ Görüldüğü üzere burada tarafların ortak

kabul, hükmün taalluk ettiği (alakadar olduğu) rızaya delâlet etmektedir. Aynı şekilde icap ve kabul haricinde rızaya delâlet eden (fiil, yazı vb gibi) her türlü şey akdin rüknü sayılır."Bkz. Mevsîlî, el-İhtiyâr li-ta'lîlî'l-Muhtâr, c.2, 25; İmam Neseî ise bey' akdini, 'Karşılıklı rıza (terâdî) ile bir malın diğeriyle değiştirilmesidir ki icap ve kâbul ile lâzım olur.' şeklinde tarif ederek rızanın akitteki yerine vurgu yapmaktadır. Bkz. Ebü'l-Berekât en-Neseî, Kenzü'd-dekâ'ik, thk.Said Bektaş (Medine-i Münevvere: Daru's-sirâc, 2011) 406.

⁶² Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin mazbatasında belirtildiği üzere Mecelle'de yer alan külli kâidelerin birçoğu İbn-i Nüceym'in Eşbâh ve'n-Nezâirinden alınmıştır. Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, C.1, 15.

⁶³ Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle'nin Külli Kâideler Şerhi (Tafsîl)*, hzl. Mustafa Avcı, Mehmet Barutçu ve Süleyman Tepe (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 58.

⁶⁴ Ebu Zehre, el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd, 215.

⁶⁵ İbn-i Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, thk. Zekeriyya Umeyrât (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1999) 174; Süleyman Hasbi Efendi, *Tafsîl*, 59.

iradeleriyle yapmak istedikleri ve ifadelerinden net bir şekilde anlaşılabilir hukukî işlem ne ise o esas alınmaktadır.⁶⁶

Şihâbüddîn el-Hamevi de bu kâidenin şerhinde bunu teyit eder surette şöyle demektedir: “*Bil ki, meselelerin Allah Teâlâ ile alakalı yönlerinde manaya itibar edilirken kullara bakan yönlerinde lafızlar itibara alınır. Mesela bir kişi malının üçte biri (Teobe suresinin 60. ayet-i kerimesinde yer alan) yedi sınıfa⁶⁷ verilsin diye vasiyet etse bir görüşe göre yedi sınıfın her birisine verilmesi gerekir, tek sınıfa verilse caiz olmaz. Zekât ise bundan farklıdır, verilecek para zekât olsaydı, -manayı esas alan bir yorumla- yedi sınıfın tamamına değil, birisine de verilse olur, denilir.*”⁶⁸ Görüldüğü üzere Hamevî, kâidenin mutlak olmadığını zikrettikten sonra Hanefî mezhebinde esas alınan diğer bir kâideyi zikretmektedir: ‘*Meselelerin Allah Teâlâ ile alakalı yönlerinde manaya itibar edilirken kullara bakan yönlerinde lafızlar itibara alınır.*’

Hukuk sistemlerinin irade beyanlarının anlaşılması hususunda akdin tarafları arasında meydana gelen uyumsuzluğu çözmeye yönelik eğilimlerinin anlaşılması için irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk hallerine yönelik tavırlarının bilinmesi gerekir.⁶⁹ Çalışmamızın ana konusu da bu olduğundan konuyla ilgili genel bilgilerden sonra çalışmada misal olarak bu uygunsuzluk hallerinden hata ve latife beyanı, İslâm hukuku (hususen Hanefî mezhebi) ve pozitif hukuk bağlamında fazla ayrıntıya girmeden ele alınacaktır. Kanaatimizce iki hukuk

⁶⁶ Hanefî fakihlerin esas aldıkları bu kâide, modern hukuk doktrininde yer alan “*Falsa demonstratio non nocet* (Yanlış niteleme zarar vermez)” kâidesiyle benzerlik göstermektedir. Nitekim bu kâideye göre, bir akitte tarafların yanlışlıkla veya bilgisizce kullandıkları ifadeler bakılmaksızın ortak iradeleri esas alınır, kullandıkları ifadeler itibara alınmaz. Bkz. Sanem Aksoy Dursun, “Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)” Kuralının Uygulanması,” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 1, no.76 (2018): 150; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 269; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 157.

⁶⁷ Ayet-i kerimde sekiz sınıf sayıldığı halde müellifin yedi sınıf olarak zikretmesi, Hanefîlere göre müellefe-i kulûba (kalbi İslâm’a ısındırılması istenenler) zekâtta pay verilmeyeceği içtihadına binaendir. Bkz. Neseî, *Kenzü’l-dekâ’ik*, 216; Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta’lîl-i-Muhtâr*, C.2, 171.

⁶⁸ Ebü’l-Abbâs el-Hamevî, *Ğamzü’l-uyûni’l-beşâ’ir ‘alâ mehâsini’l-Eşbâh ve’n-nezâ’ir*, C.2 (Beyrut: Daru’l-Kütübü’l-İlmiyye, 1985) 266.

⁶⁹ Güvenç, “Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu,” 16; Sarıkaya, “Sözleşmenin Yorumu,” 147.

sisteminin bu iki meseledeki ana yöneliminin anlaşılması, aşağıda ele alacağımız güven teorisine bakış açılarının anlaşılmasında büyük ehemmiyet arz etmektedir:

b. Hatanın İrade Beyanı-Rıza İlişkinine Tesiri

İrade beyanı ile rıza arasındaki ilişkinin mahiyeti araştırılırken ele alınması gereken meselelerden birisi de hata yoluyla sehven yapılan irade beyanlarıdır. Zira bu halde beyan sahibi rızası olmadığı halde bir hukukî işlemi gerçekleştirmek ister şekilde irade beyanında bulunmakta ve karşı tarafta böyle bir izlenim bırakmaktadır. Bu durumda da yukarıda bahsettiğimiz üzere hakikî iradeyi esas alma ve hukukî işlem güvenliğini koruma ilkeleri çatışmaktadır.⁷⁰ Öyle ki; beyan sahibi hukukî işlem iradesi olmadığı halde irade beyanında bulunmakta ve karşı tarafta haklı olarak-haklı olduğunu varsayarsak- bir güven oluşturmaktadır. Bu durumda beyan sahibinin iradesi mi itibara alınacak yoksa muhatabın haklı güveni mi korunacaktır? Genel olarak İslâm hukukunun⁷¹ ve pozitif hukukun – aralarındaki farklarla beraber- bu ikisi arasında bir yol tutarak dengeyi sağlamaya çalıştıkları anlaşılmakta ise de bu dengeyi kurma araçlarının birbirinden farklı olduğu görülmektedir.

Fakihler, bahsi geçen iki ilke arasında hukukî istikrar ve güvenliğin korunması ilkesine daha fazla itibar ettiklerinden klasik fûru' kitaplarında⁷² hata

⁷⁰ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhıyyü'l-âm*, 473-474; Senhûrî, *Meşâdirü'l-hak*, 112-113;

⁷¹ Fakihler, bahsi geçen iki ilke arasında hukukî istikrar ve güvenliğin korunması ilkesine daha fazla itibar ettiklerinden klasik fûru' kitaplarında hata nazariyesi ile alakalı müstakil bir baba rastlanılmamaktadır. Bununla beraber fıkıh kitaplarının muhtelif kısımlarında hatanın vârid olduğu akitlere dair meseleler ele alınmaktadır. Bkz. Muhammed Takî Osmânî, *Fıkhü'l-Buyu'* (Karaçi: Mektebetü Maârifü'l-Kurân, 2015) 212; Burada fûru' kaydını koymamızın sebebi, hususen Hanefî usûlü kitaplarında ehliyet arızaları başlığı altında hataya yer veriliyor oluşudur. Bkz. Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 648; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, 507; Bununla beraber parça parça da olsa hata ile alakalı meseleler fıkıh kitaplarında muhtelif bablar altında yer almaktadır. Bkz. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhıyyü'l-âm*, 474-475.

⁷² Burada fûru' kaydını koymamızın sebebi, hususen Hanefî usûlü kitaplarında ehliyet arızaları başlığı altında hataya yer veriliyor oluşudur. Bkz. Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 648; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, 507.

nazariyesi ile alakalı müstakil bir baba rastlanılmamaktadır.⁷³ Bununla beraber parça parça da olsa hata ile alakalı meseleler fıkıh kitaplarında muhtelif bablar altında yer almaktadır.⁷⁴ Pakistanlı muâsır İslam hukukçularından Tâkî Osmanî'ye göre fakihlerin hata ile alakalı meselelere genel bir hüküm vermeyip her bir meseleyi ayrı olarak ele almalarının sebebi, adalet ve hakkaniyetin temini için her bir somut olaya verilecek hükmün farklı olması gerektiği olabilir. Nitekim hâkim, uyuşmazlığı hâlin delâletini esas alarak somut olay adaletini sağlayacak şekilde çözüme kavuşturmalıdır.⁷⁵ Kanaatimizce Tâkî Osmanî'nin bu değerlendirmesi yerindedir. Nitekim aşağıda güven teorisini Hanefî mezhebi bağlamında ele alırken bu değerlendirmeye tekrar dikkat çekeceğiz.

Hanefîler haricindeki fakihler, hukukî işlem iradesi olmadığı halde sözleşmenin mahiyetinde (aslında) hata yaparak sehven irade beyanında bulunan kişinin akdinin hiçbir şekilde sahih olamayacağı yönünde görüş belirtmişlerdir.⁷⁶ Nitekim yukarıda bahsedildiği üzere cumhura göre rıza, akdin inikâd şartı olduğundan rızanın olmadığı hallerde akit bâtil olacaktır.⁷⁷

Hukukî işlem güvenliği ve istikrarını temine büyük önem atfeden Hanefî fakihler ise muhatap beyan sahibinin hata yaptığını tasdik etse dahi akdi geçerli

⁷³ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhıyyü'l-âm*, 474.

⁷⁴ Takî Osmânî, *Fıkhü'l-Buyu'*, 212; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhıyyü'l-âm*, 474-475.

⁷⁵ Takî Osmânî, *Fıkhü'l-Buyu'*, 220; Ehemmiyetine binaen Osmânî'nin konuya dair ifadelerine yer vermek istiyoruz: "Verdiğimiz cüzî misallerden hâsıl olan şudur: Hata için bütün akit ve halleri kapsayacak genel bir hüküm vermek zordur. Kanaatimizce bu hususta hüküm verirken dikkate alınacak hususlar şunlardır: Hatanın karşılıklı rızaya olan tesiri, hata sebebiyle meydana gelen zararın büyüklüğü ve bu zarara hangi tarafın katlanacağını doğru olarak tespit edilmesi. Bunların da akitten akite, halden hale göre değişiklik göstermesi mümkündür. Fâkihlerin hataya dair genel bir kâide veya hüküm koymayıp her bir cüzî meseleyi ayrı olarak ele almalarının sebebi de bu olabilir. Zira her bir meselenin müstakil olarak tahlil ve tetkik edilmesi gerekir ki bir meseleye dair verilen bir hüküm doğrudan diğerine de verilemez. Fıkıhta bu tür meselelerin hükmü, yargı makamlarına bırakılmıştır. Nitekim hâkim, somut olayın şartlarını dikkate alarak önüne gelen uyuşmazlığı en âdil gördüğü şekilde çözüme kavuşturacaktır."

⁷⁶ Takî Osmânî, *Fıkhü'l-Buyu'*, 212; Abdülkerîm Zeydân, *el-Vecîz fi uşûli'l-fıkh* (Kahire: Müessesetü Kurtubâ, ty) 115; *el-Mevsû'atü'l-fıkhıyye*, "Beyu'l-muhtî", 19/157; İslâm Demirci, "İslâm Borçlar Hukukunda Hata," Doktora tezi (Konya, 2011) 104.

⁷⁷ Zekerıyyâ el-Ensârî, *Fethü'l-vehhâb*, 272.

saymışlardır. Ancak bu durumda akdin sıhhat (cevâz) şartlarından birisi (rıza) olmadığından akit fâsîd olacaktır.⁷⁸ Hanefî fukahasının büyük çoğunluğu, bu halde akdi fâsîd saymakla beraber fesâdın mahiyeti hususunda ihtilaf ettikleri görülmektedir. Nitekim bazıları, hata yapanın akdini mükrehin akdine kıyas ederek müşterinin satılanı kabzetmesiyle mülkiyet intikalinin gerçekleşeceğini söylerken⁷⁹, bazıları, bu akdi hâzilin (şaka yollu akid yapan)⁸⁰ akdine kıyas ederek kabızla mülkiyet intikalinin gerçekleşmeyeceğini söylemektedir.⁸¹

Sözleşmenin aslında hata hali dışındaki hata hallerinde ise mezhepler arasında bazı yaklaşım farklılıkları olmakla beraber, Abdürrezzak es-Senhurî fukahânın meseleye yaklaşımını şu şekilde özetlemektedir: “İslâm fıkhi, insanlar arasındaki muamelelerde hukukî güvenlik ve istikrarın sarsıntıya uğrayacağından

⁷⁸ Molla Civen, *Nûrû'l-envâr fi şerhi'l-Menâr*, thk. Salâh Muhammed Ebü'l- Hac (Amman: Daru'l-Farûk, ty) 524; Abdülazîz el-Buhari, *Keşfü'l-esrâr*, c.4, 537; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, 508.

⁷⁹ Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 650; Molla Civen, *Nûrû'l-envâr*; 524; Abdülazîz el-Buhari, *Keşfü'l-esrâr*, C.4, 537; Belirtmek gerekir ki, bu şekilde hatalı irade beyanında bulunan kişi, kullandığı ifadelerin manasını bilmiyorsa –mesela bilmediği bir dilde konuşuyorsa- bu durumda irade beyanıyla bağlı olmayacaktır. Ancak bu durumu mahkemede ispat etmesi gerekecektir. Kullandığı ifadelerin manasını bildiği hale dair Hanefî fakihlerin genel eğilimi ise bu durumda irade beyanında hata olduğunu ispat neredeyse mümkün olmadığından ancak karşı tarafın onu tasdikini ispatta etkili görmek yönündedir. Eğer karşı taraf beyan sahibinin hatalı olduğunu açıkca tasdik etmemişse bu halde akit sahih olarak inikad edecektir. Bkz. Takî Osmânî, *Fıkhu'l-Buyu*, 212.

⁸⁰ Hâzilin hukukî tasarruflarına dair malumat aşağıda gelecektir.

⁸¹ Emîr Pâdişah, *Teysîru't-Tahrîr*, C.2 thk. Mahlûf el-Adevî (Kahire: Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâduh, 1932) 307; Takî Osmânî, *Fıkhu'l-Buyu*, 211; Konunun daha net anlaşılması adına Emîr Pâdişah'ın İbnu'l-Hümâm'ın *et-Tahrîr* adlı fıkıh usûlü eserine yazdığı *Teysîru't-Tahrîr* adlı eserindeki ifadelere yer vermeyi yerinde buluyoruz: ‘Sübhanallah’ demek isterken yanlışlıkla ‘bunu senden bin liraya aldım’ diye irade beyanında bulunan kişinin bu hatasını muhatabı da kabul edip tasdik ederse akdin fâsîd olarak münakid olduğunu söylemişlerdir. Bu hususta İmamlarımızdan bir rivayet yoktur. Ancak beyan sahibinin rızası olmasa dahi irade beyanının aslına ihtiyarı olduğundan böyle hüküm vermek gerekir. Hülâsa; beyan sahibinin kelamın aslına ihtiyarı olduğundan akit münakid ve rızası olmadığından da fesâd ile ma'lûl olacaktır. Nitekim satıcı kabzetmekle bedele mâlik olacaktır. Bununla beraber aslında hatayla irade beyanında bulunan, akdin lâzım olması yönünden hâzilin dahi üstündedir. Zira hata yapanın ne beyan iradesi ne de işlem iradesi vardır. Hâzilin ise beyan iradesi olup işlem iradesi yoktur. Böyle olmasa dahi en azından hâzile kıyas edilerek müşterinin kabızla satılana mâlik olamayacağını söylemek gerekir.” Emîr Pâdişah, *Teysîru't-Tahrîr*, C.2, 307.

korkulduğu hallerde hakikî iradeyi feda etmek uğruna hukukî işlem güvenliğini esas almakta ve hatayı akdin geçersizliğine delil saymamaktadır. Hukukî işlem güvenliğinin ve istikrarın zaafa düşmeyeceğinden emin olunan hallerde ise hakikî iradeyi esas alarak hatayı muteber kabul etmektedir.”⁸²

Meselenin ziyadesiyle tafsilatı olmakla beraber, genel olarak fukahânın esas aldığı hata, beyan sahibinin akit esnasında açıkca belirttiği veya halin delâletinden ve karinelerden muhatabın beyan sahibinin hatalı olduğunu anlaması gereken hallerde cereyan eden hatadır.⁸³ Ancak eğer hata muhatap tarafından hiçbir şekilde anlaşılmayacak şekilde gizli ise akdin gerçekleşmesinden sonra beyan sahibinin hatalı olduğunu ileri sürmesi akdin geçerliliğini etkilemeyecektir. Zira bu hallerde fakihler, kamu maslahatına bağlı hukukî işlem güvenliğini, beyan sahibinin şahsi ve cüzi maslahatına tercih etmektedirler.⁸⁴

Pozitif hukukta ise akit sırasında esaslı hataya düşen tarafın akitle bağlı olmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁵ Nitekim TBK'nın 30. maddesinde “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşmeyle bağlı olmaz.” düzenlemesine yer verilmiştir. TBK'nın 31. maddesinde de beş tane esaslı hata haline yer verilmiştir. Bunlardan ilki, akdin aslî niteliğinde hataya düşme halidir. Buna göre kişi, gerçekte yapmak istediği akitten farklı bir akit için beyanda bulunmuşsa bu hatası esaslı bir hatadır ve akdi iptal hakkı vardır.⁸⁶ Kanaatimizce pozitif hukuktaki bu düzenleme, fakihlerin hata hali için zikrettikleri yukarıda yer verdiğimiz hali de kapsamaktadır. Nitekim V. Tuhr bu hale dair, “Bir tavsiye mektubu addile bir vesika imzalar, hâlbuki bu vesika vekâleti tazammun etmektedir.” demek suretiyle beyan ve

⁸² Senhûrî, *Meşâdirü'l-hak*, 113

⁸³ Senhûrî, *Meşâdirü'l-hak*, 113; Zerkâ, *el-Medhâlû'l-fıkhîyyü'l-'âm*, c.1, 475-478; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 128-129.

⁸⁴ Zerkâ, *el-Medhâlû'l-fıkhîyyü'l-'âm*, c.1, 480; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C.2, 127.

⁸⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 398; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 395; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 92.

⁸⁶ Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*, 281; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 94; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 396; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 400.

işlem iradesi olmaksızın hataen kurulan akitlerin bu sınıfa girdiğini ifade etmiş olmaktadır.⁸⁷

Yine pozitif hukuka göre, hatayla yapılan akitte müeyyide butlan değildir. Yalnızca yanılana hatasını öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanabileceği iptal hakkı tanınmıştır. Bu süre içinde iptal edilmezse akit, kuruluş tarihinden itibaren geçerlilik kazanacaktır.⁸⁸ İptal hakkının kullanılması için mahkemeye başvurmak veya dava açmak gerekmez. İptal beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla beraber akit bâtil hale gelecektir.⁸⁹ Bununla beraber kişi, kendi kusuru ile hataya düşmüşse karşı tarafın akdin geçerliliğine güveninden kaynaklı maruz kaldığı menfi zararı tazmin etmekle mükelleftir.⁹⁰

⁸⁷ Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*, 281; "Yanılanda hiçbir hukukî sonuç ve beyan iradesi bulunmadığı halde, yani o, hukuken sonuç doğuracak bir davranışta bulunduğu farkına dahi varmadığı halde, hukukî bağlılık doğuran sözleşme kurulmuşsa (örneğin bir kutlama mektubu imzalanmak isterken, yanlışlıkla kefalet senedine veya kira sözleşmesine imza atılıyor) yine bir error in negotio (sözleşmenin mahiyetinde hata)'dan söz açmak yerinde olur." Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 396; "Sözleşme yapma iradesine sahip olmayan, bir kimsenin yanlışlıkla beyanda bulunması hali de buraya girer." Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 400.

⁸⁸ Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 92; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 428; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 105.

⁸⁹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c.1, 140; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 436. Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 119.

⁹⁰ Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 92; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 410; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 444; ".....Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez." Bkz. TBK 35; ".....Davacı, davalı ...'nun bakıcı olarak yanında bulunduğunu, maliki olduğu 1160 ada 74 parsel sayılı taşınmazın tasarrufu bakımından kira sözleşmesi yapılıncakken hata ve hileye düşürülmek suretiyle, tapuya götürüldüğünü ve dava konusu 1160 ada 84 parselin başış suretiyle temlikinin sağlandığını ileri sürerek, eldeki davayı açmıştır. Bilindiği üzere; sözleşmenin konusu, niteliği ve ödenecek miktar gibi hususlarda dikkatsizliği veya bilgisizliği sonucu gerçek iradesine uymayan beyanda bulunmak suretiyle esaslı hataya düşen tarafın sözleşme ile bağlı sayılmayacağı kuşkusuzdur. Hemen belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanununda esaslı hatanın tanımı yapılmamış, 24. maddede sınırlayıcı olmamak üzere örnekler gösterilmiştir. Kısaca iç irade ile açıklanan irade arasındaki bilmeyerek yapılan uyumsuzluk olarak tanımlanan hatanın esaslı kabul edilebilmesi için, uygulamada ve bilimsel alanda ortaklaşa benimsendiği gibi, girilen taahhüdün başlıca sebebinin teşkil etmesi, daha açık söyleyişle hem yanılığa düşen taraf yönünden (Subjektif unsur), hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları (objektif unsur) açısından, hataya düşülme idi böyle bir sözleşmenin hiç veya

Öte taraftan belirtmek gerekir ki, pozitif hukuk doktrininde kabul edilen görüşe göre, hukukî işlem veya beyan iradesinden yoksun irade beyanlarıyla kurulan akitlerin iptalinin gündeme gelmesi için öncelikle güven ilkesi bağlamında hâkim tarafından yapılacak yorum ile aslen kurulup kurulmadığını tespit etmek gerekir.⁹¹ Güven teorisi başlığı altında bu konuya temas edileceğinden burada ayrıntısına yer vermeyeceğiz.

c. Şaka Yollu İrade Beyanlarının (Hezl) İrade-İrade Beyanı İlişkisine Tesiri

Şaka yollu (ciddi olmayan) irade beyanından murat, kişinin hukukî işlem iradesi olmadığı halde, mizah, öğrenmek veya öğrenmek vs. gibi sebeplere binaen bir hukukî işlemi yapar gibi görünmesidir.⁹² Fıkıh ıstılahında bu durum 'hezl' kavramı ile ifade edilmiştir. Hezl, bir sözden ne hakikî ne de mecazî manayı kastetmemek yani normalde âkil bir insanın hukukî sonuç doğurmak için kullanması beklenen bir ifadeyi amaçsızca telaffuz etmek, ciddiyetin zıddı olarak tarif edilmektedir.⁹³

açıklanan biçimde yapılmayacağıın isbatlanması zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makable şamil) olarak ortadan kaldırılabılır ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Yeter ki hatanın ileri sürülmesi B.K. nun 25. ve M.K. nun 2. maddesinde hükme bağlanan dürüstlük kuralına aykırı olmasın. Hemen belirtmek gerekirken, sözleşme yapılırken hataya düşen tarafın kusurlu bulunması sözleşmenin iptaline engel değildir. Ne var ki, ...nun 26. maddesinde öngörüldüğü gibi hatayı bilmeyen veya bilecek durumda bulunmayan ve kusursuz olan karşı tarafın menfi, gerektiğinde müsbet zararının ödenmesi gerekir. Öte yandan, iptal hakkının kullanılması hiçbir şekilde bağlı değildir. Hatanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde, sözleşmenin karşı tarafına yöneltilecek tek taraflı bir irade açıklaması ile bildirilebileceği gibi def'i veya dava yoluyla da kullanılabilir. Ayrıca hatanın varlığı her türlü delille isbat edilebilir..." Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2018/889 E. 2018/1939 K. sayılı kararı.

⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 136.

⁹² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 362-363; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 344.

⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, C.24, 122; Abdülazîz el-Buhari, *Keşfü'l-esrâr*, C.4, 496; Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 634; Haskefî, *İfâdatü'l-envâr*, 317; Muhammed Emin İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*, trc. Mehmet Savaş (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1984) 19; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, 501.

Hanefî fakihler, hukukî işlem iradesi olmayıp ciddiyetten yoksun irade beyanıyla yapılan bütün hukukî işlemleri 'hezl' başlığı altında ele alarak hezl kavramını pozitif hukuktaki muvazaayı da kapsar şekilde kullanmışlardır.⁹⁴ Hususen Fahu'l-İslâm Pezdevî'nin metodunu benimseyen usûl kitaplarının son kısmında ehliyet arızalarına geniş yer ayrılmış, müktesep ehliyet arızaları başlığı altında hezl konusu detaylıca ele alınmıştır.⁹⁵ Çalışmada 'hezl' kavramı, pozitif hukuktaki latife beyanı manasında kullanılmıştır.⁹⁶

Hanefî fukahasının şaka yollu satış akdi⁹⁷ yapanın (hâzil) akdinin hükmüne dair farklı yaklaşımlarda buldukları görülmektedir. Bazılarına göre hâzilin akdi fâsit olarak geçerlidir. Ancak diğer fâsit akitlerden farklı olarak müşterinin satılanı kabzetmesiyle mülkiyet intikâl etmez.⁹⁸ Bazılarına göre ise hâzilin akdi bâtıldır,

⁹⁴ Küçük Ali Haydar Efendi, "Muvâzaa ve İstiğlâl," hzl. Sabri Erturhan, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 5. (2005): 269; Büyük Ali Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, 501.

⁹⁵ Haskefî, *İfâdatü'l-envâr*, 317-324; Abdülazîz el-Buhari, *Keşfü'l-esrâr*, C.4, 496-514; Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 634-642.

⁹⁶ Belirtildiği üzere, Hanefî doktrininde birçok yerde hezl kavramı pozitif hukuktaki muvazaa anlamında kullanılmış ve buna dair hüküm ve içtihatlar zikredilmiştir. Bununla beraber Mustafa ez-Zerkânun'da yerinde olarak ifade ettiği gibi latife beyanı ve muvazaa hüküm açısından aynıdır. Bkz. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-'âm*, c.1, 446. Çalışmanın bu kısmında bu husus göz önüne alınarak kadim Hanefî kaynaklarından istifade edilmiştir.

⁹⁷ Burada 'satış akdi' kaydını koymamızın sebebi, nikâh akdini çıkarmak içindir. Zira nikâh akdi, bütün mezheplere göre şaka yollu dahi olsa sahih olarak inikad eder. Fakihler bu hükmü şu meşhur hadis-i şeriften istinbat etmişlerdir: "Üç şeyin ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir; nikâh, talâk (boşama) ve talâktan sonra eşine dönme." Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, 124.

⁹⁸ Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, 635; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, c.10, 20; Emîr Pâdişah, *Teyşîru't-Tahrîr*, C.2, 290; Haskefî, *İfâdatü'l-envâr*, 319; İbn Âbidîn, *Minhatü'l-hâlik 'ale'l-Bahri'r-râ'ik* (Kahire: Daru'l-Kitabi'l-İslâmî, ty) c.6, 99; Ali Haydar Efendi, "Muvâzaa ve İstiğlâl", 270; İbn-i Nüceym'in ifadesine göre birkaç halde, akit fâsid olduğu halde kabz ile mülkiyet doğurmaz. Bunlardan bazıları şunlardır: 1. Hâzilin akdi. 2. Babanın, velayeti altındaki küçüğe ait bir malı fâsit olarak kendisi için satın alması veya kendine ait bir malı fâsit olarak küçüğe satması. Bu durumda satılan kullanılmadıkça mülkiyet doğurmaz. 3. Fasit olarak satılan malın akdin evvelinde emanet olarak müşterinin elinde olması. Yalnızca emanet bulundurmasıyla mâlik olmaz. Bkz. İbn-i Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 175; İbn Âbidîn, *Minhatü'l-hâlik 'ale'l-Bahri'r-râ'ik*, C.6, 99.

hiçbir şekilde hukukî netice doğurmaz.⁹⁹ Bununla beraber, Şihâbüddîn el-Hamevi ve İbnü Âbidîn gibi fâkihlerin belirttiği üzere, ‘hâzilin akdi batıldır’ diyenler de aslında ‘fâsit olarak kurulmuştur’ demek istemektedirler.¹⁰⁰

Hanefî mezhebinin genel yaklaşımı, akitlerde aslolanın ciddiyet olması ve şaka yollu irade beyanında bulunduğunu iddia eden kişinin bunu ispatla mükellef olmasıdır.¹⁰¹ Nitekim akıl sahibi bir insandan sâdır olan bir kelamı mümkün merteye hukukî netice doğuracak cihete sarf etmek asıl kabul edilmiştir.¹⁰² Bununla beraber satılanın bedelinin çok düşük olması gibi karinelerin varlığına binaen irade beyanının hukukî işlem iradesinden yoksun olduğunun kabul edileceğini söyleyen fakihlerde vardır.¹⁰³

İsviçre Borçlar Kanununun aksine TBK’da şaka yollu irade beyanlarına dair muayyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber doktrin ve uygulamada kabul edilen, durumun hal ve gereklerinin güven ilkesi bağlamında değerlendirilmesidir. Aşağıda daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, karşı tarafın

⁹⁹ Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta’lîl-i-Muhtâr*, C.2, 272; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i’*, C.7, 26-27; Muhammed Abdülhalîm el-Leknevî, *Şamerü’l-aqmâr hâşîye li-Nûri’l-envâr*, thk. Muhammed Abdüsselam Şâhid (Beyrut: Daru’l-Kütübü’l-İlmiyye, 1995) 240; İbn Âbidîn, *Minhatü’l-hâlik*, C.6, 99; Ali Haydar Efendi, “Muvâzaa ve İstiğlâl”, 270.

¹⁰⁰ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, C.10, 20; Hamevî, *Çamzü ‘uyûni’l-beşâ’ir*, C.2, 274.

¹⁰¹ Hamevî, *Çamzü ‘uyûni’l-beşâ’ir*, C.2, 274; İbn Âbidîn, *Minhatü’l-hâlik*, C.6, 99. Zerkâ, *el-Medhalü’l-fıkhiyyü’l-âm*, C.1, 446; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, C.1, 241; Bununla beraber bazı müellifler, sıhhati iddia edenin sözünün kabul edileceği içtihadının İmam Ebû Hanife’ye ait olduğunu, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf’un ise hezli iddia edenin görüşünün kabul edileceği görüşünde olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, C.24, 123; Hamevî, *Çamzü ‘uyûni’l-beşâ’ir*, C.2, 274.

¹⁰² Serahsî, *el-Mebsût*, C.24, 122; Ebü’l-Hasen el-Kerhî Hanefî mezhebinin üzerine bina edildiği asılları topladığı risalesinde bu hususu şöyle ifade etmektedir: “*Aksini ortaya koyan bir delil olmadığı sürece, Müslümanların hukukî tasarrufları sahih ve geçerli kabul edilmelidir.*” Bkz. Ebü’l-Hasen el-Kerhî, *er-Risâle* (Kahire: Mektebetü’l-Hânevî, 1994) 81.; Bu hususu ifade eden diğer bir külli kâide şöyledir: “*Kelâmın i’-mâli ihmâlinden evlâdır.*” Yani âkil ve bâliğ olan bir kişiden sâdır olan bir sözü hukukî netice doğuracak şekilde yorumlamak geçersiz saymaktan daha iyidir. Bkz. İbn-i Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 114; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle’nin Külli Kâideler Şerhi (Tafsîl)*, 152.

¹⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, c.1, 241; Zerkâ, *el-Medhalü’l-fıkhiyyü’l-âm*, c.1, 446.

beyan sahibinin iradesinin ciddi olmadığını durumun şartları içerisinde anlaması gerekiyorsa beyan hükümsüz, aksi halde geçerlidir. Bununla beraber, beyanın geçerli olduğu hallerde beyan sahibi yanılma düzenlemesine başvurarak akdi iptal etme hakkına sahiptir.¹⁰⁴

II. GENEL HATLARIYLA GÜVEN TEORİSİ

Güven teorisini ele almaya geçmeden evvel konunun daha iyi anlaşılması adına yorum kavramına ve yorum teorilerinin ortaya çıkışına kısaca temas etmekte fayda görmekteyiz:

A. Yorum Kavramı

Pozitif hukuktaki tarifiyle akit, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı olarak izhâr ettikleri iradelerini ifade eder.¹⁰⁵ Tariften de anlaşıldığı üzere bir akit en az iki iradeyi ortaya çıkaran iki irade beyanından oluşur. İrade beyanlarının birbirine uygun olup olmadığının anlaşılması için de ihtiva ettikleri mananın tespiti gerekir. Tam bu noktada irade beyanlarının yorumlanmasına ihtiyaç duyulur. Nitekim yorum (diğer bir deyişle tefsir), bir beyanın kapsadığı mananın tayini demektir.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.1, 186-187; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 363; Kocayusufpaşaoğlu vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 344.

¹⁰⁵ Yukarıda beyan edildiği üzere İslâm hukukçuları akdi, 'İcap ve kabulün irtibatı' şeklinde tarif ederek iradeyi esas alan pozitif hukuk tarifinin aksine irade beyanını ön plana çıkartmaktadırlar. Bkz. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-'âm*, 475.

¹⁰⁶ Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 4; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 390-391; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 267; Yorum kavramına dair J. Gaudemet'in şu ifadelerine yer vermek istiyoruz: "Kanun veya özel muamele şeklinde olması fark etmeksizin hukuk metinlerinin yorumu, her devrin hukukçusunun karşılaştığı mühim sorunlardan biridir. Yorumlamak, nazari olarak, açık olmayı açık hale getirmektir. Cicero'nun dediği gibi, *obscuram (rem) explanare interpretando*, yani anlaşılmasız olanı yorumlayarak açıklamaktır. Bununla beraber yorum yapan hukukçunun sadece kuralları bir şekilde bilmesi kâfi gelmez, genel ve soyut kuralları somut olaylara tatbiki imkân veren bir mesleki formasyonu da olmalıdır." Bkz. J. Gaudemet, "Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukukî Muamelelerin Yorumu", trc. Bülent Tahiroğlu, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 37, no.1-4 (1971):495; "Metinlerin gerçek anlamlarını tespit, hukukçu için bugün de en önemli bir faaliyettir. Yorum, hakim için normal ve her günkü bir faaliyettir." Bkz. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1987), 159.

Bununda ötesinde aslında yorum, irade beyanlarıyla tesis edilen bir hukukî işlemin var olup olmadığının belirlenmesinde önem arz etmektedir.¹⁰⁷

Yorumda ilk esas alınacak olan tarafların akit esnasında kullanmış oldukları tabirlerdir. Bu tabirler ifade ettikleri manayı açık surette göstermekte veya taraflar yanlış tabirler kullanılmış olsa dahi akdin mahiyetinden tarafların ortak iradeleri açıkça anlaşılıyorsa¹⁰⁸ bu durumda hiçbir güçlük çekilmeksizin akit, tarafların ortak iradelerine uygun olarak hukukî netice doğuracaktır.¹⁰⁹ Bununla beraber birçok defa, beyan sahibinin iradesi ile muhatabın beyana verdiği anlam arasında

¹⁰⁷ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Basımevi, 2021) 295; Andreas Furrer, Markus Muller Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On iki levha yayıncılık, 2021) 75; “Yorum faaliyeti, irade açıklamaları (hukukî işlemler) bakımından yalnız bunların anlamlandırılması amacıyla hizmet etmemektedir; bunun ötesinde bir irade açıklamasının (ve hukukî işlemin) mevcut olup olmadığı değerlendirilmesi de bir yorum meselesidir. Nitekim irade beyanının varlığı ve içeriği ayrılmaz şekilde birbirine bağlı bulunmaktadır, ancak “belirli bir içerikle” irade beyanı “var” olabilir. Bu bakımdan, irade açıklamaları (hukukî işlemler) bakımından “yorum”, bunların gerek hukuken mevcut olup olmadığını gerekse de hukuken sahip oldukları anlamı açıklığa kavuşturma faaliyetidir.” Bkz. Sarıkaya, “Sözleşmenin Yorumu,” 5.

¹⁰⁸ “...Taraflarca kullanılan tabirler (mesela satış, kira vs gibi) akdin hukukî takdirinde mutlak bir tesiri haiz değildirler. Bu takdir tarafların iradesine, yani beyanlarının tefsiri suretiyle keşfedilen iradeye istinat etmek lazım gelir. Tarafların kullandıkları tabirler çok defa yanlıştır. Bu keyfiyet ekseriya tarafların hukuk sahasındaki bilgisizliğinden ve bazen de bilhassa ticari münasebetlerde, hukukî teknik tabirler kullanmanın sevilmemesinden ileri gelir.... Takdir, esaslı şartları yani akdin esaslı unsurlarını nazara alır.” Bkz. Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 271; Bu hususta V. Tuhr’un bu ifadelerine benzer şekilde J. Gaudemet şöyle demektedir: “İrade beyanlarını yorumlayan hâkim, akdi yapanların bazen yanlış ifadelerle örtülmüş gerçek iradelerinin ne olduğunu araştırmalıdır.... Artık akdin muhtevâsını değil, tarafların hangi hukukî işlemi yapmak istediklerini araştırmak söz konusu olur ki bu durumda yorum, akdin mahiyet ve niteliğini belirlemeye yönelmiştir.” Bkz. J. Gaudemet, “Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukukî Muamelelerin Yorumu,” 507.

¹⁰⁹ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 154; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 391; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, 267-269; Konuya dair İsviçre Federal Mahkemesinin karara bağladığı meşhur bir mesele şöyledir: Taraflar balina eti satışına ilişkin akit yapmayı arzu ettikleri halde müzakerelerde Norveççe “Haakjöringksköd” ifadesini kullanmışlardır. Bu ise köpekbalığı eti anlamına gelmektedir. Her ne kadar yanlış tabir kullanmış olsalar da mahkeme taraflar arasında balina eti konulu satış akdi kurulduğuna dair karar vermiştir. Zira burada tarafların ortak iradeleri esas alınacaktır. (RGZ 99, 147 vd.) Bkz. Furrer, Muller ve Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 76.

uyuşmazlık çıktığı görülmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki bu uyuşmazlığın çözüme bağlanması için irade beyanının hâkim tarafından yorumlanması ihtiyacı hâsıl olmaktadır.¹¹⁰ Tam bu noktada yorum ile tarafların çatışan menfaatleri arasında adil dengenin sağlanması hedeflenmektedir.¹¹¹ Başka bir deyişle bu durumda yorumun amacı, hâkimin hukuken korunan iradeyi ortaya çıkararak irade beyanını farklı anlamlandırma riskini taraflar arasında âdil bir şekilde dağıtmasıdır.¹¹²

B. Yorum Teorilerinin Ortaya Çıkışı

Peki, taraflar arasındaki irade beyanını anlamlandırma hususundaki bu uyuşmazlığı hâkim nasıl giderecek, neyi esas alarak karar verecektir? Beyan sahibinin iradesini veya muhatabın beyana verdiği anlamı ölçüt olarak subjektif bir yorum mu yapacak, yoksa beyana üçüncü bir kişinin vermesi beklenen veya durumun gerekleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde muhatabın vermesi gereken manayı dikkate alarak objektif bir yorum mu yapacaktır? Meseleyi bir misal üzerinden izah etmek anlaşılmasını kolaylaştıracaktır: Mehmet'in arabasını satın almak isteyen Ahmet, bir milyon cüneyhe satın almak istediği yönünde icapta bulunuyor, Mehmet de kabul ediyor. Ancak Ahmet, Mısır cüneyhini kastederken Mehmet, Sudan cüneyhinin kastedildiğini zannediyor. Bu durumda akit hangi para birimi üzere kurulmuş olacaktır? Ahmet'in iradesi doğrultusunda Mısır cüneyhi üzerinde mi yoksa Mehmet'in anladığı üzere Sudan cüneyhi üzerinden mi? Yoksa objektif bir yorum yapılmak suretiyle taraflar dışındaki üçüncü bir kişinin anlayışı veya halin gerekleri ve dürüstlük kuralı doğrultusunda muhatap Mehmet'in anlaması gereken mana mı esas alınacaktır? Modern hukuk tarihi boyunca tüm bu sorulara verilen cevaplar bağlamında farklı yorum teorilerinin ortaya atıldığı görülmektedir.

¹¹⁰ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta yayıncılık, 2008) 85; Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 6.

¹¹¹ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 152; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 147.

¹¹² Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 9.

Avrupa devletlerinin birçoğunun hukuk sistemlerinin –hususen Kıta Avrupası- temellerini oluşturan Roma hukuku¹¹³, özellikle ilk dönemlerinde mahiyeti itibariyle ziyadesiyle şekilci olduğundan kanaatimizce taraflar arasında irade beyanlarını anlamlandırma noktasında bir uyuşmazlığa müsaade etmemektedir. Zira Roma hukukunun ilk dönemlerinde ancak kanun tarafından tanınan muayyen akit tiplerinden bir *actio* ile takip edilebilen borçlar meydana gelirdi. Bunlar dışındaki akitler hukukî netice doğurmaz ve dava ile takip edilemezdi.¹¹⁴ Bu dönemde sözlü akitlerin muteber olabilmeleri de ancak tarafların rızalarını belli bir şekle bağlı olarak izhâr etmelerine bağlıydı.¹¹⁵ Söylenmesi gereken ifadelerde yapılan küçük bir hata dahi akdi geçersiz kılmak için yetiyordu. Kişilerin ağzından çıkan bütün ifadeler de *verba ligant homines* (kelimeler insanları bağlar) özdeyişinde ifade edildiği gibi kesin bağlayıcılık özelliğine sahipti.¹¹⁶

İlerleyen yıllarda ise Roma hukukundaki katı şekilcilik az da olsa yumuşamış; alım, satım, şirket ve vekâlet akitlerinin rızâî olarak şekle tabi olmadan da yapılabileceği kabul edilmiştir.¹¹⁷ Nitekim bu dönemde akit yapanların hataya düşmüş olma durumuna dair birtakım düzenlemeler getirilmiş, beyan sahibinin iradesini esas alan irade teorisinin temelleri atılmıştır.¹¹⁸

¹¹³ Almanya, Fransa, İsviçre ve İtalya gibi Kıta (Kara) Avrupası hukuk sistemine tabi ülkelerin özel hukuklarının temellerini Roma Hukuku oluşturmaktadır. Kanunlar açısından birçok değişim ve gelişim olsa da en azından külli kâideler bazında Roma Hukukunun bu hukuk sistemleri üzerindeki tesiri çok açık görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti de kuruluşunda geçmişiyle bütün bağlarını kopararak farklı ülkelerden kanun iktibaslarında bulunmuş ve Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olmuştur. Bkz. Seldağ Güneş Ceylan, “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no. 2 (Haziran 2004).

¹¹⁴ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974) 54-55.

¹¹⁵ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 57.

¹¹⁶ Güvenç, “Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu,” 18.

¹¹⁷ Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 58; Güvenç, “Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu,” 22.

¹¹⁸ Güvenç, “Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu,” 24.

Beyan sahibinin iradesini esas alma kuralını bir teori haline getiren ise tarihçi hukuk okulunun kurucularından Friedrich Carl von Savigny olmuştur.¹¹⁹ İrade açıklamasını; irade, açıklama ve iki arasındaki uyuşma şeklinde üç kısma ayıran Savigny, irade ve açıklama arasında uyuşmanın gerçekleşmemesi halinde beyanın geçersiz olacağını ifade etmiştir. Nitekim ona göre irade, irade beyanının aslı unsurudur. Beyan sahibinin iradesine uymayan bir irade beyanı mutlak olarak geçersizdir.¹²⁰ İrade teorisi, yalnızca beyan sahibini esas alan bir eğilime sahip olmakla muhatapı neredeyse hiçe saydığından, doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmıştır.¹²¹

Doktrinde irade teorisinin mukâbili olarak beyan teorisi ele alınmaktadır. Nitekim bu teoriye göre esas olan muhatapın irade beyanını nasıl anladığıdır. Akit, beyan sahibinin iradesine uymasa dahi muhatapın beyana verdiği anlam üzere geçerlilik kazanır.¹²² Beyan teorisi, taraflar haricinde üçüncü bir şahsın anlayışını esas alan objektif beyan teorisi ve doğrudan muhatapın anlayışını asıl kabul eden sübjektif beyan teorisi olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır.¹²³ Beyan teorisinin her iki kısmı da, beyan sahibinin iradesini tamamen yok sayarak yalnızca muhatapın menfaatlerini öne çıkardığından pozitif hukuk doktrininde tenkit edilmektedir.¹²⁴ Nitekim Rudolph von Jhering, bu teorinin aldatma fiilini yasallaştırdığını ve muhatapın hakkı kötüye kullanmasını hukukça koruduğunu söylemektedir.¹²⁵

İrade ve beyan teorilerinin adalet ve hakkaniyeti temin edemediği gerekçesiyle doktrinde bu iki teorinin eksiklerini gidererek taraflar arasında adil

¹¹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 149.

¹²⁰ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 153; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 149; Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 35.

¹²¹ Demirsatan, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvaza," 1224; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 135; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 150.

¹²² Demirsatan, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvaza," 1225; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 150.

¹²³ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 153; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 150.

¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 133; Demirsatan, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvaza," 1225.

¹²⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 151.

menfaat dengesini kuracak başka teoriler geliştirilmiştir. Hususen 19. yüzyılın ikinci yarısında kavram hukukçuluğunu esas alan Pandektist hukukçulara¹²⁶ tepki olarak ortaya çıkan menfaat hukukçuluğunu¹²⁷ savunanlar tarafından iki teori geliştirildiği görülmektedir: Açıklama teorisi ve güven teorisi.¹²⁸

Açıklama teorisi, beyan sahibi ve muhatabın irade ve anlayışlarından bağımsız olarak doğrudan dış unsuru yani beyanı esas almaktadır. Bu teoriye göre irade beyanı, dış âleme çıktıktan sonra artık beyan sahibinin iradesi ile beyanı arasında bir uygunsuzluk olup olmadığına bakılmaksızın hukuk nizamının kendisine yüklediği hukukî sonucu doğuracaktır. Zira beyan sahibi ile muhatap arasındaki bağlantıyı sağlayan irade beyanıdır ve iradeye uymaması gerekçesiyle beyanın hükümsüz sayılması, muhatabın haklı güvenini hiçe saymaktır.¹²⁹ Öyle ki bu durumda hukukî güvenlik ortadan kalkacak ve irade beyanlarına güven kalmayacaktır.

Açıklama teorisi, objektiflik yanı ağır basan bir teoridir. Nitekim bu teori de tarafların sübjektif iradelerinden tamamen bağımsız olarak irade beyanına değer atfedilmekte ve beyan objektif bir değerlendirme aracı olarak görülmektedir. Öyle ki bu teoriye göre, hâkim yalnızca kullanılmış bir tâbirin manasını örf ve âdete, işin mâhiyet ve sebebine göre tayin etmelidir, tarafların iradelerini ve gizli niyetlerini araştırmak zorunda değildir.¹³⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, açıklama

¹²⁶ Pandekt hukukunun birçok tanımı yapılmakla beraber burada kastedilen tarif şudur: XIX. yüzyılda tarihçi hukuk okulunun çalışmalarıyla ortaya çıkan Pandekt hukuk bilimi, Pandektistik. Bkz. Eşref Küçük, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56, no. 4 (Aralık 2007): 114.

¹²⁷ Menfaat hukukçuluğunun aslî temelleri, Pandekt hukuk okulunu terk ederek bu okulun görüşlerini sert bir şekilde tenkit eden Jhering ile atılmıştır. Hukuk kurallarında gaye kanununu savunan Jhering, irade hürriyeti teorisine de karşı çıkmıştır. Nitekim illiyet (gaye) kanunu gereği irade dahi bir sebep olmaksızın dış dünyada ortaya çıkamaz. Buna göre iradenin değil iradeyi ortaya çıkaran sebebin esas alınması gerekir. Bkz. Orhan Münir Çağıl, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11, no. 3-4 (Eylül 2011): 226.

¹²⁸ Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 43.

¹²⁹ Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 45.

¹³⁰ Turhan Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, no.3 (Mayıs 1952): 170.

teorisi yukarıda bahsi geçen beyan teorisinden farklı olarak sadece muhatabın beyana yüklediği manayı esas almamaktadır. Zira bu durumda teorinin bahsi geçen objektiflik iddiası gerçekleşemeyecektir.¹³¹

C. Güven Teorisi

Güven teorisi, somut olayın bütün şart ve durumları göz önüne alınarak muhatabın güven ilkesi gereğince¹³² kendisine yöneltilen irade beyanına vermesi gereken manayı ortaya çıkarmayı hedefleyen yorum teorisidir.¹³³ Bu anlamda güven teorisi, normatif karakterlidir. Nitekim bu teori gereğince muhatabın beyana sübjektif olarak verdiği mana değil, dürüstlük kuralı gereğince objektif, makul, orta düzeyli ve dürüst bir muhatap olarak vermesi icap eden mana esas alınmalıdır.¹³⁴

Açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, güven teorisi bağlamında yorum yapacak hâkim iki hususu göz önüne alacaktır: Muhatabın irade beyanını anlamak için elinden gelen bütün çaba ve özeni sarfetmiş olup olmadığı ve içerisinde bulunduğu şartlar içerisinde makul ve dürüst bir fert olarak uzmanlık bilgisi de

¹³¹ Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 46-47.

¹³² İsviçre Federal Mahkemesi, güven ilkesini şu şekilde ifade etmektedir: "Güven ilkesine göre tarafların irade açıklamaları, beyan muhatabının dürüstlük kuralına göre beyanı ne şekilde anlayabileceği veya anlaması gerektiği esas alınarak yorumlanır." Bkz. BGE 113 II 49 E. 1b; 132 III 264 E. 2.2.

¹³³ Kocayusufpaşaoğlu vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 134; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 70-71; Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 85; Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 74.

¹³⁴ İbrahim Kaplan, *Borçlar Hukuku Dersleri* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 1997) 79-80; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 152; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 135; Furrer-Muller-Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 77; Bazı yazarlara göre bu, yeni güven teorisinin tanımıdır. Nitekim klasik güven teorisine göre irade beyanlarının yorumunda esas alınacak olan, dürüst ve makul üçüncü kişidir. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 153. Bununla beraber bugün güven teorisi denilince yeni güven teorisi anlaşılmaktadır. Çalışmada da güven teorisinden yeni güven teorisi kastedilmektedir.

göz önüne alınarak¹³⁵ irade beyanını nasıl anlaması gerektiği.¹³⁶ Buna göre muhatap, özellikle yapılan beyandan önceki müzakereleri de göz önünde bulundurmamak zorundadır.¹³⁷

Doktrinde savunulan görüşe göre, güven teorisi yalnızca muhatapı korumamakta yerine göre güven ilkesi gereğince beyan sahibinin iradesini de esas almaktadır.¹³⁸ Yani bu teoride muhatap, beyan sahibine göre imtiyazlı bir hale gelmemekte yalnızca yerine göre güven ilkesi gereğince muhatapın haklı güveni koruma altına alınmaktadır.¹³⁹ Nitekim iddia edildiği üzere güven teorisi, tarafların karşılıklı menfaatleri arasında denge sağlamak ve birbirlerini makul, dürüst bireyler olarak gözetme yaklaşımını esas almaktadır.¹⁴⁰

¹³⁵ Yorumda ticari teamüllerin de büyük etkisi vardır. Nitekim 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "...Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır." düzenlemesiyle bu hususa işaret edilmektedir. Muhatap beyanda bulunan kişinin kullandığı ifadeleri ticari örfe uygun olarak kullandığını varsayabilir ki yerine göre böyle yapmak zorundadır. Bkz. Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 394. Ancak muhatap beyan sahibinin ticarî örf ve adetleri bilmediğini biliyor veya güven ilkesi doğrultusunda bilmesi gerekiyorsa bu durumda ticari teamüller esas alınmaz ki TTK'nun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.*" ifadesi de bunu teyit etmektedir.

¹³⁶ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012) 161; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 155-156; Furrer- Muller- Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 77.

¹³⁷ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 393; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*, 268.

¹³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 157; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 134.

¹³⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı* (İstanbul: Garanti Matbaası, 1968) 8; Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 75; Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti, 173.

¹⁴⁰ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 51; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 161; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 152; Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, 9; Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti," 173; Doktrinde yaygın kanaat bu olmakla beraber, bazı yazarlar haklı olarak bu teorinin beyan sahibi ve muhatap arasında tam bir eşitlik sağlanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler. Bkz. Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 76; Bunun aslî sebebi şudur: Güven teorisi, dürüst ve makul farazî bir muhatap tasavvur ederek yalnızca muhatapın içerisinde bulunduğu hal ve şartları dikkate almaktadır. Yani sadece

Teorinin tatbikinin daha iyi anlaşılması adına bir misal verelim: Mert, marangoz Fatih'e bir çalışma masası ısmarlamak istemektedir. Fatih'in dükkânında başka müşterilerle ilgilendiği sırada Mert bu yönde icapta bulunmuş, o anda meşgul olan Fatih, kabul etmiş ancak ısmarlananı kitaplık olarak anlamıştır. Akabinde Mert'e bir kitaplık yapıp göndermiştir. Bu durumda akit ne üzere kurulmuş olacaktır? Beyan sahibinin iradesine göre mi, yoksa muhatabın

muhatabın mensup olduğu meslek, sosyal çevre, eğitim düzeyine sahip makul ve dürüst bir kişinin sahip olduğu kâbiliyete muhatap da sahip olsaydı bilmesi gereken halleri dikkate almaktadır. Bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 156; Furrer, Muller ve Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 77; Önemli olan muhatabın bu beyanı güven ilkesi çerçevesinde nasıl anlaması gerektiğidir. Buna karşılık beyan sahibi; orta düzey, makul ve dürüst bir fert olarak takati nispetinde elinden gelen bütün çabayı gösterip beyanını karşı tarafın anlayacağı şekilde ifade etmiş olsa dahi güven teorisine göre bunun bir ehemmiyeti yoktur. Güven teorisini savunanlar ise buna cevaben şöyle demektedirler: Beyan sahibinin akdin tesisi için ilk adımı atan kişi olarak bahsi geçen riski yüklenmesi tabiidir. Bu durum, ticari muamelelerin ruhuna da uygundur. Zira içerisinde bulunduğu halin şartlarına göre beyanı dürüst ve makul bir fert olarak anlamdıran muhatap, beyan sahibinin hususî koşulları sebebiyle beyanın farklı yorumlanması riskiyle karşı karşıya kalmamalıdır. Bkz. Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu" 54; Sarıkaya, "Sözleşmenin Yorumu," 77; Kanaatimizce bu gerekçe yerinde değildir. Güven teorisinin beyan sahibinin içerisinde bulunduğu hal ve şartları neredeyse hiçe sayıyor oluşu, taraflar arasında adil menfaat dengesini temin etme iddiasını ciddi şekilde zedelemektedir. Ayrıca bu teoride güven ilkesi çerçevesinde muhatabın anlaması gereken manayı tespit edecek olan hâkimdir. Üçüncü bir kişinin anlayışını esas alan objektif beyan teorisi ve klasik güven teorisi doktrinde -görebildiğimiz kadarıyla- birçok yazar tarafından tenkit edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 133; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 151-153; Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 154; Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 160; Aralarında ciddi mahiyet farkı olsa dahi güven teorisinde de bir nokta da tarafların haricinde üçüncü bir kişi olan hâkimin durumun şartlarını takdir etmesi ve buna göre irade beyanına verilmesi gereken manayı tespit etmesi beklenmektedir. Hâkimin somut olayın şartlarını ne derece doğru takdir edebileceği ise şüphelidir. Zira hâkim, ancak kendisine arz edilen delil ve karineler doğrultusunda bunu yapabilecektir ki muhatabın dikkat etmesi gereken bütün hal ve şartları tamamıyla bilebilmesi kanaatimizce çok zordur. Evet, hâkim zâhire ve muttali olabildiği delillere göre hüküm vererek uyumsuzluğu çözmek durumundadır. Ancak kanaatimizce beyan sahibi ve muhatap arasında irade beyanını anlamaya dair cereyan eden her uyumsuzlukta beyanın manasını takdiri hâkime bırakmak yerinde değildir. Nitekim bu durumda objektif beyan teorisi ile klasik güven teorisinin tenkit edildiği hususlar güven teorisi için dahi gündeme gelebilecek, hâkim adeta üçüncü haricî bir kişi olarak akde dâhil olmuş olacaktır.

anladığına göre mi? Güven teorisine göre Fatih, somut olayda irade beyanını anlamak noktasında üzerine düşen gayret ve özeni göstermemiş olduğundan akit Mert'in iradesi üzere kurulmuş olacaktır. Yani Mert'in beyanı, kendisinin gerçek iradesine, Fatih'in de güven teorisiyle ortaya çıkarılan farazî iradesine göre yorumlanacaktır. Tersinden düşünecek olursak, yani eğer Fatih makul ve dürüst bir muhatap olarak içerisinde bulunduğu şartlar içerisinde elinden gelen bütün çaba ve gayreti gösterdiği halde Mert'in beyanını kitaplık olarak anlamışsa bu durumda da irade beyanı, Mert'in farazî iradesine, Fatih'in de gerçek iradesine göre yorumlanacaktır.¹⁴¹

Burada akla şu soru gelmektedir: Hâkimin güven teorisi bağlamında yapacağı yorum neticesinde olması gerektiğini düşündüğü farazî irade, ne beyan sahibi Mert'in ne de muhatap Fatih'in iradesine uymasaydı ne olacaktı? Akit taraflardan hiçbirisinin hakikî iradesine uymayan farazî bir irade üzere kurulmuş sayılacak mıydı? Doktrinde tutarlığı korumak adına bu durumda da akdin farazî irade üzerinden kurulacağını söyleyenler vardır. Bununla beraber birçok yazar, aksi yönde görüş belirtmiş, taraflardan hiçbirinin hakikî iradesine uymayan farazî bir irade üzere akdin kurulamayacağını söylemiştir.¹⁴²

Kanaatimizce bu durum, teorinin çıkmazlarından birisidir. Zira yukarıda geçtiği üzere akit, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradelerinin bir araya gelmesini ifade eder. Güven teorisine göre taraflardan birinin hakikî iradesine hiçbir şekilde uymayan farazî bir irade üzerinden akit kurulmuş sayılıyorsa iki tarafın da iradesine uymayan farazî irade üzerinden niçin akit kurulmuş sayılmasın? Doktrinde buna cevap olarak; 'taraflardan hiçbirisinin hakikî iradesine uymayan iradeyle akit kurulmuş olmaz.' denilmektedir. Bize göre bu tatmin edici bir cevap değildir. Teorinin

¹⁴¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 157; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 51.

¹⁴² Furrer- Muller- Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 78; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 158; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 71; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 138; Kanaatimizce bu durum, teorinin çıkmazlarından birisidir. Zira yukarıda geçtiği üzere akit, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradelerinin bir araya gelmesini ifade eder. Güven teorisine göre taraflardan birinin hakikî iradesine hiçbir şekilde uymayan farazî bir irade üzerinden akit kurulmuş sayılıyorsa iki tarafın da iradesine uymayan farazî irade üzerinden niçin akit kurulmuş sayılmasın? Doktrinde buna cevap olarak; 'taraflardan hiçbirisinin hakikî iradesine uymayan iradeyle akit kurulmuş olmaz.' denilmektedir. Bize göre bu tatmin edici bir cevap değildir. Teorinin yeknesaklık ve tutarlılığını sağlamak adına her iki tarafında kastetmediği farazî iradeye göre akdin kurulmuş olacağını kabul etmek gerekir ki bu durumda da taraflar hiçbir şekilde arzulamadıkları bir akit ile sorumlu tutulmuş olacaktırlar.

yeknesaklık ve tutarlılığını sağlamak adına her iki tarafında kastetmediği farazi iradeye göre akdin kurulmuş olacağını kabul etmek gerekir ki bu durumda da taraflar hiçbir şekilde arzulamadıkları bir akit ile sorumlu tutulmuş olacaktırlar.

a. Pozitif Hukuktaki Yeri

Güven teorisi, Türk/İsviçre borçlar hukuku doktrin ve uygulamasında¹⁴³ hâkim olan teoridir.¹⁴⁴ TBK'da güven teorisine dair doğrudan bir düzenleme olmasa dahi birçok yazarın ifade ettiği üzere bu teori, meşruiyetini TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralından almaktadır.¹⁴⁵ Özellikle bir tarafa yöneltilen varması gerekli irade beyanlarının yorumunda bu teoriye başvurulmaktadır. Bununla beraber, vasiyetnameler gibi tek taraflı irade beyanlarının yorumlanmasında irade teorisi uygulanmaktadır.¹⁴⁶ Zira yukarıda

¹⁴³ Bu bağlamda Yargıtay Genel Kurulu'nun şu ifadelerine yer vermek istiyoruz: "...Borçlar hukuku mevzuatımızda düzenlemesi bulunmamasıyla birlikte gerek Türk hukukunda gerekse İsviçre hukukunda kendisine uygulama yeri bulan güven teorisi; bir kimsenin kendi oluşturduğu dış görünüşün meydana getirdiği sonuçlara kendisinin katlanmasının gerekliliği, aksi yönde bir düşüncenin iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceği kabulüne dayanır. Bu kapsamda yorum sırasında güven teorisi nin uygulanması 4721 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesinin gereğidir..." Bkz. YHGK, 2015/21-2372 E., 2019/1420 K.; 2016/(21)10-1602 E., 2020/711 K.

¹⁴⁴ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 69; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 134; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 154; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c.1, 217; Kaplan, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 80.

¹⁴⁵ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 154; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 134; Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 155; TMK Madde 2: "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." Bu madde TMK'nın 'genel hükümler' kısmında yer almaktadır. TMK Madde 5'deki: "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." düzenlemesi gereğince dürüstlük kuralı, borçlar hukukunda da uygulanmaktadır; Robert Patry'e göre ise güven ilkesinin asli kaynağı dürüstlük kuralı değil, 3. madde de yer alan iyi niyet kuralıdır. Bkz. Robert Patry, "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 15, no. 18 (Temmuz, 2011):18.

¹⁴⁶ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 191; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 154-155; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 155; Caner Taşatan, "Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23, no.1 (Mayıs 2021): 573; "...Vasiyetnamenin yorumunda mirasbırakanın son

bahsedildiği üzere güven teorisinin aslî gayesi, muhatabın haklı güvenini korumaktır. Tek taraflı irade beyanlarında böyle bir durum olmadığından güven teorisine de gerek duyulmamaktadır.¹⁴⁷

Pozitif hukuk doktrininde genel kabul gören anlayışa göre¹⁴⁸, objektif güven teorisi, sübjektif irade teorisini tamamen bertaraf etmemektedir. Sadece irade teorisini muhatabın haklı güvenini korumak adına ıslah etmektedir.¹⁴⁹ Nitekim doktrinde ve uygulamada sübjektif ve objektif olmak üzere birbirine mukâbil iki yorum türünün kabul edildiği görülmektedir.¹⁵⁰ Buna göre irade beyanlarının yorumunda öncelikli olarak tarafların gerçek iradeleri araştırılmalıdır. Gerçek iradelerin birbirine uyumlu olduğu hallerde tarafların ortak iradesi esas alınarak iradeye aykırı olan irade beyanına itibar edilmemelidir.¹⁵¹ Bu durumda güven teorisine göre objektif yorum yapmaya da gerek yoktur. Zira güven teorisi, ancak taraflar arasında irade beyanını anlamlandırma noktasında bir uyuşmazlığın olduğu hallerde devreye girmektedir.¹⁵²

arzularını gerçekleştirmenin yolu, irade teorisinin mutlak bir şekilde uygulanmasıdır. Zira irade teorisi, dışa vurulmuş irade yerine, beyan sahibinin gerçek iradesini üstün tutmakla, vasiyetnamenin varması gerekli olmayan tek taraflı işlem karakterine en uygun çözümü sunmaktadır..." Bkz. Yargıtay 3. HD., 27.05.2014, 2014/6645 E., 2014/8309 K.

¹⁴⁷ Taşatan, "Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi," 573.

¹⁴⁸ Aksi görüş için bkz. Nulcihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmelerin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", *İnönü Üniversitesi Hukuk Dergisi*, 8, no.1 (2017): 39.

¹⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, 10; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.1, 52; Kocayusufpaşaoğlu vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 134-135.

¹⁵⁰ Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 297; Özdoğan, "Sözleşmelerin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti," 37-39.

¹⁵¹ TBK Madde 19: "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."

¹⁵² Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c.1, 193; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 294-295; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 70; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 157; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 136.

Uyuşmazlık halinde ise hâkim, muhatabın bildiği veya bilmesi gereken bütün unsurları dikkate alarak irade beyanını yorumlamalıdır.¹⁵³ Bununla beraber, yorum sonucunda ortaya çıkan normatif/farazî iradeyi gerçekte kastetmemiş taraf, -eğer kusurluysa-¹⁵⁴ TBK 35'de yer alan menfî zararı karşılama külfetine katlanmak suretiyle bir yıl içerisinde yanılma hükümlerine dayanarak akdî feshedebilecektir.¹⁵⁵

Pozitif hukuk doktrininde güven teorisi bağlamında değerlendirilen meselelerden birisi de hukukî sonuç veya beyan iradesinden yoksun irade beyanlarıyla yapılan akitlerin durumudur. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz

¹⁵³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu-Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987), 41; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 162; Kaplan, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 80.

¹⁵⁴ Tazminat ödenmesi için 'eğer kusurluysa' kaydını koymamızın sebebi, İsviçre/Türk hukuklarında beyan sahibinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın hata halinde akdi iptal edebileceğinin kabul edilmesidir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, 116.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 136; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 71; Velidedeoğlu-Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 41; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 162; Bazı yazarlara göre, bu durumda yanılmayı öne sürme hakkının verilmesi zarurîdir. Zira bu, objektifleştirilmiş yorumun zarurî bir düzelticisidir. Bkz. Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c.1, 192-193; Bize de ziyadesiyle makul gelen bir görüşe göre ise bir taraftan muhatabın haklı güvenini korumak gerekçesiyle beyan sahibi hiç istemese dahi güven ilkesine göre farazî bir irade belirleyip diğer taraftan da bir yıl gibi uzun süre içerisinde iptal hakkı vermek birbiriyle çelişen durumlardır. Her ne kadar akdi iptal eden tarafa tazminat yüklense de, bu ancak akdin hükümsüzlüğünden doğan menfi zarar içindir. Ayrıca bu tazminat, ancak iptal talebinde bulunan taraf kusurluysa gündeme gelecektir. Görüldüğü gibi, muhatabın bir taraftan korunduğu iddia edilen haklı güveni, diğer taraftan bertaraf edilmektedir. Bu durumda ise güven teorisinin tatbikinden bahsetmek dahi zorlaşmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 140; Güvenç, "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu," 279-283; Bu bağlamda v. Schwind'in şu ifadelerine yer vermek istiyoruz: "Bir hukukî problem olarak hata problemi sanılanın aksine, bir taraflı değil, iki taraflı bir sorundur. Karşı tarafın ve iş hayatının ihtiyaç ve güvenlikleri nazara alınmadan doğru bir çözüme bağlanamaz. Bu sebeple, hukukça nazara alınacak hatanın şartları yalnız hataya düşen kişi açısından düzenlenemez. Söz konusu şartlardan bazılarının, sözleşmenin karşı tarafında gerçekleşmesini aramak hatta toplum menfaatleri ile çatıştığı zaman da sözleşmenin hata sebebiyle iptaline müsaade etmemek gerekir." Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, 41.

üzere hatalı veya ciddi olmayan bir irade beyanının öncelikle güven teorisine göre yorumlanması ve bu vesileyle akdin kurulmuş olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.¹⁵⁶

Mesela hukukî işlem iradesinden yoksun bir irade beyanında bulunulduğunda, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini fiilen anlamamış olsa dahi hal ve şartlara göre güven ilkesi gereğince gerekli özeni gösterseydi anlaması gerekiyorsa bu durumda iradeler arasında normatif (farazî) bir uyum olduğu kabul edilerek akit beyan sahibinin iradesine göre kurulmuş kabul edilir. Ancak muhatap, beyan sahibinin hataya düştüğünü bildiği halde beyanına uymayan gerçek iradesinin ne olduğunu tespit edebilecek durumda değilse akit geçersiz olur. Zira bu durumda irade uyuşmasından söz etmek mümkün değildir.¹⁵⁷ Eğer muhatap, beyan sahibinin beyanının hukukî işlem işlem iradesinden yoksun olduğunu bilmiyor ve güven ilkesine göre de bilmesi gerekmiyorsa, bu durumda akit muhatapın beyana verdiği mana üzere kurulmuş sayılır. Bununla beraber belirttiğimiz üzere, beyan sahibinin hata sebebiyle akdi iptal etme hakkı mahfûzdur.¹⁵⁸

Yukarıda da temas edildiği üzere, benzer durum şaka yollu, ciddi olmayan irade beyanları için de söz konusudur. Şöyle ki; muhatap, beyan sahibinin hukukî işlem iradesinin olmadığını biliyor veya durumun şartları dikkate alınarak orta düzey, makul dürüst bir birey olarak bilebilecek durumdaysa irade beyanı hükümsüzdür. Aksi halde ise dürüstlük kuralı bağlamında muhatapın güveni

¹⁵⁶ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 424; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 139; Bu halde yapılan yorumun diğer bir faydası da eğer yorum neticesinde akit kurulmuş sayılacaksa da hangi halde beyan sahibine iptal hakkının verileceğinin tespit edilebilmesidir. Doktrinde bu durum, 'yorum iptalden önce gelir' kuralı ile ifade edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 137.

¹⁵⁷ Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet yayınevi: 2014)133; Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 137.

¹⁵⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 424, Kocayusufpaşaoğlu vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 138; Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, 123-131.

korunarak akit geçerlilik kazanacaktır.¹⁵⁹ Bu halde dahi beyan sahibinin hata hükümlerine başvurarak akdi iptal etme hakkı vardır.¹⁶⁰ Buna göre hâkim, uyumsuzluk halinde somut olayda nasıl bir yol izleneceğini güven teorisi bağlamında yorum yaparak tayin edecektir.

b. Hanefî Mezhebi Bağlamında Değerlendirilmesi

Buraya kadar yer verdiğimiz bilgiler doğrultusunda okuyucunun zihninde Hanefî mezhebinin güven teorisine yaklaşımına dair bir bakış açısı oluşmuş olması gerektiği kanaatindeyiz. Yine tarihî serencamı arz edilen yorum teorilerinden hangisinin Hanefî mezhebinin irade-irade beyanı münasebeti hususundaki tutumuna daha yakın olduğunun az-çok belli olduğunu düşünüyoruz. Nitekim bahsedildiği üzere, Hanefî fakihler mümkün mertebe akitlerin dış görünüşünü (irade beyanı) esas alma yönünde bir yaklaşım sergilemişler, beyan sahibinin veya muhatabın anlayışından ziyade beyana itibar etmişlerdir. Buna göre taraflar arasında irade beyanını anlamlandırma hususundaki ihtilaflarda mihenk taşı, irade beyanında kullanılan lafızların tarafların anlayışlarından bağımsız şekilde lügavî veya yerine göre örf ve âdetin gereği olarak ifade ettiği manadır. Âkil ve bâliğ bir kişiden sâdır olan bir ifade de elden geldiği kadar hukukî sonuç doğuracak şekilde yorumlanmalı, i' mâl edilmeli ve ihmal edilmemelidir. Ayrıca beyan edildiği üzere Hanefî fakihlerin usûlî olarak temellendirerek irade beyanını akdin rüknü sayıp rızayı sıhhat (cevaz) şartı kabul etmeleri de bu mülâhazalarını teyit etmektedir.

Kanaatimizce bu yaklaşıma en yakın teori, açıklama teorisidir. Zira beyan edildiği üzere bu teoriye göre beyan sahibinden sâdır olan irade beyanı, ifade ettiği mana doğrultusunda hukukî bir sonuç doğurmalıdır. İrade beyanında kullanılan ifadelerin gerektirdiği hukukî sonuç, beyan sahibinin iradesine uymasa dahi sonuç değişmeyecektir. Hâkime düşen tek şey, irade beyanındaki ifadelerin lügavî veya

¹⁵⁹ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 186; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 363; Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 87; Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 119; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 180.

¹⁶⁰ Velidedeoğlu-Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 42; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.1,187; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 364; Kocayusufpaşaoğlu vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 344.

yerine göre örfî manasını tespit etmektir. Güven teorisinde olduğu gibi halin şartları bağlamında muhatabın dürüst ve makul bir fert olarak beyanı nasıl anlaması gerektiğini araştırmasına hâcet yoktur. Nitekim açıklama teorisiyle güven teorisi arasındaki aslî fark da tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Güven teorisi, tarafların irade beyanına yönelik şahsi anlayışlarının haricinde güven ilkesine göre halin gerektirdiği normatif manayı esas alması yönüyle objektif; ancak muhatabın içerisinde bulunduğu hal ve şartları esas alarak muhatabı merkeze koyması cihetiyle de hususî bir teoridir. Açıklama teorisi ise taraflardan bağımsız olarak irade beyanının ifade ettiği manaya itibar etmesi açısından objektif; yalnızca muhatabı esas almayı beyanı esas alması yönüyle de geneldir.¹⁶¹

Bununla beraber belirtmek gerekir ki; açıklama teorisi, Hanefî fakihlerin meseleye bakışını tam olarak da karşılamamaktadır. Zira bahsedildiği gibi, beyan iradesinden tamamen yoksun irade beyanlarında, beyan sahibi hatalı olduğunu ispat edebilirse (ki Hanefî fakihlerin birçoğuna göre tek ispat vasıtası muhatabın tasdikidir) bu durumda akit münakid (geçerli) olsa dahi fâsit olacaktır. Malum olduğu üzere de fâsit akit taraflar tarafından, bu olmazsa da yerine göre hâkimce resen iptal edilmelidir.¹⁶² Ayrıca İbnü'l-Hümâm'dan aktardığımız üzere, bu halde dahi fâsit akit hâzilin akdi gibi kabz ile mülkiyet doğurmayacaktır. Anlaşıyor ki, Hanefî fakihler her ne kadar bu akde geçerli deseler de, neredeyse bâtil akit gibi muamele etmişlerdir. Yine hâzilin akdinde de eğer beyanının şaka yollu olduğu beyan sahibince beyyine ile ispat edilirse veya hâlin delâletinden karinelere anlaşılması mümkünse bu durumda da akit, az evvel zikrettiğimiz mahiyet üzere fâsit olacaktır. Açıklama teorisinde ise beyan sahibinin iradesi ve beyanı arasındaki uygunsuzluklar dikkate alınmamaktadır. Zira bu teoriye göre tek dikkate alınacak olan akdin dış unsuru yani irade beyanıdır.

Hanefî fakihlerin bu nazariyesinin güven teorisiyle örtüşen bazı taraflarının olduğu da görülmektedir. Mesela hukukî işlem iradesinden yoksun olacak şekilde hatalı yapılan irade beyanlarının hükmünün tayininde, hâkim somut olayın şartlarına göre hareket edecektir. Yani halin gereklerini tetkikten sonra akdin

¹⁶¹ Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti," 172.

¹⁶² Mevsîlî, el-İhtiyâr li-ta'lîlî'l-Muhtâr, C.2, 274; Ali el-Hafif, Ahkâmu'l-Muâmelati's-Şer'iyye, 330.

geçerli olup olmadığına karar verecektir. Nitekim Taki Osmâni'nin de yerinde olarak belirttiği gibi, bu tür hata hallerine dair fakihlerin genel-geçer bir kâide veya nazariye ortaya koymamasının aslî sebeplerinden birisi, her bir olaya verilecek olan hükmün farklılık gösterecek olmasıdır. Buna göre hâkim, önüne gelen her bir uyuşmazlığı somut olay adaletini tesis edecek ve hakkaniyete en uygun olacak şekilde hükme bağlayacaktır. Yine hâzilin akdinde de beyanının ciddi olmadığı semenin çok düşük olması vs. gibi bazı karinelere anlaşıyorsa bu durumda da hâkim akdin fesadına karar verebilecektir. Görüldüğü gibi her iki halde de hâkim, uyuşmazlığı çözmek adına somut olayın şart ve durumlarını tetkik etmektedir. Her ne kadar burada yeni güven teorisinde olduğu gibi muhatap bazlı bir tahlil yapılmasa da, en azından objektif dürüst üçüncü kişiyi esas alan klasik güven teorisiyle bir benzerlik olduğu görülmektedir.

Bütün açıklamalar ışığında, Hanefî fakihlerin, yalnızca muhatabın içerisinde bulunduğu hal ve şartlara göre güven ilkesi doğrultusunda beyanı nasıl anlaması gerektiğini esas alan yeni güven teorisinin anlayışını kabul etmediklerini ifade edebiliriz. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz bu durum, beyan sahibinin hal ve şartlarının neredeyse ihmal edilerek yalnızca muhatap merkezli bir yorum anlayışına vücut vermektedir ki kanaatimizce bu âdil değildir. Teorinin bu eksikliğini gidermek adına beyan sahibine verilen iptal hakkı ise açıklandığı üzere ayrı bir hakkaniyetsizliğe sebep olmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; konuya dair birçok mutemed Hanefî fıkıh ve usûl kitabını gözdengeçirdikten sonra, pozitif hukuktaki bu iptal hakkının Hanefî mezhebinin konuya bakış açısına uygun düşmediği kanaati bizde hâsıl oldu. Zira Hanefî mezhebine göre aslanan, beyan sahibinin beyan veya hukukî işlem iradesi olmasa dahi irade beyanı doğrultusunda akdin geçerlilik kazanmasıdır. Ancak muhatapla bu hususta anlaşmazlığa düşmeleri halinde, beyan sahibi meseleyi mahkeme arz edecek ve iradesi ile irade beyanı arasında uygunsuzluk olduğunu ya beyyine ile ispat edecek ya da duruma göre hâkim somut olayın şartlarını ve hâlin delâletini esas alarak fesih kararı verebilecektir. Yani akit ya sahih ve geçerli sayılarak hukukî neticelerini doğuracak ya da hâkim kararıyla fâsit olduğuna hükmedilerek feshedilecektir. Muhatabın haklı güvenini koruma gerekçesiyle akit önce geçerli kabul edilip daha sonra beyan sahibine iptal hakkı verilmeyecektir. Kanaatimizce Hanefî mezhebinin meseleye yaklaşımı çok daha tutarlı ve hakkaniyetlidir. Zira pozitif hukukta olduğu gibi öncelikli olarak hukukî işlem

emniyeti ve muhatabın haklı güveni korunarak irade beyanı doğrultusunda akit geçerli sayılmakta, akabinde de duruma göre beyan sahibine mahkemeye başvurarak akdi iptal ettirme hakkı tanınmamaktadır. Yani Hanefî mezhebinde pozitif hukukta olduğu gibi bir taraftan verilen diğer taraftan geri alınmamakta, beyan sahibine karşı muhatabı koruma gayesiyle muhatap beyan sahibine karşı imtiyazlı bir hale getirilmemektedir.

Son olarak, ehemmiyetine binaen bir noktaya daha değinmek istiyoruz: Pozitif hukuk doktrininde güven teorisi için zikredilen birçok örnek, Hanefî fakihlerce farklı açılardan ele alınmaktadır. Bu da giriş kısmında özellikle vurguladığımız bir hususu teyit etmektedir: İslâm Hukuku, kendine has asıl ve esasları olan özgün, sistematik ve müstakil bir hukuk sistemidir. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan pozitif hukukta böyledir. Hal böyle iken farklı iki sistemin ıstılah ve nazariyelerini mutlak surette birbirine tetâbuk ettirmeye çalışmak makul değildir.

Bu durumu, yukarıda 'yorum teorilerinin ortaya çıkışı' başlığı altında ilk paragrafta verdiğimiz misal üzerinden izah edebiliriz: Somut olayda taraflar Mehmet ve Ahmet, cüneyh üzerinden yaptıkları akdin hangi ülkenin para birimi olduğu noktasında ihtilafa düşmüşlerdir. Pozitif hukuka göre bu durumda hâkim güven teorisine göre muhatap Mehmet'in dürüst ve makul bir muhatap olarak içerisinde bulunduğu hal ve şartlara göre hangi para birimini anlaması gerektiğini tespit etmeye çalışacak ve akit o para birimi üzerinden kurulacaktır.¹⁶³

Hanefî fakihlere göre ise eğer para birimi net olarak belirlenmediyse, örf ve adet hakem kılınarak akdi yaptıkları yerde tedâvülde olan para birimi esas alınacaktır.¹⁶⁴ Akit sırasında kullanılan para biriminin örfen birden fazla manaya gelme durumu varsa, bu durumda en fazla tedavülde olan para birimi esas alınır. Ancak ihtimal dâhilinde olan para birimleri arasında hangisinin tedavülünün

¹⁶³ Furrer, Muller ve Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hüükümler*, 78-79.

¹⁶⁴ Şeyhizâde, *Mecmau'l-enhur*, C.3, 14; Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-talîl'l-Muhtâr*, C.2, 253-254; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, C.1, 108; Zira akdin sahih olabilmesi için semenin miktar ve vafının taraflarça bilinebilir olması gerekir. Bkz. Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-talîl'l-Muhtâr*, C.2, 253; Takî Osmânî, *Fıkhü'l-Buyu'*, 424; Ali el-Hafîf, *Ahkâmu'l-Muâmelati's-Ser'iyye*, 417; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c.2, 127.

fazla olduğu bilinmiyorsa, bu durumda semende cehalet olduğu gerekçesiyle akit fâsit olacaktır.¹⁶⁵ Somut olayda taraflar, Türkiye’de hiçbir şekilde tedâvülde olmayan bir para birimi (cüneyh) üzerinden akit kurmaktadırlar. Bu durumda kanaatimize göre Hanefî bakış açısı şöyle olacaktır: Hâkim, Türkiye’de cüneyh üzerinden cereyan eden ticari muameleleri araştırarak, bu tür muamelelerde Sudan veya Mısır cüneyhinden hangisinin daha yaygın kullanıldığını tespit etmeye çalışacaktır. Bu noktada bir veriye ulaşabilirse ona göre hüküm verecek, aksi halde cehâlet sebebiyle akdin feshine karar verecektir. Görüldüğü üzere pozitif hukukta güven teorisi bağlamında değerlendirilen bu mesele, Hanefî mezhebinde farklı bir açıdan ele alınmaktadır.

SONUÇ

Pozitif hukuk doktrininde hâkim olan güven teorisine göre, akdin tarafları arasında irade beyanını anlamlandırma noktasında çıkan uyuşmazlık, hâkimin somut olayın şartları içerisinde dürüst ve makul bir muhatabın anlayışını tespit edeceği normatif yorum ile çözümlenmelidir. Yorum neticesinde ortaya çıkan mana, beyan sahibinin iradesine uymasa dahi muhatabın haklı güveni korunarak akit geçerli sayılmalıdır. Bununla beraber, beyan sahibi –eğer kusurluysa- TBK 35’deki tazminat sorumluluğuna katlanarak hata düzenlemesine göre akdin iptalini talep edebilir. Pozitif hukuk bir taraftan muhatabın haklı güvenini koruma altına alarak hukukî işlem güvenliğini sağlamaya yönelik bir denge kurmaya çalışsa da diğer taraftan beyan sahibine iptal hakkı tanıyarak bu dengeyi beyan muhatabı aleyhine bozmuş olmaktadır. Nitekim doktrinde birçok yazar tarafından bu durum tenkit edilmektedir.

Hukukî istikrar ve düzeninin tesisine büyük ehemmiyet atfedilen Hanefî fakihler, batını iradeyi izhar eden irade beyanlarını (icap-kabul) akdin yegâne rüknü saymışlar, beyan sahibinin rızasına uygun olmasa dahi mümkün mertebeye irade beyanını esas almışlardır. Bu eğilimlerini de usulî olarak gerekçelendirmişlerdir. Öyle ki Hanefî fakihlere göre rıza, akdin yalnızca sıhhat (cevaz) şartıdır. Bununla beraber tamamıyla lafızcı bir eğilim sergilememiş, irade beyanına aykırı olsa dahi yerine göre “*Falsa demonstratio non nocet* (Yanlış niteleme zarar vermez)” kâidesine benzer şekilde tarafların hakikî ortak iradelerini esas

¹⁶⁵ Şeyhizâde, *Mecma u'l-enhur*, c.3, 14; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c.2, 127.

almışlardır. Nitekim Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de yer alan "*Ukûdda itibar maksad ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir.*" kâidesi bu manayı ifade etmektedir.

Hanefî fakihler, akıl sahibi, bâliğ bir insandan sâdır olan bir irade beyanını mümkün mertebe hukukî netice doğuracak şekilde yorumlamaya özen göstermişlerdir. Hukukî işlemin tarafları arasında irade beyanlarının ifade ettiği mananın anlaşılması hususunda çıkacak anlaşmazlıkların giderilmesinde imkân nispetinde örfü ve halin delâlet ettiği karineleri hakem tayin etmişlerdir. Hanefî fakihlerin bu husustaki yaklaşımına hukuk tarihi boyunca öne sürülen teorilerden en yakınının açıklama teorisi olduğu, ancak bazı hallerde bu teoriden ayrılıp irade veya klasik güven teorisine yaklaştıkları görülmektedir. Nitekim hakikî iradenin tamamen ortadan kalktığına aşikâr olduğu bazı hukukî işlemlerde hakikî iradenin yokluğunu esas alıp irade beyanını yok sayarak bu tür hukukî işlemleri kendi terminolojileri gereğince ya bâtil ya da fâsid addetmişlerdir. Bu bağlamda Hanefî fakihler, hukukî işlem güvenliği ve hakikî iradenin korunması ilkeleri arasında güven teorisinde olduğu gibi beyan sahibini ihmal edip yalnızca muhatabı esas alan normatif bir yorum teorisine hacet kalmaksızın denge kurabilmişler ve asırlar öncesinden sistematik ve tutarlı bir akid nazariyesi geliştirebilmişlerdir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- A. Cüneyd Köksal. "Hanefi Fıkıh Düşüncesinde Vücub-Eda Ayrımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele." *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. no.25 (2012):105-122.
- Ali Haydar Efendi, Büyük. *Usûl-i Fıkıh Dersleri*. İstanbul: Meral Yayınları, ty.
- Ali Haydar Efendi, Küçük. "Muvâzaa ve İstiğlâl." Hzl. Sabri Erturhan, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 5. (2005): 267-296.
- Ali Haydar Efendi, Küçük. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Apaydın, Yunus, "İrade Beyanı". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2000: 22/387-391.
- Arı, Abdüsselam. "Rıza". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2008.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: Arkadaş Matbaası, 1943.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Yayıncılık, 2019.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Konya: Mimoza Yayınları, ty.
- Bağdâdî, Kâdı Abdulvehhâb. *el-İşrâf alâ nüketi mesâ'ili'l-hilâf*. thk. Habib bin Tâhir. Riyad: Daru İbni Hazm, 1999.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Mantığı ve Tefsir*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018.
- Beyzâvî, Nâsirüddîn. *el-Ğâyetü'l-kuşvâ fî dirâyeti'l-fetvâ*. thk. Ali Muhyiddin el-Karadâğî. Beyrut: Daru'l-Beşâiru'l-İslâmiyye, 2008.
- Buhari, Abdülazîz. *Keşfü'l-esrâr fî şerhi Uşûli'l-Pezdevî*. thk. Abdullah Mahmûd Muhammed Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997.
- Çağıl, Orhan Münir. "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri." *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11. no. 3-4 (Eylül 2011): 225-251.
- Demirci İslâm, "İslâm Borçlar Hukukunda Hata." Yayınlanmamış Doktora tezi. Konya, 2011.

- Demirsatan, Barış. "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvaza." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26, no.2 (2020): 1220-1241.
- Desûkî, Şemsüddîn. *Hâşiye ale's-Şerhi'l-kebîr*. Şâm: Darûl-Fikir, ty.
- Dönmezer, Sulhi – Sahir, Erman,. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1987.
- Dursun, Sanem Aksoy. "Borçlar Hukukunda "Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)" Kuralının Uygulanması." *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 1. no.76 (2018): 131-150.
- Ebu Zehre, Muhammed. *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*. Kahire: Daru'l-fikri'l-arabî, 2020.
- Emîr Pâdişah. *Teysîru't-Tahrîr*. thk. Mahlûf el-Adevî. Kahire: Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâduh, 1932.
- Ensârî, Zekeriyâ. *Fethu'l-vehhâb bi-şerhi Menheci't-tullâb*. thk. Muhammed Hâmî Beyzâvî. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1998.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Basımevi, 2016.
- Esener, Turhan. "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9. no.3 (Mayıs 1952):166-197.
- Feyzioğlu, Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Furrer, Andreas, Muller Chen Markus ve Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On iki levha yayıncılık, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Basımevi, 2021.
- Günay, Cevdet İlhan. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Basımevi, 2015.
- Güvenç, Özgür. "Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara, 2020.
- Hafif, Ali. *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'iyye*. Kahire: Daru'l-fikri'l-arabî, 2008.
- Hallaf, Abdülvehhâb. *Meşâdirü't-teşrî'i'l-İslâmî fîmâ lâ naşşa fih*. Kahire: Matâbi'u'l-Dar'îl-Kitâbî'l-Arabî, 1954.

- Hamevî, Ebü'l-Abbas. *Ġamzü uyûni'l-beşâir alâ meĥâsini'l-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1985.
- Haskefî, Alâüddîn. *İfâdatü'l-envâr*. thk. Muhammed Berekât. Dimeşk: Mektebetü İmam el-Evzâ'î, 2008.
- İbn Âbidîn. *Minĥatü'l-hâlik ale'l-Bahri'r-râik*. Kahire: Daru'l-Kitabi'l- İslâmî, ty.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin. *Reddü'l-muĥtâr ale'd-Dürri'l-muĥtâr*. trc. Mehmet Savaş. İstanbul: Şamil Yayınevi, 1984.
- İbn Rüşd, Muhammed. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muĥteşid*. thk. Salim el-Cezâirî. Beyrut: Müessetür-risâle, 2015.
- İbn-i Nüceym. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. thk. Zekeriyya Umeyrât. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1999.
- J. Gaudemet. "Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukukî Muamelelerin Yorumu". trc. Bülent Tahiroğlu. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 37, no.1-4 (1971):495-508.
- Kaplan, İbrahim. *Borçlar Hukuku Dersleri*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 1997.
- Karadağî, Ali Muhyiddin. *Mebdeu'r-Rıza Fi'l-Ukûd*. Beyrut: Dâru'l- Beşâiri'l-İslâmiyye.
- Karâfî, Ebü'l-Abbas. *el-Ümniyye fi idrâki'n-niyye*. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1984.
- Karaman, Hayrettin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kâsânî, Alâüddîn, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i*. thk. Muhammed Tâmir. Karaçi: Daru'l-Maa'rifi Diyubend, 2013.
- Kerhî, Ebü'l-Hasen, *er-Risâle*. Kahire: Mektebetü'l-Hâneçî, 1994.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Yayıncılık, 2016.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. İstanbul: Garanti Matbaası, 1968.

- Küçük, Eşref. "XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 56. no. 4 (Aralık 2007): 111-122.
- Merğınânî, Burhânüddîn. *el-Hidâye*. thk. Muhammed Adnan. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye,ty).
- Mevsîlî, Ebü'l-Fazl. *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr*. thk. Muhammed Derviş. Beyrut: Daru'l-Erkâm, ty.
- Molla Civen. *Nûrû'l-envâr fi şerhi'l-Menâr*. thk. Salâh Muhammed Ebü'l- Hac. Amman: Daru'l-Farûk, ty.
- Molla Hüsrev. *Mirkaâtü'l-vüsûl ilâ 'ilmi'l-usûl*. thk. Cemal Ebu İz. Beyrut: Daru'l,Kütübü'l-İlmiyye, 2017.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât. *Kenzü'd-dekâ'ik*. thk.Said Bektaş. Medine-i Münevvere: Daru's-sirâc, 2011.
- Oğuzman, Kemal ve Nami, Barlas. *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Oğuzman, Kemal-ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Osmânî, Muhammed Takî. *Fıkhü'l-Buyu'*. Karaçi: Mektebetü Maârifî'l- Kurân, 2015.
- Özdoğan, Nulcihan Dalcı. "Sözleşmelerin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti." *İnönü Üniversitesi Hukuk Dergisi*. 8. no.1 (2017): 33-52.
- Patry, Robert, "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku." *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 15. no. 18 (Temmuz, 2011):15-25.
- Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1974.
- Rassâ, Muhammed b. Kâsım. *el-Hidâyetü'l-kâfiyetü's-şâfiye li-beyâni hakâ'iki İbn 'Arafeti'l-vâfiye*. thk. Tahir el-Ma'mûrî. Beyrut: Daru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1993.
- Râzî, Ebû Bekir. *Ahkâmü'l-Kur'ân*. thk. Muhammed Sadık el-Gamhâvî. Beyrut: Daru İhyâi Turâsu'l-Arabî.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta yayıncılık, 2008.
- Sadrüşşerâ, Ubeydullâh b. Mes'ûd. *et-Tavzîh fi halli gavâmizi't-Tenkîh*. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2014.

- Sarıkaya, Murat. "Sözleşmenin Yorumu." Yayınlanmamış Doktora tezi. İstanbul, 2019.
- Seldağ Güneş Ceylan. "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8. no. 2 (Haziran 2004).
- Semerkindî, Ebü'l-Leys. *Hizânetü'l-fıkh*. thk. Muhammed Abdüsselam Şahin. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2005.
- Senhurî, Abdürrezzâk. *Meşâdirü'l-hak fi'l-fıkhî'l-İslâmî*. Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukukiyye, 1998.
- Serahsî, Ebû Bekr. *el-Mebsût*. Beyrut: Daru'l-Mârifet, ty.
- Sevvâr, Vahîdüddin. *et-Ta'bîr 'ani'l-irâde fi'l-fıkhî'l-İslâmî*. Cezayir: eş-Şirketü'l-Vataniyye lilneşri vet-tevzi', 1979.
- Süleyman Hasbi Efendi. *Mecelle'nin Külli Kâideler Şerhi (Tafsîl)*. hzl. Mustafa Avcı-Mehmet Barutçu- Süleyman Tepe. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Şâtıbî, Ebû İshâk. *el-Muvâfakât*. thk. Hüseyin Eyt Saîd. Mağrib: Menşurâtu'l-BeşirbinAtiyye, 2017.
- Şeyhizâde. *Mecma'u'l-Enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. thk. Halil Umran Mansûr. Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1998.
- Tahir, Sayit. "İslâm Hukukunda İrade Beyanı". Yayınlanmamış Doktora Tezi. Bursa, 2023.
- Taşatan, Caner. "Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 23. no.1 (Mayıs 2021): 571-605.
- Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Özdemir, Refet. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*. çev. Cevat Edege. Ankara: Olgaç Matbası: 1983.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adaletyayınevi: 2014.

Zencânî, Şihâbüddîn. *Tahrîcü'l-fürû' ale'l-uşûl*. thk. Muhammed Edip Salih. Beyrut: Müessetür-Risâle.

Zerkâ, Mustafa. *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-âm*. Dimeşk: Daru'l-Kalem, 2012.

Zerkeşî, Bedrüddîn, *el-Burhân fi 'ulûmi'l-Şur'ân*. thk. Ebû Fadl ed-Dimyâtî. Kâhire: Daru'l-Hadis, 2006.

Zeydân, Abdülkerîm. *el-Vecîz fi uşûli'l-fıkħ*. Kahire: Müessetü Kurtubâ, ty.

OSMAN SAİB'İN KALEMİNDEN OSMANLI DEVLETİ'NİN SON DÖNEMİNDE CEZA SORUŞTURMASI

*Criminal Investigation in the Last Period of the Ottoman Empire
by Osman Saib*

İbrahim ÜLKER*

Mehmet AYKANAT**

Öz

Delillerin toplanması, şüphelinin belirlenmesi ve işlenen suçun niteliğinin tespit edilmesi açısından ceza soruşturması yargılamada önemli bir aşamadır. Bu aşamanın alanında uzman hukukçular tarafından yürütülmesi adalete ve hakkaniyete uygun bir sürecin işletilmesine katkı sunacaktır. Modern ceza hukuku uygulamalarında bu sürecin nasıl yönetileceği ve yapılacak işlemler hukuk kuralları ile düzenlenmiş ve işlemlerin ya bizzat hukukçular tarafından ya da hukukçuların gözetiminde yapılması sağlanmıştır.

Osmanlı Devleti, Tanzimat Dönemi ile birlikte ceza muhakemesi hukuku alanında da birtakım yeniliklere gitmiştir. Bunlardan biri de 1879 yılında kabul

* Doç. Dr, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, iulker@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5953-6772.

** Doç. Dr, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, mehmetaykanat@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0968-4165.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 06.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 12.12.2024.

Atıf/Citation: Ülker, İbrahim ve Mehmet Aykanat. "Osman Saib'in Kaleminden Osmanlı Devleti'nin Son Döneminde Ceza Soruşturması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2643-2671.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



edilen Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'dur. Fransa'dan etkilenecek hazırlanan bu yasa ile soruşturma ve kovuşturma aşamaları ayrı ayrı düzenlenmiş ve soruşturma aşamasının savcı (müddeiumumi) ve sorgu hâkimi (müstantik) tarafından yürütülmesi hüküm altına alınmıştır. Masum kişilerin sonunda beraat edecek bile olsa belirli bir süre suç ithamı altında kalması önemli hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. O nedenle bu sürecin hak kayıplarına sebebiyet vermeden gerçeği ortaya çıkarma hedefi ile yürütülmesi gerekmektedir. 1879 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun bu hassasiyetle hazırlandığını söylemek mümkündür.

Kâğıt üzerinde mükemmel yasalar yapmak mümkündür. Ancak yasaların hazırlanmasından belki daha önemli olan bu yasaların nasıl uygulandığıdır. 1879 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun nasıl uygulandığı, devrin önemli hukukçularından ve kendisi de bir sorgu hâkimi olan Osman Saib'in "Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye" isimli çalışması esas alınarak bu makale ile ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku, Tanzimat Dönemi, Soruşturma, Savcı, Sorgu hâkimi.

Abstract

The collection of evidence, the identification of the suspect, and the determination of the nature of the crime are critical stages in criminal investigations. Conducting these stages by legal experts significantly contributes to ensuring a fair and just process. In modern criminal law practices, how these procedures are managed and the steps to be taken are regulated by legal rules, and the processes are either carried out directly by legal professionals or under their supervision.

With the Tanzimat Era, the Ottoman Empire introduced several reforms in the field of criminal law. One of these reforms was the Criminal Procedure Code, adopted in 1879. Influenced by French law, this code separately regulated the stages of investigation and prosecution, and stipulated that the investigation phase should be conducted by the public prosecutor (müddeiumumi) and the investigating judge (müstantik). Even if individuals are ultimately acquitted, the mere fact that they are accused of a crime, even for a limited time, can lead to significant violations of their rights. Therefore, this process should be conducted

with the goal of uncovering the truth without causing any unjust harm. It can be said that the 1879 Criminal Procedure Code was drafted with this sensitivity in mind.

It is possible to draft perfect laws on paper. However, perhaps even more important than the drafting of these laws is how they are implemented. This article attempts to examine how the 1879 Criminal Procedure Code was applied, based on the work "Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye" by Osman Saib, one of the prominent jurists of the era and an investigating judge himself.

Keywords: Criminal law, Tanzimat Era, Investigation, Prosecutor, Investigating judge.

GİRİŞ

Bir suç işlendiğinde gerekli incelemelerin yapılarak delillerin tespiti, olayla ilgili bilgileri daha taze iken şahitlerin dinlenmesi ve benzeri hazırlık işlemlerinin gerektiği gibi ve ivedilikle yapılması, olayın gerçek boyutları ile aydınlatılmasına büyük katkı sağlayacaktır. O nedenle hukuk sistemlerinde suç haberinin alınması üzerine şüpheliyi tespit etmek ve delilleri toplamak üzere bir soruşturma evresi çoğunlukla bulunmaktadır.

Osmanlı Devleti'nde uygulanan ceza hukuku, genel olarak İslam hukukunun ilkelerine sadık kalınarak tesis edilmiştir.¹ Adaleti tesis etmek, suç işleyenleri cezalandırarak ve halkın huzur içinde yaşamasını sağlamak temel olarak devlet başkanının görevleri arasındadır.² Devlet başkanı bu görevini tayin ettiği yargı mensupları eliyle yerine getirir. Osmanlı Devleti'nde kuruluşundan itibaren bu görevi yerine getirecek kadılar tayin edilmiş, kadılar herhangi bir ayırım yapmadan halkın hukuki ihtiyaçlarını karşılamıştır.³

¹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 31.

² Ebu'l-Hasan el-Maverdi, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976), 19.

³ Ali Himmet Berki, *İslam Şeriatında Kaza, Hüküm ve Hâkimlik Tarihi ve İfta Müessesesi* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası 1962), 55; M. Âkif Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli* (İstanbul: İsam Yayınları, 2020), 118; Kadılar görev yaparken ceza davası – hukuk davası gibi bir ayırım yapmadıkları gibi; kadın – erkek, müslüman – gayrimüslim gibi bir ayırım da yapmamışlardır.

Tanzimat dönemi öncesinde ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma aşamaları net olarak birbirinden ayrılmamıştır. Ancak mahkemeye ulaşan bir suç ihbarı üzerine delilleri toplamak ve şüpheliyi tespit etmek için bugün soruşturma aşamasında yapılan işlemlerin yargı organı tarafından yerine getirildiği görülmektedir. Bir suç işlendiğinde soruşturma işlemleri kadı gözetiminde gerçekleştirilmiştir. Soruşturma aşamasında kadıya yardımcı olan görevliler bulunmaktadır. Şehirlerin güvenliğinden sorumlu olan subaşılar, çavuşlar, asesler suçluları yakalayarak kadı önüne getirmekte, naibler ve muhızrlar ise soruşturmanın derinleştirilmesinde görev yapmaktaydılar. Kadılar veya naibler ihtiyaca göre olay yerinde keşif yapmakta, delil toplamakta ve gerekirse olay mahallinde şahitleri dinleyerek tutanaklar tutmaktaydılar.⁴

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'ın ilanından sonra hukuk alanında yapılan ilk düzenlemelerden biri ceza hukuku ile ilgili olmuştur. 1840 Ceza Kanunu hazırlanarak yürürlüğe girmiş, bu düzenlemenin yetersiz kaldığının anlaşılması üzerine 1851 ve 1858 yıllarında hazırlanan yeni ceza kanunları yürürlüğe konulmuştur.⁵ Ceza Kanunu kabul edilmesine rağmen bir süre bu kanunun uygulamasını gösterecek kapsamlı bir ceza usul kanunu çıkarılmamış, ancak soruşturma evresine yönelik çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.⁶ 1879 yılında bu alanda eksikliği gidermek için 1808 Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu esas alınarak Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati (UMCKM) yürürlüğe

⁴ Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması* (İstanbul: Eren Yayınevi, 2004), 113; Abdülaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku, Osmanlı Devri Uygulaması* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015), 117; İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı* (İstanbul: Kronik Yayınları, 2017), 45-46; Mücteba İlgürel, "Subaşı," iç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 37:447; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 79.

⁵ Kanun metinleri için bkz: Ahmet Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011) 1: 603-656; Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (İstanbul: 1989), 95-168.

⁶ Bu dönemde ceza soruşturma evresi hakkında yapılan düzenleme ve değişikliklerle ilgili bilgi edinmek için bkz: İbrahim Ülker, "Osmanlı Ceza Yargılamasında Mustantik (Sorgu Hâkimi)," *Journal of Penal Law and Criminology* 11 (2023): 41-57; Ali Turan "Osmanlı Devleti'nde Ceza Muhakemesine Dair Hukuki Bir Düzenleme: Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ce Hazırlanan Muvakkat Talimatname (1869)," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29 (2021): 1167-1211.

konulmuştur.⁷ Bu kanun 1929 yılında Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu kabul edilinceye kadar yürürlükte kalmış, dolayısı ile Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarında da uygulanmıştır.⁸

UMCKM bir "mukaddime" (m.1-7) ve iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde 8-131. maddeler arasında soruşturma aşaması, ikinci bölümde ise 132-487. maddeler arasında yargılama aşaması düzenlenmiştir. UMCKM'nin yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesi açısından birçok yenilik yapılarak uygulamacılara yön veren detaylı bir düzenleme hayata geçirilmiş oldu. Ceza muhakemesinde işbirliği sistemi benimsenmiş, soruşturma ve kovuşturma aşamaları belirgin bir şekilde birbirinden ayrılmıştır. Savcı ve sorgu hakimi soruşturma aşamasının yürütücüleri olarak düzenlenmiş, yetki ve görevleri açıkça belirtilmiştir. Kanunla getirilen düzenleme ile soruşturma ve kamu davasının mecburiliği ilkesi de benimsenmiştir. Olağan kanun yolları olarak istinaf ve temyiz aşamaları oluşturulmuş, ayrıca olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesine yer verilmiştir. Bu kanunla ilk defa ceza mahkemelerinin yargılama usulleri de detaylı olarak belirtilmiştir.⁹

Kanun yürürlüğe girdikten sonra UMCKM şerhleri ve ceza usul hukukuna dair kitaplar kaleme alınmıştır.¹⁰ Bu kitaplardan biri de Osman Saib'in "Tahkikat-

⁷ Kanun metni için bkz: *Düstür*, 1. Tertip, 4. Cilt (İstanbul: 1289), 131-224; Ahmet Gökçen, "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (1994): 203-288.

⁸ Cevdet Paşa, *Tezâkir*, IV, haz. Cavid Baysun (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1967), 194; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihâl Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2022), 319; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 762; Ahmet Akman, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler," *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi* 8 (2019): 443; *Düstür*, 1. Tertip, Cilt: 4, 131-224.

⁹ Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 579-580; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 762-763; M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 433; Mehmet Gayretli, *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları* (İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2015), 287; Faruk Yasin Turinay, "1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati) Üzerine Bir İnceleme," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 (2021): 171, 222-223.

¹⁰ Bu kitaplardan bazıları: Ali Şehbaz, *Usul-i Cezaiye* (İstanbul: 1310); Cevdet Ferid, *Nazari ve Ameli Tatbikat-ı Cezaiyye* (İstanbul: 1340); Halid Bey, *Mizanü't-Tatbik-i Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye*

ı Evveliye ve İstintakiye" isimli eseridir. Gerek yazarın bir müstantik (sorgu hakimi) olarak bizzat kanunu uygulayan biri olması, gerekse eserin sadece soruşturma aşamasını ele alması nedeniyle bu kitap dikkat çekicidir.

Şura-yı Devlet'e ait arşiv kayıtlarında yer alan sicil belgelerinden öğrendiğimize göre Osman Saib 1265 (1848/1849) senesinde Kebanmadeni kazasında dünyaya gelmiştir. Babası Kolağası Mustafa Efendi'dir. Sıbyan mektebi ve medrese eğitiminden sonra 21 yaşında Diyarbekir Vilayeti Tahrir-i Emlak Muharriri görevi ile memuriyet hayatına başlamıştır. Devlet dairelerinde ve mahkemelerde çeşitli görevler ifa ettikten sonra 1884 yılında Şura-yı Devlet Müstantiki olarak görevlendirilmiştir. Yine arşiv kayıtlarına göre 1885 yılı Nisan ayında vefat etmiştir.¹¹

Osman Saib, UMCKM'nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık beş yıl sonra Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye isimli eserini yayınlamıştır. Soruşturma aşamasında önemli bir görev olan sorgu hakimliği görevini, o dönemin en yüksek yargı kurumu olan Şura-yı Devlet'te ifa eden Osman Saib uygulamadaki tecrübesi ile bu eseri kaleme aldığını ifade etmektedir. Bu eser o dönemin hukukçusuna soruşturma evresi ile ilgili yön vermesinin yanı sıra yaklaşık yüz kırk yıl sonra yaşayan bizlere o dönemde soruşturma aşamasının nasıl olduğunu aktarması ve soruşturma aşamasında hukukçunun dikkat etmesi gereken hususların neler olduğuna işaret etmesi açısından önemlidir.

Günümüzde de olduğu gibi kanun hükümleri bir ideali yansıtır. Bazen uygulamada kanun koyucunun beklemediği neticeler ortaya çıkar. O nedenle kâğıt üzerinde mükemmel gözüken bir düzenlemenin uygulamasını görmek önem kazanmaktadır. Bu eser 1879 tarihli UMCKM çerçevesinde o dönemde bir suç işlendikten sonra soruşturmanın nasıl yürütüldüğünü göstermesi açısından da önemlidir.

Kanunu Şerhi (Dersaadet: 1310); Tevfik Tarık, *Kanun-ı Ceza ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Tadilatı* (İstanbul 1343); Yorgaki Efendi, *Usul-i Cezaiyye Ameli ve Nazari* (Dersaadet: 1327); Ziya, *Şerhli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye* (İstanbul: 1300).

¹¹ Osmanlı Arşivi (BOA), *Şûrâ-yı Devlet Sicill-i Ahval İdaresi (ŞD.SAİD)* No. 1, Gömlek No. 32, 4.

UMCKM getirdiği sistemde soruşturma aşamasında müddeiumumi (savcı) ve müstantik (sorgu hâkimi) olmak üzere iki hukukçu görev yapmaktadır. Bu sistemde günümüzde savcının yaptığı birçok işlemin müstantik tarafından yapıldığı görülmektedir. Cumhuriyet döneminde bir süre uygulanan bu sistemden daha sonra vazgeçilmiş, soruşturma aşamasında sorgu hakimi uygulamasına son verilmiştir.¹² Eserde UMCKM'nin uygulandığı dönemde soruşturma aşamasında bu iki hukukçunun görev ve yetkileri dile getirilerek uygulamaya ışık tutulmuştur.

Bu makalede Osman Saib'in "Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye" isimli eserinden yola çıkarak UMCKM uygulandığı dönemde Osmanlı Devleti'nde ceza soruşturmasında hangi işlemlerin nasıl yapıldığı ele alınmıştır. Makalede eseri birebir transkript etmek yerine günümüz ceza hukukçularının anlayacağı şekilde, bazı kavramların güncellenerek aktarılması tercih edilmiştir. Zira Tanzimat'tan buyana Türkçe üzerinde yapılan çalışmalar nedeniyle o dönemin metinleri Latin harflerine dönüştürülerek aktarılsa bile bugünün gençliği tarafından tam olarak idrak edilememektedir. Bu noktada geçmişle günümüz arasında köprüler kurmak biz hukuk tarihçilerine düşmektedir.

I. TAHKİKAT-I EVVELİYE VE İSTİNTAKİYE

Yazar kitabın giriş bölümünde dönemin padişahına methiyede bulunduktan sonra birkaç seneden beri sorgu işleri (umûr-ı istintakiye) ile iştigal ettiğini belirterek bu süre zarfında belirli derecede bilgi ve tecrübe edindiğini vurgulamaktadır. Bu tecrübe ve bilgi birikimden yola çıkarak mesleğine bir hizmet ve adliye memurları ile müstantiklere yol gösterici olması açısından bu eseri kaleme aldığını belirtmektedir.

Ayrıca giriş bölümünde UMCKM yürürlüğe girinceye kadar soruşturma aşamasında görev yapan adliye memurlarının tam olarak vazife ve yetkileri ile bunların sınırlarını bilmeden hareket ettiklerini, ancak kanunun yürürlüğünden sonra tahkikat ve istintak aşaması da dahil olmak üzere soruşturma aşamasındaki kuralların ve yetkilerin net olarak ortaya konulduğunu belirtmiştir.¹³

¹² Ülker, "Mustantik", 43-44.

¹³ Osman Saib, *Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye* (İstanbul: Mihran Matbaası, 1302), 6.

Eser iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım tahkikat-ı evveliye ikinci kısım ise tahkikat-ı istintakiyedir.

A. Birinci Kısım

Tahkikat-ı Evveliye

Müddeiumumi ve müstantikler ile müddeiumumiye yardım vazifesi ile mükellef olan kaymakam, müdür, teftiş memuru, ihtiyar meclisleri reisleri ve zaptiye görevlileri gibi zabıta-i adliye¹⁴ memurlarından herhangi bir cürmün meşhuden¹⁵ işlendiğini haber alırsa derhal suç mahalline giderek aşağıda belirtilen tahkikatı yaparak zabıt varakası tanzim etmekle görevlidir.¹⁶ Suç mahalline müddeiumumi giderse durumu ve kendisinin gittiğini müstantike bildirmelidir. Müstantik bizzat olay mahalline gidecek olursa müddeiumumi ve zabıt katibini birlikte yanında bulundurması gerekir.

Müddeiumumi veya müstantikin bir mazereti olur veya başka bir suçüstü mahalline gitmiş olurlarsa diğerinin suç mahalline gitmesi ve vazifesini ifa etmesi caizdir. Suçüstü mahalline giden müddeiumumi, müstantik ya da adliye memurlarından her yetkili, duruma göre yanına kolluk görevlileri (kuvve-i müselleha), tabip, cerrah ve bilirkişi alabilir. Soruşturma görevlisi zabıt varakası tamamlanıncaya kadar suçun gerçekleştiği hane veya mahalde bulunan kişileri işlemlere müdahale etmekten menedebilir, dışarı çıkmalarını isteyebilir. Bu emre muhalefet edenleri derdest ederek tevkifhaneye gönderebilir. UMCKM'nin 31. maddesine göre müstantik bu emre muhalefet edenlere üç günü geçmemek üzere hapis cezası veya iki altına kadar para cezası vermeye yetkilidir.¹⁷

¹⁴ UMCKM 9. madde zabıta-i adliye memurlarını saymıştır. "Cinayet davalarını rüyet eden mahkemelerin nezaretleri altında olmak ve âtide tayin olunacak ahkâm-ı mahsûsaya tabi bulunmak üzere zabıta-i adliye vezâifi, kaymakam veya müdür ve teftiş memurları ve müddeiumumiler ve müstantikler ve zaptiye zabitanı ve köy muhtarları ve ihtiyar meclisleri azası ve köy ve orman bekçileri marifetiyle icra olunur."

¹⁵ Cürm-i meşhud kavramı henüz işlenmiş ve suç faili suçu işlerken veya suçun işlenmesinden kısa süre sonra belirlenmiş suçlar için kullanılır. Teoman Gökçe, "Türk Hukukunda Meşhut Suç Kavramı, Unsurları ve Görünüş Şekilleri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 14 (2002), 88; UMCKM 38. maddede de cürm-i meşhud kavramı tanımlanmıştır.

¹⁶ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 7.

¹⁷ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 8.

Olayın oluş şekli ve mevcut durumdan cürmün faileri olduğu anlaşılan şahıslar ile olayın görgü tanığı olan kişilerin ifadeleri zabıt varakasına yazılır. Şüpheli hazır ise ifadesi alındıktan sonra tevkifhaneye gönderilir. Şüpheli hazır olmadığı halde ihzarı için emir verilmesi ve kefalet alınması mümkün değil ise isim ve şöhreti ve eşkali tahkik edilerek zabıt varakasına yazılmalıdır. Olay anında mevcut olmayan ancak olaya dair malumat verebilecek olan akraba, komşu ve hizmetkarın celbedilerek ifadeleri zapt edilebilir. Olayda yaralanan var ise öncelikle ifadesi alınıp hazır olan veya çağırılan tabibe muayene ettirilir ve gerekirse hastaneye gönderilir. Yara almış veya zehirlenmiş kişi vefat etmiş ya da mevcut durumundan dolayı söz söylemeye gücü yetmez ise akraba veya yanında bulunanlardan failin kim olduğunu söylemiş mi, söylerken aklı başında mı imiş, bunlar tahkik edilir.¹⁸

Maktulün cesedi üzerinde keşif yapılmadan defni caiz olmadığından mümkün mertebe keşfin icrasında acele etmek gerekir. Suçun işlenmesinde kullanılan silahlar ve her türlü eşya ile cürümde kullanıldığı anlaşılan üzerinde kan lekesi bulunan silah, elbise veya suç ile ilgisi bulunduğu ve hakikati ortaya çıkarmaya hizmet edeceği düşünülen her şey zapt edilerek şüpheliye gösterilir ve kendisinden izahat istenir vereceği cevaplar zabıt varakasına yazılır.¹⁹

Cürmün mahiyeti gereğince şüpheli nezdinde bulunan evrak ve eşya gerek suçun ispatına gerekse şüphelinin beraat-i zimmetine hizmet edecek olsun bunların kayıt altına alınması için şüphelinin ikametgahına gidilerek zapt edilmelidir. Zapt edilen eşyalar cinsi, miktarıyla ne suretle ortaya çıktığı zabıt varakasına açık olarak yazılır ve daha sonra müstantike gönderilmek üzere, üzerinde izler ve kalıntılar yok olmayacak şekilde bir torba içine konularak bağlanır ve mühürlenir. Ne tür bir eşya olduğu torbanın üzerine yazılır. Yazılması mümkün değil ise üzerine bilgi veren bir kağıt yapıştırılması gerekir. Bu muameleler şüpheli hazır ise huzurunda, yoksa tayin edeceği bir vekil muvacehesinde icra edilir. Gerekirse tutanaklar imza edilmek üzere kendisine gösterilir ve imzadan imtina ederse keyfiyeti zabıt varakasına yazılmalıdır.²⁰

¹⁸ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 9.

¹⁹ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 10.

²⁰ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 10-11.

Suçüstü halinde İran vatandaşlarından başka²¹ bir yabancı suçla ilgili bulunduğu ve bunlarla ilgili arama el koyma gibi kanuni işlemlerin icrası gerektiğinde, mensup oldukları konsolosluğa bilgi verilerek tercüman istenmesi, zabıt varakasının ve el konulacak eşya ile ilgili tutanağın ona da imza ve mühür ettirilmesi gerekir. Soruşturmayla konu olayda yaralananlar veya yaralı olup vefat edenler varsa vücutlarının neresinden ne tür bir aletle yaralı olduklarının ve yaralandıktan ne kadar sonra vefat ettiklerinin tahkik edilmesi ve zabıt varakasına yazılması gerekir. Boğularak ve asılarak ölenlerin vücutlarında bu yönde ip, tırnak veya parmak gibi izler ile zehirlenerek ölenlerin vücutlarında buna ilişkin alamet ve izler bizzat tabip marifeti ile muayene edilerek kayıt altına alınmalı ve bu fiillerin işlenmesinde kullanılan alet, vasıta ve her türlü şeyin yukarıda bahsedildiği şekilde zapt edilerek el konulması gereklidir.²²

Hırsızlık suçlarında suçun oluş şekli, hırsızlık yapılan yerin vasıfları, hırsız ne taraftan girmiş, bir şey alabilmiş midir, yoksa bazı sebeplerden dolayı bir şey alamamış mıdır, gece mi, gündüz mü, saat kaç, merdivenle mi aşmış, yada duvar delerek, yıkarak veya kapı vesaire açarak mı girmiş girdiği yerin yüksekliği ne kadar merdiven kullanmadan girmek mümkün mü girdiği kapı vesairenin sağlamlığı ne kadardır el ile kolayca açılarak girilecek bir halde tahta perde kılıklı olarak ağaç veya demir veya yay, mandal, ip gibi şeylerle bağlı veya hafifçe iştirilmiş bir halde midir, yoksa özel aletlerle açılacak veya kırılacak şekilde kuvvetli bir halde midir, hırsızın giriş ve çıkışına delalet eden bir iz veya emare var mıdır bunların tahkik edilmesi gereklidir. Hırsızlık mahallinin anahtar ve sair alet bulunduğu halde onları açılmış olan kapı vesairenin kilitleri ile tatbik edip açıp açmadığının zabıt varakasinda gösterilmesi gerekir.²³

Hırsızların kaç kişi oldukları, gizli veya açık silah taşıyıp taşımadıkları, silah taşıdıkları halde cebir, şiddet, darp ve yaralama veya silah göstermek suretiyle fiili işleyip işlemedikleri, hangilerinin hırsızlık mahalline girip, hangilerinin gözcülük ettiğinin incelenmesi gerekir. Ayrıca hırsızlığa konu eşyanın cinsi, miktarı, kıymeti

²¹ Yazar dipnotta İran ile bu konuda ayrı bir anlaşma olduğundan bahsetmektedir. Osman Saib, *Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye*, 11.

²² Osman Saib, *Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye*, 12.

²³ Osman Saib, *Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye*, 12-13.

dahi sahibinden sorularak bir pusula hazırlanmalı ve zabıt varakasına eklenmelidir.²⁴

Kalpazanlık suçlarında kalpazanların nasıl bir yerde buldukları ve kalpazanlık fiilini ne suretle işledikleri, yerli veya yabancı sikkeleri taklit ederek, sikke keserken mi, sikke yapımında kullanılan tartı ve sair alet ile sikkeden altın ve gümüş çıkarmak veya sikkeyi daha kıymetli göstermek için renginde yaldızlarken mi görülmüştür, bunları zabıt varakasına yazarak; bulunan kalıp, değeri düşürülmüş akçe ve bilcümle alet edevat ve evraka el konularak daha önce beyan edildiği üzere bir torbaya konularak ve beze sarılarak üzeri mühürlenmeli ve yazılmalıdır.²⁵

Cebir sureti ile ırza karşı işlenen suçlarda yapılacak tahkikatta dikkat edilmesi gereken hususlar şunlardır: Cebirin gerçekleştiği mahallin bu cebirin vukuuna müsait ve bu fiilin silah zoruyla olup olmadığı, ve ne suretle olay mahaline girildiği, bir taraftan kendisine yardım edilip edilmediği, iddia sahibinin üzerinde kendisine cebir uygulandığına dair kan ve yırtık, gözünde ve yüzünde ve sair yerlerinde yara, bere gibi şeyler bulunup bulunmadığı tespit edilmesi için gereği gibi tahkik edilmeli ve böyle cebren ırza geçme (fiil-i şeni) bir kız hakkında bulunmuş ise bekaretinin izale edilip edilmediği, edilmiş ise ne vakit edildiğinin anlaşılması için mümkün olan süratle bilirkişi olan kadınlara muayene ettirilip bekaretin zevaline delalet eden lekeli elbise vesaire var ise onlara da el konularak muhafaza altına alınmalıdır.²⁶

Zabıt varakalarının yazılması ve nasıl tanzim edileceğine gelince suçun işlendiği tarih ve yer, ne suretle haber alındığı, tahkikatı icra eden memurun sıfatı, müstantike ihbar edilmiş ise onun olay mahalline gelmesine engel durum ne ise bunlar yazılır. Daha sonra olay mahallinde ifadesi alınanların sırasıyla ifadeleri, el konulan eşya vesairenin miktarı ve keyfiyeti yazılır. Tahkikatta mevcut olan ve olayla ilgili malumatı bulunanların daha sonra müstantik ve mahkeme tarafından celbini kolaylaştırmak için isim, şöret, sanat ve ikametgahlarının açıkça

²⁴ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 13.

²⁵ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 13-14.

²⁶ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 14.

gösterilmesi gerekir. Zabıt varakasının her sayfası tahkikatı icra eden müddeiumumi ile hazır bulunması lazım gelen kaymakam veya müdür veya zaptiye zabiti ile ahaliden iki kimse tarafından imza edilir. Ayrıca şüpheliye de imza ettirilir, şayet imza etmez veya imzadan imtina ederse durum zabıt varakasına yazılmalıdır. Eğer tahkikatta müstantik ile müddeiumumi hazır bulunur ise ikisi de zabıt varakasını imza ederler.²⁷

Suçüstü halinde tahkikatı bizzat müstantik icra edip zabıt varakasını tanzim etmiş ise diğer muameleleri tamamladıktan sonra evrakı müddeiumumiye tebliğ etmesi ve eğer ilk tahkikat müddeiumumi tarafından icra edilmiş ise zabıt varakası ile eklerini müstantike göndermesi gerekir. Fakat adliye zabıtası tarafından gerek ihbar ve şikâyet üzerine ve gerekse suçüstü halinde tanzim edilecek zabıt varakaları doğrudan doğruya müstantike tevdi edilmeyip müddeiumumiye takdim edilmesi ve onun tarafından müstantike gönderilmesi lazımdır. Suçüstü halinden müddeiumumiye verilen ihbar ve şikâyetler iddianame ile müstantike gönderilmelidir. Fakat ihbar ve şikâyet verenler yazılı bilgi vermemişlerse kendilerinin veya vekillerinin müddeiumumi huzuruna celp edilip izahat aldıktan sonra yazacağı iddianameye bu husustaki izahatı eklemelidir. Müddeiumumi şüphelinin hangi maddeden dolayı ne surette zan altında bulunduğunu yazmalı, olayın şahitleri var ise onların da celp edilerek ifadeleri alınarak kayıtlara geçirilmeli ve hukuk-ı umumiye namına iddianamesini hazırlamalıdır.²⁸

Müddeiumumi şayet kendisine ulaşan ihbar ve şikâyet ile ilgili kamu davasının açılmasını gerekli kılan kanun maddesini göstermez, muhbir ve müştekinin ifadesinden işin kamu davası ile ilgisi olmadığı anlaşılırsa, işin kamu davası ile ilgili olmadığı yönünde müstantikten karar almak zorunda olmadığından müşteki veya muhbire durumu izah ederek, işin diğer bir dairede yürütülmesi gerektiğini, gerekli görürse oraya müracaat etmesini anlatır. Müddeiumumi kendisine tebliğ olunan soruşturma evrakında araştırılmamış bazı yönler görür veya evvelce hakkında tahkikat icrası talep edilmemiş bir şahsın suçun faili olabileceğini tespit eder ise eksikliğin giderilmesini ve bu şahıs hakkında da tahkikat yapılmasını talep etmelidir. İddianame ile müstantike

²⁷ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye, 15.

²⁸ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye, 16.

gönderilen maddelerden kendi görev ve yetkisinde olmadığını beyan ederek ait olduğu müstantike gönderilmek üzere kararname ile müstantik tarafından iade edilen dosyalar tekrar müstantike gönderilemez ise de bu karar aleyhine itiraz olunup heyet-i ithamiye²⁹ gönderilebilir.³⁰

Adliye zabıtası tarafından ilk tahkikatı icra olunarak eksiksiz olarak zabıt varakası tanzim olunmuş olan cünha maddeleri, müdde-i şahsi (şahsi davacı) veya şikayetçi tarafından şahit ikamesi veyahut evrak ibrazı ile iddiasını ispat edileceği yazılı olarak ifade edilen şüphelilerin, müstantik huzuruna gönderilmeksizin müddeiumumi tarafından gerekli işlemleri yapılarak, işlenen fiilin ceza kanununun hangi maddesi ile ilgili olduğu belirtilerek yargılamasının yapılması talep eden bir iddianame ile bidayet mahkemesine gönderilmesi mümkündür.

Müddeiumumiler devlet adına hukuk-ı umumiyenin muhafazası ve kanun ahkâmının gereği gibi uygulanmasına dikkat etmek için her hâlükârda kanun ve adalete uygun hareket etmeli her hususta hukuka aykırı bir şekilde kişilerin hak ve namuslarını ihlal edecek işlerden kaçınmalıdırlar. Suçsuzlukları görünür olanların suçlanması ile aksi durumlarda yani suçlu olan kişilerin beraatleri yolunda bir takım haksız iddialara itibar ederek görevlerini suistimal etmemelidirler. Daima yapmış oldukları vazifenin ehemmiyetini, kanun ve adalete aykırı hareket etmenin maddi ve manevi sorumluluğunu gözden kaçırmayarak ona göre görevlerini güzel bir şekilde yapmalıdırlar.³¹

B. İkinci Kısım

Tahkikat-ı İstintakiye

²⁹ İşlenen fiil cinayet nevinden ise müstantikin lüzum-ı muhakeme kararından sonra doğrudan yargılama başlanmamaktadır. UMCKM 199-231. maddeleri hükmünce liva bidayet mahkemesi azaları arasından üç kişilik bir heyet-i ithamiye oluşturulup bu heyet tarafından dosya üzerinden ve 3 gün içinde inceleme yapılarak müstantik kararına bağlı olmaksızın yargılama gerekip gerekmediğine karar verilecektir. Mazhat Talat, *Usûl-i Muhâkemat-ı Cezaiye Birinci Kitâb Esbab-ı Nakziye-i Temyiziye ve Mesalih-i Mütenevvia-i Adliye* (İstanbul: 1328), 180.

³⁰ Osman Saib, *Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye*, 17.

³¹ Osman Saib, *Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye*, 18; Yazar eserinin 19-25 sayfaları arasında zabıt varakası suretine yer vermiştir.

Suçüstü halinde yakalanan şüpheliler hakkında müddeiumumi ile müddeiumumiye yardım vazifesinde olan zabıta-i adliye memurları tarafından süreli veya süresiz tutuklama (tevkif) müzekkeresi verilemez. Ancak bunlar tarafından şüpheliler süreli olmak şartıyla tevkifhaneye gönderilebilir. Suçüstü halinde ilk tahkikatı tamamlayan müddeiumumi işin fazlalığı ve büyüklüğü gibi nedenlerden dolayı akşama kadar tahkikatı tamamlayıp tahkikat evraklarını müstantike gönderemez veyahut tahkikata başlamış olan zabıta-i adliye memurları aynı sebeplerden dolayı evrakı müddeiumumiye takdim edemez ise şüpheli belirli süreliğine tevkifhaneye gönderilir, sonra eksiklikler giderilip zabıt varakası tamamlanır. Gecikmeyi gerekli kılan bir sebep olmadığı durumda zabıt varakası tanzim olunup, zapt olunmuş eşya ile birlikte müstantike gönderilir.³²

Müstantik tarafından kanuni işlemlerin süratle yürütülmesi gereklidir. Müstantik, müddeiumumi tarafından kendisine gönderilmiş olan zabıt varakasını ve eklerini inceleyerek yürütülen tahkikatın kanun dairesinde ve eksiksiz bir şekilde yapılıp yapılmadığına bakar. Şüphelinin tutuklanmasına lüzum görür ise usulüne göre müddeiumumiye dinler ve süreli veya süresiz tutuklama kararı verir.³³ Yaralılar bulunup tabip raporuna gerek duyulan haller gibi ertelemeyi gerektiren zaruri durumlar bulunmadığı taktirde iddianame yazmak üzere zabıt varakasını müddeiumumiye tebliğ eder. Müstantik yürütülen tahkikatı bazı yönlerden eksik görür veya yürütülen tahkikatın yeterli olmadığını düşünürse yeniden tahkikat icra etmeye yetkilidir. Eğer bir eksiklik bulunmuyorsa ilk soruşturma (tahkikat-ı istintakiye) tamamlanmış sayılır ve tahkikat evrakının müddeiumumiye tebliği ve üç gün zarfında onun tarafından yazılacak iddianame altına müstantik tarafından süratle kararname yazılması gereklidir.³⁴

Müddeiumumi tarafından iddianame ile gönderilmiş olan şikayetname veyahut ihbarname üzerine ilk soruşturma icrası gerekirse müstantik öncelikle müşteki, müdde-i şahsi veyahut muhbiri davet eder, sıfatını tayin eder, şikâyet ve ihbar ettiği konularda açıklama ister. İddia ve ihbar ile ilgili ne gibi deliller

³² Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 25.

³³ "Muvakkat tevkif (süreli tutuklama) nihayet 30 gün imtidat eder ve gayri muvakkat tevkif (süresiz tutuklama) mahkemeden hükmün suduruna kadar mümted olur (uzar)." UMHCK m. 89.

³⁴ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 26-27.

gösterilebileceğini, zayıf ve tazminat iddiasında bulunan müdde-i şahsilerin iddia ettiği şeyin neden ibaret olduğunu, ikametgahını sorarak zabıt altına alır, tutanağı kendilerine imza ve mühür ettirir. Bu işlemten sonra şüpheli hakkında celp müzekkeresi çıkartarak, celp müzekkeresine uymayarak gelmeyenler için izhar müzekkeresi verilmek ve soruşturma öncesi veya sonrası firar eden şüphelilerin en son ikametgahlarına müddeiumuminin talebi üzerine tevkif müzekkeresi tebliği ve firarının eşkâlinin ve kendine mahsus alametlerinin tahkik edilerek istintaknameye yazılması gereklidir.³⁵

Şüphelilerin ve şahitlerin bizzat celbedilerek ifadelerinin alınması gerekir. Ancak muhbir, müşteki ve müdde-i şahsilerin bizzat müstantik huzuruna gelmeyip kendileri için vekil tayin ederek vekil ile temsil edilmeleri mümkündür. Kişilerin vekil olduklarını gösteren tasdikli vekaletnameyi müstantik muayene ederek istintaknameye vekaletnamenin görüldüğünü yazması zorunludur. Her şeyden önce şurasının bilinmesi önemlidir ki; müstantiklerin asli vazifesi sorgulayacağı kişileri itham etmek değildir. Tarafsız ve hakkaniyete uygun bir şekilde sertlikten kaçınarak tahkikat icra edilmeli ve hakikat ortaya çıkarılmaya gayret edilmelidir. Binaenaleyh şüphelinin sorgusunda hiçbir şekilde şiddete ve zorlamaya başvurmak caiz olmadığı gibi aldatma, kandırma, tehdit ve ödül vaadi gibi yollara başvurmak da caiz değildir. Müstantikler sayılan muamelelerden daima uzak durmalı ve vazifelerini en iyi şekilde ifa etmelidirler. Hakikati ortaya çıkarmaya çalışmalı, şüphelilerin ifadelerini aynıyla kayıt altına almalı ve beyan edecekleri sebepleri ve delilleri tamamıyla istintaknameye derç etmelidir. Muhbir, müdde-i şahsi ve şahitlerin ifadelerinin alınmasında da aynı adli usulü uygulamalıdır. Sorgu işlemlerinde görevli olanlar her aşamada gerekli dikkat ve özeni göstermelidirler. Bu konuda aksi bir muamelenin söz konusu olması sorumluluk doğuracağı, maddi ve manevi mesuliyet gerektireceği izahtan varestedir.³⁶

Müstantik şüpheliyi huzuruna çağırdığında öncelikle eşkâlini ve kendisine mahsus alametlerini tespit etmeli yani boyu, sakal ve bıyığı, göz, kaş, burun gibi bir şahsı diğerinden ayırmaya yarayan zâtî özelliklerini, kıyafetini, hangi fiilliden dolayı şüpheli olduğunu, celp ve izhar müzekkeresi ile mi gelmiş, yoksa suçüstü

³⁵ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 28.

³⁶ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 28-29.

halinde mi yakalanmış bunları istintaknameye yazıp Hicri ve Rumi tarihi de kaydetmelidir. Daha sonra gayet açık ve herkesin anlayabileceği bir şekilde isim, şöhret, yaş, tabiiyet, sıfat, doğum yeri, ikameti, babasının ismi, okuyup yazması olup olmadığı sorularak vereceği cevaplar aynen ve tamamıyla yazılmalıdır. Suç işlemişsin, kötülük yapmışsin, nasıl yaptın hitabıyla sorguya başlanmayıp, mesela şüpheliye isnat edilen fiil hırsızlık ise kendisinin ne işle iştigal ettiği, nasıl geçimini sağladığı, kaç çocuğu olduğu, çocuklarının yaşları ve ne işle uğraştıkları sorulduktan sonra hırsızlığın vuku bulduğu gün ve gece nerede bulunduğu, kimlerle görüştüğü, nerede ve niçin yakalandığı, daha önce bir suçla ilgili sorguya alınmış mı, alınmış ise ne sebepten dolayı alındığı yumuşak bir lisanla sorulup şüpheli ile bir münasebet kurulduktan sonra isnat edilen cürüm kendisine beyan edilerek izahat istenir ve cürmü işlemesine sebep neydi sorulur. Şüpheli istintak olunurken müddeiumumi ve müdde-i şahsi bulunamayacağı gibi başka bir kimsenin bulunması da caiz değildir.³⁷

Yaralama ve öldürme fiillerinde yukarıda anlatıldığı üzere muamele olunmalıdır. Bununla beraber şüphelinin mağdurla karşılaşma ve mücadelelerine delil olabilecek surette üzerinde bazı alamet ve eser olup olmadığı öncelikle araştırılmalıdır. Olaydan önce taraflar arasında bir sözlü tartışma veya fiili bir durum olup olmadığı, esas olay bu önceki çekişmeden mi ortaya çıkmış, yoksa başka bir şey mi sebep olmuş bunlar araştırılmalıdır.³⁸

Sahtekarlık suçlarında taklit ve tahrif edilmiş evrak veya mühür kimlerin elinde bulunmuş ve elinde bulunan kişi sahte evrakı sahte olduğunu bilerek mi almış, bir yerde kullanmış mı, asıl sahtekarlık fiilini işlediği sanılan kişi kendisi için bir yarar sağlama amacıyla veya başka birine bir zarar verme kastıyla mı hareket etmiş, sahtekarlık için hazırladığı şeyleri tamamlamış mı, tamamlanmışsa bir yerlerde kullanmış mı, yoksa bazı maniler sebebiyle kullanamamış mı, bunların tetkik edilerek gerektiğinde sahte evrak ve mühürlerin asıllarına benzerlik ve farklılıklarını tespit edebilmek için bilirkişi incelemesine müracaat ederek onlardan yazılı malumat almak gerekir.³⁹

³⁷ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 29-30.

³⁸ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 31.

³⁹ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 31.

Müstantikler tahkikat için gerekli olan tedbirleri tevkifhane bekçilerine emir verebileceği gibi gereğine göre şüphelilerin birbirlerinden ve orada bulunan diğer kişilerden ayrı tutulmaları için tevkifhane müdürüne yazılı emir de verebilirler. Şüpheliler tevkif edilmez ve birbirlerinden ayrı tutulmazlarsa kendilerine sorulan soruları ve kendilerinin bu sorulara verdikleri cevapları henüz ifadesi alınmamış şüphelilere bildirerek hepsi söz birliği edip tahkikatı zora sokabilirler. Bunun için şüphelilere sorulacak soruları bir günde sormak gerekir, eğer ifade alma birkaç günü alacaksa müstantikler soruların bir kısmını bir gün kalan soruları diğer gün sormak gibi tedbirleri almalıdır.⁴⁰

Şüpheliler gerek birden fazla gerek tek olsun ifade ve fiillerinde bir çelişki görülür ise bunları dikkate alarak şüphelilerin sabıka durumları, daha önce mahkum olup olmadıkları araştırılmalıdır. Velhasıl hakikati ortaya çıkarmak için hangi yönlerin araştırılması, hangi soruların yöneltmesi gerekli ise bunların hakkıyla ve tamamıyla yapılarak töhmet ve beraatten biriyle hükümde tereddüde mahal kalmayacak şekilde ve vicdani kanaat oluşturacak şekilde gerçek ortaya çıkarılmaya çalışılmalıdır. Şüphelilerin işlediği cürmün işleniş sebepleri örneğin işlenen fiil ırz ve nefsi muhafaza için mi işlenmiş veya diğer bir mecburiyet ve zaruret veya cebir ve ikrah üzerine mi veya diğer bir cürmü işlemek için mi irtikap edilmiş, işlediği fiili haset, şehvet, kırgınlık gibi nefsanî duyguların yönlendirmesi ile mi işlemiş, bu ve benzeri cezanın artırılmasına ve azaltılmasına etki eden hallerin kemal-i dikkat ile araştırılıp meydana çıkarılması gerekir.⁴¹

Çoğunlukla şüpheliler ve müdde-i şahsiler yaşlarını eksik veya fazla haber verebilmektedirler. Yaş fiil-i şenî' maddelerinde cezanın artırılması ve hafifletilmesi hususlarında aranılacak önemli bir husus olduğundan cüsse ve simalarından yola çıkarak yaşlarını noksan ya da fazla haber verdikleri anlaşılınların nüfus kayıtlarına müracaatla veya tabip marifetiyle yaşlarının düzeltilmesi gerekir. Yaralıların muayene ve tedavisi memleket tabiplerine ait vazifelerden olduğundan yaralı ve hastaların muayenelerine ilişkin verecekleri raporlarda önemli hususlarda muallak bilgiler olduğu veya tıbbi rapor yetersiz görüldüğünde iade edilip daha fazla izahat istenmesi gereklidir.⁴²

⁴⁰ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 32.

⁴¹ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 32-33.

⁴² Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 33.

Müstantik, kâtip hazır olduğu halde şahitleri münferiden huzuruna alarak gerçeği (hakikat-i hal) söyleyeceğine yemin verdirip, şahit celp müzekkeresine uyararak gelmiş ise celp müzekkeresini ibraz ettiği, ihraz müzekkeresi ile getirilmiş ve para cezasına hükmedilmiş ise bu durum istintaknameye kayıt ve işaret edilir. Şahitlerin isim, şöhret, yaş, sanat, ikamet adresleri, tarafların hizmetçisi veya akrabası olup olmadıkları ve yakınlık derecesi sorularak ifadeleri yazılmalı, daha sonra hangi konuda şahitlik için çağırılmış ise o konudaki malumatı sorularak ifadesi zapt edilmeli, lehine ve aleyhine şahit oldukları kişi tarif ettirilip şahitlerin bu işte bir menfaat veya karşı tarafa zarar verme kastı ile hareket edip etmedikleri araştırılmalıdır. Bir de cezanın azaltılması veya artırılmasına dair sorulması lazım gelen yönler sorulup noksan bir şey bırakılmamalıdır.⁴³

On beş yaşından aşağı kız ve erkek çocuklar dahi bilgi edinmek için yeminsiz olarak dinlenebileceklerdir. Yine kanunen şehadetleri makbul olmayan akraba ve hizmetkarların müstantik tarafından dinlenilmesi hakkında kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle şahitlerin tarafların hizmetçisi veya akrabası olması durumunda da şüphelinin lehine veya aleyhine verilen bilgilerin kuvvet ve sıhhat derecesine göre, tahkikatın ortaya koyacağı neticeye göre tayin ve taktir edilmesi lazım gelir. Şahidin birine sorulan şeyleri ve kendisinin verdiği cevapları diğer şahitler birleştirip söz birliği etmelerini önlemek için sorgusu tamamlanan şahitleri mahallerine iade etmek gibi tedbirler alınmalıdır. Şüpheli aleyhine şahit dinlenebildiği gibi lehine de şahit dinlenebilir. Tahkikat sonunda deliller ve emareler değerlendirilerek şüphelinin men-i muhakemesine mi yoksa muhakemeye mi gönderilmesine karar vermek gerekecektir. Yazılacak kararnamede verilecek kararın sebeplerinin gösterilmesi gereklidir.⁴⁴

Şahit, şüpheliyi bilmiyor ve tanımıyorsa kendisini tarif ederek görse teşhis edebileceğini beyan ederse, şüpheli getirilip şahide gösterilebilir. Bu durumda şüpheli birkaç şahıs ile birlikte getirilerek şahidin onu teşhis etmesi istenir. Bu istintak dairelerinde başvurulmuş bir kaidedir.⁴⁵

Hastalık gibi meşru mazereti bulunup da müstantik huzuruna gelerek şahitlik yapamayacak şahitlerin buldukları yerlerde sorguları yapılarak ifadeleri zapt

⁴³ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 34.

⁴⁴ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 35.

⁴⁵ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 36.

edilir. Başka kasaba ve köylerde bulunan şahitlerin ifadeleri köy veya mahalle muhtarı tarafından alınır. Başka bir kazada bulunan şahidin ifadesi ise sakin oldukları kaza müstantikine havale edilir. Fakat bu şekilde başka köy, mahalle ve kazalarda bulunanların ifadelerine başvurulacağı zaman şahitlerin hangi konuda dinleneceği ve kendilerine hangi yönde soruların sorulacağı konusunda açık malumat verilmelidir ki daha fazla yazışma yapılarak vakit kaybedilmesin. Bu konuda kendisine vazife verilen muhtar ve müstantik yukarıda yazıldığı şekilde şahitleri kanun hükmüne ve aldıkları talimata uygun olarak dinlemeli ve tutacağı tutanağı (isticvapname) mühürleyerek usul işlemlerini yürütmekte olan müstantike göndermelidir.⁴⁶

Şahidin hastalığı haber verilirse müstantik ifade almak için adresine gitmede acele etmeyip önce tabibe muayene ettirmeli, şahidin gelmeye iktidarı olmadığı yönünde rapor aldıktan sonra bulunduğu yere gidip ifadesini almalıdır. Tazminat talebinde bulunan şahitlere tarifesi gereğince ödenmesi gereken miktarın tayini müstantike ait vazifelerdendir. Eski antlaşmalar (uhud-ı atika) gereğince yabancı tabiiyetinde bulunanların ifadeleri alınırken mensup oldukları konsolosluğun bir tercümanı hazır bulunması gerektiğinden usulüne göre müddeiumumi vasıtası ile tercüman davet edilmeli ve bu husus açıklayan, konsolosluğun ve gelen tercümanın ismini içeren bir şerh istintaknamenin altına yazılmalı ve istintaknamenin her sayfası tercümana imzalatırılmalıdır.⁴⁷

Asker olan bir şahıs şüpheli olduğu zaman ifadelerinde üstlerinden bir zabıt bulundurulması ve tevkifi lazım gelenlerin mahkeme hükmü verilmeye kadar askeri hapishanelerde tutulması yönünde irade-i âliyye bulunduğundan gerek mahkeme tevkifhanesinde gerekse askeri tevkifhanede tutuklanması lazım gelenlerin hangi tevkifhaneye gönderilmesi gerektiği tevkif müzekkerelerinde gösterilmeli ve tevkifhane müdürüne ilmühaber ile bildirilmelidir.⁴⁸

İstintaknamenin sayfaları hep bir boyda olmalı, kenarları birer parmak kadar kırılıp boş bırakılmalı ve dikilmelidir. Bir iş için bir istintakname tutulup istintaknamenin arasına kağıt ilave edilmemelidir. İstintaknamelerde kazıntı, silinti, satır arası çıkıntı caiz olmadığından şayet sehven eksik yazılmış kelime

⁴⁶ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 36-37.

⁴⁷ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 37.

⁴⁸ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 37-38.

olursa rakam işareti ile hizasındaki boş yere yazılmalı ve kavis içine alınarak altı müstantik ve şüpheli veya şahit tarafından imza edilmelidir. Fazla yazılmış kelimeler üzeri okunacak şekilde çizgi çekilmeli, her sorunun cevabı karşısına yazılarak birbiri ile karıştırılmamalı, tarih, adet gibi rakamla yazılacak şeyler harfler ile yazılıp hiçbir şekilde tereddüt ve şüphe oluşturacak muamele yapılmamalıdır.⁴⁹

İstintaknamenin her sayfasının başına harfle sayfa adedi yazılıp istintakname tamamlanınca birinci ve sonuncu sayfalarının altlarına tamamının kaç sayfadan ibaret olduğu yazılıp resmi mühür ile mühürlenmelidir. Her sayfanın altı müstantik ile katip tarafından; cevapların bulunduğu sayfalar ise ayrıca şüpheli, şahit veya müdde-i şahsi tarafından imza edilmelidir. Sorgusu tamamlanan şüphelinin veya şahidin zapt edilen ifadesi kendisine okunup artık eksik olmadığı, doğru yazıldığı onun tarafından tasdik edildikten sonra imza ettirilmeli ve bu şekilde muamele yapıldığı istintaknameye yazılmalıdır. Şüpheli veya şahit imzalamak ve mühürlemek istemez veya edemez ise sebebi ifadesinin altına yazılıp müstantik tarafından imzalanması lazımdır. İfadesi alınan kimselerden harç tarifesine göre alınması gereken istintak harcının peşin alınması ve vezneye teslim edilip miktarı ile birlikte istintaknamenin altına açıkça yazılıp vezneden alınacak ilmühaber muhafaza edilmelidir. Harcın alınması mümkün olmaz ise bundan dolayı tahkikat ertelenmeyerek ileride mahkeme tarafından alınması gereken harçlarla birlikte icabına bakılmak üzere ne kadar istintak harcı alınması gerektiği hesap edilerek istintaknamenin boş bir yerine yazılmalı veya bir pusula düzenlenerek istintaknameye eklenmelidir.⁵⁰

Tahkikat soruşturması tamamlandıktan sonra istintakname ve eklerinin kaç parçadan ibaret olduğunu açıklayan bir üst yazı (melfufat pusulası) hazırlanıp evrakın tamamı sağlam ve muntazam bir zarfın içine konulup müddeiumumiye tebliğ edilmelidir. Evrakın gerek bizzat gerek memur ya da kâtip vasıtası ile tebliğinde daha önce hazırlanan üst yazının imzalanarak tarih yazılması usulüne riayet edilmelidir. Müddeiumumiler tahkikat soruşturmasında bazı eksiklikler görürlerse tamamlanması talebi ile tahkikat evrakını müstantike iade etmelidir.

⁴⁹ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 38.

⁵⁰ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 39-40.

Müstantikler müddeiumuminin talebini kanuna ve maslahata uygun görürler ise gerekli muameleyi ifa ederler aksi taktirde yazılı cevap ile evrakı iade ederler, başka bir muamele yapmaya mecbur değillerdir.⁵¹

Hakkında tutuklama müzekkeresi verilmiş olan şüpheli tarafından tahliye talepli dilekçe (tahliye-i sebil istid'ası) verildiği halde, mütalaasını yazılı olarak vermek üzere dilekçe tahkikatla ilgili evrak ile birlikte müddeiumumiye tebliğ edilmelidir. Müddeiumumi, müdde-i şahsi var ise yirmi dört saat içinde mütalaasını beyan etmek üzere tahliye talepli dilekçeyi, dilekçenin kaybolma ihtimali varsa bu sebeple gecikme olmaması için dilekçenin tasdikli bir suretini müdde-i şahsinin kendisine veya ikametgahına tebliğ ve daha sonra onun mütalaa ve iddiası ile kendi mütalaa ve iddiasını dilekçenin arkasına yazarak müstantike iade edilmelidir. Müstantik bu mütalaa ve iddiaya o zamana kadar yürütülen tahkikata ve şüpheliye isnat edilen suç dikkate alarak şüphelinin kanunen bihakkın, nakdi kefalet karşılığında veya süreli olarak tahliyesi lazım gelip gelmediğini gözetmelidir. Nakdi kefaletle tahliyesi gerektiğinde kefalet miktarını tayin edip bir kararname tanzim ederek müddeiumumiye göndermesi gerekir.⁵²

Tahliyeye ilişkin karara müddeiumumi, müdde-i şahsi ve şüpheli tarafından itiraz olunabilir. Bu durumda itirazlar incelmek üzere heyet-i ithamiyeye arz edilir. Gerek tahliye, gerek men ve lüzum-ı muhakeme hakkındaki kararların icrası ve tasdikli suretlerinin müdde-i şahsi ve şüpheliye tebliği müddeiumumilere ait vazifelerden olduğundan müstantikler bu işlere müdahale edemezler.⁵³

Şüpheli tahliye olduktan sonra ortaya çıkacak önemli sebepler üzerine lüzum görülürse müstantik yeniden izhar veya tevkif müzekkeresi verebilir. Kefaletle tahliyelerde yazılacak kararnamede belirlenen miktarı şüpheli ya mal sandığına nakden depozito etmeli veya belirlenen miktarı ödeme konusunda kuvvetli kefil göstermelidir. Şüpheli, kefil gösterdiği halde kefilden alınacak mukavelat muharrirleri tarafından tasdikli kefaletname mahkeme kaleminde saklanmalıdır. Bihakkın tahliyesine karar verilen şüpheliye ne zaman istenirse geleceği taahhüt ettirilip kendisinden bu hususta bir senet dahi alınmalıdır.⁵⁴

⁵¹ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye, 40.

⁵² Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye, 41.

⁵³ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye, 41.

⁵⁴ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye, 42.

Suçüstü hallerinden başka durumlarda soruşturmada sonra müstantik şüphelinin tutuklanmasını gerekli gördüğü takdirde müddeiumuminin yazılı veya sözlü görüşünü alıp tevkif müzekkeresi çıkarmalıdır. Müstantik tevkif müzekkeresini tanzim ettikten sonra şüphelinin tutuklanmasını gerekli kılan sebepleri istintaknameye yazarak tüm evrakı müddeiumumiye tebliğ eder. Müddeiumumi evrakı mütalaa ederek tevkif müzekkeresi çıkarılmasını gerekli görürse bu yönde cevap yazıp iade eder ve müstantik tevkif müzekkeresini gönderir. Şayet müddeiumumi şüpheli hakkında tevkif müzekkeresi çıkarılmasının gerekli olmadığı mütalaaında bulunursa sebeplerini göstererek evrakı iade eyer. Müstantik bu mütalaaı uygun görüp tevkif emrinden vazgeçmediği takdirde tevkif müzekkeresi hazırlar. Ayrıca müddeiumuminin mütalaaasına karşı bir karar yazarak müzekkere ile birlikte müddeiumumiye tebliğ eder.⁵⁵

Müddeiumumi tevkif müzekkeresinin hükmünü icra etmekle beraber karar aleyhine heyet-i ithamiyeye itiraz edebilir. Şifahen dinlenmesi durumunda da müddeiumumi tarafından istintaknamenin altına bir şerh yazılıp müstantikle birlikte imzalar. Şayet müddeiumumi tarafından muvafakat gösterilmez ise yukarıda belirtildiği üzere başka mütalaa ve karar yazmaları gerekir. Müstantik celp, ihbar ve tevkif müzekkerelerini müddeiumumiye tevdi etmeli ve onun tarafından mübaşir ve zabıtarlar marifetiyle bu müzekkerelerin ahkamı icra edilmelidir. Müstantik hakikatin ortaya çıkması için gerekli olan evrak, senetler ve tüm eşyayı aramak için kendiliğinden veya müddeiumumi tarafından talep edildiğinde şüphelinin hanesine veya bunların saklandığı düşünülen diğer mahallere gidip arama yapabilir. Aranması gereken eşya kendi bulunduğu kaza dışında olduğu durumlarda bu eşyanın bulunduğu yer müstantikine arama işini havale edebilir.⁵⁶

Tutukluluk halleri uzun sürmüş olanlar var ise onları anlayıp haklarında lazım gelen tahkikat muamelesini icra etmek ve tamamlamak, mahkemeye gönderilmesine karar vermiş olduğu şüphelilerden henüz mahkemeye çağrılmamış veya tahliyelerine karar verdiği şahıslardan her nasılsa tevkifhanede

⁵⁵ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 43.

⁵⁶ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 43-44.

kalmış bulunanlar varsa onları mahkeme reisine ve müddeiumumiye ihtar etmek için en az ayda bir kere müstantiklerin tevkifhaneye gidip tutukluların hallerini araştırması gerekir.⁵⁷

Soruşturma aşaması tamamlandığında müstantik tüm evrakı müddeiumumiye tebliğ ve onun tarafından üç günde yazılacak iddianamenin altına kararname yazarak yine müddeiumumiye iade etmesi gerektiği yukarıda anlatılmış idi. Lüzum-ı muhakeme veya men-i muhakeme için yazılacak kararname hakkında aşağıda bazı bilgilerin verilmesi yararlı olacaktır. Müstantikler hâkim sıfatına haiz, serbest fikir ve vicdan sahibi olduklarından kanunun kendilerine vermiş olduğu vazife ve yetkileri bağımsız bir şekilde kullanıp verecekleri kararın ne müddeiumuminin iddiasına, ne de hiçbir tarafın arzu ve rızasına uygun olması gerekmez. Ancak kendi kanaatine ve kanuna uygunluğa dikkat etmeleri lazımdır. Kararnamenin yazılması için kanunda bir süre tayin edilmemiştir. Ancak kanunda iddianamenin yazılması için üç gün verilmesi gerektiği açık olarak düzenlenmiştir. Bunun sebebi müddeiumuminin evrakı değerlendirme ve inceleme mecburiyetinin bulunmasıdır. Müstantik ise tahkikatı bizzat kendisi icra etmiştir. Bu nedenle müddeiumumi gibi soruşturma evraklarını inceleme ve değerlendirmeye muhtaç değildir. Bu hususlar değerlendirilerek müstantikin kararnameyi yirmi dört saat içinde yazması gerekir.

58

Şüphelinin mahkemeye gönderilmesi için karar verilmesi, soruşturma aşamasında isnat olunan fiili işlediği yönünde ihbarlar ve deliller bulunmasına bağlıdır. Men-i muhakeme yani şüphelinin mahkemeye gönderilmesine gerek olmadığı yönünde karar vermek için ise bu yönde delil ve emare görülmemesine veya işlenen fiilin kanunen ne cinayet ne cünha ve kabahat cinsinden olmamasına bağlıdır. Ayrıca şüphelinin padişahın affına mazhar olan bir kişi olması, kendisinin işlediği fiilin kanunen cezasızlık gerektiren bir halde yani cinnet veya çocukluk (sabavet) halinde işlenmesi veya işlediği fiilin zamanaşımına uğraması nedeniyle kamu (hukuk-ı umumiye) davası açılmayacağıının anlaşılması durumunda men-i muhakeme kararı verilmesi gerekir. Ancak sadece deliller ve emarelerin bu konuda karar vermek için yeterli görülmemesinden dolayı

⁵⁷ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 44-45.

⁵⁸ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 45-46.

müstantik tarafından men-i muhakemeye karar verilmesi caiz değildir. Muhakeme esnasında yeni delillerin ortaya çıkması muhtemel olduğu için şahitlerin ifadeleri ve mevcut emarelerin itham ve hüküm için yeterli derecede olup olmadığının takdiri heyet-i ithamiye ile mahkemeye ait bir vazifedir.⁵⁹

Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nda yazıldığı üzere müstantik tarafından yazılan kararnamelerde şüphelinin isim, şöhret, yaş, sanat, doğum yeri, ikameti, kendisine isnat olunan fiilin kısaca tarifi, kanunen hangi tür suçlardan olduğu, suç isnat etmek için delillerin yeterli olup olmadığı ve şüpheli hakkında süreli veya süresiz tevkif müzekkeresi verilmiş ise bunların tarihi tahliyelerine karar verilmiş veya şüphelinin firarda bulunması nedeniyle en son ikametgahına tevkif müzekkeresi tebliğ edilmiş ise bu yönlerin gösterilmesi soruşturma aşamasında ortaya çıkan deliller ile emarelerin neler olduğu açık bir şekilde yer almalıdır. Men-i muhakemeye ilişkin kararlarda delil ve şahit ifadelerine yer vermemek tabii ise de men-i muhakeme kararı verilmesini gerekli kılan sebepleri göstermek ve şüpheli tutuklu ise tahliyesi lüzumunu beyan etmek icap eder.⁶⁰

Şüpheliye isnat edilen fiil mücazaat-ı terhibiyeyi⁶¹ gerektiren bir fiil ise yapılan tahkikat neticesinde şüphelinin fiili işlediği sabit görüldüğünde, yazılacak kararname ve yapılan tahkikata ait evrakın olaya ilişki zabıt varakası ile suçun ispatı için delil olacak eşyanın suçla ilgili yargılamayı yapacak olan mahkeme nezdinde bulunan müddeiumumiye gönderilmesi gerekir.⁶²

Cünha derecesinde olan bir fiili işleyen şüphelinin yargılaması bidayet ceza dairesinde yapılacağından buraya gönderilmesi gerekir. İştirak halinde işlenen suçlarda şüphelilerin fiilleri cünha ve kabahat derecesinde olanların ayrılarak bidayet mahkemesine gönderilmesi caiz olmayacağından hepsi için kararname yazılıp cinayet mahkemesine gönderilmesi gerekir ise de her birinin fiilinin ceza

⁵⁹ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 46.

⁶⁰ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 47.

⁶¹ 1858 Ceza Kanununa göre idam, kürek, kalebentlik müebbet sürgün gibi ağır cezaları gerektiren fiillerdir. 1858 Ceza Kanunnamesine göre bu suçların yaptırımları kabahat için "muâmele-i tekdîriye", cünha için "mücâzât-ı te'dîbiyye", cinayet için "mücâzât-ı terhibiyye" olarak adlandırılmaktadır. Gökçen, *Osmanlı Ceza Kanunları*, 28.

⁶² Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 48.

kanununun hangi maddesine uyduğunun açıklanması ve hareketlerinin cünha ve kabahat derecesinde olduğunun belirtilmesi gerekir.⁶³

Cürmün sabit olduğunu gösterecek eşya müstantikin mensup olduğu mahkemede itina ile muhafaza edilip mahkeme tarafından istenildiği halde gönderilmelidir. Mahkeme şüphelinin beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına (adem-i mesuliyet) karar verirse zaptedilmiş eşyası kendisine teslim edilmesi gerekir. Ancak kalpazanlıkta kullanılan eşyaların hiç kimseye iade edilmemesi bu durumda olan zararlı eşyaların imha edilmesi gerekir.⁶⁴

SONUÇ

1879 UMCKM'nin kabul edilerek yürürlüğe girmesi Osmanlı hukuku açısından önemli bir aşamadır. Fransız Ceza Usul Kanunu esas alınarak hazırlanan bu düzenleme ile ceza yargılaması, soruşturma ve kovuşturma aşaması olmak üzere iki temel aşama üzerine inşa edilmiş, müddeiumumi ve müstantikin soruşturma aşamasındaki görev ve yetkileri detaylı olarak düzenlenmiştir. Getirmiş olduğu birçok yenilik ile Osmanlı ceza yargılamasına yeni bir boyut kazandıran bu kanunun nasıl uygulandığı, hukukçular tarafından nasıl yorumlandığı önemli bir husustur.

Osman Saib'in "Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye" isimli eseri Tanzimat döneminde UMCKM'nin uygulandığı dönemde bu kanunda gösterilen soruşturma işleminin nasıl yürütüldüğüne dair önemli bilgiler ihtiva etmektedir. Eserde dikkat çeken bazı hususlar şöyledir.

Şüpheli haklarına riayet önemle vurgulanmış, hukukçunun soruşturma aşamasında görevinin maddi gerçeğe ulaşmak olduğu belirtilmiştir. Bazı önemli suçlarda nasıl bir tahkikat yürütülmesi gerektiği eserde detaylı olarak zikredilmiştir.

Soruşturmanın sadece şüpheli aleyhine değil lehine delillerin toplanacağı bir süreç olduğu vurgulanmıştır. Tanık dinlemenin, ifade almanın uzmanlık gerektiren işler olduğu hatırlatılarak bu konuda taktik bilgiler paylaşılmıştır.

⁶³ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 48.

⁶⁴ Osman Saib, Tahkikat-ı Evveliye ve İstintakiye, 48-49. Yazar eserin sonunda men-i muhakeme ve lüzum-ı muhakeme kararnamelerinden birer örneğe de yer vermiştir.

Tutulacak tutanak, yazılacak istintakname ve iddianamelerin nasıl düzenlenmesi gerektiği, düzenlenirken gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eserden o dönemde soruşturma aşamasında hangi kararların verilebileceği, bu kararlara itiraz mercileri de gösterilmiştir.

Yapılan düzenlemelerle Osmanlı hukukunda günümüzdeki sisteme çok benzer bir adli teşkilat kurulduğu ve soruşturma aşamasında kişi haklarının korunmasına özen gösterildiği anlaşılmaktadır. Hatta bu konuda bugünden daha sıkı bir denetim sistemi kurulduğu söylenebilir. Kitaptan anlaşıldığı üzere bir tutuklama kararı verilmesi için müstantikin müddeiumuminin görüşünü alması gerekir. Ayrıca tutuklama hakkındaki karara karşı heyet-i ithamiyeye itiraz edilebilir.

Osman Saib'in eserinde görüldüğü üzere Osmanlı Devleti sadece modern kanunları yürürlüğe koymakla kalmamış o kanunların gereği gibi uygulanması için de tedbirler almıştır. Bu konuda kurulan teşkilat ve teşkilatın işleyişine ilişkin paylaşılan bilgiler bu hususun bir göstergesidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Akgündüz, Ahmet. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011.
- Akman, Ahmet. "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler." *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi* 8, (2019): 431-450.
- Akman, Mehmet. *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*. İstanbul: Eren Yayınevi, 2004.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aydın, M. Âkif. *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*. İstanbul: İsam Yayınları, 2020.
- Aydın, M. Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Bayındır, Abdülaziz. *İslam Muhakeme Hukuku, Osmanlı Devri Uygulaması*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015.
- Berki, Ali Himmet. *İslam Şeriatinde Kaza, Hüküm ve Hâkimlik Tarihi ve İfta Müessesesi*. Ankara; Yargıçoğlu Matbaası, 1962.
- Cevdet Paşa. *Tezâkir*. C. 4. Haz. Cavid Baysun. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1967.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Düstur*. 1. Tertip, C. 4. İstanbul: 1289.
- Ebü'l-Hasan El-Maverdi. *El Ahkamu's-Sultaniyye*. Çev. Ali Şafak. İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976.
- Gayretli, Mehmet. *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları*. İstanbul: Nizamiye Akademi Yayınları, 2015.
- Gökçe, Teoman. "Türk Hukukunda Meşhut Suç Kavramı, Unsurları ve Görünüş Şekilleri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 14, (2002): 85-104.
- Gökçen, Ahmet. "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (1994): 203-288.
- Gökçen, Ahmet. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*. İstanbul: 1989.

- İlgürel, Mücteba. "Subaşı." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 37:447. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Mazhar, Talat. *Usûl-i Muhâkemat-ı Cezaiye Birinci Kitâb Esbab-ı Nakzıye-i Temyiziye ve Mesalih-i Mütenevvia-i Adliye*. İstanbul: 1328.
- Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*. İstanbul: Kronik Yayınları, 2017.
- Osman Saib. *Tahkikat-ı Evveliyeye ve İstintakiye*. İstanbul: Mihran Matbaası, 1302.
- Turan, Ali. "Osmanlı Devleti'nde Ceza Muhakemesine Dair Hukuki Bir Düzenleme: Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ce Hazırlanan Muvakkat Talimatname (1869)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29 (2021): 1167-1211.
- Turınay, Faruk Yasin. "1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati) Üzerine Bir İnceleme." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 (2021): 169-228.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihâl Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Ülker, İbrahim. "Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)." *Journal of Penal Law and Criminology* 11 (2023): 41-57.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

BAĞIMSIZ DENETİM KURULUŞLARININ EKONOMİK KOLLUK KAPSAMINDAKİ YERİ

Role of Independent Audit in Economic Law Enforcement

Fatih AVCI*

Öz

Anayasa'nın 167. maddesinin bir gereği olarak piyasa başarısızlıklarını gidermek adına devlet, ekonomik kolluk faaliyetleri marifetiyle piyasaları düzenleyip denetlemektedir. Ancak bu faaliyet yerine getirilirken bağımsız idari otoriteler gibi kamu kurumları yanında, bağımsız denetim kuruluşları gibi özel hukuk kişilerinden de yararlanılmaktadır. İdare hukuku öğretisinde, idareye yardımcı bir rolle üstlenilen faaliyetler dışında, Anayasa'nın 128. maddesi gereği özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetinde asli sorumluluklar üstlenmesi mümkün görülmemektedir. Bu yasak karşısında, birer özel hukuk şirketi olan bağımsız denetim kuruluşların yürüttüğü faaliyetin niteliği idare hukuku ilkeleri çerçevesinde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yürütülen bağımsız denetim faaliyetinin, aynı zamanda kamusal işleyiş içinde de yer alması, konunun kamu hukuku açısından, özellikle Anayasa'nın 128. maddesi yönünden, ele alınmasını gerektirmektedir. Anayasal sınırlamalar nedeniyle, bağımsız denetim faaliyetinin kolluk yetki ve görevlerini tam manasıyla ikame etmesi mümkün olmamakla birlikte, idarenin

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, fatihavci81@gmail.com, ORCID: 0009-0004-8936-9177.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 22.11.2024.

Atıf/Citation: Avci, Fatih. "Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Ekonomik Kolluk Kapsamındaki Yeri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 2672-2718.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

sorumluluğunu ortadan kaldırmadan, ancak idareye yardımcı bir rolle, kolluk faaliyetleri içinde yer alması hukuken mümkün gözükmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bağımsız Denetim, Regülasyon, Ekonomik Kolluk, Piyasa Başarısızlıkları, Kamu Hizmeti, Kamu Görevlisi, Bağımsız Denetim Otoritesi.

Abstract

As required by Article 167 of the Constitution; in order to eliminate market failures, the state regulates and supervises markets as part of its economic law enforcement and regulation responsibilities. While performing such duties, as well as public institutions such as independent regulatory authorities, private law entities such as independent auditors are benefited. According to administrative law doctrine, apart from their supporting role to the administration, in accordance with Article 128 of the Constitution, involvement of private persons in law enforcement activities with a primary role is not possible. Because of this limitation, in terms of administrative law principles, role of independent auditing institutions in public enforcement process should be addressed. The fact that the independent auditing, which is carried out under a private law contractual relationship is also applied in public sector, has necessitated the consideration of the issue from the perspective of public law, especially in terms of Article 128 of the Constitution. Due to constitutional limitations, it is not possible for independent auditing activities to fully replace administrative agencies' law enforcement authorities and responsibilities, but it seems legally possible to take place within the public sector in a supporting role to the administration without eliminating the responsibility of the state.

Keywords: Independent Audit, Regulation, Law Enforcement, Market Failure, Public Service, Public Official, Independent Regulatory Authority.

GİRİŞ

Serbest piyasa işleyişinde piyasaların tam rekabet şartlarına sahip olmaları büyük öneme sahiptir. Tam rekabet şartlarından sapmanın nedenlerinin başında,

bir tarafın asimetrik bilgiye ve monopol gücüne sahip olması gelmektedir.¹ Piyasa işleyişinde tarafların aynı seviyede doğru bilgiye sahip olmaması durumunda, bu bilgiye tek yanlı olarak sahip olanlar, diğer tarafın zararına, normalin üzerinde kazanç elde etme fırsatı kazanırlar. Akerlof'a Nobel İktisat ödülü kazandıran çalışmasında modellendiği gibi piyasa şartlarındaki bozulma öyle bir noktaya varabilmektedir ki, bu tür yapısal sorunların yaşandığı sektörler, limon piyasalara dönüşerek piyasa ekonomisi tamamen işlemez hale gelmektedir.² Bu nedenle piyasalardaki yapısal sorunlara müdahale ederek, serbest piyasa şartlarının kısmen de olsa yeniden tesisini sağlamak adına, kamusal müdahale, piyasa işleyişini tamamlayan bir araç olarak kullanılmaktadır. İktisatçıların serbest piyasa işleyişine göre ikinci en iyi yaklaşım olarak ifade ettikleri bu anlayışla, piyasa başarısızlıklarını gidermek adına, ekonomik kolluk faaliyetleriyle ekonomik düzenin yeniden tesis edilmesi amaçlanmaktadır.³

¹ Richard A. Posner, "Theories of Economic Regulation," *Bell Journal of Economics And Management Science* 5, no.2, (Autumn 1974): 336; Piyasa işleyişinde tam bilgi düzeyinin önemi için bkz. Ercan Urkan, Ercan, *Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetimden Kaynaklanan Sorumluluk*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara: Gazi Üniversitesi, 2015): 15-17.

² George A. Akerlof, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism," *The Quarterly Journal of Economics* 84, no. 3 (1970): 497-500. Akerlof, asimetrik bilgi düzeyinin piyasa işleyişine olumsuz etkisini ikinci el araba piyasaları üzerinden açıklamaktadır. Bu piyasalarda, alıcılar satışta olan ikinci el arabaların durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıklarından, kötü arabalara, yani limon olarak nitelenen piyasadaki kötü ürünlere, bir arabanın gerçekten kötü olup olmadığı ayrımını yapamadıkları için gerçek değerinin üzerinde para ödemektedir. Aynı şekilde iyi arabaların sahipleri de kendi arabalarının daha iyi olduğunu ispatlayamadıkları için araçlarını kötü araba sahiplerinin satabildikleri görece düşük fiyattan (ki bu fiyat kötü arabaların gerçek değerinin üstündedir) satmamakta, nihayetinde piyasadaki fiyatlar iyi arabalarının değerinin altında dengeye gelmekte, bu nedenle iyi arabalar satıştan çekilmekte ve nihayetinde piyasada sadece kötü arabalar yüksek karla satılmaktadır. Akerlof'un örneğinden yola çıkarak, bu tür piyasa aksaklıklarının yaşandığı sektörler, limon piyasalar olarak adlandırılmaktadır.

³ R. G. Lipsey ve Kelvin Lancaster, "The General Theory of Second Best," *The Review of Economic Studies* 24, no. 1 (1956-1957): 12; Andrew P. Morriss, "Implications of Second-Best Theory For Administrative and Regulatory Law: A Case Study of Public Utility Regulation," *Chicago-Kent Law Review* 73 (1998): 178.

Türkiye örneğinde 1982 Anayasa'sının 167. maddesi, piyasa aksaklıklarının giderilmesini devlete bir sorumluluk olarak yüklemiştir. Bu sorumluluğun gereği olarak devlet, ekonomik kamu düzenini sağlayabilmek için farklı kurumsal yapı ve araçlarla piyasalara müdahale etmektedir. Söz konusu araçlardan birisi de son yıllarda idare hukukunda bağımsız denetim otoriteler özelinde belirli bir kurumsal olgunluğa ulaşmış olan regülasyon faaliyetidir. Bu faaliyet türü çoğunlukla kurumsal yapı olarak bağımsız idari otoriteleri akla getirirse de farklı modellerle regülasyon faaliyeti yerine getirilmektedir. Hatta, 2008 küresel finansal krizi öncesinde "kendi kendine regülasyon" veya "özel sektör eliyle regülasyon" olarak adlandırılan yaklaşımlar kapsamında regülasyon faaliyetinin yerine getirilmesinde özel hukuk kişilerinden yoğun olarak faydalanılmıştır.⁴ Bağımsız denetim ve kredi derecelendirme kuruluşları gibi özel hukuk kişileri, bankalar gibi finansal araçların sunduğu bilgilerin doğruluğu noktasında, yani piyasalardaki asimetrik bilgi sorununu giderilmesinde, önemli regülatif görevler üstlenmişlerdir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına da konu olduğu üzere, Türk hukuk sisteminde kolluk faaliyetine özel hukuk kişilerin katılması noktasında önemli bir tartışma bulunmaktadır ve kural olarak kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerine devri hukuken olanaklı kabul edilmemektedir. Bu tartışmalar ışığında, bu çalışmanın amacı ekonomik kolluk kapsamında bazı sorumluluklar üstlenen bağımsız denetimin, idare hukuku ilkeleri açısından hukuki niteliğinin yapılmasıdır⁵.

I. EKONOMİK KOLLUK VE REGÜLASYON KAVRAMI

⁴ Marianne Ojo, "The Role of The External Auditor in The Regulation And Supervision of The UK Banking System," *MPRA*, no. 6830 (October 2007): 1; Saule T. Omarova, "Rethinking the Future of Self-Regulation in the Financial Industry," *Brook Journal of International Law* 35, no.3 (2010): 706; Eleni Tsingou, "Transnational Policy Communities and Financial Governance: The Role of Private Actors in Derivatives Regulation," *CSGR Working Paper* No. 111/03 (Coventry UK: Warwick University, January 2003): 21; Stavros Gadinis ve Hovelle E. Jackson, "Markets as Regulators: A Survey," *Southern California Law Review* 80, (June, 2007): 1239.

⁵ Bir sonraki başlıkta açıklanacağı gibi bu çalışmada regülasyon faaliyeti ekonomik kolluk faaliyetinin bir görünümü olarak kabul edilecektir.

A. İşlevsel Açıdan Ekonomik Kolluk ve Regülasyon

Anayasa'da idari işleve dair açık bir tanım yer almadığı gibi idari işlem kapsamında yerine getirilen faaliyet türlerine dair de açık bir tanımlama ve sınıflandırma yer almamaktadır. Anayasa'nın bütününe değerlendirilerek öğretide idari işlevin içeriği; milli güvenlik, kolluk, kamu hizmeti, özendirme-destekleme, iç düzen ve planlama gibi kamusal faaliyet türleri altında incelenmektedir.⁶ İdari işlem kapsamında kamu hizmet ve kolluk en temel iki ana faaliyet türü olarak öne çıkmaktadır. Kamu hizmetinin de Anayasa ve yasalarda açık bir tanımı yapılmamış olsa da⁷ esasen devletin faaliyetlerini geniş manada kamu hizmetine denk saymak mümkündür.⁸ Kamu hizmetinin kapsamının belirlenmesinde idare hukuku öğretisinde objektif ve subjektif yaklaşım olmak üzere iki temel anlayış olmakla birlikte,⁹ iktisadi serbestleşme ve teknolojik değişimle birlikte, günümüzde yasa koyucunun kararının temel belirleyici olduğu subjektif görüş öne çıkmıştır.¹⁰ Kamu hizmeti, kamusal faaliyetin sunumuna dair işlevsel veya kurumsal yönünün öne çıkartılmasına göre; organik, maddi veya şekli bakımdan tanımlanabilmektedir¹¹. Ancak bu aşamada Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu bir tanım yeterli olacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu hizmeti; devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya onların

⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 2013), 21; Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Cilt I)* (Bursa: Ekin Yayınları, 2019), 53; Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 567; Lütfü Duran, *İdare Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 244-7.

⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 329; Duran, *İdare Hukuku*, 302.

⁸ Onur Karahanoğlu, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 17.

⁹ Sedat Çal, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* (Ankara: TOBB Yayınları, 2008), 32-33; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 473-4.

¹⁰ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 474; Duran, *İdare Hukuku*, 308; Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 1, no.1 (2011): 113.

¹¹ Bu tanımlar için bkz. Günday, *İdare Hukuku*, 330; A. Şeref, Gözübüyük, *Türkiye'nin Yönetim Yapısı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 281; Yahya K. Zabunoğlu, *İdare Hukuku (Cilt I)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 503-504.

yakın denetimi ve gözetimleri altında, kamu yararı doğrultusunda toplumun bazı ortak ihtiyaçlarını karşılamak adına sürekli ve düzenli şekilde sunulan faaliyettir.¹²

İdari işlevin diğer önemli unsuru olan kolluk ise kendine özgü amacı olan, yani kamu hizmetinin temel gayesi olan kamu yararı amacının özel bir görünümü olarak kamu düzenini korumayı hedef edinen bir faaliyettir.¹³ Kolluk, geniş manada kamu hizmetinin özel bir türü olarak ele alınabilecek bir kamusal faaliyet türü olup,¹⁴ dar ve teknik manada kamu hizmetiyle kolluk, hukuki amaç ve idarenin sahip olduğu yetki ve tesis edilen idari işlemlerin nitelikleri açısından farklı hukuksal rejimleri sahip olup, bu farklılıkların tam olarak kavranması adına, idare hukuku öğretisinde kamu faaliyetlerinin incelenmesi çoğunlukla kamu hizmeti ve kolluk ayrımı gözetilerek yapılmaktadır.¹⁵ Kolluğun amacı kamu yararının özel bir şekli olan kamu düzenini korumaktır.¹⁶ Kamu düzeninin klasik içeriği olan genel güvenlik, genel sağlık ve toplumsal huzur¹⁷ gibi unsurların yanında, günümüz modern toplumun işleyişinin karmaşıklıkla, kamu düzeninin farklı boyutları ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda da özel kolluk türleri de çeşitlenmiştir.¹⁸ Konumuz açısından ele alınması gereken bu özel kolluk türlerinden birisi ise ekonomik kamu düzenini sağlamaya dönük ekonomik kolluk

¹² AYM, E.2019/27, K.2019/56, 26.06.2019.

¹³ Ramazan Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 24; Çiğdem Sever, "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, no. 1 (Mart 2015): 205; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 469-470.

¹⁴ Karahanoğlu, *Kamu Hizmeti*, 74-75. Ulusoy, kamu hizmetinin bir alt türü olarak kolluğu koruyucu kamu hizmeti şeklinde ele almaktadır. Bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 484; Anayasa Mahkemesi kolluğu genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğunu düşünmektedir. Bkz. AYM, E.2007/2, K.2011/13, 13.01.2011.

¹⁵ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 469; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınları, 2019), 574.

¹⁶ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 529.

¹⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 290; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 530.

¹⁸ Çağlayan, *Kolluk*, 29; Günday, *İdare Hukuku*, 297; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 586; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 532-533; Özge Okay Tekinsoy, "Kolluk Faaliyetleri," içinde *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım vd. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021): 621.

faaliyeti ve bunu sağlayacak ekonomik kolluk kurumlarıdır¹⁹. Ekonomik kamu düzeni, iktisadi ve ticari işleyişteki istikrarsızlıkları, engellemeyi ve sağlıklı bir piyasa işleyişini esas alan bir düzen olup²⁰, kamu düzeninin bu boyutu Anayasa'nın 5, 35, 48, 167 ve 172. maddeleri başta olmak üzere Anayasal bir görev olarak devlete yüklenmiştir.²¹ Özellikle Anayasa'nın 167. maddesinde para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işleyişini sağlayacak önlemlerin alınması ve tekelleşme engellemesi ve yine 172. madde gereği tüketicilerin korunmasına dair düzenlemeler, ekonomik kolluk adına devlete yüklenen Anayasal sorumluluklardandır.²²

Kamu hizmeti ve kolluk kavramlarıyla yakından alakalı olan, ancak son yıllarda ayrıca ele alınabilecek bir diğer kamusal faaliyet türü de regülasyondur. Regülasyon, Anglosakson hukuk sisteminin bir kavramı olmakla birlikte, serbestleşme ve küreselleşme ile Kıta Avrupası ülkelerince de benimsenen bir hukuksal müessese haline gelmiştir.²³ Regülasyon da esasen geniş çerçevede kamu hizmetinin bir unsuru kabul edilmektedir.²⁴ Daha dar ve teknik bir yaklaşımda ise büyük ölçüde ekonomik kollukla örtüşen bir içeriğe sahiptir.²⁵ Hukuki açıdan regülasyon; bir sektöre dönük düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama, uyumsuzluklar karşısında uzlaştırma ve sektöre giriş aşamasında

¹⁹ Turgut Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen," *Anayasa Yargısı* 7, (1990): 167-8; Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010): 258.

²⁰ Mutlu Kağıtçıoğlu, *Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2015): 36; AYM, E.2016/124, K.2016/155, 07.09.2016.

²¹ Sırrı Düğür, "Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadi Hayata Müdahalesindeki Değişim," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (2022): 431-432.

²² Egemen Falcıoğlu, *Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2018): 275.

²³ Kağıtçıoğlu, "Para Piyasası," 44-46.

²⁴ SPK'nın faaliyet konusu, Uyuşmazlık Mahkemesi'nce kamu hizmeti kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. UM, E.1989/24, K.1989/30, 27.11.1989.

²⁵ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 469; Ali Ulusoy, "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme," içinde *Günışığında Yönetim*, ed. İl Han Özay (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 140.

ruhsatlandırma/yetkilendirme şeklindeki temel faaliyetleri içermektedir.²⁶ Ancak, öğretilerde regülasyonun kolluk faaliyetinden farklılaşan yönlerinin bulunduğu, hukuksal araçlar kadar, ekonomik tedbirler, yönlendirme faaliyetleri ve kamuoyunda beklenti yönetimi gibi kolluk faaliyeti kapsamında çok rastlanmayan unsurlarının bulunduğu ifade edilmektedir.²⁷ Öğretilerde Yılmaz, regülasyonun hukuk disiplini dışına taşan unsurlarını vurgulamak adına multi-disipliner bir alan olduğunu ifade etmiştir.²⁸ Bu yaklaşım çerçevesinde, regülasyonu, kamu hizmetinin bir türü olarak ya da ekonomik kolluk faaliyeti kapsamında ele almak pekala mümkün olmakla birlikte, bazı karakteristik özellikleri nedeniyle, kamu hizmeti ve kolluk yanında üçüncü bir faaliyet türü olarak da inceleme konusu yapılabilmektedir.²⁹ Kanaatimizce, hukuk disiplini dışına taşan unsurları, bu kavramı ekonomik kolluktan ayrı nitelermeye olanak verecek ölçüde değildir. Pekala, regülasyonu sektörel ölçekte yürütülen sistematik bir düzenleme faaliyeti olarak ekonomik kolluk kapsamı içinde değerlendirmek mümkündür. Nitekim Tan, ekonomik kolluk kavramını regülasyonu da kapsayacak şekilde kullanmaktadır³⁰. Yargı yerleri de benzer bir yaklaşımla sektörel regülasyonu ilgilendiren uyuşmazlıklarda, ayrı bir kurumsal çerçeve oluşturmak yerine, kolluk müessesesini esas alarak uyuşmazlıkları çözmektedir.³¹

²⁶ Yılmaz, "Bilgi Teknolojileri," 1606.

²⁷ Ali Ulusoy, "Regülasyon Çağına Girerken," *Liberal Düşünce Dergisi* 20 (2000), 106.

²⁸ Serdar Yılmaz, "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Örneğinde 'Bağımsız İdari Otorite' ve 'Regülasyon' Üzerine Kavramsal, Kurumsal ve İşlevsel Bir Deneme-Telekomünikasyon (Elektronik Haberleşme) Hukukunda Regülasyon-," içinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (Cilt 2)* (Ankara: Atılım Üniversitesi, 2020): 1606. Şahin de regülasyonun multi-disipliner bir konu olduğunu, hatta hukuki açıdan bile farklı dalları ilgilendirdiğini ifade etmektedir. Bkz. Cenk Şahin, *Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010), 307.

²⁹ Yılmaz, "Bilgi Teknolojileri," 1606; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021): 433.

³⁰ Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen," 166-167. Benzer yönde Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti," *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2009), 92-93.

³¹ Kağıtçıoğlu finansal piyasalar özelindeki regülasyon faaliyetlerini ekonomik kolluk kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. Kağıtçıoğlu, "Para Piyasası," 1-2. Benzer bir yaklaşımla Anayasa Mahkemesi de Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun enerji piyasalarında dönük düzenleme

Özetle, bu çalışmada ekonomik kolluk kavramı regülasyonu da içerecek şekilde bir üst kavram olarak tercih edilecektir.

B. Kurumsal Açıdan Ekonomik Kolluk ve Regülasyon

Bir kamusal faaliyet olarak regülasyon sadece bu işleve özgülenmiş tek tip bir kurumsal yapı tarafından yerine getirilen bir faaliyet değildir. Örneğin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası esas faaliyet konusu olarak para politikasını yürüten bir kurum olmakla birlikte, ikinci bir işlev olarak ödeme sistemleri sektörünün regülasyonundan sorumludur³². Yine, tarihsel süreçte sigortacılık ve bankacılık sektörlerinin regülasyonu merkezi idarenin bir birimi olan ve temelde kamu borçlanması başta olmak üzere farklı faaliyetler yürüten Hazine Müsteşarlığı'nın hizmet birimlerince yürütülmüştür. Bu nedenle sektörel ölçekte regülasyona özgülenmiş bir kurumsal model olarak bağımsız idari otorite yapısıyla genel olarak regülasyondan sorumlu kurum kavramı özdeş değildir.³³ Özetle, işlevsel olarak regülasyon, farklı kurumsal yapılarca, hatta özel hukuk kişilerin asli veya tali bir görev olarak yerine getirilebildiğinden regülasyonun kurumsal boyutuna da kısaca değinmek gerekmektedir. Zira, inceleme konumuz olan bağımsız denetim kurumlarının da bir regülasyon kurumu, bir ekonomik kolluk kurumu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği çalışmanın nihai amaçlarından birisidir.

ve denetleme faaliyetini kolluk kavramıyla ele almıştır. Bkz. AYM, E.2015/109, K.2016/28, 07.04.2016.

³² Merkez Bankası'nın faaliyet alanı büyük ölçüde 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile düzenlenmiştir. 2013 yılında kabul edilen 6493 sayılı *Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun* ile ödeme hizmetlerini yürüten şirketlerin düzenleme ve denetleme görevi de Merkez Bankası'na verilmiştir.

³³ Bu noktada öğretilerdeki değerlendirmeler için bkz. Lütfü Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler," *Amme İdaresi Dergisi* 30, no. 1 (1997): 9; Ender Ethem Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* X, no. 1-2 (2006): 273; Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar," *Amme İdaresi Dergisi* 35, no. 2 (2002): 35; Ali Ulusoy, "Bağımsız İdari Kurumlar," *Danıştay Dergisi*, no. 100 (1999): 13; Ayhan Tekinsoy, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar," *Ankara Barosu Dergisi* 65, no. 2 (2007): 178.

Her ne kadar dünyadaki uygulamalara paralel olarak Türk hukuk sisteminde de regülasyon faaliyetinin yerine getirilmesinde, bağımsız idari otorite modeli genel bir yaklaşımı temsil etse de farklı idari yapılarla da regülasyon işlevi yerine getirilmektedir.³⁴ Nitekim 5018 sayılı Kanun'da bağımsız idari otorite olarak sayılan kurumlarla, piyasalara dönük regülasyon faaliyetini yerine getiren kurumlar arasında tam bir özdeşlik yoktur.³⁵ Bu nedenle 5018 sayılı Kanun'un III sayılı Cetveli, bağımsız idari otorite olarak sayılan kurumlar açısından bile sınırlayıcı bir liste değildir. Bağımsız idari otorite olarak örgütlenme, regülasyon faaliyetinin yerine getirilmesi adına özerklik gibi birtakım faydalar sağlasa da Anayasal ilkeleri çerçevesinde regülasyon faaliyetinin illaki tek bir kamu kurumu tipiyle yerine getirilmesini zorunlu kılan bir düzenleme olmadığı gibi, bu faaliyetin bağımsız idari otoriteler dışında yerine getirilmesi durumunda da yürütülen faaliyetin regülasyon olarak değerlendirilmesini engelleyen bir kural da yoktur. Türkiye örneğinde bankacılık ve sigortacılığın regülasyonu uzunca bir dönem merkezi idarenin bir unsuru olan Hazine Müsteşarlığı'nın idari birimlerince yerine getirilmesine rağmen, sonrasında iki sektörün regülasyonunda bağımsız idari otorite modeli tercih edilmiştir. Bu değişikliğe rağmen, finansal piyasaların bazı alt sektörlerinin regülasyonundan Hazine Müsteşarlığı sorumlu olmaya devam etmektedir.³⁶ Benzer şekilde ödeme sistemleri ve ödeme hizmetleri sunan finansal araçların regülasyonu 2013 yılında BDDK'dan alınarak Merkez Bankası'na verilmiştir ve Merkez Bankası tipik anlamda bağımsız idari otorite değildir³⁷ Özetle, tüketici bir liste olmamakla birlikte, Türkiye'nin finansal

³⁴ Jaicint Jordona ve Guillermo Rosas, "Central Banks & Banking Regulation, Historical Legacies and Institutional Challenges," in *The Blind Spots of Public Bureaucracy and the Politics of Non-coordination*, eds. Bach T, Wegrich K, (Palgrave Macmillan, 2019), 24.

³⁵ Sever, "Türkiye'de Düzenleyici," 197.

³⁶ Hazine ve Maliye Bakanlığı, Ödünç Para Verme İşleri Hakkında 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ikrazatçıları, 1567 sayılı Kanun kapsamındaki Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (No: 2006-32/32) ise yetkili müesseseleri düzenlemektedir. İki finansal aracı grubu da Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından denetlenmektedir.

³⁷ 6493 sayılı *Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun* ile finansal piyasaların bir parçası olan ödeme hizmetlerini yürüten

regülasyon kurumları kapsamında merkezi idare (Hazine ve Maliye Bakanlığı), hatta Merkez Bankası gibi kendine özgü kurumsal yapıya sahip olan bir kurum ve tabii ki bağımsız idari otoriteler (BDDK,³⁸ SPK,³⁹ SÖEDDK⁴⁰) bulunmaktadır.⁴¹

Regülasyonun kurumsal yapılanması açısından tartışılması gereken ve hukuken olabilirliği noktasında zıt yaklaşımların ileri sürüldüğü konu ise özel hukuk kişilerinin de kolluk ve regülasyon kapsamında görevlendirilip görevlendirilemeyecekleridir. Uluslararası literatürde bu tür bir yaklaşım benimsenmekte olup regülasyondan sorumlu yapılar; kamu idareleri veya özel sektör kişileri olmasına göre de tasnif edilmektedir.⁴² Bu ayırım çerçevesinde, regülasyon faaliyetiyle ilgili sorumluluklar üstlenen özel hukuk kişilerinden birisi de bağımsız denetim kuruluşlarıdır. Ticaret hukuku çalışmalarında bağımsız denetim faaliyeti borçlar hukuku anlamında bir sözleşmesel ilişki çerçevesinde sunulan bir özel hukuk faaliyeti olarak değerlendirilmektedir. Ancak, bağımsız denetimin özel hukuk boyutu yanında, ekonomik kolluğun parçası olması durumu nedeniyle, idare hukuku açısından da ele alınması bir zarurettir.

şirketlerin düzenleme ve denetleme görevi BDDK'dan alınarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB)'na devredilmiştir.

³⁸ BDDK, *Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi* (Ankara: BDDK, 2009), 3, Erişim tarihi Ekim 09, 2024, <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/363?ekId=370>; Uğur Yiğit, *Bankacılık Kanununda Suçlar ve Cezalar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi 2008), 73.

³⁹ Emine Burcu Sinoplu, *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Gazi Üniversitesi, 2009): 1.

⁴⁰ 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG. 18.10.2019, S. 30922) ile bağımsız idari otorite olarak Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu kurulmuştur.

⁴¹ Kağıtçıoğlu da para piyasalarına dönük ekonomik kolluk yapılanmasındaki çeşitliliği işaret etmiştir. Bkz. Kağıtçıoğlu, "Para Piyasası," 57.

⁴² Julia Black, "National Regulation of Financial Markets & UK Regulation," in *Regulation of Financial Markets Lecture Notes* (London: London School of Economics, 2009), 6

II. ÖZEL HUKUK-KAMU HUKUKU KESİŞİMİNDE BİR MÜESSESE OLARAK BAĞIMSIZ DENETİM

En basit tanımla bağımsız denetim, hesap ve belge denetimi yaparak mali verilerin doğruluğu hakkında güvence sağlama faaliyetidir. Bağımsız denetim; şirket, fon, yatırım ortaklığı, kamu kurumu veya başka bir yapının paylaştığı bilgilerin, çoğunlukla şirket yönetimleri tarafından hazırlanan mali tablo ve raporların, bu bilginin muhataplarına karşı gerçeği yansıttığı noktasında üçüncü tarafça sunulan bir güvence faaliyetidir.⁴³ Bağımsız denetim çoğunlukla mali verilerin, yani mali tabloların doğruluğuna ilişkin bir güvence sağlasa da performans denetim olarak operasyonel etkinlik veya belirli prosedür ve kurallara uyumluluğu göstermek adına uygunluk denetimi gibi farklı amaçlarla da yapılabilmektedir.⁴⁴ Kapsam ve içerik olarak bağımsız denetim, muhasebe denetiminden, özellikle vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan denetimlerden de farklıdır.⁴⁵ Bu nedenle bağımsız denetimin yerine getirdiği işlevi hukuken doğru şekilde tanımlayabilmek için, bağımsız denetimi gerekli kılan hukuksal çerçeve doğru şekilde ortaya konulmalıdır. Hukuki açıdan kapsamlı ve sistematik bir değerlendirme yapabilmek için ise bağımsız denetimin kamu ve özel hukuk bileşenlerini ele alacak şekilde en az üç temel açıdan inceleme konusu yapılması gerekmektedir.

İlki, bağımsız denetimin faaliyetinin yerine getirilmesinde uyulması gereken esasa dair ilke ve kurallardır. Küreselleşen dünyada bu kurallar, uluslararası denetim standartları şeklinde ortaya çıkmış ve sonrasında ulusal hukuklara aktarılmıştır. “Uluslararası Denetim Standartları”, Uluslararası Muhasebeciler Federasyonu (IFAC) kapsamında Uluslararası Denetim ve Güvence Standartları Kurulu (IAASB) tarafından oluşturulmaktadır.⁴⁶ Her ne kadar bu çalışmanın konusu

⁴³ Urkan, “Sermaye Piyasalarında,” 19.

⁴⁴ Urkan, “Sermaye Piyasalarında,” 35-6.

⁴⁵ Seda Göçmenler, *Uluslararası Denetim Standartları Açısından Denetlenen İşletme ve Bağımsız Denetçinin Sorumlulukları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi 2019): 19.

⁴⁶ Nil Aslı Bilgin, *Uluslararası Denetim Standartları ve Türkiye Uygulaması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2006): 11.

olmasa da uluslararası hukuk anlamında “*yumuşak kural-soft law*” kapsamındaki bu ilke ve standartların oluşumunda yer alan yarı kamusal nitelikteki bu tür uluslararası yapılar, günümüzde global idare hukuku çerçevesinde ele alınabilecek müesseselerdendir.⁴⁷ Global idare hukuku yönüyle konunun tartışılmasını başka çalışmalara bırakarak,⁴⁸ uluslararası standartların ulusal hukukun parçası olması sürecine bakıldığında, her bir ülkenin bu konularda görevlendirilmiş kamu kurum ve komiteleri bu standartları iç hukuka aktarmada devreye girmektedir. Türkiye örneğinde, Kamu Gözetimi Kurumu (KGK) gibi ulusal regülasyon otoritelerince yatay olarak tüm sektörler için dönük olarak veya BDDK ve SPK gibi dikey olarak spesifik sektörler için dönük olarak, bu ilke ve standartlar ulusal ölçekte düzenleme konusu yapmaktadır.

Bağımsız denetiminin ikinci boyutu ise asıl inceleme konumuzla büyük ölçüde örtüşecek şekilde, bağımsız denetimin bazı kişi veya firmalar için hukuki zorunluluk haline getirilmesine dair kamusal yükümlülük, yani ekonomik kolluk düzenlemeleridir. Konunun bu boyutu, bir yönüyle ilk boyutun devamı niteliğindedir. Esasen ilk aşamada bağımsız denetimin esas ve işlevine dair kamusal kuralların oluşturulması öne çıkarken, bu aşamada bağımsız denetimin yapılmasını öngören kamu hukuku yükümlülüklerine dair hukuksal düzenlemeler öne çıkmaktadır. Regüle edilen sektörlerin birçoğunda bağımsız denetçilerin rapor ve görüşleri, düzenleyici idarelerin icrai işlemleri öncesinde hazırlık işlemleri olarak idari işleyişin parçası haline getirilmektedir. Örneğin, bağımsız denetim raporları esas alınarak regüle edilen firmalara dönük bir kısım idari tedbir veya yaptırımlar uygulanmakta veya denetime konu edilen firmaların birtakım idari izin talepleri veya başkaca idari işlem taleplerinde bağımsız denetim raporları temel hukuki girdi olarak kullanılmaktadır. Yani, bağımsız denetim, şirketler hukuku anlamında hissedarlara veya şirket paydaşlarına dönük bilgi ve güvence sağlamanın ötesinde, kamusal amaç ve gerekçelerle de

⁴⁷ N. Münci Çakmak, “Global İdare Hukuku Tartışmaları,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 3 (2012): 125. Güneysu da benzer şekilde bankacılık alanındaki regülasyon düzenlemelerinin kaynağı olan Basel Komitesi’ni global idare hukuku kurumları arasında incelemiştir. Bkz. Gökhan Güneysu, “Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku -Bir Girizgah-,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2016): 299.

⁴⁸ Çakmak, “Global İdare Hukuku,” 121; Güneysu, “Uluslararası Hukuk,” 295-297.

kullanılmaktadır. Diğer yandan, bazı kamu kurumları veya Dünya Bankası gibi uluslararası kurumlarla olan ilişkiler çerçevesinde kullanılan kredi ve hibelerle ilgili yatırım projesi faaliyetleri de bağımsız denetime konu edilebilmektedir.⁴⁹ Bağımsız denetimin regülasyon aracı olarak kamu hukuku alanında kullanılmasının yanında, kendisinin de regülasyona tabi olması ise konunun kamu hukukunu ilgilendiren bir diğer boyutunu oluşturmaktadır. Bu açıdan, bağımsız denetim yapacak kuruluş ve denetçiler, idari süreç içinde ruhsatlandırılarak yetkilendirmeye tabi tutulmakta ve yürüttükleri faaliyet yetkili idarelerce düzenlenip denetlenmektedir. Sonuç olarak bağımsız denetimin ikinci boyutu farklı açılardan idare hukukunu ilgilendirmektedir.

Bağımsız denetimin son boyutu ise bağımsız denetim kuruluşu ile çoğunlukla denetlenen kişi veya kurum arasında akdedilen sözleşmesel ilişkidir. Bağımsız denetimin bu boyutu, konunun özel hukuk yönünü oluşturmaktadır. Bu ilişki, borçlar hukuku kapsamındaki bir sözleşme çerçevesinde yürütülen bir faaliyettir. Esasen bahse konu sözleşmesel ilişkiye dair bir kısmı emredici, bir kısmı tamamlayıcı kanuni düzenlemeler ise Borçlar Kanunu yanında, Türk Ticaret Kanunu ve Kamu Gözetimi Kurumu'nun mevzuatında yer almaktadır⁵⁰. Bu nedenle bahse konu sözleşmesel ilişkiye dair düzenleyici çerçeve, kısmen özel hukuk kurallarından, kısmen kamu hukuku kurallarından oluşan karma bir rejime sahiptir.

Sonuç olarak bağımsız denetim, kamu hukuk ve özel hukuk boyutları olan bir konu olup, bağımsız denetimi ele alacak hukuki çalışmada, konuyu tek bir açıdan ele almak eksik değerlendirmeler yapmaya neden olabilecektir. Bu nedenle bir hukuksal müessese olarak bağımsız denetimi sadece sözleşme hukuku veya ticaret hukukuyla sınırlandırılmadan, kamu hukuku boyutunu da analiz kapsamına almak faydalı olacaktır.

⁴⁹ Safiye Kaya, *Dünya Bankası ve Dünya Bankası Kredilerinin Denetimi* (Ankara: Sayıştay, Eylül 2003): 45, 55, 86.

⁵⁰ 6102 sayılı TTK'nun 397 vd. maddelerinde anonim şirketlerin denetimi düzenlenmektedir. 26.09.2011 tarih ve 660 sayılı KHK ile KGK bağımsız idari otorite olarak kurulduğu gibi TTK ile öngörülen bağımsız denetime dair ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. 660 sayılı KHK'nun ve diğer yasal düzenlemelerin ayrıntısına sonraki sayfalarda yer verilecektir.

A. Bağımsız Denetim Özel Hukuk Boyutu

1. Sözleşmesel Bir İlişki Olarak Bağımsız Denetim

Bağımsız denetim her ne kadar bir sözleşme ilişkisi⁵¹ içinde yürütülse de adından anlaşılacağı gibi bu faaliyet sonucunda sunulan rapor ve görüş, bağımsız bir düşüncüyü ifade etmektedir. Bu nedenle yürütülen faaliyetin, yani sözleşme konusu edimin bağımsızlık içinde yerine getirilip getirilmediği noktasında taraf iradelerinin etkisi bir ölçüde sınırlandırılmıştır. Denetim faaliyetinin bağımsızlığını korumak adına, taraf iradesinin yerini genel kabul gören denetim ilke ve standartları ve kamusal düzenlemeler almıştır.⁵² Diğer bir ifadeyle bağımsız denetimin bir özel hukuk ilişkisine konu teşebbüs faaliyeti olmasından kaynaklı çıkar çatışmasını bir nebze olsun hafifletmek adına, bu faaliyetin yerine getirilmesine dair şartların belirlenmesinde ve sözleşmenin ifa edilmiş sayılmasında, sözleşmeci tarafların iradesi kısıtlanarak, süreç belirli ölçüde kamusallaştırılmıştır.⁵³ Bu nedenle bu denetim faaliyeti bağımsız denetim olarak

⁵¹ Bağımsız denetimin bir özel hukuk sözleşmesi olarak niteliğini belirlemek bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak konu hakkındaki özel hukuk çalışmalarından anlaşılacağı üzere, bağımsız denetim sözleşmelerini nitelemek kolay değildir. Bağımsız denetim sözleşmeleri 6098 sayılı Borçlar Kanunu kapsamındaki sözleşme tiplerine tam olarak uymamaktadır. Bağımsızlığın bir gereği olarak sözleşmenin bir tarafı olan denetçilerin, denetlenene karşı hizmet sözleşmesini anumsatan bir bağımlılığı bulunmamaktadır. Diğer yandan güvence faaliyetinin niteliği, denetçinin denetlenenin menfaatini korumaya dönük bir vekalet sözleşmesine olanak vermemektedir. Bağımsız denetim raporunun eser niteliği olsa da sözleşmesel ilişkinin tüm yönleri ve sınırlamaları düşünüldüğünde tipik bir eser sözleşmesinin şartlarının da tam olarak sağlamamaktadır. Öğretide bağımsız denetim sözleşmeleri atipik bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bağımsız denetim sözleşmesinin sözleşme hukuku kapsamındaki yerinin ayrıntılı bir analizi için bkz. Urkan, "Sermaye Piyasalarında," 67, 72, 77.

⁵² Göçmenler, "Uluslararası Denetim," 55.

⁵³ World Bank, *Audit Oversight to Enhance Trust and Transparency in Corporate Financial Statements: Challenges in Developing Countries*, Report no. AUS0001102 (Vienna: World Bank-Centre for Financial Reporting Reform), 2019, 1. Erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://cfrr.worldbank.org/sites/default/files/2019-11/Audit%20Oversight%20to%20Enhance%20Trust%20and%20Transparency%20in%20Corporate%20Financial%20Statements%20Challenges%20in%20Developing%20Countries%20%28%20A%20PROVED-FINAL%2012%29.pdf>.

nitelenmiştir. Diğer yandan, bağımsız denetim, kamusal denetimi ve regülasyonu tamamlayıcı nitelikteki bir misyonla yapılması durumunda, denetim sonucu elde edilecek görüş salt hissedar veya şirket ortakları gibi denetim sözleşmesinin karşı tarafı olan kişileri ilgilendirmeyecek ve tam manasıyla kamunun menfaatini etkileyecek boyuta ulaşacaktır. Bu durumda bağımsız denetimin özel hukuk kapsamı daha da sınırlanarak, kamu hukuku boyutu genişleyecektir.⁵⁴ Bu süreç öyle bir noktaya varabilmektedir ki, bağımsız denetim büyük ölçüde kanuni bir zorunluluk haline getirilerek kamu hizmeti veya kolluk faaliyeti kapsamında kalabilmekte ve dolayısıyla da bağımsız denetçilerin, Anayasal kurallar çerçevesinde kamu görevlisi sayılıp sayılmayacaklarını dahi tartışmak gerekmektedir. Bağımsız denetimin bu yönüyle uygulama örnekleri sonraki başlıklarında ele alınacaktır.

Sonuç olarak bağımsız denetimin kamusal boyutuna rağmen, bu faaliyetin merkezindeki hukuki ilişki, denetçi kuruluş ile çoğunlukla denetlenen firma arasında imzalanan bir özel hukuk sözleşmesidir.⁵⁵ Bağımsız denetime dair özel hukuk sözleşmesinin yasal çerçevesini ise TTK'da düzenlemeleri, 660 sayılı KHK ve Borçlar Kanunu hükümleri oluşturmaktadır. Sermaye piyasaları ve bankacılık açısından ise ilgili kanunların düzenlemelerin de ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁶

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Bağımsız Denetim

Bağımsız denetim faaliyetinin bir özel hukuk ilişkisi olarak düzenlendiği örneklerin en başında Türk Ticaret Kanunu kapsamındaki bağımsız denetim gelmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla (TTK) anonim şirketlerdeki

⁵⁴ John Christian Langli ve Marleen Willekens, "The Economics of Auditor Regulation," in *At the Forefront, Looking Ahead*, Universitetsforlaget (2018), 161-162.

⁵⁵ Göçmenler, "Uluslararası Denetim," 64.

⁵⁶ Urkan, "Sermaye Piyasalarında," 55. 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu'nun 14. ve 35. maddesi ile 62-64. maddelerinde bağımsız denetime dair düzenlemeler yer almaktadır. Benzer şekilde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 15., 33., 39., 40. ve 95. maddeleri bankalar özelinde bağımsız denetime dair hükümleri içermektedir. Tekrar olmaması adına, söz konusu madde düzenlemelerinin ayrıntısı bu sektörler özelinde bağımsız denetimin incelenirken ele alınacaktır.

denetim yapısı değiştirilmiştir. Anonim şirketlerinin temel organları arasında yer alan denetim kurulları, yeni TTK'da bir organ olarak düzenlenmemiş olup bağımsız denetimi esas alan bir denetim anlayışı benimsenmiştir.⁵⁷ TTK'da bağımsız denetimin bir tanımı yapılmamış olsa da bu konudaki eksiklik 660 sayılı KHK'nın 2. maddesinin (b) bendiyle giderilmiştir.⁵⁸ Buna göre bağımsız denetim; *"Finansal tablo ve diğer finansal bilgilerin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanutlarının elde edilmesi amacıyla, denetim standartlarında öngörülen gerekli bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanması"*, şeklinde tanımlanmıştır.

TTK'nın 397. ve devamı maddelerinde anonim şirketlerin denetimine dair ayrıntılara yer verilmiştir. TTK'nın 397. maddesine göre her anonim şirket bağımsız denetime tabi olmayıp, denetime tabi olacak şirketler için aranacak kriterler Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. 30.11.2022 tarih ve 6434 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar ile bu belirleme, yıllık satış hasılatı ve çalışan sayısı gibi eşik değerler çerçevesinde belirlenmiş, ayrıca bazı anonim şirketlerin denetimlerinin kamu yararı açısından önemli olmaları nedeniyle, bu ölçüt esas alınmadan bağımsız denetime tabi tutulmuştur. TTK'nın 397. maddesinde bağımsız denetimin *Türkiye Denetim Standartlarına* uygun olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Başta da ifade ettiğimiz gibi bu standartlar uluslararası denetim standartların ulusal hukuka aktarılmasından ibaret olup bu sorumluluk bir sonraki başlıkta ele alacağımız üzere KGK tarafından yerine getirilmektedir. TTK'nın 399. maddesinde, denetçinin seçiminin şirket genel kurulunca yapılacağı düzenlenerek, şirketin mali kayıtlarının birinci elden sorumlusu olan yönetim kurulu ile denetçi arasında oluşabilecek çıkar çatışması engellenmeye çalışılmıştır. Benzer yaklaşımla, TTK'nın 400. maddesinde denetçinin bağımsızlığını korumak adına, denetlenen

⁵⁷ Mehmet Özbirecikli, "Türkiye'de Ticaret Kanunlarında Denetim Anlayışı Üzerine Bir İnceleme," *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, no. 4 (2013): 161; Urkan, "Sermaye Piyasalarında," 34.

⁵⁸ Daha sonra ele alacağımız gibi 660 sayılı KHK bağımsız denetim faaliyetinin bizatihi kendisinin bir regülasyona konu edilmesi noktasında en temel hukuki düzenlemedir.

şirketle pay sahipliği veya istihdam ilişkisi gibi özel durumların varlığı halinde, bu şirketin denetiminde yer alamayacağı düzenlenmiştir. 405. maddede ise şirket ile denetçiler arasında mevzuatın veya şirket esas sözleşmesinin yorumu veya uygulamasında görüş farklılığının çıkması durumunda, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin kararına başvurulabileceği öngörülmüştür.⁵⁹ Son olarak TTK'nın 399. maddesinin 8. bendinde bağımsız denetim sözleşmesinin haklı nedenle feshine dair özel bir fesih düzenlemesine yer verilmiştir. Özetle, anonim şirketlerin bağımsız denetiminde TTK düzenlemeleri sözleşmesel ilişkiyi şekillendiren ve tamamlayan temel kanuni düzenleme niteliğindedir.

B. Bağımsız Denetimin Kamu Hukuku Boyutu

1. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK)

Bağımsız denetim bir faaliyet olarak regülasyona konu edilmesi Türkiye'ye özgü bir durum değildir. ABD'deki Enron ve Worldcom örneklerinde olduğu gibi denetim firmalarında yaşanan zafiyetlerin birer skandal boyutuna ulaşması ve 2008 küresel finans krizi sürecinde finansal piyasalarda yaşanan denetim eksiklikleri, bağımsız denetimin de denetlenmesi gerektiğine dair bir anlayışı güçlendirmiştir.⁶⁰ Türkiye'de bağımsız denetim faaliyetinin düzenlenmesi ve denetlenmesinden 26.09.2011 tarih ve 660 sayılı KHK ile kurulan ve Türk idare hukukunda bağımsız idari otoritelerden birisi olarak kabul edilen KGK sorumlu tutulmuştur. KGK'nin amacı uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde Türkiye muhasebe standartlarının oluşturulması ve bağımsız denetimde uygulama birliğinin sağlanması olup bu amaç doğrultusunda bağımsız denetçi ve bağımsız denetim kuruluşlarını yetkilendirilmesi ve faaliyetlerinin denetimi yerine getirmektedir. KGK'nin görev alanı sadece bağımsız denetçilerin düzenlenmesi ve denetlenmesiyle sınırlı olmayıp 660 sayılı KHK'nın 9.

⁵⁹ Cengizhan Karaca, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Bağımsız Denetim Mesleği ve Gaziantep İlinde Bir Uygulama*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, 2013): 63.

⁶⁰ World Bank, *Audit Oversight*, 9-10 ve 13-15; Christopher Humphrey ve Anne Loft, "Chapter 31: Contemporary Audit Regulation – Going Global!" in *Handbook of Key Global Financial Markets, Institutions, and Infrastructure*, Eds. Gerard Caprio et. al. (San Diogo: Academic Press, 2013): 333.

maddesinde görev alanının ayrıntılarına yer verilmiştir. 660 sayılı KHK'nın 9. maddesinde KGK'nin bağımsız denetime dair görevlerine bakıldığında; bağımsız denetim kuruluşlarının kuruluş şartlarını ve faaliyet esaslarını belirlemeye, bağımsız denetim kuruluşlarının ve denetçilerin sınav, yetkilendirilme ve sicil işlemlerini yürütmeye, uluslararası standartlarla uyumlu olarak ulusal denetim standartlarını oluşturmaya, gerektiğinde idari yaptırım uygulamaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, 660 sayılı KHK'nın 25. maddesi gereği, bağımsız denetim kuruluşların faaliyetlerini inceleme yetkisi de vardır. 660 sayılı KHK'nın 24. maddesinde özel bir sorumluluk ve tazmin hükmüne de yer verilmiş olup bağımsız denetçilerin hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumlu olacakları, bu kapsamda ortaya çıkacak tazmin yükümlülüğünün giderilmesi adına Hazine ve KGK tarafından belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir.

Sonuç olarak 660 sayılı KHK bağımsız denetimin salt bir özel hukuk faaliyeti olarak kalmasına müsaade etmeyerek kamusal regülasyon konusu yapmıştır. Bağımsız denetim yapabilecekler de idarenin yetkilendirmesine, Çal'ın ifadesiyle tek yanlı kolluk yetkisi olarak ruhsata tabi kılınmıştır.⁶¹

2. Kamusal Faaliyetin Parçası Olarak Bağımsız Denetim

Kamusal işleyiş içinde bağımsız denetimden farklı amaçlarla yararlanılmaktadır. Bazı sektörlere özgü regülasyon çerçevesinde, denetim otoriteleri, regüle edilen sektör firmalarının denetiminde bağımsız denetim kuruluşlarından yararlanmaktadır. Regülasyonun kavramsal ve kurumsal çerçevesini ele aldığımız ilk başlıkta ifade ettiğimiz gibi, özel hukuk kişilerinin regülasyon sürecinde yer alması mukayeseli hukukta örnekleri olan bir uygulamadır.⁶² Bu başlıkta da uluslararası uygulama örnekleri ve Türkiye'de bağımsız denetimin finansal piyasaların regülasyondaki yeri ele alınacaktır.

⁶¹ Sedat Çal, *Türk İdare Hukukunda Ruhsat* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2010), 280.

⁶² Amir Amel-Zadeh ve Mary E. Barth, "Auditor Reporting to Bank Regulators: Effective Regulation or Regulatory Overreach?," *Journal of Accounting and Economics* 72 (2021): 1.

Ayrıca, bağımsız denetimin kamu alanındaki diğer görünümünden de bahsedilecektir.

a. Mukayeseli Hukukta Finansal Piyasaların Regülasyonu ve Bağımsız Denetim

2008 krizi öncesinde finansal piyasaların regülasyonda bağımsız denetim ve kredi derecelendirme kuruluşları gibi kendi kendine regülasyon ve özel sektör eliyle regülasyon uygulamaların ağırlığı çok fazlaydı.⁶³ Ülkelerin bankacılık düzenlemelerinin temel kaynağı olan ve bir yönüyle model kanun niteliği taşıyan Basel Komitesi tarafından hazırlanan *Basel ilkeleri* kapsamında, 2008 öncesinde kendi kendine ve özel sektör regülasyon yapıları bankacılık denetim sisteminin merkezinde yer almaktaydı. 2008 öncesinde geçerli olan *Basel-II* kuralları kapsamında sermaye yeterlilik rasyolarının hesabında, birinci yöntem olan *standartlaştırılmış yaklaşımda*, kredi derecelendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınması öngörülmüş, diğer yöntem olan *içsel derecelendirmede* ise bankaların kendi risk değerlendirme sistemlerine dayanılmıştır.⁶⁴ Başka bir ifadeyle bankaların mali durumu hakkındaki en temel bilgi kaynağı ya kredi derecelendirme kuruluşları, ya da bizzat bankanın kendisiydi. Bağımsız denetimin bankacılığın regülasyonu içindeki durumu da kredi derecelendirme kuruluşlarına benzer nitelikteydi. Basel Komitesi'nin bankaların dış denetimine dair 2002 yılında yayımladığı tavsiye kararında, bağımsız denetim ile kamu otoritelerinin düzenleyici faaliyeti arasındaki birliktelik güçlü şekilde vurgulanmıştı.⁶⁵ Bazı ülke örneklerinde bağımsız denetimin; bankaların lisanslama şartlarına uygunlukları, iç kontrol ve düzenleyici otoriteye karşı raporlama sistemlerinin yeterliliği, organizasyonel yapıların düzenleyici otoritenin öngördüğü kriterlere uygunluğu ve bankacılık

⁶³ World Bank, 2019, 8-9: Rolf Weber, ve Aline Darbellay, "The Regulatory Use of Credit Ratings in Bank Capital Requirement Regulations," *Journal of Banking Regulation* 10 (2008): 4-5; Stavros ve Jackson, "Markets As Regulators," 1244.

⁶⁴ Weber ve Aline, "The Regulatory Use," 4-5.

⁶⁵ Basel Committee on Banking Supervision, *The Relationship Between Banking Supervisors and Banks' External Auditors* (Bank For International Settlement, January 2002), 12-4, Erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://www.bis.org/publ/bcbs87.pdf>.

faaliyetlerinin kanun ve düzenlemeye aykırı olup olmadığı gibi doğrudan kamusal düzenleme ve denetleme görevlerinin bağımsız denetçiler marifetiyle yerine getirildiği bizzat Basel Komitesi tarafından başarılı uygulama örnekleri olarak ifade edilmiştir.⁶⁶ Diğer bir ifadeyle, bankacılığın regülasyonunda sorumlu kurumlar, bankaların mali durumları hakkındaki güvence sağlama görevini bir ölçüde özel hukuk kişilerine bırakmış durumdaydı. 2008 krizi sonrasındaki reform süreciyle, regülasyonla bağımsız denetim arasındaki yakın ilişki kısmen sınırlandırılrsa da tamamen sona erdirilmemiştir. Finansal regülasyonun birincil amacı kabul edilen finansal istikrarın sağlanması adına bağımsız denetimin kamusal bir rolünün bulunduğu, bu noktada bağımsız denetçilerin finansal regülasyondan sorumlu kurumlara raporlama yapmaları gerektiği ve bağımsız denetimin regülasyon kurumların denetleyici faaliyetlerine önemli bir girdi sağladığı, Basel Komitesi'nce ifade edilmiştir.⁶⁷ Ayrıca, birçok ulusal düzenleyici otoritenin, bağımsız denetim raporlarını doğrudan veya dolaylı olarak kendi işlem ve faaliyetlerinde kullandıkları da belirtilmiştir.⁶⁸

Ülke örneklerine de kısaca bakıldığında, 2008 öncesinde Birleşik Krallık'ta finansal piyasalar konsolide bir şekilde Financial Services Authority (FSA) adındaki tek bir regülasyon otoritesi tarafından regüle edilmekteydi. O dönem geçerli olan İngiliz Bankacılık Kanunu (Financial Services and Markets Act 2000) kapsamında finansal şirketleri denetleyen bağımsız denetim kuruluşlarının FSA'ya karşı da raporlama yükümlülüğü bulunmaktaydı. Bu durum bağımsız deneticilerin uymak zorunda oldukları Birleşik Krallık ulusal denetim standartları⁶⁹ açısından da bir gereklilikti.⁷⁰ Krizden çıkarılan dersler neticesinde, Birleşik Krallık'ta 2008 krizi sonrası oluşturulan regülasyon yapısında bağımsız denetçiler daha sistematik bir şekilde regülasyon sürecinin parçası haline

⁶⁶ Basel Committee on Banking Supervision, *The Relationship Between*, 15.

⁶⁷ Basel Committee on Banking Supervision, *External Audits of Banks*, (Bank For International Settlement, March 2014), 2, Erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://www.bis.org/publ/bcbs280.pdf>.

⁶⁸ Basel Committee on Banking Supervision, *External Audits*, 22.

⁶⁹ The International Standard on Auditing-ISA UK and Ireland-250 Sections A and B.

⁷⁰ Marianne Ojo, "The External Auditor's Role in Bank Regulation and Supervision: Helping the Regulator Avoid Regulatory Capture," *MPRA*, no. 1293 (2007): 23.

getirilmiştir.⁷¹ Benzeri bir yaklaşım Avrupa Birliği ülkeler tarafından da benimsenmektedir. AB'nin 26 üyesinden 15'inde bankaları denetleyen bağımsız denetçiler, ulusal regülasyon otoritelerince yetkilendirilmekte ve bağımsız denetim raporlarının regülasyon kurumlarına sunulmaktadır.⁷² İsviçre örneğinde de bağımsız denetçiler sadece bankanın hissedarlarına değil, aynı zamanda regülasyon otoritesine (Financial Market Supervisory Authority - FINMA) raporlama yapmaktadır.⁷³ Özetle, bağımsız denetim ve kredi derecelendirme kuruluşları gibi özel hukuk yapılarının regülasyon sürecinde yer almaları, 2008 krizinin sebepleri arasında gösterilerek ciddi bir eleştiri konusu yapılmıştır.⁷⁴ Ancak bu uygulama 2008 sonrasında da devam etmiştir. Örneğin 2016 yılında Dünya Bankası ve AB tarafından hazırlanan bir çalışmada ise Avrupa'daki birçok düzenleyici otoritenin bağımsız denetimden çok farklı amaçlarla yararlandığı ifade edilmiştir.⁷⁵ Güncel AB düzenlemelerinde de bağımsız denetçilerin, düzenleyici otoritelere kaşı raporlama yükümlülüğü devam etmektedir.⁷⁶

Özetle, özel hukuk kişilerinin regülasyon sürecinde gösterdikleri etkinliği veya zafiyeti tartışmak bu çalışmanın amacı değildir. Uluslararası uygulamalar da göstermektedir ki, bağımsız denetimin misyonu, salt sözleşmesel bir ilişki içinde

⁷¹ Singh, Dalvinder, "The Role of External Auditors in Bank Supervision: A Supervisory Gatekeeper?," *The International Lawyer* 47, no. 1 (2013): 66.

⁷² M. Magnus, *The Relationship Between Banking Supervisors and Banks' External Auditors*, PE.542685 (European Parliament Briefing, 30.06.2016), 2, Erişim tarihi Ekim 11, 2024, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/542685/IPOL_BRI\(2015\)542685_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/542685/IPOL_BRI(2015)542685_EN.pdf).

⁷³ Ian P. Dewing ve Peter O. Russell, "Auditors as Regulatory Actors: The Role of Auditors in Banking Regulation in Switzerland," *European Accounting Review* 21, no.1 (2012): 1-2.

⁷⁴ Dilara Kankoç Aydın, *2007'den Bugüne Küresel Krizin Finansal Düzenleyici Yaklaşımına Etkileri, Yeterlilik Etüdü* (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 2014), 2.

⁷⁵ World Bank, *Banking Supervisors and External Auditors: Building a Constructive Relationship A Guide*, (Washington: World Bank, 2016), 5, Erişim tarihi Kasım 01, 2024, <https://documents1.worldbank.org/curated/pt/621211556101403820/pdf/Banking-Supervisors-and-External-Auditors-Building-a-Constructive-Relationship-A-Guide.pdf>.

⁷⁶ Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms. Erişim tarihi Kasım 01, 2024, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0036&from=EN>.

yürütülen bir güvence faaliyetinin ötesindedir. Bu nedenle konumuz açısında önemli olana nokta, bağımsız denetimin, ekonomik kolluk kapsamında önemli bir idari işlev yerine getirdiği gerçeği karşısında, bağımsız denetimin idare hukuku açısından yerinin belirlenmesi zorunluluğudur. Konunun bu boyutu sonraki başlıklarda Türkiye özelinde ele alınacaktır.

b. Türkiye’de Bankacılık ve Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim

TTK ve 660 sayılı KHK çerçevesinde hangi sermaye şirketlerinin bağımsız denetime tabi olacağına dair standartların Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğini ifade edilmiştir. Ayrıca 660 sayılı KHK’nın 2. maddesinin (ğ) bendinde, kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar kapsamında; halka açık şirketler, bankalar, sigorta şirketleri, sermaye piyasası kurumları gibi bazı şirket türlerinin faaliyetlerinin önemli ölçüde kamuoyunu ilgilendirdiği kabul edilerek her halde bağımsız denetime tabi kılınmıştır. Maddede sayılan şirketlerin büyük kısmı ayrıca sektörel regülasyona tabi olup, bu konuda her bir sektöre özgü düzenleyici çerçevede bağımsız denetime dair özel kanun hükümleri de bulunmaktadır. 660 sayılı KHK’nın 23. maddesinin 2. ve 3. bentleri de ilgili olduğu sektörün düzenleme ve denetleme yetkisini haiz kurul, kurum veya kuruluşlarla koordinasyon ve iş birliğine işaret edilmiş ve aynı maddenin 4. bendinde Sermaye Piyasası Kanunu ve Bankacılık Kanunu hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Özetle, 660 sayılı KHK dışında, bağımsız denetimin spesifik sektörlerle özgü düzenlemelerinin de gözetilmesi gerekmektedir. Aşağıda bankacılık ve sermaye piyasası açısından bağımsız denetimin yeri kısaca özetlenmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 33. maddesinde KGK kapsamında yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşlarından, 5411 sayılı Kanun’un 15. maddesindeki ek yükümlülükleri yerine getirenlerin Bankacılık Kanunu kapsamında yetkili bağımsız denetim kuruluşları olacağı, bu konuda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun gerekli kararları almada yetkili makam olduğu düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu’nun 36. maddesinde ise TTK düzenlemesine benzer şekilde sorumluluk sigortasına dair özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. 156. madde ise bankacılık işlemlerinin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirilmesi sürecinde ilgili belgeleri onaylan bağımsız denetçilerin de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’ndaki ceza hükümleri kapsamında sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bağımsız denetimin işlevine dair Bankacılık

Kanunu düzenlemelerine bakıldığında; Kanun'un 39. maddesinde BDDK'ya sunulacak finansal raporların bağımsız denetim kuruluşlarınca onaylanması şartı getirilmiş, benzer şekilde 40. maddede yıllık faaliyet raporu kapsamında bağımsız denetim raporlarının ilgili mercilere bildirilmesine ve kamuya açıklanmasına dair usul ve esaslara yer verilmiş, 95. maddede ise bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılan yıllık finansal raporların yapısı, uygunluğu ve güvenilirliğinin BDDK tarafından değerlendirileceği düzenlenmiştir. "Yerinde denetim ve gözetim" başlıklı 95. maddedeki düzenleme konumuz açısından oldukça önemlidir. Bu maddeye göre; BDDK'nın yapacağı yerinde denetimlerde Başkan'ın gerekli gördüğünde ve özellik arz eden konularda bağımsız denetim kuruluşlarını inceleme yapılması için görevlendirebileceği, bağımsız denetçinin denetim konularıyla ilişkili olmak kaydıyla bu maddede kamu denetçileri için düzenlenen yetkilere haiz olduğu ifade edilmiştir. 95. madde esasen bankaların kamusal denetiminde BDDK'nın sorumluluğunu düzenleyen bir madde olup, madde kapsamında BDDK'nın kendi denetim elemanlarının kullanabileceği yetkilere de yer verilmiştir. Bu nedenle ilgili madde uyarınca bağımsız denetçilerin görevlendirilmesi durumunda, bağımsız denetçiler de aynen BDDK'nın uzman ve murakıpları gibi denetim görevini yerine getirebilecek, dahası BDDK'nın kamu görevlisi olan denetçilerinin tüm yetkilerine haiz olacaktır. Yani, bu maddede bağımsız denetim, kamusal denetimin ikamesi olabilecek bir yetki ve işlevle düzenlenmiştir.

Bankacılık Kanunu'nda olduğu gibi bağımsız denetime dair ayrıntılı düzenlemelerin bulunduğu bir başka alan sermaye piyasalarıdır. KGK tarafından yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşlarından 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca gerekli şartları sağlayanların, Sermaye Piyasaları Kurulu (SPK) tarafından yetkilendirileceği, böylelikle 6362 sayılı Kanun kapsamında faaliyette bulunabilecekleri düzenlenmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu'nun 35. maddesinde bağımsız denetim kuruluşları sermaye piyasası kurumlarından birisi olarak sayılmış ve 6362 sayılı Kanun'un 6. Bölümü kapsamında bağımsız denetime dair ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Kaplan, bağımsız denetim kuruluşlarının sermaye piyasası kurumu sayılması hasebiyle, bağımsız denetimin sermaye piyasası kapsamında bir faaliyet, ve hizmet

olduğunu ifade etmektedir.⁷⁷ 6362 sayılı Kanun'un farklı maddelerinde bağımsız denetimden yararlanılması öngörülmüştür. Bu çerçevede 72. madde gereği *borsa ve piyasa işleticilerinin* mali denetimlerinin bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılacağı, benzer şekilde 77. madde uyarınca *merkezî takas kuruluşlarının* finansal tablolarının bağımsız denetimine ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından belirleneceği, 78. madde gereği *merkezî karşı taraf hizmeti verecek merkezî takas kuruluşlarının* iç denetim birimleri, risk yönetim ve bilgi işlem altyapılarının güvenilirliğini ve yeterliliğinin SPK tarafından kontrolü kapsamında bağımsız denetimlerinin yapılabileceği, 80. madde uyarınca *merkezî saklama kuruluşlarının* finansal raporlarının bağımsız denetimine ilişkin usul ve esasların SPK tarafından belirleneceği, 99/B maddesi çerçevesinde *kripto varlık hizmet sağlayıcılarının* mali denetimi ve bilgi sistemleri bağımsız denetiminin Kanun çerçevesinde yaptırılacağı, 138. maddesi uyarınca *Borsa İstanbul Anonim Şirketi'nin* kamu payının yüzde ellinin altına düşünceye kadar kendisinin ve iştiraklerinin her türlü hesap ve işlemlerinin denetiminin yalnızca SPK'nın listesindeki bağımsız denetim kuruluşları arasından, Hazine Müsteşarlığı tarafından seçilecek bir bağımsız denetim kuruluşunca yapılacağı, düzenlenmiştir. SPK kapsamındaki şirketlerin yaptırması gereken bağımsız denetim türleri; yıllık bağımsız denetim, ara dönem mali tabloları için sınırlı bağımsız denetim ve spesifik amaçlarla yapılan özel bağımsız denetim şeklinde SPK tebliğleri çerçevesinde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.⁷⁸ Kanun'un 64. maddesinde bağımsız denetçilerin Kanun'da sayılan durum ve bulguların ortaya çıkması durumunda SPK'ya karşı raporlama yükümlülüğü bulunduğu da düzenlenmiştir. Bağımsız denetçilerin sorumluluklarına bakıldığında; 6362 sayılı Kanun'un 63. maddesinde bağımsız denetim kuruluşlarının hukuki sorumluluklarını genel olarak düzenlemiş, 10. maddesinde ise özel olarak halka arz sürecinde izahname hazırlama yükümlülüğü kapsamında hazırlanan bağımsız denetim raporlarından kaynaklı yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden bağımsız denetçilerin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde, 32. maddede düzenlenen kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk kapsamında, bağımsız denetim raporlarını

⁷⁷ Onur Kaplan, "İdare Hukuku Yönünden Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Faaliyeti ve Bağımsız Denetim Raporlarının Hukuki Niteliği," *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 141 (Mayıs 2018): 119-128.

⁷⁸ Urkan, "Sermaye Piyasalarında," 2, 31-33.

hazırlayan kişi ve kurumlar da 6362 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İdari ve cezai sorumlulukları açısından ise bağımsız denetim kuruluşları ve denetçilerin 6362 sayılı Kanun'un 103. maddesi uyarınca idari para cezasına muhatap olabilecekleri gibi yasal defterlerde, muhasebe kayıtlarında ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük kapsamında 112. madde gereği cezai anlamda da sorumluluklarına da gidilebilecektir.

Özetle, 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu çerçevesinde bağımsız denetimin işlevi ve sorumluluğu 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na nazaran daha ayrıntılı düzenlemelere konu edilmiş olup birçok noktada regülasyon faaliyeti kapsamında bağımsız denetim raporlarından yararlanılması öngörülmüş, dahası bağımsız denetçiler ciddi kamusal yükümlülüklerle muhatap kılınmıştır. Başka bir anlatımla, 6362 sayılı Kanun'un 1. maddesinde SPK'nın amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi işleyişi ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması şeklinde düzenlenmiştir. SPK'nın yasal olarak tanımlanmış bu amacına ulaşma noktasında, piyasalarda şeffaflığı sağlamada ve yatırımcıların menfaatlerini korumada, güvenilir bilgiye ulaşılması adına bağımsız denetim önemli bir araç olarak kullanılmaktadır.⁷⁹

Sonuç olarak bankacılık ve sermaye piyasaları kapsamında bağımsız denetim, sadece banka ve sermaye şirketi ile yatırımcıları arasındaki veya TTK'da olduğu gibi şirket yönetimi ile hissedarlar arasındaki güvensizliği ve asimetrik bilgi sorununu gidermeye dönük bir ticari faaliyet olarak görülmemiş, ayrıca kamu kurumlarının sektörel regülasyon faaliyetlerinin birer parçası konumuna getirilmiştir.

c. Kamu Hukukunda Bağımsız Denetimin Diğer Görünümleri

Kamusal işleyiş içinde bağımsız denetim daha ziyade regülasyon otoritelerinin faaliyetlerini tamamlayıcı nitelikte kullanılsa da bağımsız denetimin kamusal işleyişte farklı görünümüleri bulunmaktadır. TTK kapsamındaki anonim şirketlerin bağımsız denetimi dışında, önemli ölçüde kamuoyunu ilgilendiren şirketlerin herhangi bir kritere bağlı olmaksızın bağımsız denetime konu edileceğine dair 660 sayılı KHK'nın 2. maddesinin (ğ) bendi bu konudaki en

⁷⁹ Urkan, "Sermaye Piyasalarında," 11.

kapsayıcı düzenlemedir. Ancak, bankacılık ve sermaye piyasalarında olduğu gibi kamu yararı nedeniyle bağımsız denetim kapsamındaki şirketler açısından diğer spesifik düzenlemeler uyarınca, bağımsız denetimin TTK düzenlemelerinden farklı bir çerçevesinin olabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, finansal piyasaların parçası olan ödeme ve elektronik para kuruluşlarının regülasyonu 20.06.2013 tarihli 6493 sayılı Kanun ile BDDK'dan alınıp TCMB'ye verilmiştir. 6493 sayılı Kanun'un Kanun 21. maddesinde bağımsız denetimin 660 sayılı KHK uyarınca çerçevesinde yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca ödeme ve elektronik para kuruluşlarının bilgi sistemlerinin bağımsız denetimi öngörülmüş ve bu denetimin usul ve esaslarının ise TCMB belirleneceği düzenlenmiştir. TCMB'nin gerek duyması halinde bağımsız denetçilerin yetkilendirmesine dair ek şartlar getirebileceği de ifade edilmiştir. Benzer şekilde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasında sigorta ve reasürans şirketlerinin mali tablolarının bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirilmesi zorunluluğu getirilmiş, bu konuda bağımsız denetim yapmaya yetkili firmalar için KGK'nin yetkilendirmesi yanında, Hazine Müsteşarlığı'nın (Hazine ve Maliye Bakanlığı) bağımsız denetim yapacakları belirleme yetkisi ayrıca düzenlenmiştir.⁸⁰ Özel hukuk şirketlerinin bağımsız denetime dair bir diğer düzenleme ise 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 286. maddesine sonradan yapılan bir eklemeyele konkordato talebine eklenecek belgeler arasında bağımsız denetim raporunun dahil edilmesiyle gündeme gelmiştir. Böylelikle, cebri icra sürecinde de bağımsız denetimden faydalanılması öngörülmüştür. Benzer şekilde TÜBİTAK'ın "TÜBİTAK Girişim Sermayesi Destekleme Programı" kapsamında Hazine'nin kaynak sağladığı faaliyetler için de muhatapların bağımsız denetim yaptırması öngörülmüştür.⁸¹ Bu uygulamada bağımsız denetim, kamu kaynaklarının doğru şekilde kullanılmasının bir güvencesi olarak görülmüştür.

Özel hukuk şirketleri dışında, bazı kamu kurum ve faaliyetleri için de özel kanunlarla bağımsız denetimin yapılması öngörülmüştür. Bunlardan bazılarında

⁸⁰ Sigortacılığın regülasyonu 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG. 18.10.2019, S. 30922) ile Hazine Müsteşarlığından alınarak yeni kurulan bağımsız idari otorite şeklindeki bir kuruma bırakılmıştır.

⁸¹ TÜBİTAK, *Tübitak Girişim Sermayesi Destekleme Programı*, Erişim tarihi Ekim 09, 2024, https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/2023-09/tech-investr_program_sunumu_30.03.2022.pdf.

bağımsız denetim isteğe bağlıyken, bazılarında zorunludur. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 101. maddesinde BDDK'nın yıllık hesaplarının bir bağımsız denetim şirketine denetletirilebileceği düzenlenmektedir. Benzer şekilde, 5411 sayılı Kanun'un 124. maddesinde TMSF'nin yıllık hesaplarının Sayıştay'ın dışında, bir bağımsız denetim şirketince de denetleneceği düzenlenmiştir. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 42. maddesinde de TCMB'nin bilanço, kâr ve zarar hesaplarını bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirebileceği düzenlenmiştir. 6741 sayılı Kanun'la kurulan Türkiye Varlık Fonu ve bu fona bağlı alt fonları kurmak ve yönetmek üzere Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi de söz konusu Kanun'un 6. maddesi gereği bağımsız denetime tabidir. 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 11. maddesinde ikraz, kamu idarelerinin imzaladığı kredi ve hibe anlaşmalarında yer verilen bağımsız denetim görevinin, Hazine Kontrolörleri Kurulu tarafından uluslararası genel kabul görmüş denetim standartlarına uygun olarak yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede bağımsız denetim, diğer uygulamalardan farklı olarak bağımsız denetim şirketleri yerine, bir kamu denetim birimince yapılması öngörülmüştür. Nitekim uygulamada da başta Dünya Bankası kredileri kapsamındaki proje kredilerinin bağımsız denetimi bu Kurul tarafından yerine getirilerek, gerek Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşlara, gerekse sorumlu olan kamu idarelere bağımsız denetim raporları paylaşılmaktadır.⁸²

Özetle, TTK kapsamında anonim şirketlere öngörülen bağımsız denetim dışında, farklı kamusal amaçlarla özel hukuk kişileri için bağımsız denetimin yaptırılması öngörüldüğü gibi kamu kurumları ve bir takım kamusal süreçler için de bağımsız denetimden yararlanılması öngörülmüştür. Bazı örneklerde bağımsız denetim isteğe bağlıyken, Varlık Fonu örneğinde olduğu gibi bazılarında bağımsız denetim kamusal denetimin yerini alan zorunlu bir denetim yolu olarak öngörülmüştür. Kamusal denetimin yerine geçecek şekilde bağımsız denetimin benimsenmesi durumunda, bu tercihin yasamın bütçe hakkı çerçevesinde başta Anayasa'nın 165. maddesi olmak üzere Anayasal kurallara uygunluğu ayrı bir tartışma konusudur. Ancak bu çalışma özelinde söyleyebileceğimiz, bağımsız

⁸² Kaya, *Dünya Bankası*, 45, 55 ve 86.

denetimin kamu yararı doğrultusunda, kamusal yönetimin önemli bir aracı olarak kullanıldığı çokça örnek vardır.

III. BAĞIMSIZ DENETİMİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN NİTELİĞİ

Bu aşamaya kadar bağımsız denetimin farklı görünüşleri ve bunların özel hukuk ve kamu hukuku açısından hukuksal çerçevesi ele alınmaya çalışıldı. Bağımsız denetimin kamu hukuku alanındaki görünüşleri yönüyle idare hukuku açısından yerinin tanımlanması ise bu başlığa bırakıldı. Bağımsız denetimle ilgili olarak idare hukuku alanında sınırlı sayıda inceleme yapılmıştır. Baykal, şeffaflık ve hesap verilebilirlik bağlamında bağımsız denetim başlıklı bir makale yazmış, ancak konu idare hukukunun temel müesseseleri yönüyle ele alınmamıştır. Daha ziyade şeffaflık ve hesap verilebilirlik açısından bağımsız denetimin kamu yönetimine yapacağı katkıya işaret edilmiştir.⁸³ Kaplan, sermaye piyasalarında bağımsız denetim faaliyetinin idare hukuk yönünden niteliğini daha ayrıntılı olarak incelemiştir.⁸⁴ Bu çalışma idare hukuku anlamında bağımsız denetime dair sistematik bir analiz sunmaktadır. Bu başlıkta söz konusu çalışmaların çıktılarını da gözetilerek bağımsız denetim bazı yönlerden daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

A. Bağımsız Denetimin İdare Hukuku Bağlamında Konumu

Kamu idareleri, sorumlu oldukları kamusal faaliyeti, emanet usulü olarak adlandırılan ana yöntem çerçevesinde bizzat kendileri yerine getirebildiği gibi, sorumlu oldukları kamusal faaliyetin gördürülmesinde; bazı şartlarda sözleşmesel bir ilişki içinde ya da ruhsat veya izin gibi tek yanlı idari yetkilendirmeler çerçevesinde, özel hukuk kişilerinden yararlanabilmektedir.⁸⁵ Tan'ın ifadesiyle, imtiyaz gibi farklı sözleşme türleri ve ruhsat gibi tek yanlı yetkilendirmeler uyarınca kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde yöntem olarak

⁸³ İsmail Baykal, "İdare Hukukunda Şeffaflık ve Hesap Verilebilirliğin Bağımsız Denetim Çerçevesinde Değerlendirilmesi," *Turan-SAM* 12, no. 45 (2020): 298-301.

⁸⁴ Kaplan, "İdare Hukuku," 120-126.

⁸⁵ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 478; Karahanoğlu, *Kamu Hizmeti*, 289.

idarenin önünde büyük bir çeşitlilik vardır.⁸⁶ Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetinin ilke olarak devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir bütünlük içinde olsa da toplumsal hayattaki değişimin bir zorunluluğu olarak, nitelikleriyle uyduğu ölçüde, özel kişilerce de yerine getirilebileceğini, ancak kamu kurumlarının gözetim ve denetimleriyle, hizmeti yönlendirme yetkilerinin korunduğu sürece, yürütülen hizmetin kamusal niteliğinin devam edeceğini belirtmiştir.⁸⁷ Bu noktada kamu hizmetlerinin, özellikle iktisadi kamu hizmetlerinin sunumunda özel hukuk kişilerin yer almasında hukuki bir engel bulunmayıp, iktisadi anlamda serbestleşme ve özelleştirme birlikte, bu tür hizmetleri yürüten kamu kurumlarının (kamu iktisadi teşebbüsler) sayıları da giderek azalmaktadır.⁸⁸ Örneğin, telekomünikasyon ve enerji sektörleri gibi tarihsel süreçte kamu hakimiyetinin egemen olduğu kamu hizmet alanlarında, hizmetin sunumu büyük ölçüde özel hukuk kişilerine bırakılırken, kamunun rolü bu sektörleri düzenleyen ve denetleyen olarak regüle eden konumuna dönüşmüştür.⁸⁹

İktisadi kamu hizmetlerinin aksine, kolluk gibi kamusal niteliği ön planda olan bazı kamusal faaliyetlerin sunumunda özel hukuk kişilerinin de yer alması söz konusudur. Yeminli mali müşavirler, geçici köy korucuları, fahri trafik müfettişleri, araç muayene istasyonları, yapı denetimi ve özel güvenlik şirketleri gibi özel hukuk kişilerinin faaliyetleri genel veya özel kolluk kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir.⁹⁰ Kamu hizmetlerinin aksine, özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetine katılması noktasında öğretide ve yargı birbirine zıt

⁸⁶ Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Hizmeti," *Anayasa Yargısı Dergisi* 8 (1991): 238. Benzer yönde Çiğdem Sever, *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2013): 6.

⁸⁷ AYM, E.1990/4, K.1990/6, 12.04.1990.

⁸⁸ Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 5.

⁸⁹ Sever de liberalleşmeyle devletin sosyal refah devletindeki doğrudan bir edimi yerine getiren değil, özel kişilerin faaliyetini denetim ve gözetimle kontrol ederek güvence sağlayan bir içeriğe dönüşmüştür. Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 50.

⁹⁰ Yıldırım, "İdari Kolluk," vii-viii; Şerife Yıldız, *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi 2009): 305.

görüşler bulunmaktadır.⁹¹ Kolluk yetkilerinin devredilmezliği, güçlü bir görüş olarak idare hukukunda savunulmaktadır.⁹² Aksi görüşe göre, Anayasa'da kamu hizmeti ve kolluk ayrımı olmadığını, iki faaliyet türünün de aynı yasal ilkelere tabi olduğu, bu nedenle açık yasal dayanak olması durumunda, özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetine katılmasının mümkün olduğunu düşünülmektedir.⁹³ Kolluk yetkisinin özel hukuk kişilerinca kullanılıp kullanılmayacağına dair hukuki tartışmalar, çoğunlukla Anayasa'nın 47. ve 128. maddeleri eksininde gerekçelendirilmektedir. 47. maddede yer alan "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir*" düzenlemesini esas alan görüş, kanuni düzenlemelerle kolluk faaliyetlerinde de özel hukuk kişilerinin yer alabileceğini, bu noktada Anayasa'da sınırlandırıcı bir hükmün bulunmadığını ve de yasamanın takdirinin esas olduğunu ifade etmektedir.⁹⁴ Sever'e göre ilgili madde özel hukuk kişilerinin kamu hizmetinin sunumunda yer almasına olanak vermesinin ötesinde, bu faaliyetler için kamu hukuku kuralları yerine özel hukuk kurallarının da geçerli olmasına da imkan vermektedir.⁹⁵ Anayasa'nın 128. maddesindeki; "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" kuralını referans alan aksi görüştekiler ise kolluk faaliyetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi

⁹¹ Duran kamu hizmetinin özel hukuk kişilerinca yerine getirilmesi noktasında sorun görmezken, kolluğun idare tarafından ve kamusal yönetim biçimine göre gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Duran, *İdare Hukuku*, 245. Benzer yönde Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 335-338; AYM, E.2007/2, K.2011/13, 13.01.2011. Aksi yönde Melikşah Yasin, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi* (İstanbul, Beta Yayınevi, 2007), 205-206; Gözler, *İdare Hukuku (Cilt II)*, 491.

⁹² Duran, *İdare Hukuku*, 245; Tan, *İdare Hukuku*, 335; Ezgi Yıldırım, *İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerinca Görülmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi 2013): 1.

⁹³ Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 574; Okay Tekinsoy, "Kolluk Faaliyetleri," 631.

⁹⁴ Yıldırım, "İdari Kolluk," 37.

⁹⁵ Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 90.

gereken asli ve sürekli görevlerden olduğu ve ancak kamu görevlilerince yerine getirileceğini ileri sürmektedir.⁹⁶ Bu madde bazı kamusal faaliyetlerin sunumunu özel hukuk kişilerine kapatarak bu faaliyetlerin kamu hukuku kurallarıyla ve kamu görevlileri eliyle gördürülmesini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında imar kolluğu kapsamında ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğunu ifade ederek, bu yetkinin özel hukuk kişilerinca kullanılamayacağı sonucuna varmıştır.⁹⁷ Benzer bir yaklaşım, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 24. maddesinde, yapı ruhsatına dair bazı yetkilerin belediyelerin kolluk yetkisinin yeminli bürolarca kullanılması öngörülmesi durumunda da sergilenmiştir⁹⁸. Özetle, Anayasa'nın 47 ve 128. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi durumunda, nasıl bir ortak nokta belirleneceği AYM kararlarında yeterli açıklıkta ve istikrar kazanmış bir şekilde ortaya konulmuş değildir. Sever bu iki maddenin esasen çelişmediğini, sistematik bir yorumla öncelikle Anayasa'nın 128. maddesinin sınırlaması yönüyle bir değerlendirme yapılması gerektiği, bu noktada özel hukuk kişilerinin konumlandırılmasında bir engel çıkmaması durumunda, 47. madde çerçevesinde yasa koyucunun takdir yetkisini kullanabileceğini ifade etmektedir.⁹⁹

Kolluk yetkisinin özel hukuk kişilerine devri anlamına gelebilecek uygulama örneklerinin her biri hakkında AYM'nin görüşünü ayrıntısıyla ele almak mümkün olmasa da bağımsız denetçilerin durumuna en çok benzeyen yeminli mali müşavirlerle ilgili kararlar ekseninde, AYM'nin yaklaşımı özetlenebilir. Bağımsız denetçi olabilmenin ön şartı olarak mali müşavirliğin veya yeminli mali müşavirliğin gerekli olması ve gördükleri işlevin büyük ölçüde bağımsız denetim faaliyetine benzemesi nedeniyle, yeminli mali müşavirlerin durumu, bağımsız denetçiler için de emsal niteliğindedir. Serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin kamu denetim sürecine bağımsız denetimdekine benzer

⁹⁶ Bu noktada Anayasa'nın 128. maddesindeki ifadelerin de sorunlu olduğu, bu nedenle genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerle neyin kastedildiği yoruma açıktır. Bkz. Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 11. Tan 128. maddedeki ifadeyle aslında kamusal yönetim kastedildiğini ifade etmektedir. Bkz. Tan, *İdare Hukuku*, 492.

⁹⁷ AYM, E.2001/383, K.2003/92, 16.10.2003.

⁹⁸ AYM, E.1985/11, K.1986/29, 11.12.1986.

⁹⁹ Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 110.

bir yaklaşımla katılması, vergi ve mali konularda yürüttükleri denetim faaliyetleri çerçevesinde konu olmuştur.¹⁰⁰ Bu nedenle yeminli mali müşavirlerle ilgili AYM'nin değerlendirmeleri bağımsız denetçilerin durumunu belirlemek adına önemlidir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen imar kolluğuyla ilgili kararı sonrasında, 3239 sayılı Kanun uyarınca mali müşavirler açısından mali tablo ve beyanname onaylama yetkisinin de her ne kadar nihai nitelikteki idari işlemleri tesis etme yetkisini içermese de bu faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu ve Anayasa'nın 128. maddesi gereği kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi gerektiği gerekçesiyle, AYM tarafından iptal edilmiştir. AYM, imar kolluğuna dair kararından farklı olarak burada, kolluk yerine kamu hizmeti kavramı üzerinden Anayasa'nın 128. Maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapmış, ancak benzer sonuca ulaşmıştır.¹⁰¹ Kolluğun da kendine özgü bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi hasebiyle, Yüksek Mahkeme'nin vardığı sonuçta bir değişiklik olmamıştır. Mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerle ilgili tartışma AYM'nin önüne bu karardan 10 yıl sonra tekrar gelmiştir. Yeni durumda bir meslek grubu olarak yetki ve sorumlulukları 3568 sayılı sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu ile düzenlenen mali müşavirler, temel sorumluluk olarak mali kayıt ve verilere güvence sağlamaktadır.¹⁰² Diğer yandan mali kayıtları esas alarak yapılan vergi incelemesi ise kural olarak mali kolluk faaliyeti çerçevesinde kamu denetim elemanlarınca yerine getirilmektedir.¹⁰³ Yapılan yasal değişiklikle yeminli mali müşavirler de tam tasdik raporlarıyla kısmen vergi incelemesi sürecine dahil edilmiştir. 3568 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile VUK'un mükerrer 227. maddesi yeminli mali

¹⁰⁰ Göçmenler, "Uluslararası Denetim," 14.

¹⁰¹ AYM, E.1986/5, K.1987/7, 19.03.198; Tan, "Anayasa Mahkemesi," 241; Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 98.

¹⁰² Bünyamin Çitil, "Vergi Hukukunda Mali Müşavirlerin Sorumluluğu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 106 (2013): 349-50.

¹⁰³ Nihal Saban, *Vergi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006), 185; Kamu denetim elemanı olsalar da vergi denetim elemanlarının raporları, idari işlem kuramı açısından çoğunlukla vergi dairelerince tesis edilen icrai nitelikteki vergi işlemlerine hazırlık mahiyetindeki işlemler kategorisinde değerlendirilmektedir. Bkz. Hayrettin Yıldız, "Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVII (2013): 132-3.

müşavirlerin bu konudaki yetkilerin kanuni dayanağını oluşturmuştur.¹⁰⁴ VUK'un mükerrer 227. maddesi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi önceki içtihadından ayrılarak yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkisini Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında değerlendirmeye tabi tutmayarak, yeminli mali müşavirleri Anayasa'nın 135. maddesi kapsamında ele alınabilecek meslek kuruluşlarından birisi olduğu, bu kişilerin kamu gücü kullanmayı gerektirecek şekilde kamusal bir faaliyet yürütseler de kamu kesiminde yer almayan ve kamu görevlisi olmayan kişiler olduğu nedeniyle iptal istemini reddetmiştir.¹⁰⁵ Yüksek Mahkeme aynı konuya ilişkin önceki içtihadından neden döndüğüne dair doyurucu bir gerekçe ortaya koymadığı gibi önceki iptal gerekçesiyle aynı mahiyetteki kamusal faaliyetin bu sefer neden 128. maddedeki sınırlamaya tabi olmadığını da değerlendirme dışı bırakmıştır.

Tarihsel süreçte AYM'nin yaklaşımının özel hukuk kişilerinin kolluk alanındaki yetkileri kullanmasına olanak verecek şekilde genişlediği gözlemlense de bu genişleme sağlam bir anayasal gerekçeye oturtulmuş değildir. Sever'in de isabetle ifade ettiği gibi Anayasa Mahkemesi son zamanlarda ya 47. maddeyi 128. maddeye alternatif bir hüküm gibi değerlendirme yaparak hüküm kurmakta,¹⁰⁶ ya da yeminli mali müşavirlerle ilgili kararında olduğu gibi 128. maddeyi ölçü norm olarak görmeyerek, Anayasa'nın diğer hükümleri çerçevesinde uyumsuzluğu ele almaktadır.

Özetle, kolluk faaliyetleri çerçevesinde özel hukuk kişilerinin birtakım sorumlulukları yerine getirmesi, her durumda Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı, Yüksek Mahkeme kararlarında sağlam bir ilkeye kavuşmuş değildir. Kanaatimizce, 128. maddedeki yasağı, özel hukuk kişilerin kolluk içindeki her türlü konumunu engellemek yerine, kamu gücü kullanımını gerektiren, yaptırım uygulama ve temel hakları sınırlama gibi kamusal yönü ön planda olan, asli nitelikteki idari yetkilerin özel hukuk kişilerince

¹⁰⁴ Yıldız, "Vergi İnceleme," 136; Zeynep Ceren Köker, *Yeminli Mali Müşavirlerin Sunduğu Tam Tasdik Hizmeti Kapsamında Vergi Denetimindeki Gelişmelerin Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2009): 94.

¹⁰⁵ AYM, E.1996/5, K.1996/26, 26.6.1996.

¹⁰⁶ Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 109-10.

kullanılmayacağı şeklinde ele almak mümkündür.¹⁰⁷ Günümüz şartlarında idarenin teknik kapasite ve insan kaynağı olarak bazı özel kolluk faaliyetlerini sadece kendi imkanlarıyla hakkıyla yerine getirmesi her durumda mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle 128. madde yasağına riayet ederek, kolluk faaliyeti kapsamında da özel hukuk kişilerinin, yürütülen faaliyetle ilgili asıl sorumlu olan idarenin yetki ve sorumluluğunu ortadan kaldırmadan, bu idareye yardımcı olacak bir rolle katılmaları mümkün olmalıdır. Bu yaklaşımla kastedilen ise Anayasa'nın 128. maddesinde ifade edilen asli ve sürekli nitelikteki kamusal görev ve yetkilerin özelleştirilmesi ve idarenin içinin boşaltılması anlamında bir jandarma devlet anlayışının kabulü olmayıp, bilakis devletin sorumluluğunun baki kaldığı, ancak devletin kendi insan kaynağı ve teknik imkanlarıyla yetişemediği noktada, kamusal faaliyetin daha iyi yürütülebilmesi adına özel hukuk kaynaklarından yararlanılabilmektedir. Nitekim böyle bir yaklaşımda, özel hukuk kişilerinin faaliyetleri için de asıl yetkili olan idarenin sorumluluğu devam edecek, dahası idarenin özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini yakından gözetleme ve denetleme yükümlülüğü devreye girecektir. Dahası, özel hukuk kişileri kamu gücü gerektiren icrai işlemleri idarenin yerine geçerek tesis etmesi de söz konusu olmayacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, bağımsız denetim kuruluşlarının durumu ele alındığında, bu kuruluşların bazı noktalarda kolluk faaliyeti içinde yer aldığı kuşkusuzdur. Ancak bağımsız denetimin bu rolü çoğu durumda asıl sorumlu olan idareye yardımcı olmaktan ibarettir. Nitekim Kaplan da sermaye piyasalarındaki bağımsız denetçilerin ekonomik kolluk alanında SPK'ya yardımcı bir özel hukuk kişisi ve bağımsız denetçilerin raporlarının da SPK'nın icrai işlemlerine hazırlık mahiyetindeki işlemler olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁸ Genel olarak bu çıkarım yanlış

¹⁰⁷ Yıldırım, "İdari Kolluk," 33. Sever de benzeri bir yaklaşımla idarenin yetkileri özelinde hangilerinin özel hukuk kişilerine devredilemeyeceği noktasında düzenleme yapma ve yaptırım uygulama gibi yetkileri saymaktadır. Kamu gücünün yoğun olarak kullanıldığı münhasır ve zorunlu devlet faaliyetlerinin kolluğun sınırını oluşturduğunu ifade etmiştir. Ancak bu sınırlamaların da yoruma açık olduğu, bu noktada Anayasa'nın 128. maddesinin ölçü norm olarak kullanılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 73, 89. Yıldız ise devredilmezlik kuralının daha ziyade kamu düzeninin devletin asli görevi olduğu genel idari kolluk için devam ettiğini, ancak özel idare kolluk türlerine göre farklı değerlendirmeler yapılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Yıldız, "İdari Faaliyetlerin," 3.

¹⁰⁸ Kaplan, "İdare Hukuku," 125-6.

olmasa da bağımsız denetim kamusal faaliyet içindeki farklı görünümünün bulunduğu ve bazı durumlarda kamusal yönü ağır basan yetkilerin de bağımsız denetçiler tarafından kullanılabilmesine olanak verecek düzenlemeler vardır. Bu nedenle kamusal alan içindeki bağımsız denetim uygulamalarının hepsini bir çırpıda bu şekilde genellemeye tabi tutmamak gerekir. Bağımsız denetime yer verilen her bir kamusal düzenleme özelinde ayrı ayrı değerlendirme yaparak Anayasa'nın 128. maddesindeki şartlarla uygunluğu gözetilmelidir.

B. Bağımsız Denetim Raporlarının İdari İşlem Niteliği

İdare hukukunda kural olarak idari işlemlerin idari makamlarca tesisi esas olmakla birlikte, aksi yöndeki değerlendirmelere rağmen, özel hukuk kişilerinin de istisnai olarak idari işlemler tesis edebileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Ancak, kamusal faaliyete özel hukuk kişilerin dahil olması, bu kişilerin illaki idari işlemler tesis etmesini de gerektirmemektedir. Bilakis, Anayasa'nın 128. maddesindeki yasağı delmemek adına, özel hukuk kişilerin kolluk içindeki konumlarının yardımcı görevlerle sınırlı tutulması ve kamu gücü kullanarak icrai işlemler tesis etmemeleri esastır¹¹⁰. Başka bir anlatımla bağımsız denetçilerin ekonomik kolluk faaliyetlerinde bir şekilde yer almaları kabul edilse bile bu kapsamda kollukla ilgili kamu gücünün kullanımını gerektiren yetkileri kullanması ve icrai işlemler tesis edebilmesi kural olarak mümkün gözükmemektedir.

İdare hukukunda kamudaki denetçilerin denetim ve teftiş raporlarının dahi hazırlık işlemleri kategorisinde kabul edildiği düşünülürse,¹¹¹ özel hukuk kişilerin raporlarının icrai etkisinin olmadığı evleviyetle kabul edilmelidir. Çünkü, bağımsız denetçilerin kamusal faaliyet sürecine dahil oldukları noktada, en uç örnek olarak kamu denetçilerinin yapması beklenen işlemleri, onların yanında veya onların yerine bağımsız denetçilerin yapması söz konusu olacak, bu

¹⁰⁹ Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2016): 170; Ebru Karaman, "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemlerine İlişkin Bir Değerlendirme," *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 3, (2016): 77.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi de 128. madde çerçevesinde kamu gücü kriterini esas almaktadır. Bkz. AYM, E.1990/12, K.1991/7, 04.04.1991.

¹¹¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 325-6.

durumunda da bağımsız denetçilerin raporlarının idari işlem olarak elde edeceği en yüksek değer kamu denetçilerin raporlarının hukuki mahiyetiyle aynı nitelikte kabul edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak her durumda bağımsız denetim raporlarının idareye yardımcı olmak amacıyla hazırlanan hazırlık işlemleri olduğu söylenebilir. Asıl icrai işlemlerin ise bu raporlarının sunulduğu idari makamlarca tesis edilecektir. Diğer yandan bu raporların hazırlık işlemleri olması hukuken değersiz veya tamamen etkisiz oldukları anlamına da gelmemektedir. Sever; kolluk faaliyeti kapsamındaki denetim raporlarının çoğu durumda asli işlemin sebep unsurunu oluşturduğu ve idarelerin tek tek bu raporları inceleyerek aksi yönde kararlar almasının pratikte mümkün olmadığını ileri sürmektedir.¹¹² Bu nedenle asıl icrai işlemlerin bu raporlara dayandırılması durumunda, bu raporların da asıl işlemler kapsamında kamusal faaliyetin etkin bir parçası olacağı ve asıl işlemle birlikte yargısal denetime konu edilebileceği söylenebilir.¹¹³ Asıl işlemlerin sebep unsuru olan raporlardaki eksiklikler de asıl işlemleri hukuken sakatlayabileceği gibi, bu raporlardaki eksiklikler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin hizmet kusuru da gündeme gelebilecektir.

Sonuç olarak bağımsız denetçilerin kural olarak icrai nitelikteki işlemleri tesis etmesi söz konusu olmasa da, Bankacılık Kanunu'nun 95. maddesinde olduğu gibi bazı düzenlemelerde sorumluluk alanları idareye yardımcı bir rolden tam manasıyla kamu denetimini ikame eden bir işleve evrilebilmektedir. Böylesi bir durumda, Anayasa'nın 128. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekebilir. Zira bu gibi durumlarda bağımsız denetçiler asli ve sürekli görev kapsamında değerlendirilebilecek yetkileri kullanıp kullanmadığı somut durum özelinde gözetilmelidir.

C. Bağımsız Denetimde Hukuki Sorumluluğun Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Boyutu

Bağımsız denetçilerin kamusal faaliyet sürecine dahil olmaları nedeniyle hukuki sorumlulukları farklılaşmaktadır. Bağımsız denetimin merkezinde

¹¹² Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 101. Sever denetim raporlarına idarenin sadece onay koyarak işlem tesis etmesi şeklindeki bir uygulamanın Anayasa'nın 128. maddesi ile çelişeceğini ifade etmektedir. Bkz. Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 102.

¹¹³ Sever, "Kamusal Faaliyetlerin," 101-2.

sözleşmesel bir ilişki olduğu gerçeği karşısında, en başta özel hukuk sorumlulukları gündeme gelmektedir. Bu noktada somut olayın şartlarına göre sözleşmesel sorumlulukları veya borçlar hukuku kapsamında haksız fiil sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

Bağımsız denetçilerin sorumluluklarının diğer boyutu cezai sorumluluklarıdır. Bağımsız denetçiler için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda özel bir düzenleme bulunmayıp, genel hükümler çerçevesinde, ticari sırların ifşası, özel belgede sahtecilik, suçu bildirmeme gibi suçların faili olabilmeleri mümkündür.¹¹⁴ Ancak, SPK ve BDDK kapsamındaki bağımsız denetim için ilgili kanunlarda yer alan özel ceza hükümleri çerçevesinde sorumlulukları söz konusu olacaktır. Cezai sorumluluk açısından el alınması gereken bir diğer durum ise bağımsız denetçilerin Anayasa'nın 128. maddesi anlamında asli ve sürekli görevleri yerine getiren kamu görevlisi kabul edilmeleri olanaklı olmasa da kamusal bir faaliyetin parçası oldukları durumda, 5237 sayılı TCK'nın m.6/1.(c) bendi gereği kamu görevlisi tanımı kapsamına girmeleri olasıdır. Çünkü TCK'daki kamu görevlisi tanımı, Anayasa'nın 128. maddesindeki kamu görevlisi olma kriterlerinden daha esnek olup kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişileri de kapsamaktadır. Kamusal faaliyet içinde bağımsız denetçilerin bazı kamusal ayrıcalıklara sahip olduğu, hatta kamu denetçileri gibi yetkilendirildikleri durumlarda, kamu görevlilerine özgü suçlar yönüyle de sorumluluklarının gündeme gelebileceği düşünülmektedir.

Bağımsız denetçilerin sorumluluklarının üçüncü boyutu idari açıdandır. Bağımsız denetim de regülasyona konu bir sektör olması nedeniyle, KGK ve/veya SPK ve BDDK gibi kurumların düzenlemelerine aykırılık durumunda, ilgili mevzuat gereği idari yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. Örneğin, 660 sayılı KHK'nın 9/e ve 25. maddeleri gereği KGK, idari yaptırım kararı alma yetkisine haizdir. Bağımsız denetçilere uygulanacak idari yaptırımlar ise 26.12.2012 tarih ve 28509 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Bağımsız Denetim Yönetmeliği'nin 39.

¹¹⁴ Ayşegül Aydın ve Turgut Çürük, "Bağımsız Denetçinin Cezai Sorumlulukları," *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 12, no. 18 (2019): 1064.

ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.¹¹⁵ Benzeri düzenlemeler SPK ve BDDK mevzuatın kapsamında da yer almaktadır. Özetle, bağımsız denetim yapanlar farklı kamusal düzenlemeler çerçevesinde idari yaptırımlarla karşılaşabilecektir.

Bağımsız denetçilerin idari yaptırımlara muhatap olmalarının yanında, kamusal denetim süreçlerine katıldıkları ölçüde, hatalı ve eksik işlemleri nedeniyle, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmediğinden bahisle, hizmet kusuru nedeniyle idarenin kamusal sorumluluğuna da neden olabilecektir.¹¹⁶ Bağımsız denetim faaliyetindeki bir eksiklik uyarınca, hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunu üstlenen kamu kurumları da bu zararı kusurları oranında bağımsız denetçilere rücu ilişkisi içinde yansıtabilecektir.

SONUÇ

Ekonomik kamu düzeni, iktisadi ve ticari işleyişteki istikrarsızlıkları engellemeyi ve sağlıklı bir piyasa işleyişini esas alan bir düzen olup, başta Anayasa'nın 5, 35, 48, 167 ve 172. maddeleri olmak üzere Anayasal bir görev olarak devlete yüklenmiştir. Özellikle, Anayasa'nın 167. maddesinin bir gereği olarak piyasa başarısızlıklarını gidermek adına devlet, regülasyon faaliyetleriyle piyasaları düzenleyip denetlemektedir. Uluslararası literatürde regülasyondan sorumlu yapılar, kamu idareleri ve özel sektör ağırlıklı kurumlar olmasına göre tasnif edilmektedir. Yani, özel hukuk kişileri de regülasyon sürecinde bazı sorumluluklar üstlenmektedir. Bu uygulamaların bir örneği olarak bağımsız denetim kuruluşları da ekonomik kolluk çerçevesinde önemli bir işlev yerine getirmektedir. Bu nedenle bağımsız denetimi tamamen kamusal alan dışında

¹¹⁵ 660 sayılı KHK'da idari yaptırım türlerine dair açık bir düzenleme olmayıp, bu konudaki düzenlemeler KGG'nin Yönetmeliğinde yer almaktadır. İnceleme konumuz dışında olmakla birlikte, idari yaptırımların yönetmelikle düzenlenmesi, kanunilik ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır. İdari yaptırımlarda kanuniliğe dair bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 43; Gözler, *İdare Hukuku*, 1303.

¹¹⁶ Duran'a göre de idarenin sorumluluğunun sadece idari işlem ve eylemlerle sınırlı olmayıp idarenin hareketsizliği gibi nedenlerle de sorumluluğuna gidilebilecektir. Bkz. Lütfü Duran, "İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası - Tam Yargı Davası," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 33, no. 3-4 (1967): 23. Kamusal faaliyet sürecine dahil edilen özel hukuk kişilerin denetim ve gözetimindeki eksiklik de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

kalan, borçlar hukuku anlamında sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde sunulan bir faaliyeti olarak değerlendirmek olanaklı değildir. Bağımsız denetimin özel hukuk boyutu yanında, kamu hukuku boyutunun da bulunduğu bir gerçekliktir. Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan sınırlama gereği, bağımsız denetçilerin kolluk görevini tam manasıyla üstlenmesi ve idari yetkileri kullanması mümkün olmamakla birlikte, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadan, idareye yardımcı bir rolle, kamusal işleyiş içinde bağımsız denetimden yararlanılması mümkün gözükmemektedir.

Nitekim, Türkiye uygulamasında da bağımsız denetim, ekonomik kolluk faaliyeti içinde yer almakla birlikte, çoğu durumda sorumluluğu asıl sorumlu olan idareye yardımcı olmaktan ibarettir. Bu nedenle bağımsız denetçilerin icrai nitelikteki işlemleri tesis edebilmesi de söz konusu değildir. Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 95. maddesinde olduğu gibi bazı durumlarda sorumluluk alanları idareye yardımcı bir rolden kamu denetimini ikame eden bir role evrilebilmektedir. Böylesi bir durumda, somut uygulama örnekleri özelinde, Anayasa'nın 128. maddesi çerçevesinde ayrıntılı bir değerlendirme yapmak gerekebilir. Zira bu gibi durumlarda bağımsız denetçiler asli ve sürekli kamusal görevler kapsamında değerlendirilebilecek idari yetkileri kullanıp kullanmadığı ayrıntılı bir analizle tespit edilebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akerlof, George A. "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism." *The Quarterly Journal of Economics* 84, no. 3 (1970): 488-500.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 2019.
- Amel-Zadeh, Amir ve Mary E. Barth. "Auditor Reporting to Bank Regulators: Effective Regulation or Regulatory Overreach?." *Journal of Accounting and Economics* 72 (2021): 1-11.
- Atay, Ender Ethem. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi X*, no. 1-2 (2006): 259-293.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Aydın, Ayşegül ve Turgut Çürük. "Bağımsız Denetçinin Cezai Sorumlulukları." *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 12, no. 18 (2019): 1052-1070.
- Basel Committee on Banking Supervision. *External Audits of Banks*. (Bank For International Settlement, March 2014). Erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://www.bis.org/publ/bcbs280.pdf>.
- Basel Committee on Banking Supervision. *The Relationship Between Banking Supervisors and Banks' External Auditors*. (Bank For International Settlement, January 2002). Erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://www.bis.org/publ/bcbs87.pdf>.
- Baykal, İsmail. "İdare Hukukunda Şeffaflık ve Hesap Verilebilirliğin Bağımsız Denetim Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Turan-SAM* 12, no. 45 (2020): 298-301.
- BDDK. *Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi*. (Ankara: BDDK, 2009). Erişim tarihi Ekim 09,2024, <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/363?ekId=370>.
- Bilgen, Pertev. "Kamu Hizmeti Hakkında." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 1, no.1 (2011): 113-116.
- Bilgin, Nil Aslı. "Uluslararası Denetim Standartları ve Türkiye Uygulaması." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2006.
- Black, Julia. "National Regulation of Financial Markets & UK Regulation." in *Regulation of Financial Markets Lecture Notes*, London: London School of Economics, 2009.

- Çağlayan, Ramazan. *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Çakmak, N. Münci. "Global İdare Hukuku Tartışmaları." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 3 (2012): 121-136.
- Çal, Sedat. *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2010.
- Çal, Sedat. *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*. Ankara: TOBB Yayınları 2008.
- Çitil, Bünyamin. "Vergi Hukukunda Mali Müşavirlerin Sorumluluğu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 106 (2013): 345-356.
- Dalvinder, Singh. "The Role of External Auditors in Bank Supervision: A Supervisory Gatekeeper?." *The International Lawyer* 47, no. 1 (2013): 65-97.
- Dewing, Ian P. ve Peter O. Russell. "Auditors as Regulatory Actors: The Role of Auditors in Banking Regulation in Switzerland." *European Accounting Review* 21, no.1 (2012): 1-28.
- Düğer, Sırrı. "Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadî Hayata Müdahalesindeki Değişim." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (2022): 427-475.
- Duran, Lütfü. *İdare Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Duran, Lütfü. "İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası - Tam Yargı Davası." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 33, no. 3-4 (1967): 3-26.
- Duran, Lütfü. "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler." *Amme İdaresi Dergisi* 30, no. 1 (1997): 3-10.
- Falcıoğlu, Egemen. "Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği." Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2018.
- Gadinis, Stavros ve Hovelle E. Jackson. "Markets as Regulators: A Survey." *Southern California Law Review* 80, (June, 2007): 1239-1382.
- Göçmenler, Seda. "Uluslararası Denetim Standartları Açısından Denetlenen İşletme ve Bağımsız Denetçinin Sorumlulukları." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi 2019.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku (Cilt I)*. Bursa: Ekin Yayınları, 2019.

- Gözübüyük, A. Şeref. *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınları, 2013.
- Güneysu Gökhan. "Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku -Bir Girizgah-" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2016): 287-306.
- Humphrey, Christopher ve Anne Loft. "Chapter 31: Contemporary Audit Regulation – Going Global!" in *Handbook of Key Global Financial Markets, Institutions, and Infrastructure*, eds. Gerard Caprio, Douglas W. Arner, Thorsten Beck, Charles W. Calomiris, Larry Neal, Nicolas Véron (San Diogo: Academic Press, 2013): 333-343.
- İnanç, Mehmet. "Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2016.
- Jordona, Jaicint ve Guillermo Rosas. "Central Banks & Banking Regulation, Historical Legacies and Institutional Challenges." in *The Blind Spots of Public Bureaucracy and the Politics of Non-coordination*, eds. Bach Tobias ve Wegrich Kai, Palgrave Macmillan, 2019.
- Kağıtçioğlu, Mutlu. "Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti." Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2015.
- Kankoç Aydın, Dilara. *2007'den Bugüne Küresel Krizin Finansal Düzenleyici Yaklaşım Etkileri. Yeterlilik Etüdü* (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 2014).
- Kaplan, Onur. "İdare Hukuku Yönünden Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Faaliyeti ve Bağımsız Denetim Raporlarının Hukuki Niteliği." *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 141 (Mayıs 2018): 119-128.
- Karaca, Cengizhan. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Bağımsız Denetim Mesleği ve Gaziantep İlinde Bir Uygulama." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, 2013.
- Karahanoglu, Onur. *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Karaman, Ebru. "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemlerine İlişkin Bir Değerlendirme." *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 3, (2016): 77-87.

- Kaya, Safiye. *Dünya Bankası ve Dünya Bankası Kredilerinin Denetimi*. Ankara: Sayıştay, Eylül 2003.
- Köker, Zeynep Ceren. "Yeminli Mali Müşavirlerin Sunduğu Tam Tasdik Hizmeti Kapsamında Vergi Denetimindeki Gelişmelerin Değerlendirilmesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2009.
- Langli, John Christian ve Marleen Willekens. "The Economics of Auditor Regulation." *in At the Forefront, Looking Ahead*, Universitetsforlaget (2018): 159-176.
- Lipsey , R. G. ve Kelvin Lancaster. "The General Theory of Second Best." *The Review of Economic Studies* 24, no.1 (1956-1957): 11-32.
- Magnus, M. *The Relationship Between Banking Supervisors and Banks' External Auditors*. PE.542685 (European Parliament Briefing, 30.06.2016). Erişim tarihi Ekim 11, 2024, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/542685/IPOL_BRI\(2015\)542685_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/542685/IPOL_BRI(2015)542685_EN.pdf).
- Morriss, Andrew P. "Implications of Second-Best Theory For Administrative and Regulatory Law: A Case Study of Public Utility Regulation." *Chicago-Kent Law Review* 73 (1998): 135-188.
- Ojo, Marianne. "The External Auditor's Role in Bank Regulation and Supervision: Helping the Regulator Avoid Regulatory Capture." *MPRA*, no. 1293 (2007).
- Ojo, Marianne. "The Role of The External Auditor in The Regulation and Supervision of The UK Banking System." *MPRA*, no. 6830 (October 2007).
- Omarova, Saule T. "Rethinking the Future of Self-Regulation in the Financial Industry." *Brook Journal of International Law* 35, no. 3 (2010): 666-706.
- Özbirecikli, Mehmet. "Türkiye'de Ticaret Kanunlarında Denetim Anlayışı Üzerine Bir İnceleme." *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, no. 4 (2013): 152-167.
- Özkan, Ahmet Fatih. "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti." *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2009): 75-94.
- Posner, Richard A. "Theories of Economic Regulation." *Bell Journal of Economics and Management Science* 5, no. 2, (Autumn 1974): 335-358.
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.

- Sever, Çiğdem. "Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık." Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2013.
- Sever, Çiğdem. "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, no. 1 (Mart 2015): 195-236.
- Sinoplu, Emine Burcu. "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, 2009.
- Şahin, Cenk. *Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2010.
- Tan, Turgut. "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Hizmeti." *Anayasa Yargısı Dergisi* 8 (1991): 233-252,
- Tan, Turgut. "Anayasal Ekonomik Düzen." *Anayasa Yargısı* 7 (1990): 159-178.
- Tan, Turgut. "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar." *Amme İdaresi Dergisi* 35, no. 2 (2002): 11-37.
- Tan, Turgut. *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Tekinsoy, Ayhan. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar." *Ankara Barosu Dergisi* 65, no. 2 (2007): 119-134.
- Tekinsoy, Özge Okay. "Kolluk Faaliyetleri." içinde *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, 609-677, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Tsingou, Eleni. "Transnational Policy Communities and Financial Governance: The Role of Private Actors in Derivatives Regulation." *CSGR Working Paper No. 111/03*, Coventry UK: Warwick University, January 2003, 1-31.
- TÜBİTAK. *Tübitak Girişim Sermayesi Destekleme Programı*. Erişim tarihi Ekim 09, 2024, https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/2023-09/tech-investr_program_sunumu_30.03.2022.pdf, Erişim tarihi: 09.10.2024.
- Ulusoy, Ali. "Bağımsız İdari Kurumlar." *Danıştay Dergisi*, no. 100 (1999): 3-17.
- Ulusoy, Ali. "Regülasyon Çağına Girerken." *Liberal Düşünce Dergisi* 20 (2000): 106-108.

- Ulusoy, Ali. "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme." içinde *Günüşiğinde Yönetim*, ed. İl Han Özay, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004:138-150.
- Ulusoy, Ali. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Urkan, Ercan. "Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetimden Kaynaklanan Sorumluluk." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, 2015.
- Weber, Rolf ve Aline Darbellay. "The Regulatory Use of Credit Ratings in Bank Capital Requirement Regulations." *Journal of Banking Regulation* 10 (2008): 1-16.
- World Bank. *Audit Oversight to Enhance Trust and Transparency in Corporate Financial Statements: Challenges in Developing Countries*. Report no. AUS0001102 (Vienna: World Bank, 2019). Erişim tarihi Ekim 10, 2024, <https://cfr.worldbank.org/sites/default/files/2019-11/Audit%20Oversight%20to%20Enhance%20Trust%20and%20Transparency%20in%20Corporate%20Financial%20Statements%20Challenges%20in%20Developing%20Countries%20%28%20APPROVED-FINAL%20129%29.pdf>.
- World Bank. *Banking Supervisors and External Auditors: Building a Constructive Relationship A Guide*. (Washington: World Bank, 2016). Erişim tarihi Kasım 01, 2024, <https://documents1.worldbank.org/curated/pt/621211556101403820/pdf/Banking-Supervisors-and-External-Auditors-Building-a-Constructive-Relationship-A-Guide.pdf>.
- Yasin, Melikşah. *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.
- Yiğit, Uğur. "Bankacılık Kanununda Suçlar ve Cezalar." Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi 2008.
- Yıldırım, Ezgi. "İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2013.
- Yıldız, Hayrettin. "Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVII* (2013): 129-154.
- Yıldız, Şerife. "İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2009.

Yılmaz, Serdar. "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Örneğinde 'Bağımsız İdari Otorite' ve 'Regülasyon' Üzerine Kavramsal, Kurumsal ve İşlevsel Bir Deneme-Telekomünikasyon (Elektronik Haberleşme) Hukukunda Regülasyon-." içinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (Cilt 2)*, Ankara: Atılım Üniversitesi, 2020: 1605-1678.

Zabunoğlu, Yahya K. *İdare Hukuku (Cilt I)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.