



HUKUK  FAKÜLTESİ

DERGİSİ

Cilt: 2 Sayı: 2 Yıl: 2019

E-ISSN: 2667-4076



HUKUK FAKÜLTESİ
ADALET MESLEK
YÜKSEKOKULU



**HUKUK
FAKÜLTESİ**

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(NEÜHFD)**

YIL: 2019

CİLT: 2 SAYI: 2

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2019

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NECMETTIN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 2 Sayı/Number: 2 Yıl/Year: 2019

Sahibi / Owner

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Cem ZORLU

Baş Editör / Editor in Chief

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

Sayı Editörleri / Issue Editors

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Yasin YILMAZ

Arş. Grv. Muhammet DURDU

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Yerleşkesi Dere Aşıklar Mah. Demeç Sok. No:39/1 Meram/KONYA

Santral: +90 332 325 1063 - Fax: +90 332 325 27 43

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@konya.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> &

<http://dergipark.gov.tr/neuhfd>

Kısaltma

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

E-ISSN: 2667-4076

Aralık 2019

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ (RESEARCH ARTICLES)

KAMU HUKUKU-PUBLIC LAW

ANAYASALARIMIZDA YER ALAN İKTİSADİ HÜKÜMLERİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ
(THE LEGAL FRAMEWORK OF ECONOMIC PROVISIONS IN OUR CONSTITUTIONS)

MUHAMMET DURDU

SAYFA (PAGE): 111

MODERN HUKUK VE İSLÂM HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİNE HAKARET
NOKTASINDA SINIRLANDIRILMASI
(FREEDOM OF EXPRESSION AND LIMITATION OF BLASPHEMOUS IN MODERN LAW AND ISLAMIC
LAW)

MUSTAFA ÜNAL

SAYFA (PAGE): 135

ÖZEL HUKUK-PRIVATE LAW

GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİ
(ASSIGNMENT OF DORMANT CLAIM)

ABDURRAHİM ALTUN

SAYFA (PAGE): 160

TÜRK HUKUKUNDA VE MUKAYESELİ HUKUKTA EVLİLİK YOLUYLA
VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI
(THE ACQUISITION OF CITIZENSHIP BY MARRIAGE IN TURKISH LAW AND COMPARATIVE LAW)

SİBEL AKŞAHİN POLAT

SAYFA (PAGE): 184

HOME WORK CONTRACT

(EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ)

BANU BİLGE SARIHAN

SAYFA (PAGE): 201

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Orhan ÇEKER (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Şaban TANIYICI (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KIZIR (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

BU SAYININ HAKEMLERİ

Prof. Dr. Mustafa ACAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)

Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hasan Hüseyin BİRCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)

Doç. Dr. Ayşe ARAT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi) (2 ayrı makale)

Dr. Öğr. Üy. Abdülkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üy. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üy. Hüseyin Çağrı ÇORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üy. Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üy. İbrahim ÜLKER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üy. Cemil GÜNER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Akademik katkılarından ötürü tüm meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

NEÜHFD Editörü Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukukun bütün alt dallarında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe ve diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

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

TARANDIĞI İNDEKSLER



KAMU HUKUKU

(Araştırma Makalesi-Research Article)

ANAYASALARIMIZDA YER ALAN İKTİSADİ HÜKÜMLERİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ#

Muhammet DURDU*

Özet

Türkiye’de 19. yüzyıl Osmanlı döneminden itibaren anayasal gelişmeler yaşanmış ve bu anayasalarda iktisadi hükümlere yer verilmiştir. 1970’li yıllarda *refah devleti* doktrininin çıkmaza girmesiyle birlikte ortaya atılan *anayasal iktisat* doktrini, anayasalarda siyasi iktidarları sınırlandıran iktisadi hükümlerin yer alması gerektiğini savunmuştur. Türk anayasalarında da bu yönde düzenlemelerin varlığı görülmüştür. Bu çalışmada Türk anayasalarında yer alan sosyal devlet ilkesi, mülkiyet hakkı, vergi ödevi ve bütçe/planlama ile ilgili hükümlerin hukuki serüveni incelenerek, bunların 1929 Dünya Ekonomik Krizi ve 1970’lerdeki “refah devleti” anlayışının krizinden nasıl etkilendiği ortaya konmaya çalışılmıştır. Türk anayasalarında yer alan hükümlerin temel olarak hakkaniyetli olduğu düşünülmeyle beraber, vergi ve borçlanma hususunda bazı eklemeler yapılması önerilmiştir. Buna göre vergi aflarının anayasal olarak sınırlandırılmasının vergi adaletine hizmet edeceği belirtilmiştir. Kamu borçlanmasının anayasal olarak sınırlandırılmasının ise gelecek kuşakların haklarına riayet hususunda önemli olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: anayasal iktisat, vergi afları, sosyal devlet, mülkiyet hakkı, vergi ödevi, bütçe.

THE LEGAL FRAMEWORK OF ECONOMIC PROVISIONS IN OUR CONSTITUTIONS

Abstract

Turkey experienced constitutional developments in the 19th century from the Ottoman period and the constitutions included certain economic provisions. The constitutional economic doctrine, which was put forward with the impasse of the welfare state doctrine in the 1970s, argued that constitutions should contain economic provisions that limit political powers. The Turkish constitutions have also seen the existence of such arrangements. In this study, the legal adventure of the provisions related to social state principle, property rights, tax duty and budget/planning in Turkish constitutions is examined and we try to show how these are affected by the 1929 World Economic Crisis and the crisis of welfare state in 1970s. Although the provisions in the Turkish constitutions are considered to be fairly equitable, some additions have been proposed in regards to taxation and borrowing. Accordingly, it was stated that the constitutional limitation of tax amnesties would serve tax justice. It was concluded that the constitutional limitation of public borrowing is important in respecting the rights of future generations.

Keywords: constitutional economics, tax amnesties, social state, property rights, tax duty, budget.

Editörler Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.09.2019 Kabul Tarihi: 24.09.2019

* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mdurdu@erbakan.edu.tr,
ORCID: 0000-0003-4912-4410.

GİRİŞ

İktisadi gelişmeler toplumsal hayatın düzen kurallarının belirlenmesinde temel belirleyici faktörlerdendir. Bu sebeple en temel toplumsal düzenleyici kural olan anayasalar iktisadi faktörlerden etkilenmiştir. Türk anayasa tarihi açısından da durum farklı değildir. Türk anayasa tarihinde her ne kadar *Sened-i İttifak* anayasal gelişmelerin arasında gösterilse de, çok kısa süreli olması ve tam anlamıyla uygulanma imkânı bulamaması sebebiyle bu çalışmada incelenmemiştir¹. Zaten *Sened-i İttifak* bir anayasa olmaktan daha çok, padişah ile ayanların arasında iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin anayasal bir belgedir.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda iktisadi hükümlerin olmadığı görülmektedir. Bunun sebebi, bu Anayasa'nın savaş esnasında yapılmış olması ve sadece devletin temel organlarını düzenlemiş olmasıdır. Bu sebeple 1876 Kanun-i Esasi'nin bu Anayasa'ya aykırı olmayan hükümlerinin 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu yürürlüğe girene kadar yürürlükte kaldığı belirtilmiştir². Bu açıdan, 1921 Anayasası dönemi, iktisadi hükümler açısından Kanun-ı Esasi'nin ilgili hükümleriyle birlikte açıklanabilir. Ne var ki, savaş şartları ve Büyük Millet Meclisi hükümetinin olağanüstü yetkileri haiz olması sebebiyle diğer alanlarda olduğu gibi iktisadi alanda da hükümetin Kanun-ı Esasi hükümleriyle çelişen düzenlemeler yapması ve bu yöndeki uygulamaları kaçınılmazdır.

Siyasi iktidarın iktisadi gücünün sınırlandırılması gerektiği yönünde görüşler ileri süren paradigma anayasal iktisat doktrindir. Anayasal iktisat, liberalizmin geçirdiği evrelerden biridir. Buna göre, klasik liberalizmin 1929 Dünya Ekonomik Krizi ile tadil edilmesi gerektiği anlaşılmış ve Keynesyen politikalar benimsenmeye başlanmıştır. Klasik liberal dönemde devlet, son derece sınırlı görevler ile donatılıp küçük bir mali yapıya sahipken, Keynesyen politikaların uygulandığı dönemde hem ekonomiyi düzenlemek, hem de bizzat ekonominin içerisinde faaliyette bulunmak suretiyle ekonominin sağlıklı işleyişini sağlamaya çalışmıştır. Bu dönemde özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası devletin sosyal amaçlı faaliyetleri yoğunlaşmış ve kamu ekonomileri devasa boyutlara ulaşmıştır. 1970'li yıllardaki petrol krizi ile beraber kamu harcamalarının finansmanı konusunda buhranlar ortaya çıkınca liberal ekonominin önemli bir aşaması olan Keynesyen politikalar dönemi de sorgulanmaya başlanmış ve alternatifler öne sürülmüştür. Bu alternatiflerden birisi “anayasal iktisat” doktrini olmuştur. Anayasal iktisat doktrini kamu ekonomisinin başarısızlığı tezine dayanan kamu tercihi yaklaşımına dayanmaktadır³. Anayasal iktisat doktrinine göre devletin ekonomi içerisinde sınırsız bir şekilde faaliyette bulunması ve aşırı büyümesi genel ekonomi için zararlıdır. Kısmen klasik liberalizme dönüş savunulmakla birlikte devletin ekonomi içerisindeki varlığı klasik liberaller kadar kısıtlanmamaktadır. Öne sürülen temel argüman, siyasi iktidarın sorumsuzca ve kontrolsüzce ekonomiye müdahalesinin birtakım anayasal kurallar ile sınırlandırılmasıdır. Devletin iktisadi hayata müdahalesi siyasi iktidarlar tarafından değiştirilemeyecek anayasal kurallar ile sınırlandırılmalıdır. Bu sayede bireylerin iktisadi temel hakları da korunabilecektir⁴. Günümüzde anayasalar daha çok siyasi metinler gibi anlaşılmaktadır.

¹ **KARTALCI**, Kadir & **DOĞAN**, Mübeyna, “Anayasa Perspektifinden Vergilendirme Yetkisi Kavramı”, *NWSA-Social Sciences*, C. 8, S. 3, 2013, s. 119.

² **KARTALCI** & **DOĞAN**, s. 120.

³ **SAKAL**, Mustafa & **ŞAHİN**, Elif Ayşe, “Anayasal İktisat”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 11, S. 1, 2009, s. 70, 71, 77.

⁴ **ACAR**, Mustafa & **BİLİR**, Hüsnü, “Türkiye’de Sivil Anayasa Arayışları, Anayasal İktisat ve Anayasada Bulunması Gereken İktisadi-Mali Hükümler”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 15, S. 24, 2013, s. 88.

Ancak anayasalarda iktisadi hükümlerin de yer alması gerekmektedir. Anayasalarda iktisadi hükümlerin yer alması “*ekonomik anayasa*” ifadesi ile kavramsallaştırılmaktadır⁵.

Anayasalarda yer alması gereken iktisadi hükümlerin bütçe (borçlanma ve harcama), vergilendirme ve para basma ile ilgili olması gerektiği belirtilmektedir⁶. Siyasi iktidarlar bu hususlarda sınırlandırılmazlarsa bu yetkilerini kamu yararı için değil, kişisel çıkar odaklı başka amaçlar için kullanabileceklerdir. Bununla birlikte, ülkeyi yönetme yetkisini hukuken uhdesinde bulundurduğu için siyasi iktidarın sınırlandırılmaması gerektiği yönünde görüşler de vardır. Bu hususta iki görüşün orta yolunun bulunması gerektiği ve siyasilerin tamamen hür bırakılmaması gerektiği belirtilmektedir⁷. Ayrıca sık sık oluşan ekonomik krizler de ekonomik anayasayı gerektirmektedir⁸. İşte bu tartışmaların neticesinde anayasalarda siyasi iktidarları sınırlayan veya onlara ödevler yükleyen hükümlerin bulunması gereği ortaya çıkmıştır.

I. SOSYAL DEVLET İLKESİ

Sosyal devlet ilkesi, kişilerin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sağlamak için devlete müspet yükümlülükler yükleyen bir ilkedir⁹. Bu açıdan sosyal devlet; sosyal adalet, sosyal barış, sosyal güvenlik ve gelir dağılımında adaletin sağlanmasını amaç edinmektedir¹⁰. Sosyal devlet ilkesi gereği devlet, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alıp özgür bir ortam kurmanın yanında müspet faaliyetlerde bulunarak planlama, düzenleme ve yeniden dağıtım rollerini üstlenmelidir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde sosyal devlet yerine refah devleti kavramı kullanılmaktadır. Refah devleti ise, vatandaşlarının refahını artırmayı bir bütün olarak toplumun görevi gören devlettir. Görüldüğü üzere iki kavram birbirinin yerine kullanılabilir¹¹.

Sosyal devlet ismi ile sosyalizmi çağrıştırırsa da durum görüldüğü gibi değildir¹². Liberalizm, sosyal devlet ilkesi aracılığıyla sosyalizme karşı galip gelmiştir. Başka bir ifadeyle sosyal devlet ilkesi sosyalizmi mağlup eden doktrindir. Zira sosyal devlet ilkesi liberalizmin eksik yönlerini kapatabilmektedir¹³. İnsanların liberalizmde adalet bulabilmesi için sosyal devlet ilkesine ihtiyaç vardır. Aksi takdirde liberalizmin savunduğu, devletin karışmadığı mutlak eşitlik, sermaye sahiplerine haksız bir sosyal iktidar sağlayabilecektir. Bu ise derinden bir dip dalga ile liberalizmin tıpkı sosyalizm gibi yıkılmasına sebep olabilecektir¹⁴. Sosyal devlet ilkesi gereği devlet, mutlak eşitliği değil, fırsat eşitliğini sağlayacaktır. Ekonomik ve sosyolojik olarak dezavantajlı olan kişileri destekleyerek eşitliği sağlamaya çalışacaktır. Bu da adalete uygun olandır¹⁵.

⁵ UZUN, Turgay, “Kamu Tercih Ve Anayasal İktisat Kuramı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sosyal Ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, S. 23, 2013, s. 246.

⁶ GÜNEY, Gül, “Anayasal İktisat ve Dünyadaki Uygulamaları”, *Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 1, S. 2, 2010, s. 80; ACAR & BİLİR, s. 90; SAKAL & ŞAHİN, s. 86.

⁷ ACAR & BİLİR, s. 91.

⁸ KARLUK, Rıdvan, “Türkiye’de Ekonomik Anayasa ve Üç Önemli Konu”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, S. 2, 2013, s. 86.

⁹ YAYLA, Yıldızhan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 1985, Marmara Üniversitesi Yayınları: İstanbul, s. 92.

¹⁰ ÖZER, Atilla, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi: ANKARA, 2016, s. 458.

¹¹ ERDOĞAN, Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları: ANKARA, 2018, s. 35, 36, 129.

¹² ÖZER, s. 458, 459.

¹³ GÜÇLÜ, Faruk, *Vergi ve Sosyal Devlet*, SABEV Yayınları: ANKARA, 2007, s. 78.

¹⁴ AKIN, Rıdvan, “Anayasa Mahkemesi’nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 13, S. 1, 2000, s. 22.

¹⁵ AKIN, s. 20, 21.

Sosyal devlet ilkesi dünyada sanayi devrimi sonrasında ağırlaşan çalışma koşullarına işçi kesiminin bir tepkisi olarak ortaya çıkmıştır¹⁶. Artan fabrika sayıları ve genişleyen iş kolları sonucu işçi sayısı artış göstermiş, bunun sonucu olarak devletler işçilerden gelen talepleri göz ardı edememişlerdir. Sosyal devlet ilkesi, 1930'lardan itibaren Keynesyen iktisadın etkisiyle ABD başta olmak üzere tüm dünyada yayılmaya başlamıştır¹⁷. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra zirveye ulaşan sosyal devlet uygulamaları 1973 Petrol Krizi ile birlikte oluşmaya başlayan ekonomik buhranların etkisiyle azalmaya başlamıştır¹⁸.

Sosyal devlet ilkesinin uygulanması sonucu devlet harcamaları ve devletin iktisadi hayattaki varlığı artacağı için bu durumun devletin müdahaleci bir yapıya bürünmesine sebep olacağı ve bunun sonucu olarak da temel hak ve özgürlükleri sınırlayabileceği belirtilmektedir. Zira Anayasa'da açıkça devlete refahı artırma görevi verilmesine rağmen hangi konularda refahın artırılacağı sınırlanmaması, devleti aşırı büyütüp bireysel özgürlükleri tehdit edebilecektir. Sosyal devlet ilkesi gereği devlet, mali imkânları elverdiği ölçüde sosyal amaçlarla faaliyette bulunacak ve hayatın her noktasında faaliyet gösterecektir¹⁹. Sosyal devlet harcamaları tam olarak sınırlanamayacağı için, faiz ödemeleri dışında kalan tüm transfer harcamalarının sosyal devlet harcaması olduğu belirtilmiştir²⁰.

Türkiye'de ilk anayasa olarak kabul edilen 1876 Kanun-i Esasi'de sosyal devlet ilkesi ile ilgili eğitim hakkı bulunmaktadır. Kanun-i Esasi'nin 16. maddesine göre;

“Bilcümle mektepler Devletin tahtı nezaretindedir. Tebaai osmaniye'nin terbiyesi bir siyaki ittihat ve intizam üzere olmak için iktiza eden esbaba teşebbüs olunacak ve mileli muhtelifenin umuru itikadiyelerine müteallik olan usulü talimiyeye haleb getirilmeyecektir”.

Bu hükümlerle Osmanlı'da hem azınlıkların eğitim hakkına serbestlik tanınmış, hem de devletin çoğunluk kesimi olan *“tebaai osmaniye'nin”*²¹ eğitimi için gerekli teşebbüslerde bulunulacağı kabul edilmiştir. Her ne kadar bu hükümlerle doğrudan Osmanlı halkına eğitim hakkı verilmesi de, devletin halkın eğitimi için bir taahhütte bulunduğu görülmüştür. “Müslüman milleti” dışındaki milletlerin itikadi eğitimlerinin serbest olduğu garanti altına alınmıştır.

Kurtuluş Savaşı esnasında Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda doğrudan sosyal devlet ilkesi ile ilgili bir hüküm yoktur. Zaten bu Anayasa savaş esnasında çıktığı için diğer anayasalara göre daha kısadır ve 23 maddeden mürekkeptir. Bu sebeple ayrı bir bölüm halinde vatandaşların hak ve ödevleri zikredilmemiştir. Sadece devletin temel idari organları düzenlenmiştir. Bununla beraber 11. maddesinde halk tarafından seçilen vilayetlerin organı olan vilayet şuralarının vazifeleri arasında *“...evkaf, medaris, maarif, sıhhiye, iktisat, ziraat, nafia ve muaveneti içtimaiye işlerinin tanzim ve idaresi”*²² sayılmıştır. Burada sayılan görevlerin

¹⁶ Sosyal hak kavramı ilk olarak 1848 Fransa Anayasası'nda yer almıştır. Bkz: CANSER Erol, “Sosyal Devlet ve Aile”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 1969, s. 16.

¹⁷ TEKBAŞ, Abdullah, “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 130.

¹⁸ AYDIN, M. Kemal & ÇAKMAK, Eyüp Ensar, “Sosyal Devletin Temelleri”, *Bilgi*, S. 34, 2017, s. 1.

¹⁹ ERDOĞAN, s. 130-132.

²⁰ AYDIN, M. Kemal & ÇAKMAK, Eyüp Ensar, “Sosyal Devlet ve Türkiye”, *Bilgi*, S. 20(2), 2018, s. 3.

²¹ “Tebaai osmaniye” ile kastedilen sadece Müslüman milleti değil tüm Osmanlı halkıdır. Bu hususta doğrudan 1876 Kanun-i Esasi'de hüküm vardır: *“Madde 8 – Devleti Osmanije tabiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve meshepten olur ise olsun bila istisna Osmanlı tabir olur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve ize edilirdir”.*

²² Bu cümlelerin sadeleştirilmiş halini şu şekilde verebiliriz: *“...vakıflar, üniversiteler, eğitim, sağlık, ekonomi, ziraat, bayındırlık ve toplumsal yardımlaşma işlerinin düzenlenmesi ve idaresi”*

sosyal devletin görevleri arasında olduğu görülmektedir. Bu sebeple 1921 Anayasası'nda 1876 Anayasası'ndaki eğitim hakkına benzer bir şekilde sosyal devlet düzenlemesi vardır denebilir. Bu iki anayasada da kişilere doğrudan sosyal haklar verilmemekle birlikte, devlet organlarına sosyal ödevler yüklenmiştir. Bu verilen yetki eyalet sistemine de benzetilebilir. Ancak 1921 Anayasası kısa süreli uygulandığı için fazla uygulanma ve tartışılma imkânı bulmamıştır.

Cumhuriyet'in kurulmasından sonra ihdas edilen 1924 Anayasası'nda sosyal devlet ilkesi ile ilgili eğitim hakkı görülmektedir. Resmi ismi *Teşkilat-ı Esasiye Kanunu* olan 1924 Anayasası'nın 87. maddesinde ilköğretim Türk vatandaşlarına hem zorunlu, hem de ücretsiz olarak belirlenmiştir. Bu Anayasa'da başka bir sosyal hak görülmemekte ve sosyal devlet ilkesi açısından zayıf bir niteliği haiz olduğu müşahade edilmektedir. Zaten Fransız İhtilali sonrasında yapılan bir anayasa olarak dönemin liberal havasından etkilenmesi ve devletin ekonomik alandaki konumunu sınırlı tutması kaçınılmazdır.

1961 Anayasası ile sosyal devlet ilkesi Anayasaya girmiştir²³. Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin yanında, 10. maddesinde hem sosyal adaletten, hem de sosyal engellerin kaldırılmasından söz edilmiştir. Bunun yanında 1961 Anayasası, önceki anayasalardan farklı olarak kişilerin hak ve ödevlerini ayrıntılı olarak saymıştır. Bu haklar arasında sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler de ayrı bir bölüm olarak sayılmıştır. Bu bölümde ailenin korunması, çiftçinin desteklenmesi, özel teşebbüslerin ve milli iktisadın sosyal amaçlara uygun düzenlenmesi, insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesinin sağlanması, çalışma hakkı, angarya yasağı, dinlenme hakkı, ücrette adalet hakkı, sendikal haklar, sağlık hakkı, eğitim hakkı ve sosyal güvenlik hakkından bahsedilmiştir²⁴. 1961 Anayasası'nın 53. Maddesine göre devletin bu hakları sağlamaya çalışırken iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde hareket edeceği belirtilmiştir.

Bu dönemde Anayasa Mahkemesi de sosyal devlet ilkesine önem vermiştir. Bazı kararlarında sosyal devleti tanımlamıştır;

*“Toplumsal (sosyal) devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir”*²⁵.

*“Anayasa'mızın kabul ettiği sosyal devlet, yargı, savunma iç ve dış emniyeti sağlama işlerini kendisi yapar. Diğer devlet işlerini Büyük Atanın anladığı ve uyguladığı gibi, kişilerin yeteneksiz olduğu büyük hizmetleri devlet, yapabildiklerini de devlet yanında özel teşebbüs yerine getirir. Doğal, olarak özel teşebbüs eliyle görülen işler de devlet gözetimi altında yerine getirilir. Birlikte yapılan hizmetlerin başında eğitim ve öğretim işleri, sağlık işleri ve planlı kalkınma işleri gelir”*²⁶.

Bu dönemde Yüksek Mahkeme bir kararında salt iktisadi alan dışında kalan devlet faaliyetlerinden kâr edilmesini sosyal devlet ilkesine aykırı saymıştır. Aynı kararda devletin yükseköğrenim gören herkese iş vermesinin sosyal devletin bir gereği olmadığı yönünde karar vermiştir²⁷. Başka bir kararında devlet personeli teşekküllerinin grev yapmasının yasaklanmasını

²³ 1961 Anayasası'nda sosyal devlet ilkesi ile çoğunlukçu demokrasi anlayışını frenlemenin esas amaç olduğu yönünde bkz: AKIN, s. 23.

²⁴ Bir görüşe göre bu hakların hepsi sosyal ve iktisadi haklardan sayılmaz. Bazıları kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesi gerekirken “toplum yararı” ve “kamu yararı” amaçlarıyla bu bölümde düzenlenmiştir. Ayrıca bu haklar genel olarak özgürlükçü olmaktan çok uzaktır. Bkz: ERDOĞAN, s. 35: 9 numaralı dipnot.

²⁵ AYM, 23.05.1972 tarih ve E. 1972/2, K. 1972/38, RG: 21.11.1972/14368.

²⁶ AYM, 12.01.1971 tarih ve E. 1969/31, K. 1971/3, RG: 26.3.1971/13790.

²⁷ “Devletin başta gelen ve salt iktisadi alan dışında bulunan bir ödevi için yardımcı olmak üzere açılacak ve işletilecek bir kurumun zarardan korunmak düşüncesiyle yetinmeyip kazanç amacı gütmesi, sosyal Devlet ilkesi ile bağdaştırılamaz ve böyle bir duruma izin veren hiçbir kural, Anayasamızda yer almış değildir. Gerçekten

sosyal devlet ilkesine aykırı kabul etmiştir²⁸. Bir başka kararında ise devletin vatandaşa temiz su sağlamasını sosyal devlet ilkesinin bir zorunluluğu olarak görmüştür²⁹. Bu dönemde AYM içtihatlarının da katkısıyla sosyal devlet ilkesinin Türk anayasa hukukunda yerleşmeye başladığı görülmüştür. 1930'lardan beri dünyada etkisini gösteren Keynesyen politikaların, 1961 Anayasası döneminde sosyal haklar aracılığıyla Türkiye'ye de yansıdığı müşahede edilmektedir.

1982 Anayasasında da 1961 Anayasasına benzer bir sosyal devlet anlayışı benimsenmiştir. Bununla beraber Anayasa'nın ilk halinde genel sınırlama sebepleri öngörülmesi sebebiyle sosyal hakların kısıtlanma ihtimalinin daha yüksek olduğu sonucuna varılabilir. Bunun yanında dönemin şartları gereği 1982 Anayasası'nda sosyal devlet ilkesinin yumuşatıldığı belirtilmektedir³⁰. Şüphesiz bu durumun oluşumunda bu dönemde yükselişe geçen ve Türkiye'yi de etkileyen neoliberalizmin etkisi vardır. Neoliberalizm doktrini gereği devlet, Keynesyen politikaların aksine sınırlı bir yapıya sahip olmalıdır. Ancak bu genel sınırlama sebepleri 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır. Ayrıca konut hakkı, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, sanatın ve sanatçının korunması³¹ Anayasaya girmiştir.

AYM bu dönemde verdiği bir kararında sağlık hizmetlerinin ücretli olabilmesini sosyal devlet ilkesine aykırı görmemiştir³². İmar planlarında devletin kullanabileceği alanların imarının durdurulması sosyal devlet ilkesine aykırı kabul edilmemiştir³³. Bağ-Kur'a tabi olan kişilerin yataklı tedavi giderlerinin desteklenmesine süre sınırı getiren hüküm sosyal devlet ilkesine aykırı bulunurken³⁴ geçici personel statüsündeki devlet memurlarının hak kaybına uğraması sebebiyle

salı iktisadî nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa'nın temel ilkelerindedir". Bkz: AYM, 12.01.1971 tarih ve E. 1969/31, K. 1971/3, RG: 26.3.1971/13790.

²⁸ AYM, 23.06.1970 tarih ve E. 1969/68, K. 1970/34, RG: 11.5.1971/13833.

²⁹ "Temiz içme suyundan yoksun halk toplulukları arasında ne gibi hastalıkların türeyeceği ve bu hastalıkların giderek ülke düzeyine nasıl yayılacağı tıp bilimi ve özellikle halk sağlığı alanında önemli bir sorun yaratmaktadır. Bu sorun üzerinde yurt çapında düşünülmesi ve köy içme sularından bütün köylerin adaletli bir biçimde yararlanmasını sağlamak üzere teknik bir örgütün görevlendirilmesi, bu görev yapılırken eski yararlanma geleneklerini ve olanaklarını korumakla değil, duyulan yeni değişik ihtiyaçlara ve karşılaşılan sosyal zorunluklara uygun tedbirleri almakla bir çare bulunması gerekmektedir. Görülüyor ki Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Anayasa'nın buyruğuna uygun düşen böyle bir görevle yükümlü tutulmasında ve bu konuda gerekli kanunî yetkilerle donatılmasında Anayasa'ya aykırılık bir yana 49. madde yönünden zorunluk bile vardır". Bkz: AYM, 25.01.1973 tarih ve E. 1972/51, K. 1973/4, RG: 21.5.1973/14541.

³⁰ AKIN, s. 23, 24.

³¹ Bu tür koruma hükümlerinin adalete aykırı olduğu yönündeki görüşe göre; "..hangi grubun desteklenmesi gerektiğinin objektif bir ölçütünün bulunması zordur. Mesela neden bilim adamları, tabipler veya din adamları değil de sanatçılar korunmaktadır?" Bkz: ERDOĞAN, s. 132.

³² "Sağlık kuruluşlarının kuruluş işletilmesinin ülke düzeyinde dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esası içerisinde ilgili bakanlığın görüşü alınarak Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca düzenlenmesi, kamu kurum ve kuruluşları sağlık kuruluşlarında verilen her türlü hizmetin fiyatının tesbiti ile gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının ücret tarifelerinin bu bakanlıkça onaylanmasının sosyal hukuk devletine aykırı düşüğü savının 'fiyat' kavramının tanımıyla kanıtlanması yeterli bulunmamıştır.

...
Devletin malî kaynaklarının yeterliliği, ekonomik-akçalı gücü, sağlık hizmetlerinin parasız sunulmasına elvermediği gibi, Anayasa böyle bir zorunluluk da öngörmemiştir". Bkz: AYM, 19.04.1988 tarih ve E. 1987/16, K. 1988/8, RG: 23.08.1988 – 19908.

³³ "Dava konusu hükümlerle getirilen kısıtlama ileride bir fayda sağlamayacak yatırımları önlediği, kişi ve toplum yararına düzenlemeyi ve yapılaşmayı sağlayacağı için hukuk devleti ilkelerine uygundur. Kazanılmış hakları ortadan kaldırmayan, yargı denetimine engel olmayan, herkes için geçerli genel kuralları getiren bu düzenleme hukukun genel ilkelerine de ters düşmemektedir. Toplum yararını öngören düzenleme, bu niteliğiyle sosyal devlet ilkesine de uygundur". Bkz: AYM, 21.6.1989 tarih ve E. 1988/34, K. 1989/26, RG: 05.12.1989-20363.

³⁴ AYM, 16.10.1996 tarih ve E. 1996/17, K. 1996/38, RG: 09.08.1997-23075.

sosyal devlet ilkesine aykırılık iddiasını reddetmiştir³⁵. Bir başka kararında ise Bakanlığın yaptığı hizmet sebebiyle ücret almasını sosyal devlet ilkesine aykırı kabul etmemiştir³⁶.

Bu dönemde AYM sosyal devlet ilkesini Anayasada bulunmayan devletçilik ilkesiyle bağdaştırmıştır. Bununla beraber hem devletçilik hem sosyal devlet ilkesini yumuşatan bir kararı şu şekildedir;

“Kanunun iptali istenen 49. ve 50. maddeler tabii servetler ve kaynaklar üzerinde Devletin mutlak hâkimiyetini tanımakta ve Devletin bu hakimiyete dayanarak özel kişilere de maden arama ve işletme hakkı verebileceğini belirtmektedir. Daha önce de açıklandığı gibi, Devletin bu hakimiyetinden vazgeçmesi ve bu hakkı tümüyle özel sektöre devretmesi söz konusu değildir. Öte yandan dava dilekçesinde öne sürüldüğü gibi 168. madde, madenlerin tümüyle ve sadece Devlet tarafından aranmasını ve işletilmesini yani katı bir 'Devletçilik' uygulamasını da öngörmemektedir. Eğer Anayasa Koyucunun amacı bu olsa idi, bunu 169. maddede ormanların mülkiyeti, yönetimi ve işletilmesi ile ilgili olarak düzenlediği şekilde açık, seçik belirlerdi. Ayrıca 'Planlama'dan sözeden 166. maddesinde sadece 'ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak'tan söz edilmektedir. Anayasa'nın madencilik yönünden benimsediği temel ilkelerden biri, tabii servet ve kaynakların 'Devletin hüküm ve tasarrufu altında olması' olup; diğeri de bu tabii servet ve kaynakların 'verimli şekilde kullanılmasını' sağlamaktır. 48. maddesinde 'Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir' ilkesini benimseyen Anayasa'nın madencilik sektörünü özel sektöre kapadığını ve katı bir Devletçilik uygulamasını istediğini iddia etmek mümkün değildir”³⁷.

1982 Anayasası döneminde, sosyal devlet ilkesini zayıflatan neoliberalizmin etkisini görmek mümkündür. Bu sonuca hem Anayasa'nın ilk halinde bulunan genel sınırlama sebeplerinden hem de AYM kararlarında sosyal devlet ilkesinin daha esnek yorumlanmasından varılabilir.

II. MÜLKİYET HAKKI

İnsanın yaratılış itibarıyla birtakım ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu ihtiyaçlarını karşılamak için çalışıp çabalaması gerekmektedir. Bu çalışmasının sonucunda elde edilen şeylere sahip olmak istemesi insanın fitri bir özelliğidir³⁸. Mülkiyet hakkı bu özelliğin hukuk alanına yansımadır.

³⁵ “Diğer taraftan, Anayasa'nın 17. maddesi ile tanınan, herkesin yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 49. maddesi ile de Devlet'e verilen çalışanları koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır”. Bkz: AYM, 30.03.2011 tarih ve E. 2010/46, K. 2011/60, RG: 21.10.2011-28091.

³⁶ “Kanun koyucu, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla kamu otoritelerince yapılan iş ve işlemler karşılığında, hizmetten yararlananlardan belli bir ücret alınmasını öngörebilir. Bu itibarla Bakanlığa yapılacak kayıt ve bildirimler karşılığında ücret alınmasının öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır”. Bkz: AYM, 07.11.2014 tarih ve E. 2014/61, K. 2014/166, RG: 19.6.2015 - 29391

³⁷ AYM, 24.12.1986 tarih ve E. 1985/20, K. 1986/30, RG: 15.03.1987-19401.

³⁸ TUĞRUL, Saim, *Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2003, İstanbul, s. 1.

Mülkiyetin farklı tanımlarına rastlamak mümkündür³⁹. Zira mülkiyet kavramının içeriği tarih sürecinde ve ideolojiler arasında farklılık göstermektedir⁴⁰. Türk Dil Kurumu mülkiyeti “kendisinin olan bir şeyi yasa çerçevesinde istediği gibi kullanabilme hakkı” olarak tanımlamıştır⁴¹. Başka bir tanıma göre⁴²;

“Mülkiyet hakkı, bir kimsenin başkasının hakkına ve toplum yararına zarar vermeden, Anayasa ve yasaların getirdiği esaslara uymak koşuluyla, kendisine ait olan bir şeyi dilediği gibi kullanma, kendisinden ve ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme ve olan müdahaleleri önleme ve defetme yetkilerini kapsayan, en geniş bir aynı haktır.”

Kapsamlı bir tanıma göre⁴³;

“Malike maddi ve gayri maddi şey üzerinde en geniş anlamda hâkimiyet kurma imkânı veren, bünyesinde hak ve yetkilerle birlikte ödevler de barındıran, İnsan Hakları Belgeleri ve Anayasalarda ihdas edilerek hukuk düzenleri tarafından tanınan ve korunan, siyasi, sosyal, hukuki, ahlaki birçok faktörden etkilenecek sürekli değişen ve gelişen temel bir haktır”.

AYM'nin yaptığı tanımlamaya göre⁴⁴;

“Mülkiyet hakkı, bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu kayıtlamalara da uymak şartı ile, bir şey üzerinde dilediği şekilde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (Başkasına devretme, şeklini değiştirme ve istihlâk etme, hattâ tahrip etme) yetkilerini ifade eder”.

Mülkiyet malik ile şey arasındaki ilişkinin adıdır. Arapçada hükmetmek anlamındaki mülk kökünden gelmekte olup bu açıdan mülkiyet ile hükümdarlık arasında anlam benzerliği vardır. Benzer bir durum Arapça dışında Yunan ve Latin dillerinde de geçerlidir⁴⁵.

Siyasal ideolojiler arasında mülkiyet hakkının muhtevası ciddi farklılık göstermektedir. Nitekim mülkiyet hakkının kapsamı siyasi tarihteki ideolojileri birbirinden farklılaştıran en temel unsurlardan biridir. Liberalizme bakıldığı zaman, mülkiyet kutsal kabul edilmiştir. Malikin mülkü üzerindeki hakkı hiçbir şekilde kayıtlanmamalıdır. Toplum ile malikin menfaatleri çatıştığı zaman malikin menfaatleri tercih edilmelidir. Sosyalizmde, mülkiyet gerekli süreçlerden geçtikten sonra tüm topluma ait olmalıdır. Zira mülkiyet toplumsal gruplar arasında bir tür hegemonya aracıdır. Sosyalizm insanın malik olma arzusunu yok saydığı için uzun ömürlü uygulanamamıştır⁴⁶. Katı liberalizm ise toplumsal açıdan ciddi sorunlar doğurmuştur. İşçi sınıfı insanlık haysiyetine yaraşan bir yaşamdan mahrum kalmış, toplumun bütün zenginliği birkaç kişide toplanmıştır. Bu sebeple yukarıda bahsedilen sosyal devlet anlayışı ortaya çıkmıştır. Sosyal devlette mülkiyet hakkı temel

³⁹ Eşya hukukuna ilişkin tanımlar için bkz: AKÇA, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 560.

⁴⁰ Bu sebeple mülkiyet hakkının tanımının elastiki nitelik taşıması gerektiği yönünde bkz: AKÇA, s. 544, 545, 556; TUĞRUL, s. 4.

⁴¹ TÜRK DİL KURUMU, *Büyük Türkçe Sözlük*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ca5fa78d4be28.65352962, (ET: 04.04.2019).

⁴² TUĞRUL, s. 6.

⁴³ AKÇA, s. 562.

⁴⁴ AYM, 20.09.1966 tarih ve E. 1963/156, K. 1966/34, RG: 8.5.1967/12592.

⁴⁵ TUĞRUL, s. 1, 2.

⁴⁶ Günümüzde Kuzey Kore ve Küba gibi ülkelerde sosyalizm ilkeleri kısmen uygulanmaktadır.

haklardan sayılmakla birlikte, kamu yararı amacıyla ölçülü olarak sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Bugün dünyada mülkiyet hakkına bakış açısı da budur⁴⁷.

Türk anayasa tarihinde serbest piyasa ekonomisi fasılasız bir şekilde kabul edilmiştir⁴⁸. Bir başka açıdan duruma bakılırsa, Türkiye tarihinde sosyalizmin resmen kabul edildiği bir dönem olmamıştır. Bunun sonucu olarak devlet her zaman özel mülkiyeti tanımıştır. Her ne kadar mülkiyet hakkına atfedilen nitelik farklılaşsa da, Türk anayasalarında mülkiyet hakkı temel haklar arasında sayıla gelmiştir.

1876 Kanun-i Esasi'den itibaren tüm anayasalarda mülkiyet hakkı tanınmış, kişilerin mülkiyet haklarının koruma altında olduğu belirtilmiştir⁴⁹. Ancak bu mülkiyet hakkının kamu yararı aleyhine kullanılamayacağı ve kamu yararı gerektirirse kamulaştırılabileceği de kabul edilmiştir. Kamulaştırmanın ise gerçek değeri üzerinden yapılması şart koşulmuştur⁵⁰. Şüphesiz bu kabul mülkiyet hakkına getirilen ölçülü bir sınırlamadır. Zira şehrin merkezinde bulunan bir arsanın maliki, bu arsadan yol geçmesine rıza göstermezse şehrin imar planının değiştirilmesi tüm topluma zarar verebilecektir. Bu örnekte olduğu gibi kamu yararı amacıyla gerçek değeri üzerinden kamulaştırmanın kabul edilmesine karşı çıkmamak gerekir. Zaten sosyal devletteki mülkiyet anlayışının gereği de budur.

1982 Anayasası'nın ilk halinde kamulaştırma bedelinin hesaplanması ile ilgili ilginç bir hüküm yer almıştır. Bu hükme göre;

“Kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usulleri kanunla belirlenir. Kanun kamulaştırma bedelinin tespitinde vergi beyanını, kamulaştırma tarihindeki resmî makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, taşınmaz malların birim fiyatlarını ve yapı maliyet hesaplarını ve diğer objektif ölçüleri dikkate alır. Bu bedel ile vergi beyanındaki kıymet arasındaki farkın nasıl vergilendirileceği kanunla gösterilir”.

Bu hüküm ile tapuda daha az harç ödeyerek vergi kaçırma olaylarının engellenmesi ve telafi edilmesi amaçlanmıştır. Ancak bu hüküm 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'dan çıkarılmıştır.

1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkı sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenmişken 1982 Anayasası'nda kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında düzenlenmiştir. Bunun yeri konusundaki tartışmaları bir kenara bırakacak olursak⁵¹ bu değişikliğin uygulamada önemli bir sonucu vardır. Bu sonuca göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile⁵² sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin düzenlenmesi mümkün iken kişinin hak ve ödevlerinin düzenlenmesi mümkün değildir. Sonuç olarak 1961 Anayasası döneminde kanun hükmünde kararname ile Anayasaya

⁴⁷ AKÇA, s. 547, 548; TUĞRUL, s. 72-75.

⁴⁸ İlk anayasa olarak kabul gören 1876 Kanun-i Esasi'nin 13. maddesinde *“Tebaaı osmaniye nizam ve kanun dairesinde ticaret ve sanat ve felahet için her nevi şirketler teşkiline mez'undur”* denilerek serbest piyasa ekonomisi açıkça kabul edilmiştir.

⁴⁹ 1924 Anayasası'nın 24. maddesinde; *“Menafii umumiyeye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus usulünce değer pahası peşin verilmedikçe hiç kimsenin malı istimval mülkü istimlak olunamaz. Fevkalade ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdi, ayni ve sayu amele müteallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakarlığa icbar edilemez”.* Bu maddede dolaylı yoldan mülkiyet hakkının tanındığı görülmektedir. Aynı Anayasa'nın 21. Maddesinde ise; *“Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur”.* Hükmü getirilmiştir. Buradaki “mal”ın her türlü taarruzdan masun olması ile zımnen mülkiyet hakkının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak 24 Anayasası döneminde Anayasa Yargısı olmadığı için gerçek anlamda hak ve hürriyetlerden bahsedilemeyeceği yönünde bkz: TUĞRUL, s. 66.

⁵⁰ Kamulaştırma bedelinin belli şartlarla taksite bağlanabileceği 1961 ve 1982 Anayasalarında kabul edilmiştir.

⁵¹ Bu tartışmaların ayrıntısı için bkz: TUĞRUL, s. 150; AKIN, s. 28.

⁵² 2017 yılındaki Anayasa değişikliğinden önceki adı: kanun hükmünde kararname.

girdikten sonraki dönem için mülkiyet hakkı üzerinde değişiklik yapması mümkünken, 1982 Anayasası döneminde mülkiyet hakkı üzerinde ancak kanunlarla düzenleme yapılabilir ve sınırlama getirilebilir.

Sosyal devlet ilkesi gereği mülkiyet hakkı kişiye sınırsız yetkiler tanıyan bir hak olmamıştır. Türk anayasa tarihi boyunca mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Sınırlama araçları farklı olsa da temelde vergi, kamulaştırma ve devletleştirme işlemlerinde karşımıza çıkmaktadır. Kamulaştırma ve devletleştirme işlemlerinde kamu yararı amacı ile kişilere ait taşınmazlar veya ülke açısından stratejik önemi haiz işletmelerin devlet tarafından satın alınması söz konusu olmaktadır. Bu satın alma gerçek karşılığı üzerinden ve kamu yararı amacıyla yapıldığı sürece mülkiyet hakkına getirilen ölçülü bir sınırlamanın varlığından söz edilir⁵³. Ancak gerçek değer olmadan değerinden düşük bir miktar üzerinden satın alma gerçekleşir veya kamu yararı amacı olmadan satın alma işlemi yapılırsa mülkiyet hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandığı kabul edilmelidir.

Bu noktada karşımıza hakkın özü kavramı çıkmaktadır. Bir hakkın sınırlandırılması o hakkın özüne dokunmamalıdır. Bu hususu ifade için öğretilerde “sınırlamanın sınırı hakkın özüdür” tabiri kullanılmaktadır⁵⁴. Hakkın özü kavramı 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiş, 1982 Anayasası’nın ilk halinde yer almamış, 2001 değişikliği ile tekrar anayasal sistemimizdeki yerini almıştır⁵⁵. Aynı değişiklikte 1971 yılında anayasal sistemimize giren temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlama sebepleri Anayasa’dan çıkarılarak temel hak ve hürriyetlerin sadece kendi maddelerinde belirlenen sebeplere dayanılarak sınırlandırılması sağlanmıştır. Başka bir ifadeyle 1982 Anayasası ile temel hak ve hürriyetlerin daha çok sınırlandırılmasının yolunun açıldığı ancak özellikle 2001 değişikliği ile tekrar temel hak ve hürriyetlerin daha sağlam güvencelere bağlandığı görülmektedir. 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkının, sosyal ve iktisadi hakların arasından çıkarılarak kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenmesi de mülkiyet hakkı açısından daha fazla koruma sağlamıştır. Zira bu sayede mülkiyet hakkı üzerinde ancak kanun ile düzenleme yapılabilecektir. Bu durum 1970’lerdeki petrol krizi sebebiyle oluşan ekonomik buhran ve ortaya çıkan neoliberalizmin etkileri olduğu söylenebilir. Bu dönemde sosyal devlet ilkesinden kopmalar olmakta ve klasik liberal ilkelere yaklaşıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkına bakış açısının tespiti sınırlandırılma rejiminin belirlenmesi açısından önemlidir⁵⁶. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin hukuk sistemine girdiği Anayasa olan 1961 Anayasası döneminden beri mülkiyet hakkını sınırsız bir hak olarak görmemiştir. Malik ile toplumun yararı çatıştığında toplumun yararı ön plana konarak kararlar verilmiştir. AYM 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında şunları söylemektedir⁵⁷;

“Mülkiyet hakkı eski anlamında ferdin dilediği şekilde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir hürriyet olmak niteliğini çoktan yitirmiş, mülkiyet anlayışı, bu hakkın, bir bakıma, sosyal yapıda bir

⁵³ ÖRÜCÜ, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi’ne Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3, 4, s. 160.

⁵⁴ ÖRÜCÜ, s. 146; Bu tanımlamada soyut kalmakta ve her hakkın özü AYM tarafından vereceği kararlarda tespite çalışılacaktır. Bkz: ÖRÜCÜ, s. 148; AKÇA, s. 545.

⁵⁵ Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı 1982 Anayasası’nın 13. Maddesi şu şekildedir; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkı ile ilgili yeterince belirli ve açık kararlar veremediği yönünde bkz: AKÇA, s. 590.

⁵⁷ AYM, 28.04.1966 tarih ve E. 1966/3, K. 1966/23, RG: 11.07.1966-12345.

hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok haklar gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının Anayasamızın (Temel haklar ve ödevler) kısmının (Sosyal ve İktisadi haklar ve ödevler) bölümünde yer alması ve 36 ncı maddenin ikinci ve ondan sonraki fıkrasıyla 37 nci maddenin ikinci fıkrasına bu hakkın sınırlanabileceğini gösteren, hükümler konulması bu anlayışın ifadesidir”.

Yine 1961 Anayasası döneminde verdiği bir başka kararında, düğünlerde israfın yasaklanmasını içeren kanun hükmünü, konulduğu dönem için mülkiyet hakkına getirilen gerekli bir sınırlama olarak görmüştür⁵⁸;

“Cihazın alelittlak teşhiri ve açıktan naklolunması, erkek tarafından iki kattan fazla elbise hediye edilmesi, düğünde bir günden ziyade çalgı çaldırılması ve ziyafet verilmesi, ağırlık ve hediyeler verilmesi, nişan ve çevre merasimi yapılması ve köçek oynatılması, sünnet için masraf ederek düğün yapılması yasaklanmış bulunmaktadır.

Görüşme ve kabul tarihleri gözönüne alınacak olursa; yurdunun yarısına yakın kısmı işgal altına girmiş ve ölüm kalım savaşına atılmış bir milletin, bu savaşın gerektirdiği maddî ve manevî kuvvetlerin en yüksek ölçüde bir araya getirilerek topyekûn harp gücünün sağlanması ve israfın önlenmesi için katlanması gerekli fedâkârlık ve mahrumiyetler cümlesinden olarak düşünüldüğü anlaşılan bu kanunun, o günün şartları içerisinde bir değeri ve üstün anlamı olduğu şüphesizdir”.

AYM, 1961 Anayasası döneminde kira bedellerine sınırlama getiren kanunun kiralananın malikinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁹;

“Öte yandan bu sınırlamalarla kiralar dondurulmuş olduğundan gayrimenkul sahiplerinin gelirlerini, değişen şartlara göre ayarlamak imkânı önlenmiş bulunmakta ve bunların elde ettikleri gelirler, diğer sektörlerdeki kazançların çok altında kalmaktadır. Ayrıca, bu şekilde dondurulan kira paraları, fiyatların yükselişi sonucu gayrimenkullerin kazandığı değer normal gelirini teşkil etmekten de uzaktır. Öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve iktisadi şartlar büsbütün değiştiği halde 6570 sayılı kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi, adaletsiz ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını önleyen aşırı bir sınırlama halini almıştır. Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşikârdır”.

1982 Anayasası döneminde ise AYM'nin, mülkiyet hakkını daha fazla koruyucu kararları bulunmaktadır. Bir kararında Mahkeme⁶⁰;

“3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında imar plânlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörülmüştür. Yasa'nın 10. maddesinde de belediyelerin, imar plânlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları belirtilmiş, ancak Yasa'da bu plânların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir.

13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır.

⁵⁸ AYM, 20.09.1966 tarih ve E. 1963/156, K. 1966/34, RG: 8.5.1967/12592.

⁵⁹ AYM, 26.03.1963 tarih ve E. 1963/3, K. 1963/67, RG: 31.5.1963/11416.

⁶⁰ AYM, 29.12.1999 tarih ve E. 1999/33, K. 1999/51, RG: 29.06.2000-24094.

İmar plânlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır”.

Aynı dönemde bir başka kararında Mahkeme, malikin başkalarına zarar vermemek kaydıyla kendi malını yok edebileceğini bile belirtmiştir⁶¹;

“Bu anlamda mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hattâ yok etme) yetkilerini anlatır. Görülüyor ki bu nitelikteki mülkiyet hakkı kavramında, başkasına zarar vermemek ve özellikle yasaların koyduğu sınırlamalara uymak zorunluluğu vardır”.

Kamu yararı kararı alındıktan sonra taşınmaz üzerine inşa edilen şeylerin ücretlerinin kamulaştırma bedeline dâhil olmayacağı yönündeki düzenleme AYM tarafından mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul edilmemiştir⁶²;

“Kuralla sırf daha yüksek kamulaştırma bedeli almak amacıyla hizmet etmeyen tesislerin yapılmasının, dolayısıyla ülke kaynaklarının israf edilerek idarenin haksız yere yüksek bedelle kamulaştırma yaparak zarara uğratılmasının önlenmesi amacıyla mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmekte olup bu sınırlama, kamu yararının sağlanması amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır”.

Bir bireysel başvuru kararında ise AYM Türkiye İş Bankası’ndan verginin kanuniliği ilkesine aykırı olarak alınan verginin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁶³.

Anayasa’da mülkiyet ile ilgili hükümlerin arasına keyfi müsadere yasağının eklenmesi ve kamulaştırmadaki kamu yararı amacının somutlaştırılması önerilmektedir⁶⁴. Şüphesiz bunlar mülkiyet hakkının daha sağlama alınması açısından önemlidir. Ancak bu ayrıntılara girilmesi zaten kazıustik yöntemle hazırlanmış olan Anayasayı daha da genişletecektir. Hâlbuki anayasalarda öz hükümlerin yer alması ayrıntılı hükümlerin kanunlara bırakılması gerekir. Mülkiyet hakkının özünde zaten keyfi müsadere yasağı ve kamu yararı amacının somut gerekçelere dayanması gereği vardır.

III. VERGİ ÖDEVİ

“Vergi, Devletin ve/veya vergilendirme yetkisi bulunan diğer kamu idarelerinin, kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duydukları parayı temin etmek amacıyla, kişilerden, hukukî cebir altında, kanunla belirlenen esaslara uygun ve karşılıksız olarak ve iade edilmemek üzere

⁶¹ AYM, 21.06.1989 tarih ve E. 1988/34, K. 1989/26, RG: 05.12.1989-20363; Benzeri yönde; AYM, 16.11.2017 tarih ve E. 2016/195, K. 2017/158, RG: 8.2.2018 – 30326; AYM, 16.03.2016 tarih ve E. 2015/2, K. 2016/19, RG: 15.04.2016-29685; Diğer kararlar için bkz: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> (ET:06.04.2019).

⁶² AYM, 04.12.2014 tarih ve E. 2013/114, K. 2014/184, RG: 16.07.2015-29418.

⁶³ Karar ve kararın eleştirisi için bkz: **BATIREL**, Ömer Faruk, “Vergi ve Mükellefiyet Hakkı İhlali: Bir Anayasa Mahkemesi Başvuru Kararı İncelemesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 28, 2015, s. 13-20.

⁶⁴ **ACAR & BİLİR**, s. 95.

*aldıkları ekonomik değerlerdir*⁶⁵. Türk anayasa tarihi açısından bakıldığında sadece 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda verginin tanımına rastlanmaktadır; “*Vergi, Devletin umumi mesarifine halkın iştiraki demektir*”. Bu tanımda vergilerin, devletin harcamalarına halkın katılımı olduğu belirtilmiştir. Tanımda verginin mali fonksiyonuna dikkat çekilmiştir. Başka bir ifade ile verginin kamu harcamalarının finansmanı için alınması yönü vurgulanmıştır. Ancak günümüzde vergiler sadece mali amaçla değil sosyal ve iktisadi amaçlar da göz önünde bulundurularak alınmaktadır. Zira özellikle 2. Dünya Savaşı’ndan sonra sosyal devlet ilkesinin tüm dünyada hâkim olmaya başlamasıyla vergi, devletler tarafından hem sosyal amaçlarla kullanılarak gelir dağılımının düzenlenmesi amaçlanmakta hem de vergi teşviki gibi uygulamalarla iktisadi faaliyetlere yön verilebilmektedir.

Vergilendirme yetkisi, devletin egemenliğine dayanarak kişilere mali yükümlülük yükleme konusundaki hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Devletin vergilendirme yetkisinin hangi organ tarafından kullanılacağı parlamentoların oluşumu ve yetkilerini elde etmesi açısından önemli dönüm noktaları içermektedir. Demokrasinin gelişimi, İngiltere’de kral, burjuvazi ve halk arasındaki vergilendirme yetkisi mücadelesine dayanmaktadır. Bu anlamda vergilendirme yetkisi kralların halk lehine yetkilerini azalttığı ve sonrasında yetkilerin tamamen halk temsilcilerine geçtiği bir alan olmuştur. Bu konuda İngiltere’yi, Fransa ve ABD takip etmiştir. Halk vergilendirme vasıtasıyla yasama gücünü kralın elinden almış ve sonrasında demokrasinin temel ilkelerinden biri verginin kanuniliği ilkesi olmuştur⁶⁷. Vergilendirme yetkisi günümüzde demokratik meşruiyete sahip yasama organları tarafından kullanılıyor olsa da sınırsız bir yetki değildir. Bu yetki Anayasa’daki vergi ilkelerine uygun kullanılmak durumundadır⁶⁸.

Vergiler, devletlerin ayakta kalabilmesi için gerekli olan en temel gelirleridir. Özellikle sanayi devriminden sonra vergi devletlerinin⁶⁹ ortaya çıkması vergiyi devletler için bir kat daha önemli hale getirmiştir. Türk anayasa tarihi boyunca vergi ile ilgili düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

1876 Kanun-i Esasi’de vergilerin kanuniliği ilkesi⁷⁰, vergilerin genelliği ilkesi ve mali güç ilkelerinin⁷¹ kabul edildiği görülmektedir. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu bir geçiş anayasası olması münasebetiyle vergiler konusunda da sessiz kalmıştır⁷². 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda

⁶⁵ **KARAKOÇ**, Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 1259.

⁶⁶ **ÇAĞAN** Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergilendirme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 1, 1984, s. 171.

⁶⁷ **KARTALCI & DOĞAN**, s. 117; **ÇAĞAN**, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 1, 1980, s. 131.

⁶⁸ **ERKİN**, Gözde, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 3, s. 246.

⁶⁹ Vergi devleti, giderlerini kural olarak vergiye dayalı gelirlerle finanse eden devlettir. Bu tür devletler vergiye bağımlıdır. Günümüzdeki devletlerin hemen hemen hepsi vergi devletidir.

⁷⁰ Verginin kanuniliği ilkesi; “**Madde 25:** Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi ve rüsumat namı ile ve namı aherle hiç kimseden bir akçe alınamaz”.

⁷¹ Verginin genelliği ve mali güç ilkeleri: “*Tekalifi mukarrere nizamati mahsusasına tevkiyan kaffei tebaa beyninde herkesin kudreti nisbetince terh ve tevzi olunur*”.

⁷² Bu dönemde Büyük Millet Meclisi’nin verdiği yetkiyle Mustafa Kemal Atatürk’ün tek başına Tekalif-i Milliye Emirleri çıkararak kişilere ayni ve şahsi ödevler yüklemesi, daha sonra devam eden olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK’ları ile 2017 yılında anayasal düzenimize giren Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine benzemektedir. Bkz: **KARTALCI & DOĞAN**, s. 121.

vergilerin genelliği, kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi⁷³ ve kanuniliği⁷⁴ ilkeleri yer almıştır. 1876 Kanun-i Esasi'den farklı olarak bu Anayasa'da mali güç ilkesine yer verilmemiştir⁷⁵. Bununla beraber verginin tanımı yapılmış ve devletten başka kimsenin vergi toplayamayacağı vurgulanmıştır⁷⁶.

1961 Anayasası'nın 61. maddesinin ilk halinde mali güç ilkesi, kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi, verginin genelliği ve kanuniliği ilkeleri kabul edilmiştir⁷⁷. 1971 yılında yapılan değişiklikle kanunun belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde vergilerin muafiyetleri, istisnaları, indirim ve oranları ile ilgili değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir⁷⁸. Bu hüküm ile verginin kanuniliği ilkesi kısmen yumuşatılmış olsa da uygulamada hızlı tepkilerin verilebilmesi için uygun görülebilmektedir⁷⁹. 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde vergi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Bu maddede 1961 Anayasası'nın 1971'deki değişikliğinden sonraki hali temelde korunmuş olmakla birlikte verginin sadece konulması değil değiştirilip kaldırılabilmesi için de kanun hükmü şart koşulmuştur. Ancak bunun pratikte bir faydası yoktur. Zira bir kanun ancak başka bir kanun ile değiştirilir veya kaldırılır⁸⁰. Bunun yanında 73. maddeye “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*” hükmü eklenerek mali güç ilkesi ve genellik ilkesi vurgulanmış ve adalet ilkesi eklenmiştir⁸¹. Ayrıca verginin maliye politikasının bir aracı olarak kullanılacağı anayasal olarak kabul edilmiştir. Vergi ödevinin anayasalarda düzenlendiği yere bakılırsa, anayasalarda temel haklar ve ödevlerin alt bölümlendirilmesine başlandığı 1961 Anayasası'nda ve mer'i 1982 Anayasası'nda siyasi haklar ve ödevler arasında düzenlendiği görülmektedir. Her ne kadar anayasaların bu bölümünde vatandaşlık ile ilgili haklar düzenlense de vergi ödevinin burada düzenlenmesi yadırganmamalıdır. Zira vergi ödevinin vatandaş olmayanlar tarafından da ödendiği gerekçesiyle sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin arasına alınması, vergiyi yürütme organının daha fazla müdahalesine açarak verginin kanuniliği ilkesini zedeleyecektir⁸².

1982 Anayasası'nın 167/2 hükmü ile yürütme organına dış ticareti düzenlemek amacıyla ek mali yükümlülükler ihdas edebilme yetkisinin devredilebilmesi, verginin kanuniliği ilkesini ciddi

⁷³ Verginin genelliği ve kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi; “**SEKSEN DÖRDÜNCÜ MADDE:** Vergi, Devletin umumi mesarifine halkın iştiraki demektir.

Bu esasa mugayir olarak hakiki ve hükmî şahıslar tarafından veya onlar namına rüsum, aşar ve sair tekalif alınması memnudur. İlk fıkradaki “halk” tabiri verginin genelliği ilkesini belirtmektedir.

⁷⁴ Verginin kanuniliği ilkesi; “**SEKSEN BEŞİNCİ MADDE:** Vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibayet olunabilir”.

⁷⁵ Bu Anayasada da mali güç ilkesine yer verildiği yönündeki görüş için bkz: **KARAKOÇ**, s. 1263; Ancak bu yönde bir hükme rastlanılmamıştır.

⁷⁶ Bkz: yukarıdaki **SEKSEK DÖRDÜNCÜ MADDE**.

⁷⁷ Maddenin ilk hali şu şekildedir: “**Madde 61:** Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur”.

⁷⁸ Söz konusu değişiklik ile 61 inci maddeye şu hüküm eklenmiştir: “**Madde 61/3:** Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir”.

⁷⁹ Yürütme organına verilen bu yetkinin sınırlanması gerektiği yönünde bkz: **ACAR & BİLİR**, s. 94.

⁸⁰ Nitekim KHK (2017 Anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) ile dahi değiştirilmesi mümkün değildir. Zira vergi siyasi hak ve ödevler arasındadır.

⁸¹ Bu hükmün yeni bir şey getirmediği yönünde bkz: **ÜSTÜN Ümit Süleyman**, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2, 2003, s. 262; Ölçülülük ilkesinin de bu madde de vergiler için ayrıca vurgulanması gerektiği yönünde bkz: **KARAKOÇ**, s. 1283.

⁸² Aksi görüş için bkz: **ÇAĞAN**; *Demokratik Sosyal Hukuk*, s. 149.

anlamda zedelemiştir⁸³. Bununla beraber dönemin şartları gereği dış ticaretin hızlı müdahalenin gerekli olması bu yetkiyi gerekli kılmaktadır.

1982 Anayasası'nın 73. maddesinin ilk iki fıkrasında sadece vergiden söz edilmesi 3. ve 4. fıkralarında ise vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerden bahsetmesi sebebiyle; mali güç, verginin genelliği, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ifadeleri sadece vergiler için geçerlidir. Resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler için geçerli değildir. Ancak verginin kanuniliği ilkesi vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin hepsi için geçerlidir⁸⁴.

Anayasa'nın vergi ile ilgili maddesinde belirtilen bu ilkelerin yanında genel anayasal ilkelerin vergiye uygulanması sonucunda da bazı ilkeler ortaya çıkmaktadır⁸⁵. Hukuki güvenlik ilkesi, sosyal devlet ilkesi, ölçülülük ilkesi bu ilkelere örnektir. Hukuki güvenlik ilkesinin vergi hukukuna uygulanması sonucu; vergi kanunlarının geriye yürütülmemesi, kıyas yasağı ilkeleri karşımıza çıkmaktadır⁸⁶. Sosyal devlet ilkesinin vergi hukukuna uygulanması sonucu, devletin tüm kişilerin sosyal yaşam standartlarını artırmak amacıyla vergi hukukunda yaptığı tüm düzenlemeler akla gelmektedir. Bunlara örnek olarak artan oranlı vergi tarifeleri, ayırma kuramı ve muafiyet ve istisnalar verilebilir. Ölçülülük ilkesinin vergi hukukuna uygulanması sonucunda ise yine mali güç ilkesine ulaşılmaktadır.

Bu ilkelerin hepsi ayrı ayrı ifade edilse de iç içe geçmiş durumdadırlar⁸⁷. Mesela mali güç ilkesi ile vergide adalet ilkesini veya vergide eşitlik ilkesini ayırmak zordur. Burada daha aydınlatıcı olması için bu ilkelerin tanımları verilecektir. Konunun kapsama alanı dışında olduğu için ayrıntısına girilmeyecektir;

- Verginin kanuniliği ilkesi: Vergiye ait konu, mükellef, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, ödeme zamanı, zamanaşımı gibi temel unsurlarını koyma, değiştirme ve kaldırma yetkilerinin yasama organına ait olduğunu ifade eder⁸⁸.
- Vergide adalet ilkesi: Bu ilke tanımlanması en zor olan ilkedir. Zira adaletin tanımını yapmak zordur. Adalet mefhumu hem hayatın her noktasını sarmıştır hem de ne olduğunun tam olarak tespiti son derece zordur. Vergide adalet ilkesi, vergide eşitlik ilkesi ve mali güç ilkeleri ile yakından ilgilidir. Yine de bir tanım yapmak gerekirse devletin vergi alırken kişiler arasında haksızlık yapmaması olarak ifade edilebilir. Bu konuda doktrinde dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet kavramlarıyla vergide adalet ilkesi açıklanmaya çalışılmaktadır⁸⁹.
- Kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi: Verginin kamu giderlerinin karşılığı olması, toplanan vergilerin ancak kamu giderlerine harcanabileceğine işaret etmektedir⁹⁰.

⁸³ Söz konusu hüküm şu şekildedir: "**Madde 167/2:** Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir". TBMM bu hükümdeki yetkiyi kullanarak 2976 sayılı Kanun ile 1984 yılında yürütme organına bu yetkiyi vermiştir.

⁸⁴ **TEKBAŞ**, s. 147.

⁸⁵ **TEKBAŞ**, s. 124.

⁸⁶ **ÇAĞAN**, *Demokratik Sosyal Hukuk*, s. 141.

⁸⁷ **ÜSTÜN**, s. 255; **KARAKOÇ**, s. 1285.

⁸⁸ Bu ilkenin önemi o kadar büyüktür ki hukukun genel ilkeleri arasına girdiği söylenmiştir. Ayrıca günümüzde bu ilkenin yozlaşarak verginin kararlılığı ilkesine dönüştüğü, bu durumu düzeltmek için verginin hukukiliği ilkesine geçiş yapmak gerektiği yönünde bkz: **KARAKOÇ**, s. 1264, 1266, 1298.

⁸⁹ **TEKBAŞ**, s. 148.

⁹⁰ **KARAKOÇ**, s. 1298.

- Mali güç ilkesi: Vergilendirme yapılırken bireylerin iktisadi ve hususi durumlarının göz önüne alınmasıdır⁹¹.
- Verginin genelliği ilkesi: Bir ülkede ödeme gücü olan, vatandaş olsun olmasın, herkesin vergi ödemesi gerektiğini ifade eden ilkedir⁹².

Türk Anayasa sürecinde vergilendirme yetkisinin gelişimine bakıldığında zaman iktisadi gelişmelerin etkisi görülebilmektedir. Mesela 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda yürütme organına vergilendirme konusunda herhangi bir yetki verilmemiştir. Her ne kadar o dönemde uygulanan Meclis Hükümeti Sistemi'nin de bunda etkili olduğu düşünülebilirse de Bakanlar Kurulu'na istisnai yetkiler verilmesinin önünde engel bulunmamaktadır. Ancak 1971 yılında anayasal sistemimize, Bakanlar Kurulu'na, vergilerin muaflık, istisna, indirim ve oranlarına ilişkin kanunda belirtilen sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi verilmiştir. 1982 Anayasası ile dış ticaretin düzenlenmesi amacıyla kanunla ek mali yükümlülük koyma yetkisinin de verildiği görülmektedir. Tüm bunlar bir araya getirildiğinde 1924 Anayasası'nın kanunilik ilkesi açısından 1961 ve 1982 Anayasalarından daha üstün olduğu sonucuna varılabilir⁹³. Ancak uygulama böyle işlememiştir. Hukuk kurallarını uygulandıkları zamanlardan bağımsız değerlendirmek gerekmektedir. Bir kere 1924 Anayasası'nda anayasa yargısı olmadığı için verginin kanuniliği ilkesine aykırı birçok uygulama olmasına rağmen herhangi bir yaptırım olmamıştır⁹⁴. Ayrıca 1970'li yıllardan itibaren iktisadi koşullar gereği yürütme organının vergilendirme konusunda güçlendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Zira iktisadi ilişkilerin hızlanması sonucu günlük olarak bazı vergisel düzenlemelerin yapılması gerekmiştir⁹⁵. Günlük işlemlerin ise yasama organı tarafından yapılması zordur. Yasama organının önceden verdiği yetkiye dayanarak yürütme organının bu müdahaleleri yapması elzem görülmüştür⁹⁶. Ayrıca anayasa yargısının varlığı bu yetkinin usulüne uygun olarak kullanılmasının denetlenmesini sağlamıştır. Öz itibarıyla; iktisadi gelişmeler neticesinde anayasal sistemdeki vergi ödevi ile ilgili düzenlemelerin içeriği değişmiştir.

Anayasadaki vergi düzenlemelerinin etkinliğini ve yerindeliliğini sorgulayan görüşler vardır. Bu konuda artan oranlı vergi tarifelerinin anayasal olarak yasaklanması gerektiği öne sürülmektedir. Hatta bu öneriyi ileri sürenlere göre; gelir vergisi ve kurumlar vergisi tek bir vergi olarak birleştirilmeli ve işçi de milyar dolarlık şirketler de aynı oranda gelir vergisi ödemelidir⁹⁷. Yine istisna ve muafiyetler tamamen kaldırılmalı⁹⁸, Anayasa'da yürütme organına verilen muafiyet, istisna, indirim ve oranlar üzerinde değişiklik yapma yetkisi anayasal düzeyde çok sınırlı bir düzeyde tutulmalıdır⁹⁹. Bu görüşlerin temel gerekçeleri; çok kazananın çok vergi alınması çok kazanmayı cezalandırarak insanları kazanmamaya sevk etmesi, Haldun Laffer eğrisi gereği

⁹¹ **ÇAĞAN**, *Demokratik Sosyal Hukuk*, s. 145.

⁹² **ÜSTÜN**, s. 256.

⁹³ **KARTALCI & DOĞAN**, s. 121.

⁹⁴ Bu aykırılıkların ayrıntısı için bkz: **AKYAZAN** Ahmet Emrah, "Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'de Gelişimi", *TBB Dergisi*, S. 80, 2009, s. 6, 7.

⁹⁵ **KARAKOÇ**, s. 1271.

⁹⁶ **ÜSTÜN**, s. 267; Bu yetkinin yasama organı tarafından verilmesinin kanunilik ilkesini sağlamaya yeteceği görüşünün ağır bastığı yönünde bkz: **KARTALCI & DOĞAN**, s. 124; Günümüzde sadece yürütmenin baş organına verilen bu yetkinin mahalli idarelere ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına da verilmesi gerektiği yönünde bkz: **ÇAĞAN**, *Demokratik Sosyal Hukuk*, s. 151.

⁹⁷ Bir görüşe göre bu oran %10 olmalıdır. Bkz: **ACAR & BİLİR**, s. 94.

⁹⁸ **AKALIN**, G., "Ekonomik Demokratikleşme: Piyasa Ekonomisine Geçiş ve Anayasal İktisat", *Liberal Düşünce*, Bahar, 1997, S.6, s. 17-20.

⁹⁹ **ACAR & BİLİR**, s. 94.

vergilerin yüksek olmasının vergi gelirlerinin düşmeye sebep olarak gösterilmesi¹⁰⁰ ve özellikle muafiyet ve istisnalar yoluyla kişiye özel düzenlemeler yapılmasıdır.

Ancak bu önerilere itirazsız katılmak zordur. Zira eleştirilen uygulamalar vergi adaletinin sağlanmasında önemlidir. Artan oranlı vergi tarifelerinin kaldırılması demek yukarıda belirtildiği gibi Türkiye'nin en çok kazanan insanı ile en az kazanan insanını aynı oranda vergi ödemesi demektir. Ortada miktar değil oran olduğu için çok kazanan yine daha fazla ödeyecektir. Ancak bu iki kesimin kazançlarından elde ettiği marjinal fayda aynı değildir. Çok zengin bir kişinin %10 veya %15 vergi ödemesi onu çok fazla etkilemeyebilir. Asgari ücretle çalışan bir kişinin ise her bir lirası kendisine fazladan fayda sağlayacak ve varlığını o kişiye hissettirecektir. Bu sebeple az kazanan ile çok kazanan aynı oranda vergi öderse aynı fedakârlığa katlanmamaktadır. Az kazanan çok daha büyük fedakârlıklara katlanmaktadır. Hülasa artan oranlı vergi tarifelerinin devam ettirilmesi gerekmektedir. Bununla beraber çok kazananlar da aşırı vergi yüküne tabi tutulmamalıdır. Böyle bir durumda şüphesiz bu eleştiriler haklı olacak ve çok kazanmak cezalandırılmış olacaktır. Bu konuda optimum noktanın bulunması çok önemlidir.

Benzer düşünceler muafiyet ve istisnalar için de geçerlidir. Muafiyet ve istisnalar vergi adaletine ve eşitliğe ulaşmada önemlidir. Bunların tamamen kaldırılması olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Mesela hukukumuzda yer alan esnaf muafılığı vergi adaletine ulaşmada önemli bir araçtır. Buna göre özellikle seyyar olarak çalışan veya evinde ürettiği ürünleri satarak kazanç sağlayan ve kazandığı ancak geçimine yeten kişilerin gelir vergisinden ve KDV'den muaf tutulması şüphesiz adaletin gereğidir. Ancak bu hususta da son derece dikkatli olunmalı ve haksız rekabete yol açacak istisnalar ve muafiyetlerden kaçınılmalıdır.

Yürütme organına vergilerin muafiyet, istisna, indirim ve oranlarında verilen değişiklik yapma yetkisinin sınırlandırılması görüşüne de katılmak zordur¹⁰¹. Zira mevcut uygulama günün ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli ve elverişli bir uygulamadır. Bu yetkiyi sınırlamak hem yürütmenin elini kolunu bağlayarak devletin idare edilebilirliğini sınırlayacak hem de dış ticaret konusunda mütekabiliyet esasının uygulanmasını geciktirebilecektir.

Yürütme organına verilen bu yetkinin kamu yararı dışında kişisel yararı tatmin için kullanılabilmesi mümkündür. Bu yetki sınırlanmadığı zaman potansiyel olarak kişiye özel yasal düzenlemeler, sık sık değiştirilen oranlar, getirilen yeni muafiyet ve istisnalar, bunun ima ettiği adam kayırmacılık, rant-kollama ve kamu kaynaklarının birilerine haksız yere aktarılması gibi suiistimaller olabilir. Bu durumda mevcut pozitif hukukumuzda bu suiistimali denetleyecek mekanizmalar mevcuttur. Uygulamada Cumhurbaşkanı'nın bu yetkiyi cumhurbaşkanı kararı ile kullandığı bilinmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararları ise Danıştay'ın denetim alanı içindedir. Kendilerini ilgilendiren bir konuda vergilerin muafiyet, istisna, indirim ve oranlarında belli kişilere kişisel çıkar sağlandığını iddia eden ilgililer bu durumu Danıştay nezdinde dava konusu yapabilecektir. Danıştay nezdinde, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olarak gerçekten kişisel çıkar sağlama saikinin güdüldüğü anlaşılırsa, mezkûr kararın iptal edilmesi gerekecektir¹⁰².

¹⁰⁰ ACAR & BİLİR, s. 94.

¹⁰¹ Bu görüşlerden birisine göre yürütme organına en fazla %50 oranında değişiklik yapma yetkisi verilebilir. Bkz: ACAR & BİLİR, s. 94.

¹⁰² Aynı değerlendirmeyi, cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve AYM denetimi açısından da yapabiliriz. Şüphesiz AYM, cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle vergi hukukunda kişisel çıkar sağlama amaçlı yapılan düzenlemeleri eşitlik ilkesi gereği iptal edebilecektir. Bununla beraber belirli sektörlere veya belirli projelere vergi muafiyeti

Anayasa’da yer alan vergisel hükümlerin yanına bir de vergi afları ile ilgili bir hüküm konması yerinde olacaktır. Bu düzenlemeye göre vergi asıllarının tamamının ve gecikme faizleri ile zamlarının en az yarısının affının mümkün olmaması gerekir. Zira sık sık çıkarılan bazen verginin aslının dahi bir kısmını silen vergi afları, vergisini zamanında ödeyen kişileri doğrudan cezalandırıcı etki doğurmaktadır. Bu sebeple ihtiyaç olduğu zaman çıkarılacak vergi aflarında vergi asılları asla silinmemeli, yüksek derecede ihtiyaç olduğunda ise gecikme faizleri ile zamlarının en fazla yarısının silinmesine izin verilmelidir. Vergi cezaları konusunda kanun koyucuya takdir hakkı bırakılabilir. Ancak bu hakkın yozlaştırılması vergi cezalarının etkinliğini azaltacaktır.

IV. BÜTÇE VE PLANLAMA

Bütçe demokrasinin en önemli unsurlarından birisidir. Zira kamu harcamalarının ve kamu gelirlerinin tespiti ülkede yaşayan tüm kişileri doğrudan etkilediği için halkın idarede söz sahibi olma arzusu keyfi bütçe ve vergi uygulamaları sebebiyle oluşmuştur. Halkın bütçe üzerinde söz hakkına sahip olması bütçe hakkı kavramı ile ifade edilmekte ve bu hak halkın temsilcileri olan meclisler tarafından kullanılmaktadır¹⁰³. Günümüzde bu hak demokrasinin temel yapı taşlarından biri olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. Anayasalarda da meclislerin bütçe hakkını tanıyan hükümlere yer verilmektedir.

Türk anayasalarında serbest piyasa ekonomisi kabul edilmesine rağmen belli bir süre sonra devlet tarafından iktisadi hayatın planlanması ihtiyacı doğmuştur. Zira devletin müdahalesi olmadan liberal piyasanın krize gireceği 1929 Dünya ekonomik krizi ile anlaşılmıştır¹⁰⁵. Bundan sonraki dönemde dünyada liberal piyasada devletin müdahaleci davranması gerektiği kabul edilmiş ve uygulanmıştır. Bunun etkileri Türkiye’de de görülmüş ve planlama ve kalkınma ile ilgili hükümler Türk anayasaları nezdinde düzenlenmeye başlamıştır.

1876 Kanun-i Esasi’de bütçe ve kesin hesap kanunları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu Anayasa’nın 96. maddesinde göre bütçe kanununa dayanmayan hiçbir harcama yapılamayacağı, 98. maddesinde bütçe kanununun halkın temsilcilerinin de yer aldığı Meclis-i Umumi tarafından kabul edileceği, 101. maddesinde Padişahın onayı ile daha sonra Meclis’e sunulmak üzere olağanüstü bütçelerin yapılabileceği, 102. maddesinde bütçenin yıllık ilkesi, 103

veya istisnası tanınması veya düşük vergi uygulaması her zaman Anayasaya aykırı olmayabilir. Mesela Anayasanın 166. maddesine göre planlı kalkınmayı sağlamak da devletin görevidir. Bu sebeple ülke için stratejik önemi haiz bir projenin vergiden muaf tutulması ilk bakışta eşitlik ilkesine aykırı görülebilse de Anayasaya aykırı olmayacaktır. Bkz: **ÖNCEL Mualla & KUMRULU Ahmet & ÇAĞAN Nami**, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi: ANKARA, 2015, s. 56.

¹⁰³ **KONUĞMAN**, Aziz, “Türkiye’de Bütçe Hakkının Kullanımı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 23.

¹⁰⁴ “Teoride tavsiye edilmeyen, uygulamada pek fazla görülmeyen bütçenin reddi eğer hükümetin düşmesi sonucunu doğuruyorsa, orada gerçek demokrasinin bulunduğu ve Parlamento’nun bütçe hakkına tam manasile sahip ve hakîm bulunduğu kabul olunmak gerekir. Aksi var ise, yani Parlamento’nun bütçeyi reddetme yetkisi yoksa veya bütçenin reddi hükümetin çekilmesi neticesini hasil etmiyorsa o ülkede veya o devrede bütçe hakkının gerçekte mevcut ve müessir olmadığına ifadesi lazım gelir” Bkz: **FEYZİOĞLU**, Bedi N., “Modern Anayasalarda Bütçe Hakkı”, *İ. Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, 29. Seri, 1983-1984, s. 28.

¹⁰⁵ Aksini iddia eden, 1929 Büyük Bunalımının liberal piyasanın eseri değil, devletlerin öncülüğü ve gözetiminde yaratılan parasal şişkinlik ve fiyat sinyallerini bozucu politika ve uygulamaların olduğunu öne süren görüşler de vardır. Örneğin Friedman, Hayek, Mises ve Skousen bu görüştedir. Bu konudaki geleneksel, yani liberalizmi veya serbest piyasayı suçlayıcı düşünceyi ciddi anlamda sorgulayan önemli bir çalışma için bkz: **HORWITZ Steven & BOETTKE Peter** (Ed: Lawrence W. REED) (Çev: Mustafa ACAR), “Sam Amca’nın Kulübesi: 2008 Büyük Bunalımının Anlatılmamış Hikayesi”, *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2014, s. 133-148.

ve 104. maddelerinde kesin hesap kanunu ile bu kanunun ilgili olduğu yıldan itibaren 4 sene içinde Meclis-i Umumiye sunulması gerektiği, 105-107 arası maddelerde ise Sayıştay'ın kurulacağı yönünde hükümlere yer verilmiştir. Hükümlerin niteliğine bakıldığında, günümüze son derece yakın seviyede demokratik hükümler içerdiği görülmektedir. Bununla beraber o dönemdeki meclisin Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan olmak üzere iki bölümden oluşması ve Meclis-i Ayan'ın padişah tarafından atanması demokrasi ilkelerine ters düşmektedir¹⁰⁶.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu milli mücadele esnasında kabul edildiği için geçici bir anayasa niteliğinde olmuş ve bütçe-planlama ile ilgili hükümleri içermemiştir. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda ise 1876 Kanun-i Esasi'ye benzer hükümler bulunmaktadır. Farklı olarak kesin hesap kanununun 2 yıl içinde Meclis'e sunulması şart koşulmuştur.

1961 Anayasası ile birlikte Türkiye, meclis hükümeti sisteminden parlamenter sisteme geçiş yapmıştır. Bunun sonucu olarak bütçe kanunlarının parlamenter sisteme özgü kuralları da uygulamaya girmiştir. Parlamenter sistemde Cumhurbaşkanı kanunları tekrar görüşülmek üzere Meclis'e gönderme hakkına sahipken bütçe kanunları bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Nitekim 1961 Anayasası'nın 93. maddesinde bütçe kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından Meclis'e geri gönderilemeyeceği, Resmi Gazete'de yayımlanmak zorunda olduğu hükmü getirilmiştir. Aynı maddede Meclis Genel Kurulu'nda gider artırıcı veya gelirleri azaltıcı tekliflerin sunulması engellenerek ağırlık Meclis'in Bütçe Komisyonu'na verilmiştir. Bu komisyonda çoğunluk iktidar partisi veya partilerine verilerek hükümetin icraatlarını bütçe aracılığıyla gerçekleştirebilmesinin önü açılmıştır. 128. madde ile kesin hesap kanun tasarılarının Meclis'e sunulma süresi 1 yıla düşürülmüştür.

1961 Anayasası ile Batı dünyası ile benzer şekilde Türkiye'de de serbest piyasa içerisinde planlama dönemine girilmiştir. İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmanın sağlanması amacıyla Devlet Planlama Teşkilatı anayasal bir kurum olarak hukuk düzenindeki yerini almıştır.

1982 Anayasası bütçe hususunda temelde 1961 Anayasası ile benzer hükümlere sahip olmuştur. Sadece çift meclisli yapı tek meclisli yapıya döndüğü için teknik bazı değişiklikler olmuştur. Bunun yanında bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili olmayan hükümlerin konulması yasaklanarak Meclis'in bütçe görüşmelerine yoğunlaşması sağlanmaya çalışılmıştır. Kesin hesap kanununun yeni yıl bütçe kanunu ile birlikte görüşülmesi esası getirilerek kesin hesap kanunlarının uygulamada uzun yıllar Meclis'e getirilmemesi probleminin önüne geçilmek istenilmiştir.

Planlama ile ilgili olarak kalkınma planları anayasal temele kavuşturulmuştur. Kalkınma planlarının Meclis tarafından onaylanacağı kabul edilerek bu hususta milli iradenin etkili olmasının yolu açılmıştır. 2010 Anayasa değişikliği ile Ekonomik ve Sosyal Konsey 1982 Anayasasının 166. maddesindeki yerini almıştır. Bu konseyin yürütme organına yardımcı ve istişari niteliği Anayasa'da vurgulanmıştır. Ayrıca 167. madde ile piyasaların denetimi ile ilgili Devlete, dış ticaretin düzenlenmesi ile ilgili hükümete önemli yetkiler verilmiştir. Söz konusu maddenin son haline göre;

“Madde 167 – Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

¹⁰⁶ Osmanlıda yasama organı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **YILDIZ**, Abdülkadir, “Osmanlı'da Yasama Yetkisinin Dönüşümü”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2015, s. 163-170.

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir”.

Birinci fıkra ile devlete, liberalizmin katıksız uygulanması sonucu piyasada oluşabilecek sorunların engellenmesi görevi verilmiştir. İkinci fıkra ile yürütme organına yasama organı tarafından dış ticaretin düzenlenmesi amacıyla ek mali yükümlülük koyma yetkisi verildiği görülmektedir. Yasama organı 1984 yılında 2976 sayılı Kanun’la bu yetkiyi kullanarak hükümete bu yetkiyi vermiştir. Bu yetkinin verginin kanuniliği ilkesine olan etkisi bir tarafa¹⁰⁷, ülke ekonomisinin ithalat-ihracat dengesizliği ile bozulmasının engellenmek istediği aşikârdır.

Bütün bu düzenlemeler ışığında Türkiye’de bütçe ile ilgili hükümlerin Türk anayasa tarihi boyunca anayasalarda yer aldığı görülmektedir. Bütçenin yıllık olması, bütçe dışında harcama yapılamaması¹⁰⁸, bütçenin denetim aracı olması¹⁰⁹ ve bütçe hakkı ile ilgili kurallara kural olarak riayet edildiği görülmüştür. Ancak 2017 yılında 6771 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliği ile bütçe hakkının Anayasa’daki durumunun tartışılması gerekmektedir. Zira 161. maddenin 4. fıkrasına göre;

“Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek uygulanır”.

Parlamente sistemde anayasalarda bütçe kanununun reddi halinde hükümetin düşeceğine yönelik bir hüküm bulunmasa da uygulama bu şekilde işlemektedir¹¹⁰. Zira yukarıda belirtildiği gibi bir hükümetin bütçesinin reddedilmesi o hükümetin demokratik meşruiyetini son derece zedelemektedir. Başkanlık sisteminde bütçenin kabul edilmemesi aynı anlama gelmemektedir. Örneğin ABD’de bütçe kabul edilmediğinde başkan istifa etmemekte, daha sonra bir şekilde başkanın ve Kongre’nin anlaşmasıyla bütçe sonuçlanmaktadır. Ama federal yapıdaki Amerika’da federe devletlerin birçok yetkiye sahip olması, merkezi hükümetin bütçe açısından sınırlandırılmasından doğan riskleri azaltabilecek mahiyettedir. Hâlbuki Türkiye gibi merkezî bir üniter devlette bütçenin kabul edilmemesi ABD ile karşılaştırıldığında çok daha ciddi sorunlar oluşturabilir. Bu hükümle, bütçenin kabul edilmemesi durumunda kilitlenmenin önlenmesi ve hükümetin harcama yapabilmesi açısından bir çözümün benimsendiği söylenebilir. Bununla beraber bu düzenlemenin iktidarın sınırlandırılması olgusuyla çeliştiği ve tüm demokratik rejimlerde yasama organının yürütme organına karşı en temel silahı olan bütçe konusunda elini zayıflattığı kabul edilmelidir.

“Süresinde yürürlüğe konulamaması” ile bütçenin reddi de kastedilmekte midir? Sonraki cümlede geçici bütçe kanununun da çıkarılamamasından bahsedildiğine göre bu soruya olumlu yanıt

¹⁰⁷ Bu hükme dayanılarak 1984 yılında çıkarılan 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da yürütme organına çok geniş yetkiler verildiğinden bahisle verginin kanuniliği ilkesinin ihlal edilip edilmediği tartışmalıdır.

¹⁰⁸ Bütçe dışı fonlar, döner sermaye işletmeleri, mahalli idareler ve sosyal güvenlik kurumlarının bütçe dışında faaliyet göstermesi bu durumu kısmen yozlaştırmıştır. Bkz: **BAĞLI**, Mehmet Selim, *TBMM’nin Bütçe Hakkı Kullanım Durumu: 5018 sayılı Kanun Sonrası Bütçe Hakkı Kullanımında Etkinlik Düzeyinin Ölçümü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2014, s. 226, 227.

¹⁰⁹ Bütçenin en önemli denetim aracı olan kesin hesap kanununun yeterince etkili olmadığı yönünde bkz: **ŞAHİN İPEK**, Elif Ayşe, “Bütçe Hakkının Kullanılması Bakımından TBMM’nin Bütçe Sürecindeki Rolünün Değerlendirilmesi”, *Maliye Finans Yazıları*, S. 107, 2017, s. 86.

¹¹⁰ Türkiye’de 1965 yılında İnönü Hükümeti, 1969 yılında ise Demirel Hükümeti bütçesi reddedildiği için istifa etmiştir. Bkz: **NARTER**, Recep, “Anayasal Açından Bütçe Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 43, 28 no’lu dipnot.

vermek gerekir. Zira bazı siyasi karışıklıklar sebebiyle 2016 Yılı Bütçe Kanunu'nda olduğu gibi ilk başta geçici bütçe çıkarılıp daha sonra kesin bütçeye geçiş yapılabilir. Ancak geçici bütçenin dahi çıkarılmamasından da söz edilmesi, ancak Meclis çoğunluğunun muhalefet partilerine geçmiş olması durumunda söz konusu olur. Bu düzenlemeyle yeni sistemin en önemli problemlerinden biri olan yasama-yürütme çatışmasının bütçe açısından yürütme lehine çözülmek istendiği anlaşılmaktadır¹¹¹. Bu durum ise Meclis'in bütçe üzerinde söz hakkı olup olmadığının tartışılmasına sebep olabilir. Zira mevcut durumda teorik olarak Cumhurbaşkanı 5 yıllık görev süresi boyunca Meclis'ten bir kere bile bütçe onayı almadan görevini icra edebilecektir. Hukuken böyle olmakla birlikte bu durumun siyasi ve sosyolojik etkilerinin nasıl olacağı belirsizdir. Bu konu hakkında doktrinde yeterli çalışma yapılmadığı görülmektedir¹¹².

Anayasadaki bütçe ile ilgili hükümlere, bütçe açıklarını da sınırlayıcı bir hüküm konması gerektiği belirtilmektedir. Bu düşünceye göre asıl olan denk bütçe olmalıdır. Ancak istisnai durumlar için en fazla %6 açık verme müsaadesi verilebilir. Bütçe aracılığıyla yapılacak borçlanmalar ise en fazla gayrisafi yurtiçi hasılanın %60'ı olmalıdır¹¹³. Başka bir görüşe göre yürütmeye bütçe kanunu ile en fazla gelir bütçesinin %10'u kadar borçlanma yetkisi verilmelidir¹¹⁴.

Planlama hususunda, devlete mi özel sektöre mi ağırlık verileceği siyasi iktidarın takdirinde bulunmaktadır¹¹⁵. Nitekim bu hususta bir AYM kararında: "*Özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınması siyasî iktidarların tercihine bırakılmıştır. Her iktidar uygun bulduğu önlemleri, Anayasa'da yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomi politikası çerçevesinde belirler*"¹¹⁶.

SONUÇ

1970'li yıllarda Keynesyen iktisadi uygulamalarının petrol krizi sebebiyle sekteye uğraması sonucu liberal paradigma içerisinde farklı öneriler ortaya çıkmıştır. Anayasal iktisat, iktisadın siyasete uygulanması sonucu ortaya çıkan kamu tercihi kuramına dayanarak bu dönemde ortaya çıkan bir sistem önerisidir. Bu öneriye göre kısaca, hükümetler iktisadi hususlarda anayasal olarak sınırlanmalı ve iktisadi hayata yaptıkları aşırı müdahale engellenmelidir. Bu düşünce kapsamında ekonomik anayasa önerileri ortaya atılarak, siyasi bir metin olduğu düşünülen anayasalarda iktisadi hükümlerinde yer alması gerektiği öne sürülmüştür. Gerçi anayasalara bakıldığı zaman, tüm dünyada bütçe, vergi ve mülkiyet ile ilgili hükümlerin anayasal iktisat düşüncesinden çok önceleri var olduğu görülmektedir. Nitekim Türkiye'de 1876 Kanun-i Esasi'den beri anayasalarda bütçe, vergi ve mülkiyet ile ilgili hükümler yer almıştır. Bu noktada anayasal iktisadın daha çok anayasal hükümler yoluyla siyasi iktidarın bireyler ve şirketler lehine iktisadi anlamda kısıtlanmasını kastettiği anlaşılmaktadır.

¹¹¹ Nitekim düzenlemenin gerekçesinde de sistem tıkanıklarının önlenmek istendiği belirtilmiştir: "*Kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması ve yürütmeye istikrarın devamı için, bütçe kanununun yürürlüğe konulamaması halinde bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilerek artırılarak yürürlüğe konması hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme, bütçenin süresinde yasalasmaması nedeniyle yaşanabilecek sistem tıkanıklıklarını önleyecek olması bakımından dengeleyici bir işlev görecektir*".

¹¹² Bu konunun kritiği için bkz: ÜSTÜN, Ümit Süleyman, *Türkiye'de Vergi ve Bütçe Hakkı*, Nobel Yayınları: ANKARA, 2019, s. 276-289; GÖZLER, Kemal, *Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi?, 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?*, 2017, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, (ET: 05.09.2019).

¹¹³ ACAR & BİLİR, s. 94.

¹¹⁴ SAKAL & ŞAHİN, s. 100.

¹¹⁵ KARLUK, s. 85.

¹¹⁶ AYM, 25.10.1990 tarih ve E. 1989/23, K. 1990/26, RG: 09.01.1991-20750.

Türk anayasa tarihine bakıldığı zaman, fasılasız olarak serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği, bazı dönemler piyasaya devlet müdahalesinin arttığı, bazı dönemler ise azaldığı görülmektedir. Dünyada gelişen iktisadi olaylar ve bunun hukuki düzenlemelere yansımalarının Türkiye’de de paralel bir şekilde seyrettiği görülmektedir.

Mevcut anayasalar düzenlemelerdeki iktisadi hükümler ile ilgili farklı öneriler ileri sürülse de, temelde bu düzenlemelerin yerinde olduğu düşünülmektedir. Bununla beraber borçlanma ile ilgili anayasal bir sınırlandırma getirilmesi kamu mali sağlığı açısından gerekli görülmektedir. İktidarların sınırsız bir şekilde borçlanma imkânına sahip olması, gelecek kuşaklara ciddi yükler bırakma anlamına gelebilir. Ancak kendilerini borçlanma hususunda anayasal olarak sınırlı gören iktidarlar bu konuda daha sorumlu davranabilecektir. Anayasadaki sınırdan daha fazla borçlanan iktidarın kendiliğinden istifa etmiş sayılarak seçimlerin yenilenmesi önemli bir müeyyide olabilir. Bu sınırın ne kadar olacağı ile ilgili kesin bir rakam ortaya koymak zor olmakla birlikte ülkenin mali durumunun iyi analiz edilerek, marjinal durumlar göz önüne alınmak suretiyle bu oranın belirlenmesi gerekmektedir.

Bunun yanında vergi adaletinin sağlanması açısından sık sık çıkarılan vergi aflarına da anayasal olarak gem vurulması gerektiği düşünülmektedir. Özellikle vergi asıllarının bir kısmının veya fer’ileri ile cezalarının tamamının affedilmesi, vergisini zamanında ödeyen mükelleflerin vergi sistemine olan güvenini sarsarak adaletsizliğe uğradıklarını düşünmelerine sebebiyet vermekte ve bu kişilerinde vergisini zamanında ödememeye meyletmesine sebep olabilmektedir. Bu sebeple anayasal olarak vergi asıllarının bir kısmının ve gecikme zammı ile gecikme faizi gibi bir nevi geç ödemenin cezası olan vergi fer’ilerinin tamamının affedilmesi anayasal olarak engellenmelidir. Öncelikle vergi affına mümkün olduğunca başvurulmamalı, zorunlu durumlarda ise vergi asılları hiçbir şekilde indirilmemeli, fer’ilerinin ise tamamen affedilmesi engellenmelidir.

KAYNAKLAR

- ACAR, Mustafa & BİLİR, Hüsnü**, “Türkiye’de Sivil Anayasa Arayışları, Anayasal İktisat ve Anayasada Bulunması Gereken İktisadi-Mali Hükümler”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 15, S. 24, 2013, s. 87-96.
- AKALIN, Güneri**, “Ekonomik Demokratikleşme: Piyasa Ekonomisine Geçiş ve Anayasal İktisat”, *Liberal Düşünce*, Bahar, S.6, 1997, s. 13-22.
- AKÇA, Kürşat**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 543-596.
- AKIN, Rıdvan**, “Anayasa Mahkemesi'nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 13, S. 1, 2000, s. 20-40.
- AKYAZAN, Ahmet Emrah**, “Vergilendirme Yetkisinin Türkiye’de Gelişimi”, *TBB Dergisi*, S. 80, 2009, s. 1-30.
- AYDIN, M. Kemal & ÇAKMAK, Eyüp Ensar**, “Sosyal Devletin Temelleri”, *Bilgi*, S. 34, 2017, s. 1-19.
- AYDIN, M. Kemal & ÇAKMAK, Eyüp Ensar**, “Sosyal Devlet ve Türkiye”, *Bilgi*, S. 20(2), 2018, s. 1-12.

- AYM**, *Kararlar Bilgi Bankası*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (ET: 03.04.2019).
- BAĞLI**, Mehmet Selim, *TBMM'nin Bütçe Hakkı Kullanım Durumu: 5018 sayılı Kanun Sonrası Bütçe Hakkı Kullanımında Etkinlik Düzeyinin Ölçümü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2014.
- BATIREL**, Ömer Faruk, “Vergi ve Mükellefiyet Hakkı İhlali: Bir Anayasa Mahkemesi Başvuru Kararı İncelemesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 28, 2015, s. 13-20.
- CANSEL**, Erol, “Sosyal Devlet ve Aile”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 1969, s. 11-21.
- ÇAĞAN**, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 1, 1980, s. 129-151 (*Demokratik Sosyal Hukuk*).
- ÇAĞAN**, Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergilendirme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 1, 1984, s. 171-182.
- ERDOĞAN**, Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları: ANKARA, 2018.
- ERKİN**, Gözde, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 3, s. 237-249.
- FEYZİOĞLU**, Bedi N., “Modern Anayasalarda Bütçe Hakkı”, *İ. Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, 29. Seri, 1983-1984, s. 3-28.
- GÖZLER**, Kemal, *Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi?, 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?*, 2017, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, (ET: 05.09.2019).
- GÜÇLÜ**, Faruk, *Vergi ve Sosyal Devlet*, SABEV Yayınları: ANKARA, 2007.
- GÜNEY**, Gül, “Anayasal İktisat ve Dünyadaki Uygulamaları”, *Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 1, S. 2, 2010, s. 65-81.
- HORWITZ** Steven & **BOETTKE** Peter (Ed: **Lawrence W. REED**) (Çev: **Mustafa ACAR**), “Sam Amca'nın Kulübesi: 2008 Büyük Bunalımının Anlatılmamış Hikayesi”, *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2014, s. 133-148.
- KARAKOÇ**, Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 1259-1308.
- KARLUK**, Rıdvan, “Türkiye’de Ekonomik Anayasa ve Üç Önemli Konu”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, S. 2, 2013, s. 71-89.
- KARTALCI**, Kadir & **DOĞAN**, Mübeyna, “Anayasa Perspektifinden Vergilendirme Yetkisi Kavramı”, *NWSA-Social Sciences*, C. 8, S. 3, 2013, s. 116-132.
- KONUKMAN**, Aziz, “Türkiye’de Bütçe Hakkının Kullanımı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 23-65.
- NARTER**, Recep, “Anayasal Açından Bütçe Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 35-52.

- ÖNCEL** Mualla & **KUMRULU** Ahmet & **ÇAĞAN** Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi: ANKARA, 2015.
- ÖRÜCÜ**, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi’ne Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3, 4, s. 145-161.
- ÖZER**, Atilla, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi: ANKARA, 2016.
- SAKAL**, Mustafa & **ŞAHİN**, Elif Ayşe, “Anayasal İktisat”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 11, S. 1, 2009, s. 69-112.
- ŞAHİN İPEK**, Elif Ayşe, “Bütçe Hakkının Kullanılması Bakımından TBMM’nin Bütçe Sürecindeki Rolünün Değerlendirilmesi”, *Maliye Finans Yazıları*, S. 107, 2017, s. 77-107.
- TEKBAŞ**, Abdullah, “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 123-191.
- TUĞRUL**, Saim, *Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2003, İstanbul.
- TÜRK DİL KURUMU**, *Büyük Türkçe Sözlük*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ca5fa78d4be28.65352962, (ET: 04.04.2019).
- UZUN**, Turgay, “Kamu Tercihi Ve Anayasal İktisat Kuramı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sosyal Ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, S. 23, 2013, s. 223-246.
- ÜSTÜN**, Ümit Süleyman, *Türkiye’de Vergi ve Bütçe Hakkı*, Nobel Yayınları: ANKARA, 2019.
- ÜSTÜN**, Ümit Süleyman, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2, 2003, s. 251-271.
- YAYLA**, Yıldızhan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Marmara Üniversitesi Yayınları: İstanbul, 1985.
- YILDIZ**, Abdülkadir, “Osmanlı’da Yasama Yetkisinin Dönüşümü”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2015, s. 163-170.

MODERN HUKUK VE İSLÂM HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİNE HAKARET NOKTASINDA SINIRLANDIRILMASI[#]

Mustafa ÜNAL*

Öz

Düşünce özgürlüğü, bu özgürlüğün nihai aşaması olarak ifade özgürlüğü ve din özgürlüğü insanın temel haklarından olan özgürlüklerdir. Bu özgürlükler kimi zaman iç içe geçmiş şekilde kimi zamansa birbiriyle çelişir biçimde karşımıza çıkmaktadır.

Bu özgürlüklerini kullanan insanın, tüm haklarında olduğu gibi burada da belirli sınırlar dahilinde hareket etmesi gerekmektedir. İnsanların inançları gibi, mukaddes bildikleri değerlere hakaret etmek bu sınırların içinde değil, dışında değerlendirilmelidir. Ancak özgürlüklerin, sınırlandırmalarının da belirli sınırlandırmalara tabi olduğu ve keyfi olarak daraltılmayacağı unutulmamalıdır. Bu çalışmada İslâm hukuku ile mukayeseli olarak, bu özgürlükler tanımlanacak, sınırlandırmaların şartlarından bahsedilecek ve dine hakaret noktasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının gerekleri açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Din Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü, Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Dine Hakaret.

FREEDOM OF EXPRESSION AND LIMITATION OF BLASPHEMOUS IN MODERN LAW AND ISLAMIC LAW

Abstract

Freedom of thought, freedom of expression as the ultimate stage of this freedom and freedom of religion are freedom from fundamental human rights. Sometimes this freedoms, present as intertwined and sometimes present as contradictory.

The people who use these freedoms should act within certain limits here as well as all their rights. Insulting the values they know as sacred as people's beliefs should be considered outside these limits. However, it should not be forgotten freedom, freedoms restriction are also subject to certain restriction and can not be reduced as arbitrarily. In this study, these freedoms will be defined in comparison with Islamic law, conditions of restrictions will be mentioned and the need to restrict freedom of expression at the point of insult to religion will be explained.

Keywords: Freedom of expression, Freedom of religion, Freedom of thought, Restriction of freedoms, Insulting religion.

[#] Editörler Kurulu'na Ulaştığı Tarih: 13.09.2019 Kabul Tarihi: 13.11.2019

* Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslâm Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, mustafaunal@erbakan.edu.tr, ORC ID: 0000-0003-3454-9694

GİRİŞ

İnsan doğası gereği düşünme yetisine sahip bir varlıktır ve bu yeti sayesinde diğer canlılardan ayrılır. İnsan ve düşünce arasındaki bağı Decartes, “*düşünüyorum öyleyse varım*” sözleriyle ifade etmiştir.¹ Ancak düşünen ve bu düşünme fiiliyle beraber iç dünyasında belirli fikirlere sahip olan insan aynı zamanda sosyal bir varlık olmasının da bir sonucu olarak, ulaştığı düşünce ve bilgilerini dış dünya ile de paylaşmak ister. Anlaşılacağı üzere düşünme fiili aslında insanın dışı açılmasının ilk adımıdır. Yani insanın tüm duygu, düşünce ve talepleri düşünme aşamasından sonra kendini ifade etmesiyle beraber dış dünyaya yansır.

İnsanların insan olmalarından kaynaklı olan bir takım temel hak ve hürriyetleri vardır. Düşünce özgürlüğü de bu temel haklardan biridir. Düşünce özgürlüğü, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesini sağladığı gibi ulaştığı düşünce ve bilgilerle edinmiş olduğu düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmamasını sağlar. Düşünce özgürlüğü aynı zamanda insanın, bilgi ve düşüncelerini tek başına veya birlikte çeşitli yolları kullanarak özgürce açıklayabilmesi, savunabilmesi ve başkalarına aktarabilmesini sağlar.² Düşünce özgürlüğünün, insanın bilgi ve düşüncülerini aktarmasını sağlayıcı bir yanının da olması, bu özgürlüğün ifade özgürlüğünü de gerektirdiğini bize göstermektedir. Yani düşünce özgürlüğü olmayan bir insanın ifade özgürlüğünden, ifade özgürlüğü olmayan bir insanın da düşünce özgürlüğünden bahsedilemez.

İnsanın insan olmasından kaynaklı olan temel hak ve hürriyetlerinin bir kısmı kimi zaman belirli şartlar altında birtakım kurallara uyularak sınırlandırılabilir.³ Düşünce özgürlüğü ise insan haklarının sert çekirdeği içerisinde yer alır ve insan haklarının sert çekirdeği asla sınırlandırılmaz⁴ ancak aynı durum ifade özgürlüğü için geçerli değildir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması konusu özellikle son yıllarda çok fazla tartışılır olmuştur. Bir taraf bu hakkı hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın kullanmak isterken bundan rahatsızlık duyan diğer taraf ise belirli sınırlandırmalar olmasını istemektedir. Bu tartışmalara sebebiyet veren konuların başında ise nefret söylemi ve bir çeşit nefret söylemi olan dine hakaret gelmektedir.⁵

Dine hakaretin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi tartışılıyor olsa da tarih boyunca dini inançları aşağılayan saldırgan söylemler ve hakaret barındıran ifadeler hem dini inanç sistemleri tarafından⁶ hem de seküler kaynaklı hukuk sistemleri⁷ bakımından

¹ **KALABALIK**, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 462.

² **TANÖR**, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Basım, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s. 59.

³ Anayasa, Madde 15 – “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. 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.”

⁴ **KABAOĞLU**, İbrahim, Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 279.

⁵ **GÖKTEPE**, Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy. 25, 2016, s. 170.

⁶ **İBN-İ ABİDİN**, *Reddül-Muhtar*, (çev: DAVUDOĞLU, Ahmed), İstanbul 1983, Cilt:9, s. 22.

⁷ Örnek: Türk Ceza Kanunu Madde 216- “(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

yasaklanmıştır.⁸ Dini inançları aşağılamayı ve dine hakareti, yasaklayan bu kurallar ifade özgürlüğüne, insanların iç dünyalarını ve manevi değerlerini koruma amaçlı bir sınır getirmiştir.

I- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE UNSURLARI

İfade özgürlüğü sadece bir düşüncüyü açıklayıp yaymayı güvence altına alan bir özgürlük değil, ilk aşamada düşünce özgürlüğünü daha sonraki aşamalarında ise bilgi edinme, bir görüşe kanaate sahip olma özgürlüklerini de güvence kapsamına alan bir özgürlüktür.⁹

A) Düşünce Özgürlüğü

Düşünce özgürlüğü, onurlu, özgür bir birey olmanın ve özgür bir topluma sahip olmanın en önemli etkenlerinden biridir. Düşünce özgürlüğü insanlara maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarını kullanmaları açısından da araç olur.¹⁰ Düşünce özgürlüğü insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesini, bu ulaştığı bilgi ve düşünceler nedeniyle kınanmamasını ve bu bilgi ve düşünceleri yayabilmesini sağlar. Dünya genelinde insan haklarının anayasallaşmasıyla beraber¹¹ ülkemizde de, bu nitelikleri bakımından düşünce özgürlüğü kişi özgürlükleri ve siyasal haklar arasında kişi hak ve özgürlükleri içerisinde dokunulmaz yani sert çekirdeğe sahip temel insan hakları içerisinde düşünülmüş ve Anayasa tarafından tanınmıştır.¹²¹³ Düşünce özgürlüğü İslâm Hukukunda da korunan hürriyetler arasındadır.¹⁴ Kur'an-ı Kerim'de insanların zor kullanarak dine katılması yönünde bir ayet olmayıp tam aksine insanların bu konuda serbest iradeleriyle karar verebileceklerine her hangi bir zorlamaya tâbî olmayacaklarına dair ayetler mevcuttur.¹⁵

Düşünce özgürlüğü kapsamında önemli olan düşüncüyü açıklama özgürlüğüdür. Açıklanıp yayılmadığı sürece düşünce özgürlüğünün varlığından bahsetmek mümkün gözükmemektedir.¹⁶ Bu noktada düşünce özgürlüğü ifade özgürlüğünün ilk adımını oluştursa da, ifade özgürlüğü olmadan

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁸ **DİNÇER**, Hülya, *İnsan Hakları Söylem ve Pratiğinde Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve “Dini His”lere Tanınan Koruma*, s. 1, https://www.academia.edu/1142646/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6ylem_ve_Prati%C4%9Finde_Dine_Hakaret_%C4%B0fade_%C3%96zg%C3%BCr%C4%9F%C3%BC_ve_Dini_Hislere_Tan%C4%B1nan_Koruma.

⁹ **DOĞRU**, Osman / **NALBANT**, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, c. 2, s. 183; **TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **SANCAKDAR** Oğuz, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 325; **GÜL**, Cengiz / **ÇAKAN**, Seher, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, c. 13, sy. 1, 2018, s. 370; **DURAN**, Hasan, “İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 14, sy. 1, 2006, s. 61.

¹⁰ **KALABALIK**, s. 461.

¹¹ Ayrıntı için bkz. **ERDOĞAN**, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 189 vd.

¹² **KABAOĞLU**, s. 249.

¹³ **ANAYASA**, Madde 25 – “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

¹⁴ **ARSLANTÜRK**, Mustafa, *Peygamber Buyruğu Işığında İnsan Hakları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 296-300; **KÖSE**, Saffet, *İslâm Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti*, 3. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 18, 19.

¹⁵ “Dinde zorlama yoktur. Çünkü doğruluk sapıklıktan iyice ayrılmıştır. O hâlde, kim tâğütü tanımayıp Allah’a inanırsa, kopmak bilmeyen sapasağlam bir kulpa yapışmıştır. Allah, hakkıyla işitendir, hakkıyla bilendir.” El-Bakara 2/256; Örnek bkz: El-Kafirun 109/6, El-Kehf 18/29, El-Hud 11/28, Yunus 10/99.

¹⁶ **TANÖR**, s. 59.

düşünce özgürlüğünün bulunması da bir anlam ifade etmemektedir. Bu iki özgürlük birbirlerini tamamlar bir nitelik arz etmektedirler.

İfade özgürlüğü ile sıkı ilişki içerisinde olan diğer bir özgürlük de din özgürlüğüdür.

B) Din Özgürlüğü

Din ve vicdan hürriyeti, Anayasanın 24. maddesinde koruma altına alınmıştır.¹⁷ Din ve vicdan hürriyeti hakkı hem bireylerin manevi inançlarını hem de manevi inançlarından kaynaklanan bireysel ve toplumsal alana ilişkin ödev ve tasavvurlarını gerçekleştirme iradelerini korur. Bunlardan ilki vicdan hürriyeti iken ikincisi dini ifade özgürlüğüdür.¹⁸ Din özgürlüğü, bir din ve inanca sahip olma, dini inanç ve kanaatlerini açıklama ve yayma, ibadet etme, öğrenme ve ailelerin kendi kanaatlerine göre çocuklarına dini ve ahlaki eğitim sağlama özgürlüklerini kapsamı içerisine alır.¹⁹

Din özgürlüğü, kapsamına da bakıldığında görüldüğü gibi yalnız bireyin iç alemini değil aynı zamanda dış dünyasını da ilgilendiren bir özgürlüktür. Bireyin iç dünyası açısından din özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olmasa da gerek Anayasa'nın 14. maddesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi gereğince din özgürlüğünün dış dünyaya bakan tarafı kısıtlanabilmektedir.²⁰ Bununla birlikte ifade özgürlüğü de din özgürlüğü lehine kısıtlanabilir.²¹ Aşağıda özellikle ifade özgürlüğü ve din özgürlüğünün birbirleri yerine hangi şartlarda kısıtlanabileceği incelenecektir.

Din özgürlüğü aynı zamanda, içerisinde dini ifade özgürlüğünü de barındırmaktadır.²² Bu ifade şekli ibadet biçiminde veya sözlü bir ifade olabileceği gibi kılık, kıyafetle de olabilir.²³

İslâm hukuku açısından din özgürlüğü modern hukuk sistemlerinden daha gelişmiş gözükmektedir.²⁴ İslâm hukuku din özgürlüğüne çok fazla önem vermekte ve bu niteliğiyle tarih

¹⁷ Anayasa, Madde 24 – “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

¹⁸ **KALABALIK**, s. 464; **YILDIZ**, Abdulkadir, Uluslararası Standartlar Açısından Türk Anayasa Mahkemesi'nin Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Kararları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2015, s. 5.

¹⁹ **KOYUNCU**, Nuran, *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Din ve Vicdan Hürriyetleri Bağlamında Mâbedlerinin Hukuki Statüsü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 22, 23; **KÖSE**, s. 18 vd.

²⁰ Ayrıntı için bkz. **DOĞAN**, İlyas, “Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 625-627.

²¹ **YILDIZ**, Abdulkadir, “İfade Özgürlüğünün Sınırları Bağlamında Dine Hakaret”, *Adalet ve Medeniyet Dergisi*, sy. 1, s. 64.

²² **KOYUNCU**, s. 23, 24.

²³ **YILDIZ**, *Uluslararası Standartlar...*, s. 5,6; **KÖSE**, s. 20; İbadet özgürlüğünün sınırlanması için örnek bkz. **AYKANAT**, Mehmet / **USLU** Abdüssamet,(2018), “Hukukumuzda İşçinin Namaz İbadeti Hakkı”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, y. 7, c. 7, sy. 19, 2018, s. 471 vd.

²⁴ İslâm Hukukunda din özgürlüğü konusunda üzerinde çeşitli yorumlar bulunduran Tevbe suresi 5. ayetle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. **KÜÇÜK**, Şükür, *Nesih Bağlamında Din ve İfade Özgürlüğüyle İlgili Ayetlerin Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010; Ayrıca İslâm hukukunda inanç ve ifade özgürlüğü ve seküler sistemlerle kıyaslanması noktasında bkz. **TALAL ASAD**, “Freedom of Speech and Religious Limitations”, *Rethinking Secularism*, Edit. Craig Calhoun, Mark Juergensmeyer, Jonathan Van Antwerpen, Oxford University Press, 2011.

boyunca İslâm toplumları gerek kendi halkları arasındaki gayrimüslim unsurlarca gerekse de başka ülkelerde yaşayan gayrimüslimlerce her zaman takdir edilmiş ve barışçıl bulunmuştur. İslâm hukukunun din özgürlüğüne verdiği önemi belirtmek için ilgili bazı ayetlere yer vermek yeterli olacaktır:

*“Dinde zorlama yoktur. Çünkü doğruluk sapıklıktan iyice ayrılmıştır. O hâlde, kim tâğûtu tanımayıp Allah’a inanırsa, kopmak bilmeyen sapasağlam bir kulpa yapışmıştır. Allah, hakkıyla işitendir, hakkıyla bilendir.”*²⁵

İbn Abbas (r.a.) ve Said b. Cübeyr (r.a.) bu ayetin, Yahudilikte kalan ve babaları tarafından müslüman olmaları için zorlanan çocuklar hakkında indiğini ifade etmektedirler.²⁶ Bu durum da bize göstermektedir ki, İslâm yalnızca reşit olanların değil henüz tam ehliyetli olmayan kişilerin dahi düşünce ve din özgürlüğüne büyük ölçüde önem vermektedir.

*“De ki: “Hak, Rabbinizdendir. Artık dileyen iman etsin, dileyen inkâr etsin.” Biz zalimlere öyle bir ateş hazırladık ki, onun alevden duvarları kendilerini çepeçevre kuşatmıştır. (Susuzluktan) feryat edip yardım dilediklerinde, maden eriyiği gibi, yüzleri yakıp kavuran bir su ile kendilerine yardım edilir. O ne kötü bir içecektir! Cehennem ne korkunç bir yaslanacak yerdir.”*²⁷

*“Sizin dininiz size, benim dinim de banadır.”*²⁸

*“Nûh dedi ki: “Ey Kavmim! Söyleyin bakalım; şâyet ben Rabbinden gelen apaçık bir delil üzerinde isem ve O kendi katından bana bir rahmet vermiş de, siz ona karşı kör kalmışsanız, onu istemediğiniz halde, biz sizi ona zorlayacak mıyız”*²⁹

*“Eğer Rabbin dileseydi, yeryüzünde bulunanların hepsi elbette topyekün iman ederlerdi. Böyle iken sen mi mü'min olsunlar diye, insanları zorlayacaksın?”*³⁰

İkrah insanların iradelerini sakatlayan bir durumdur ve İslâm dinine insanların iradeleriyle girmeleri istenmektedir. Bu ayetlerde de, kimsenin müslüman olması için zorlanamayacağı,³¹ kişilerin dinlerini seçerken kendi iradeleriyle hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir.³² Tefsir alimlerinden bir kısmı, ilk bahsedilen ayetin hükmünün ehl-i kitaba mahsus olduğunu ifade etmişler ve İslâm devletlerinde zimmet akdiyle, müslümanlarla birlikte yaşayan zimmilerin, cizyelerini verdikten sonra kendi hallerine bırakılacaklarının, düşünce ve din özgürlüklerine müdahalede bulunulmayacağına anlaşıldığını ifade belirtmişlerdir.³³

Uluslararası metinlere bakıldığında da, çalışmanın mahiyeti dolayısıyla tek tek incelenmeyecek olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde din özgürlüğünün düzenlendiği söylenebilir. Düzenlemeye göre:

²⁵ El-Bakara 2/256.

²⁶ **EL-CESSÂS**, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, *Ahkâmu'l Kur'an*, İ'tisam Yayınları, (Çev: KESKİN, Mehmet), Ankara, 2018, c. 3, s. 179.

²⁷ El-Kehf 18/29.

²⁸ El-Kafirun 109/6.

²⁹ El-Hud, 11/28.

³⁰ Yûnus, 10/99.

³¹ **BİLMEN**, Ömer Nasuhi, *Kur'anı Kerim'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1990, c. 1, s. 267; **ES-SÂBÛNÎ**, Muhammed Ali, *Safvetü't-Tefasir*, 7.Baskı, Ensar Neşriyat, (Çev: GÜMÜŞ, Sadreddin, YILMAZ, Nedim), İstanbul, 2018, c. 1, s. 297, c. 3, s. 63, 88.

³² **BİLMEN**, *Kur'anı Kerim'in*, c. 3, s. 1465, 1433.

³³ **EBUSSUÛD** Efendi, Şeyhülislâm, *Ebussuûd Tefsiri*, Boğaziçi Yayınları, (Çev: AKIN, Ali), İstanbul, 2006, c. 2, s. 676; **EL-CESSÂS**, c. 3, s. 179.

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”³⁴

C) İfade Özgürlüğü

Düşünce özgürlüğünün bir nevi anlam bulmasına vesile olan ifade özgürlüğü, bu niteliğiyle insanlık için hayati öneme sahip temel bir haktır.³⁵ İfade özgürlüğü ile ilgili açıklamalara geçmeden önce şunu belirtmeliyiz ki, ifade kavramı ile ilgili üzerinde uzlaşmış genel bir tanım bulunmamaktadır. Dolayısıyla ifade hürriyeti kavramı için kesin, belirli sınırlara sahip bir kavram denilemez. Ancak ifade, genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: “İfade, özgür birey olarak insanın toplumda kendi aklındaki düşünceleri açıklayabilme imkânıdır.”³⁶ İfade özgürlüğünü ise şu şekilde ifade edilebilir: “İfade özgürlüğü, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olmasıdır.”³⁷ Yani ifade özgürlüğü aynı zamanda düşünceyi açıklayabilme özgürlüğüdür.³⁸ Açıklanamayan bir düşüncenin özgürlüğünden bahsetmek çok mümkün olmayacağından dolayı da ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğü ile beraber olan bir özgürlük olarak görülmüş³⁹ ve sınırlanması noktasında diğer özgürlüklere nazaran daha çok problemler doğurmuştur.

İslâm hukukunda da belirli sınırlar dahilinde ifade özgürlüğü tanınmıştır.⁴⁰ Özellikle ifade özgürlüğünün, ibadet etme özgürlüğü biçiminde görünüm arz ettiği durumlar, İslâm hukuku bakımından büyük bir önemle koruma altına alınmış ve farklı kutsal mekanlarda da olsa insanların ibadetlerini yapabilmeleri açısından ifade özgürlükleri önemsenmiştir. “Onlar, haksız yere, sırf, “Rabbimiz Allah’tır” demelerinden dolayı yurtlarından çıkarılmış kimselerdir. Eğer Allah’ın, insanların bir kısmını bir kısmıyla defetmesi olmasaydı, içlerinde Allah’ın adı çok anılan manastırlar, kiliseler, havralar ve mescitler muhakkak yerle bir edilirdi. Şüphesiz ki Allah, kendi dinine yardım edene mutlaka yardım eder. Şüphesiz ki Allah, çok kuvvetlidir, mutlak güç sahibidir.”⁴¹ Bu ayet de bize bu durumu göstermektedir.

İfade özgürlüğü noktasında İslâm hukukunda Müslümanlar bu özgürlüğe sahip oldukları gibi gayrimüslimlerde sahiptirler. Bu konuda Necran heyeti ile Hz. Peygamber’in (s.a.) yapmış oldukları

³⁴ MACİT, İsmet, *Düşünce, İnanç ve İfade Özgürlüğü Kapsamında Mürtedin Yaşama Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2014, s. 79.

³⁵ ŞAHİN, Kemal, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2009, s.1.

³⁶ YUSUFLİ, Şahriyar, *Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 6. Ayrıca, TDK ifade özgürlüğünü: “*anlatım, deyiş, söyleyiş, bir duyguyu yüz aracılığıyla anlatan belirtilerin, mimiklerin bütünü*” şeklinde tanımlar. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a93f3c22624b3.81877623

³⁷ KALABALIK, s. 471.

³⁸ DURAN, s. 58, 59.

³⁹ KORKMAZ, Ömer, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 57; ŞAHİN, s. 1.

⁴⁰ GOOLAM, Nazeem, “The Cartoon Controversy: a Note on Freedom of Expression, Hate Speech and Blasphemy”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 39, No. 2, 2006, s. 341; Ayrıntı için bkz. TOPÇUOĞLU, Ali Aslan, “Kur’an ve Sünnet’e Göre İfade Özgürlüğü ve Kutsal Değerlere Saygı”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 7, 2006, s. 111-122; ARSLANTÜRK, s. 335-338.

⁴¹ El-Hac, 22/40.

dini içerikli bir tartışma ve bu tartışmadaki Hz. İsa (a.s.) hakkında Hıristiyanların görüşlerini beyan etmeleri örnek olarak verilebilir.⁴² Bunun yanında, gayrimüslimlerin kılık kıyafetleri ile, kendi ibadetleriyle veya mâbetlerine gidebilmeleriyle⁴³, hatta kendi vakıflarını kurabilmeleri⁴⁴ ile kendilerini ifade edebildikleri de belirtilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ifade özgürlüğü ile ilgili bir düzenleme barındırmaktadır.⁴⁵ Bu düzenlemeye göre:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

1982 Anayasa'sında ise ifade özgürlüğü 26. maddede düzenleme bulmuştur. Maddenin ilk iki fıkrası şu şekildedir:

“Madde 26 – Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

İfade özgürlüğü tanımından çok daha fazlasını ihtiva eden bir özgürlüktür. İfade özgürlüğü başta düşünce özgürlüğü olmak üzere birden fazla özgürlükten meydana gelir. İfade özgürlüğünü açıklarken onu meydana getiren özgürlüklere değinilmek zorundadır. Yukarıda düşünce özgürlüğünden bahsedilmişti, bu bölümde ise, ifade özgürlüğünü oluşturan diğer özgürlüklerden bahsedilecektir.

1) Bilgi Edinme Özgürlüğü

Bireyin ön plana çıktığı günümüz toplumunda önemli haklardan birisi de bilgi edinme hakkıdır. Nitekim, AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında da ifade özgürlüğü hakkının haber veya

⁴² TOPÇUOĞLU, s. 117.

⁴³ KOYUNCU, s. 62.

⁴⁴ AKMAN, Ahmet, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 61; KOYUNCU, s. 64, 65.

⁴⁵ Ayrıntı için bkz. DOĞAN, s. 629 vd.

fikir almak veya vermek özgürlüğünü de içerdiği belirtilmiştir. Bilgi edinme, bireylerin, idare mercilerinin kararları, işlem veya eylemleri konusunda resmi açıklama beklemeden istedikleri bilgi ve belgelere ulaşabilmeleridir.⁴⁶ Bireylerin istedikleri bilgiye ulaşmak için ilgilendikleri konu hakkındaki görüşleri inceleyip, aralarından istedikleri şekilde tercihte bulunabilme hakkına sahip olmak ve o konu hakkındaki çeşitli görüşlere, fikirlere ulaşabilmek hakkını, bilgi edinme özgürlüğü sağlamaktadır.⁴⁷ Bilgi edinme hakkı aynı zamanda kişilerin haber alma özgürlüklerini de kapsar. Bu bağlamda bireylerin etraflarında olup bitenlerden haberdar olma hakları da bilgi edinme özgürlüğü ile sağlanmış olur. Dolayısıyla bilgi edinme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün varlığından bahsedebilmek için olmazsa olmaz (conditio sine qua non) ve birbirini tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedir.⁴⁸

AİHM bilgiye erişim hakkını, esas olarak devletin, birileri tarafından ulaşılmak istenen bilginin başka birileri tarafından erişiminin engellenmesini yasaklaması olarak yorumlamaktadır. Nitekim Guerra ve Diğerleri – İtalya davasında fabrikanın çevreye vermiş olduğu zararlar ile alınmış olan önlemlerle ilgili olarak bilgiye erişme sorunu nedeniyle çıkan uyuşmazlığı mahkeme 10. madde çerçevesinde değil, 8. madde çerçevesinde ele almış ve bu özgürlüğün devlete bilgiyi toplama ve yayma konusunda bir pozitif yükümlülük yüklediğini belirtmiştir.⁴⁹

2) Kanaat Özgürlüğü

AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında kanaat özgürlüğü de belirtilmiştir. Kanaat özgürlüğü, bireylerin kanaatlerinin özgür bir biçimde oluşmasını ve bu kanaatleri nedeniyle sorumlu tutulmalarını, baskılanmalarını ihtiva eder. Bu bakımdan kanaat özgürlüğünden bahsedilmeyen bir ortamda düşünce özgürlüğünün de kâmil manada oluştuğu ifade edilemez.⁵⁰ Dolayısıyla bu özgürlük, bireylerin tercihlerini belirten bir özgürlüktür ve bu bağlamda tüm kanaat ve inanışlar bir din şeklinde telakki edilebilir.⁵¹ Kanaat özgürlüğü için, kullanıldığı alana bakılmaksızın, kişilerin istedikleri görüşleri seçebilmesi, benimseyebilmesidir denilebilir. Bu durumda tercih edilen, benimsenen görüşün dinle ilgili bir görüş olması durumunda vicdan özgürlüğü veya din özgürlüğü bahis konusu olacaktır.

3) Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Özgürlüğü:

Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ifade özgürlüğünün gerçekleşmesinin son merhalesidir. Düşünce özgürlüğünün dışı bakan yanını düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü oluşturur. Düşüncüyü açıklama özgürlüğü olmadan düşünce özgürlüğünden bahsetmenin de bir anlamı yoktur. Düşüncüyü açıklama özgürlüğü düşüncenin, insanın kendi egemenlik alanından başkalarının egemenlik alanlarına ulaşabilmesini sağlamaktadır. Açıklanamayan bir düşüncenin sadece iç dünyada düşünülmesi bunun dışı yansıtılamaması düşünce özgürlüğünün de olduğunun söylenmesine engel teşkil eder.⁵²

⁴⁶ **KALABALIK**, s. 473.

⁴⁷ **GÖKTEPE**, Hüseyin, *Dini Değerleri Aşağılama Suçu – İfade Özgürlüğü Geriliminde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kriterleri* (Yüksek Lisans Tezi), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2015. s. 10,11.

⁴⁸ **TANJU**, Erhan, *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 187.

⁴⁹ **DOĞRU / NALBANT**, s.184.

⁵⁰ **TANJU**, s. 183; **GÜL, ÇAKAN**, s. 370.

⁵¹ **YILDIZ**, *Uluslararası Standartlar...*, s. 8.

⁵² **YUSUFLİ**, s. 12,13.

Düşünceyi açıklama faaliyeti ise sadece sözle gerçekleşmez. Dar anlamda fikir beyanıyla, şiir okumakla gerçekleşebileceği gibi geniş anlamda davranışlarla, tutumlarla da düşünceyi açıklama faaliyeti gerçekleştirilebilir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü tüm bu faaliyetleri içine alır. Düşünceyi açıklama faaliyetleri farklı fiillerle gerçekleştirilebileceği gibi bireysel veya toplu olarak da gerçekleştirilebilir. Örneğin, derneklerdeki veya sendikalardaki örgütlü bir şekilde gerçekleştirilen faaliyetler bu kapsamda sayılabilirler.⁵³

II- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

A) Genel Olarak İnsan Haklarının Sınırlandırılmasının Koşulları

İnsan hakları hukukunda temel kural insan haklarının korunması ilkesi⁵⁴ olsa da insanlar toplum halinde yaşadıklarından dolayı başkalarının da haklarını kullanabilmesi için bireylerin haklarının belirli sınırları olması gerekmektedir. Bu sınırlarda genellikle, bir başka insanın haklarını korumak için getirilmiş sınırlar olmaktadır. Dolayısıyla insan haklarının sınırlanması, çoğunlukla temel kural olarak belirttiğimiz insan haklarının korunması ilkesiyle çelişmeyen bilakis bu ilke gereğince bazı durumlarda, bazı insan haklarını sınırlayarak, diğer bazı insan haklarını korumayı amaçlayan bir mekanizmadır.

Bir insan hakkının sınırlandırılmasının birtakım ilkeler çerçevesinde bazı şartları vardır. İnsan haklarının sınırlanması için, sınırlama gerekli, yasal, bir sebebe (milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu ahlakı, kamu sağlığının korunması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, genel refahın sağlanması gibi) bağlı, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun, ölçülü (orantılı), demokratik toplum gereklerine uygun, hakkın özüne dokunmayan bir sınırlama olmalıdır.⁵⁵

İfade özgürlüğünün sınırlanmasından bahsetmeden önce belirtmelidir ki, hak ve hürriyetlerin, uluslararası anlaşmalar, anayasalar gibi insan hakları kaynaklarında belirtilmiş olmasa da, o özgürlüğün niteliği gereği doğal sınırları bulunmaktadır ve bu sınırların dışında kalan kısım hukuk tarafından koruma dışı bırakılmıştır.⁵⁶ Bu sınırları eşyanın doğasında var olan sınırlar olarak ifade edebiliriz. Bu noktadan hareketle bir düşünce açıklamasıyla doğrudan veya dolaylı olarak illiyet bağı içerisinde ihlal edilebilecek insan hakları ifade özgürlüğünün bir sınırını oluşturacaktır.⁵⁷ Dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlanmasından bahsedilirken hem kanuni sınırlama hem de hakkın doğal sınırları göz önünde bulundurulmalıdır.

B) İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İfade özgürlüğünün güvence altına alınırken, bu hak kullanılarak zarar verilebilecek olan diğer temel hakların da güvence altına alınması gerekmektedir. Bu durumun ise tam anlamıyla dengeli ve adaletli biçimde gerçekleşmesi çok zordur.⁵⁸ İfade özgürlüğünün diğer temel haklarda göz önünde

⁵³ **KILAVUZ**, Mehmet Ferda, *1982 Anayasasında İfade Özgürlüğü ve Sınırlanması* (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2014, s. 11,12.

⁵⁴ **KALABALIK**, s. 157.

⁵⁵ Ayrıntı için bkz. **KALABALIK**, s. 160 vd.; Anayasa'da düzenlenen ilkeler için bkz. **ATAR**, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Konya, 2012, s. 120 vd; **TANJU**, s. 191 vd; **DEĞER**, Ozan, "AİHS'nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, c. 62, sy. 1, 2007, s. 45; **GÜL / ÇAKAN**, s. 372, 373; **DURAN**, s. 52.

⁵⁶ **KALABALIK**, s. 158.

⁵⁷ **KORKMAZ**, 94.

⁵⁸ **GOOLAM**, s. 340; **BAKIRCIOĞLU**, Önder, "Freedom of Expression and Hate Speech", *Tulsa Journal of Comparative-International Law*, Vol.16, 2008, s.2.

bulundurulmasıyla ilgili iki farklı yaklaşım mevcuttur. Bunlardan ilkinde ifade özgürlüğünün içeriği hiçbir şekilde sınırlanamazken, ikinci yaklaşıma göre ifade özgürlüğü meşru amaçlarla ve orantılı olarak sınırlanabilir. Bu yaklaşıma göre birtakım ifadeler ifade özgürlüğünün doğal sınırlarının kapsamı dışında kalır ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur.⁵⁹

Yukarıda da bahsedildiği üzere düşünce özgürlüğünün son merhalesi mahiyetinde olan ifade özgürlüğü en önemli insan haklarından biridir. Avrupa Adalet Divanı bu önemli insan hakkı için, herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olması gerektiğini, bu durumun demokratik bir toplumun zorunlu dayanaklarından biri olduğunu belirtir ve kişilerin ilerlemesinin ve gelişmesinin en önemli koşullarından birinin ifade özgürlüğü olduğunu söyler. Buna ek olarak farklı fikirlerin çatışmasının bireylerin kendilerine özgü kanaatlerinin oluşmasına olanak sağlayacağı gerekçesiyle düşüncelerin serbestçe ifade edilmesi için onların mutlak doğru olması koşulunun aranmayacağını ifade eder.⁶⁰

Avrupa Divanı'nda ifade özgürlüğü bu şekilde belirtilmiş olsa da ne uluslararası hukuk ne de ulusal hukuk ifade özgürlüğünü sınırsız bir hak olarak tanımamıştır. Yukarıda bahsedilen, insan haklarının sınırlanması için gerekli olan ilkeler başta olmak üzere bazı şartlar altında ifade özgürlüğüne bir takım sınırlamalar getirilebilir. Ancak her ne kadar sınırlamalar getirilebilirse de unutulmamalıdır ki, özgürlükler asıl, sınırlamalar istisnadır.

İfade özgürlüğünün sınırlanması açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ölçütleri şu şekilde sıralanabilir:⁶¹

- Kanunla yapılmış olması
- Meşru ve haklı bir amaca dayanması
- Demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olması
- Özel hayatın korunması
- Şiddete çağrı niteliği taşıyamaması
- Özel bellek yasalarına uyulması.

Sınırlama için belirtilen bu ilkeler yasama organlarını kayıt altına alan ilkelere dir.

Bu sınırlandırmalar tüm temel haklar için geçerli kabul edilmekle birlikte, özellikle özel bellek yasalarına uyulması şartı ele aldığımız konu açısından daha fazla önem ihtiva etmektedir. Özel bellek yasalarına uyulması şartı, ırkçı söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında ele alınmamasını ifade etmekte ve bu yönüyle ifade özgürlüğünün sınırlanmasında genel olarak aranan açık ve yakın tehlike şartının aranması yerine daha soyut ve ilkesel bir denetim yapılmasını ifade etmektedir.⁶² Bu bağlamda, ırkçı söylemler gibi büyük bir kitleyi hedef almakta olan ve benzer tahribatlara neden olan dine hakaret noktasında da, her zaman yakın ve açık bir tehlike şartının aranmaması bunun yerine daha soyut ve ilkesel bir denetim yapılması değerlendirilebilir.

⁵⁹ GÖKTEPE, 2015, s. 21; LARKİN, Felix M., "Free Speech and "Charlie Hebdo"", *An Irish Quarterly Review*, Vol. 105, No. 418, 2016, s. 196.

⁶⁰ BECERİK, Arzu, *İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Yargının Tarafsızlığı* (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 4.

⁶¹ Ayrıntı için bkz. BECERİK, s. 11 vd; DOĞRU / NALBANT, s. 226 vd.

⁶² BECERİK, s. 16, 17.

III- NEFRET SÖYLEMİ TANIMI VE DİNE HAKARET KAVRAMI

Dine hakaret kavramı açıklanmadan önce bir üst başlık olarak görülen nefret söylemi kavramı incelenecektir.

A) Nefret Söylemi

İnsan haklarının sınırlandırılması ile ilgili açıklamalara yukarıda yer verilmişti. İnsan haklarının ve özelinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılması savunan görüşe göre, ifade özgürlüğünü koruma altına alan devletten, sınırlandırılması gereken ifadeler olduğu vakitte bunları sınırlaması beklenir. Bu noktada sınırlandırılması gereken ifadelerden ilk olarak karşımıza nefret söylemi çıkmaktadır.⁶³ Nefret söylemi salt bir hakaret değil, belirli bir gurubun medeni ve siyasal özgürlüklerini de hedef alan bir ifadedir.⁶⁴

İnsan haklarının, doğası gereği belirli koruma alanı olduğu düşünüldüğünde, bu koruma alanının kapsamı dışında kalan kısmın insan hakkı çevresinde korunmaması gerekmektedir. Nefret söylemi, ifade özgürlüğünün tabiatı gereği koruma alanı altında barındırdığı konu kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla nefret söyleminin ifade özgürlüğü adı altında korunmasından ziyade bu kapsama alınmayıp sınırlandırılması daha elzem olmalıdır.

Nefret söylemi, yöneltildiği kişilere psikolojik bir zarar veren ve şiddet eylemlerini teşvik edebilecek özellikte, iyiniyetli olmayan bir söylemdir. Nefret söylemi çok geniş bir tabir olmakla birlikte genel olarak incitici, saldırgan ve yaralayıcı kelimeler ve semboller vasıtasıyla icra edilir. Bu kelime ve semboller özellikle cinsiyete, dini mensubiyete veya cinsel tercihe yönelik olabilir. Yani nefret söylemi aslında belirli özellikleriyle tanınan gruplara karşı önyargı ve nefret kaynaklı bir söylemdir.⁶⁵ Devlet ise farklı belirleyici özelliklere sahip olan grupların bu niteliklerine saygı duyulmasını sağlamakla yükümlüdür. Bunu sağlarken ise gerektiği durumlarda bir takım temel hakları sınırlandırması da gerekebilir.⁶⁶

Uluslararası sözleşmeler açısından bakacak olursak, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 20. maddesi⁶⁷ ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak şekilde korunmaması gerektiğini savunmuş ve bu nitelikteki bir ifadenin savunulmasının zorunlu olarak sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise nefret söylemi ile ilgili bir tanımlamada bulunmamış Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tanımını aktarma yoluyla kullanmıştır. Avrupa Konseyi

⁶³ GÖKTEPE, 2015, s. 21.

⁶⁴ GÜL / ÇAKAN, s. 376; YARDIM, Müşerref / DALKILIÇ, Muhammed Mücahid, “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobyaya: L’Express Dergisi Örneği”, *Medya ve Din Araştırmaları Dergisi*, c. 1, sy. 1, 2018, s. 91.

⁶⁵ KAYA, Yusuf Enes, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu”, *İÜHFMC*, LXXIV, s. 2, 2016, s. 553.; THOMPSON, Simon, “Freedom of Expression and Hatred of Religion”, *Ethnicities*, Vol. 12, No. 2, 2012, s. 219; GÜL / ÇAKAN, s. 376; ÇELİK, Elif, “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 4, sy. 2, 2009, s. 206; YARDIM / DALKILIÇ, s. 92.

⁶⁶ KARAN, Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*, (Edit. İNCEOĞLU, Yasemin), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 83.

⁶⁷ Madde 20- “Savaş propagandası ve düşmanlığı savunma yasağı

1. Her türlü savaş propagandası hukuk tarafından yasaklanır.

2. Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden her hangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır.”

⁶⁸ KILAVUZ, s. 27.

Bakanlar Komitesi nefret söylemini şu şekilde tanımlar; “*Nefret söylemi, ırkçı nefret⁶⁹, yabancı düşmanlığı, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden ya da haklı gösteren her türlü ifade biçimidir.*⁷⁰ *Hoşgörüsüzlüğe dayalı nefret, saldırgan milliyetçilik, etnik merkezîyetçilik, ayrımcılık ve azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenlilere karşı düşmanlık yoluyla ifade edilen hoşgörüsüzlüğü içermektedir*”. Bu çerçevede nefret içerikli açıklamalar cinsiyetler arası, dinler arası nefret ve hoşgörüsüzlüğün savunulduğu alanları da kapsamaktadır.⁷¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin bu şekilde tanımladığı nefret söylemini, Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi’de hemen hemen aynı şekilde ifade etmiş ve bir ırkın üstünlüğüne veya nefrete dayalı söylemlere dayanan ifadelerin daha az korunacağını belirtmiştir.⁷²

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere nefret söyleminin genel geçer bir tanımı bulunmamaktadır. Bu durumun temel nedeni ise ifade özgürlüğünün, kişisel, siyasal, sanatsal, bilimsel, eleştirisel ve bu alanlar gibi daha başka geniş alanları kapsamına almasının sonucudur.⁷³

B) Dine Hakaret

Dine hakaret kavramını değerlendirirken öncelikle tarifini yukarıda yapmış olduğumuz düşünce özgürlüğü ve din özgürlüğünü göz önüne almamız gerekmektedir. Hem düşünce özgürlüğü hem de din özgürlüğü bireyin iç dünyasına yönelik bir koruma alanı bulundururken aynı zamanda dış dünyaya yönelik bir koruma alanı bulundurmaktadır. Her iki özgürlük de bireyin, iç dünyası açısından, özgür ve değiştirilebilir din veya düşünce tercihlerine sahip olduğunu göstermektedir. Bu özgürlüklerin dış dünyaya yönelik boyutu ise bireyin düşünce ve dini tercihini açıklayabilmesini sağlar.⁷⁴ Din özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü aynı alanda koruma sağlıyormuş gibi görünse de çeliştikleri noktalar da vardır ve bu noktaların başında dine hakaret gelmektedir.

Dine hakaret kavramının, nefret söyleminde de görüldüğü gibi net bir tanımını yapmak mümkün değildir. Çünkü, hem kutsal olarak görülen şey toplumdaki topluma ve çağdan çağa değişmekte hem de hakaret kapsamına giren tüm ifadeleri bir liste halinde sunmak imkan dahilinde gözükmemektedir.⁷⁵ Hukuk bu konuda net bir tanım yapmaktansa belli başlı göstergeleri ve genel geçer sosyal adetleri nirengi noktası yaparak belirlemede bulunur. Bu göstergelere rağmen bazı ifadelerin hakaret olup olmayacağı durum ve şartlara göre değişebilir. Bu noktada İbn Teymiyye, “*bir söz belirli bazı durumlarda sövğu demeye gelirken diğer bazılarında gelmeyebilir ve şartlara bakılmaksızın, ne dilin ne de hukukun kesin prensipler getirmesi beklenilmemeli*” der.⁷⁶ Dine hakaret kavramının kapsamının belirlenmesi de bu doğrultuda problem teşkil eder.

Dünyada genel olarak dine hakareti ifade etmek için “*blasphemy*” sözcüğü kullanılmıştır. Bu sözcüğün temelinde yer alan iki kelimedenden biri olan “*blapto*” Grekçe zarar vermek, incitmek

⁶⁹ Irkçı söylem için UNESCO’nun benimsediği bir tanım: ırkçılık, “*ayrımcı gruplar-arası ilişkilerin biyolojik temellerle doğrulanabileceği yanıltmacasına dayanan anti-sosyal inanış ve davranışlardır.*” ; KÜZECİ, Elif, “*AIHS’in 10. maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 71, 2007, s. 178, 179.

⁷⁰ KÜZECİ, s. 178.

⁷¹ GÖKTEPE, 2015, s. 22; GÜL / ÇAKAN, s. 375, 376; ÇELİK, s. 210.

⁷² KARAN, s. 91-93; ÇELİK, s. 219.

⁷³ YUSUFLI, s. 33.

⁷⁴ GÖKTEPE, 2016, 179.

⁷⁵ KAYA, s. 550.

⁷⁶ KEMALİ, Muhammed Haşim, *İslâm’da İfade Hürriyeti*, İnsan Yayınları, (ŞEVKİYAR, Muhammed), İstanbul, 2000, s. 176.

anlamında kullanılırken, “pheme” konuşma anlamına gelmektedir.⁷⁷ Bu iki kelimenin birleşimiyle oluşan, *blasphème* kelimesi yaralayıcı söz, kafir söz manasına gelmektedir ve dine karşı bir ağır hakaret ve aşağılama anlamında kullanılmaktadır.⁷⁸

Dine hakaret kavramı bireylerin iç dünyasındaki vicdani ve dini kanaatlerini korumaya çalışan bir kavram niteliğinde ortaya çıkmıştır. Bu kavram, ilk ortaya çıkışında bir din öğretisinin veya dini dogmaların tamamen dokunulmazlığını ve sorgulanamazlığını ifade eder şekilde anlaşılmıştır.⁷⁹ Ancak zamanla bu kavramın anlaşılmasında farklılıklar meydana gelmiş ve kavramın içeriğinin anlaşılması bütünsel bir koruma yerine daha özel nitelikte bir korumaya doğru evrilmiştir.

IV- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DİNE HAKARET

A- Dine Hakaret Noktasında İfade Özgürlüğü Sınırlanırken Dayanılan Nedenler

Nefret söylemi için belirtilmiş olan, ifade özgürlüğünün tabiatı gereği olan sınırlarının dışında kalır, ifadesi dine hakaret kavramı içinde geçerlidir. Nitekim dine hakareti nefret söyleminin bir alt başlığı olarak alabiliriz ve dine hakaret genellikle halkta bir nefret ve kin de oluşturur. Nitekim AİHM dinsel duygulara saldırı niteliğindeki fiilleri, başkalarının şöhret ve haklarının korunması sebebinin yanı sıra “dinsel kini içeren nefret söyleminin” bir parçası olarak nefret söylemi kapsamında ele almıştır.⁸⁰ Dolayısıyla tıpkı nefret söylemi gibi dine hakaret de ifade özgürlüğünün koruma kapsamında değerlendirilmemelidir. Dine hakaretin bulunduğu yerlerde ifade özgürlüğü sınırlandırılmalıdır. Hatta bu sınırlandırma, sınırlandırmanın olduğu durumlarda aynı zamanda dine hakaretin bir nefret söylemini barındırması nedeniyle de ayrıca suç olarak da tanınabilir.⁸¹

Dine hakaret (blasphemy) aslında bir ifadedir. Ancak bu ifade yukarıda da belirtildiği gibi ifade özgürlüğünün doğal sınırlarının kapsamı dışındadır. Dine hakareti ifade özgürlüğünün kapsamı dışında tutmamız ifade özgürlüğünün sınırlarını daralttığımız anlamına da gelmektedir. Dolayısıyla dine hakaret nedeniyle din özgürlüğü kapsamında getirilecek bir sınırlandırma ifade özgürlüğünün aleyhine olacaktır ve bu nedenle tartışma konusu olmaktadır.⁸²

Dine hakaret nedeniyle ifade özgürlüğünü sınırlarken dayanılacak gerekçenin tespiti de bir karışıklık arz eder. Her ne kadar dine hakaret nedeniyle gelecek olan sınırlamanın, din özgürlüğünün lehine ifade özgürlüğünün aleyhine olduğu ifade edilse de din özgürlüğü tabiri çok soyut ve genel kalabilmektedir. AİHM dine hakaretin mevzu olduğu davalarda dini hislere hakaret edilmemesi gibi bir hakka dayanmıştır ve bu durum aslında AİHM’in başkalarının şöhret ve haklarının korunması sebebine dayandığını göstermektedir.⁸³ AİHM başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamı içerisinde dini duyguların rencide edilmesi ve dini ayrımcılıkla ilgili uyuşmazlıklar hususunda belirli ilkeler belirlemiştir. Bu ilkelere göre, bu kapsamda bir ifade şok edici ya da saldırgan bir nitelik arz etse de belirli durumlarda kısıtlanmamalıdır. Bu durumlar için, ifadenin saldırganlık içermemesi, nefret ve şiddete tahrik etmemesi hallerinde, bu ifadelerin kısıtlanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu ifadelerin değerlendirilirken, zamandan zamana ve mekandan mekana

⁷⁷ GOOLAM, s. 343.

⁷⁸ DİNÇER, s. 2; YILDIZ, *Uluslararası Standartlar...*, s. 143.

⁷⁹ DİNÇER, s. 2.

⁸⁰ DOĞRU / NALBANT, s. 192.

⁸¹ Dine hakaretin halkı kin ve nefrete sürükleme suçunu oluşturduğuna dair bkz. YAŞAR, Mehmet Fatih, <http://www.hukukihaber.net/dine-hakaret-iceren-karikaturler-ifade-ozgurlugu-kapsaminda-degerlendirilebilir-mi-makale,3749.html>.

⁸² YILDIZ, *Uluslararası Standartlar...*, s. 142, 143.

⁸³ TANJU, s. 304; Bkz. YILDIZ, *Uluslararası Standartlar...*, s. 143 vd.

farklılıklar olacağı ve saygısız ve nedensiz olarak diğer kişileri kırıncı hareketlerden sakınılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁴ Örneğin, AİHM bu ilkeler doğrultusunda değerlendirdiği bir kararda, “İslâmiyet Gerçeği” adlı beş ciltlik bir kitabın yayımlanmasının ardından, yazar “dinlerden birini tahkir etmek amacıyla yayın yapmak” suçundan ötürü 12 ay hapis ve para cezasına çarptırılmış, ardından mahkeme hapis cezasını ağır para cezasına çevirmiştir. AİHM ise bu durumu, belirttiğimiz ilkeler doğrultusunda, kitaptaki dava konusu sözlerin inanların kişiliğini doğrudan hedef alan aşağılayıcı bir nitelikte olmadığını ve kutsal sembollere hakarete varan bir saldırının da bulunmadığını ifade ederek, sözleşmenin 10. maddesine aykırı bulmuştur.⁸⁵

Görüldüğü üzere dine hakaret ile ilgili durumları AİHM başkalarının şöhret ve haklarının korunması sebebine dayanarak incelemektedir ve dini hislere hakaret edilmemesi hakkı gibi bir hak tanınmış değildir. Dolayısıyla sınırlama yapılırken dayanılacak olan nokta burası olamaz ama kamu düzeni olabilir. Gerçekten de dine hakaret kamu düzeninde bir bozulmayı meydana getirebilecektir ve bu nedenle de kamu düzeninin korunması için ifade özgürlüğü aleyhine bir sınırlamaya gidilebilir. Nitekim Fransa’da Charlie Hebdo dergisinin Hz. Muhammed’e (s.a.) isnat ederek çıkarmış olduğu karikatür ifade özgürlüğüne bir sınır getirilmediği takdirde kamu düzeninin ne ölçüde bozulabildiğini tüm dünyaya göstermiştir. Charlie Hebdo adlı derginin yayımlarıyla ilgili olarak Müslüman dernekler tarafından halk arasında kin ve nefreti körüklediği ve kışkırttığı, Fransa İslâm Konseyi ve Paris Camisi tarafından ise Hz. Muhammed’e (s.a.) hakaret ettiği gerekçesiyle 2006 ve 2007 yıllarında davalar açılmış ancak bu davalar neticesinde derginin faaliyetleri ifade özgürlüğüne uygun bulunmuştur.⁸⁶ 2015’e gelindiğinde ise derginin hakaret barındıran ve Hz. Muhammed’e (s.a.) isnat ederek çıkarmış olduğu karikatür neticesinde bir saldırı meydana gelmiş ve kamu düzeni ciddi anlamda bozulmuştur. Charlie Hebdo olayının üzerine bu bağlamda bir değerlendirme yapılacak olursa görülür ki; Fransa’da yaşayan yaklaşık beş milyon Müslüman nüfus vardır, aynı dergi tarafından çizilen karikatürlere daha önceden de oluşmuş olan tepkiler mevcuttur, İslâm hukukunda bir aşağılama bulunmasa dahi Hz. Muhammed’e (s.a.) ait tasvirlerin yapılması yasak olarak belirtilmiştir ki burada rencide edici bir üslup da mevcuttur. Tüm bu bileşenler dahilinde bakıldığında görülmektedir ki icra edilen fiil din özgürlüğünün yanında açık bir şekilde kamu düzenini de ihlal etmektedir.⁸⁷

Kamu düzeni gerekçesiyle gidilecek bir sınırlamada ise şu noktalara dikkat edilmelidir ki, kamunun genelinin mensup olduğu bir dine hakaret kamu düzenini bozarken, azınlığın mensup olduğu bir dine hakaret kamu düzeninde bir bozulmaya sebebiyet vermeyebilir. Bu gibi durumlarda dine hakaret yine ifade özgürlüğünün kapsamına alınmayacaktır. Bu hallerde dine hakaret nedeniyle ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlama için hem din özgürlüğü hem kamu düzeni hem de ifade özgürlüğünün doğal sınırları göz önünde bulundurulacaktır.⁸⁸ Ayrıca tüm bu belirlemeleri yapmakla beraber unutulmamalıdır ki, devlet örgütlenmesi ve işlevi genellikle çoğunluğun temel değerlerini koruyacak şekilde vuku bulur.⁸⁹ Dolayısıyla kamu düzeninin korunması da salt bir neden olarak ele

⁸⁴ TANJU, s. 305.

⁸⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-75276%22%5D%7D> (erişim tarihi: 19. 03. 2019); TANJU, s. 308, 309.

⁸⁶ YARDIM / DALKILIÇ, s. 98.

⁸⁷ TRENCH, Brian, “Charlie Hebdo”, Islamophobia and Freedoms of the Press”, *An Irish Quarterly Review*, Vol. 105, No. 418, 2016, s. 184; LARKİN, s. 193; YARDIM / DALKILIÇ, s. 98; ERENAY, Şehbal, *Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Charlie Hebdo Karikatürleri ve Fikir Özgürlüğü*, s. 3. <http://www.elmadaghukuk.com/tr/makeleler/31/avrupa-birligi-hukuku-ercevesinde-charlie-hebdo-karikaturleri-ve-fikir-ozgurlugu.html> .

⁸⁸ KAYA, s. 557 vd.

⁸⁹ TANJU, s. 179.

alınmamalı ve bu şekilde ifade özgürlüğü çoğunluğun isteğine göre sınırlandırılmamalıdır. Sınırlandırma yapılırken belirtmiş olduğumuz diğer nedenler de göz önüne alınmalı ve bu şekilde adil bir düzenleme oluşturulmalıdır.

Dine hakaret kamu düzeni bağlamında sınırlandırılabilir. Ancak burada aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması durumu da karşımıza çıkar. Hakkın kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz. İfade özgürlüğü bağlamında içinde nefret söylemi bulunduran ifadeler hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ilgi çekici bir örnek olarak Hollanda’da yaşanan bir vaka verilebilir: AİHM’in Hollanda Halk Birliği Partisince hazırlanan bir bildiriye Hollanda’nın sadece beyazlardan oluştuğu ve Surinamlılar, Türkler ve diğer misafir işçilerin iktidara gelir gelmez Hollanda’dan ayrılması gerektiğini savunan parti amacı açıkça ifade edilmekteydi. Bu bildiriye parti başkanının muhafaza etmesi nedeniyle kendisine hapis cezası verilmişti. Bu hapis cezasının şikayet konusu yapıldığı başvuruda, Komisyon yerel mahkemenin dayanmış olduğu ırkçılık ve nefret söylemini dikkate almış ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁹⁰

B- İslâm Hukuku ve Hukuk Sistemlerinde Tarih Boyunca Dine Hakaretin İfade Özgürlüğü Karşısındaki Durumu

Dine hakaret kavramının ifade özgürlüğü karşısındaki durumuna geçmiş dönemlerden itibaren bakılırsa özellikle dinin toplum hayatına egemen olduğu dönemlerde bu fiilin çok ağır biçimde cezalandırıldığı görülebilir. Bu fiil hem dini açıdan bir günah hem de kamu düzenine karşı bir suç olarak görülmüştür. Hıristiyanlık tarihinde, İngiltere’de “common law”a göre bir suç olarak düzenlenen dine hakaret 17.yüzyıla kadar kanonik hukukuna göre kilise mahkemeleri tarafından yargılanıyordu. İskoçya’da da dine hakaret 18. yüzyıla kadar ölümlü cezalandırılıyordu.⁹¹ Ancak 16 ve 17. yüzyılla birlikte dinsel otoritenin kral üzerinde siyasi otorite ile birleşmesiyle beraber kralın dini baskıdan kurtulması dine hakaretinde yer yer müeyyidesinin değişmesi ve yavaş yavaş hafiflemesini de sağlamıştır.⁹²

İslâm hukuku bakımından dine hakaret “blasphemy” kelimesinin tam karşılığını oluşturmamaktadır. İslâm hukukunda dine hakaret için küfür, ridde, zındıklık, sebb gibi kelimeler kullanılmıştır. Din özgürlüğüne had safhada önem veren İslâm hukuku dine hakareti de ifade özgürlüğü kapsamına almamış ve cezalandırmıştır. *Encyclopedia of Religion and Ethics*’e göre İslâm’da mukaddesata sövme, Allah’ı, isimlerini, sıfatlarını, kanunlarını, emir ve yasaklarını içine alan çok geniş bir ifadedir. Hz. Muhammed’le (s.a.) veya Allah’ın diğer peygamberleriyle alay etmekte mukaddesata hakaret sayılır.⁹³ Peygamber Efendimiz’in (s.a.) eşlerine hakaret ve sahabeye hakaret de yine dine hakaret kapsamında ele alınır. Ancak bu kişilerden Hz. Aişe (r.a.) haricindekilere

⁹⁰ DOĞAN, s. 710.

⁹¹ GÖKTEPE, 2016, s. 180.

⁹² Örneğin: “Fransa’da 30 temmuz 1666 tarihinde kralın yayınladığı bildirge dine hakaretin önce para cezasıyla, birden çok kez tekrarlanması halinde katlanarak artan para cezasıyla, 5. kez işlenmesi halinde zincire vurularak, 6. ve 7. seferde ise bir direğe bağlanarak herkesin önünde dağlanmış demirle önce alt sonra üst dudakın kesilmesi ve nihayet suçun tekrar işlenmesi halinde dilin koparılması ile cezalandırılmasını buyuruyordu.” DİNÇER, s. 3.

⁹³ ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, Risale Yayınevi, İstanbul, 1994, c. 7, s. 462, 463; AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 518, 519; ORHAN, Fatih, *İslâm Ceza Hukukunda İrtidad ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Adana, 2014, s. 19, 20; KEMÂLÎ, s. 210; GOOLAN, s. 343, 349 vd.

hakaret olduğu takdirde uygulanacak müeyyideler daha muhtelifdir.⁹⁴ İslâm'da temel mukaddeslere sövme suçu Allah'a ve Resulü'ne (s.a.) hakaret etme ve emirlerini aşağılayıcı bir şekilde inkar etmektir. İslâm'da ifade özgürlüğünün dine hakaret noktasında nasıl sınırlandırıldığını ifade ederken irtidad, zendeka ve küfür kavramları arasında net bir belirleme yapılamamıştır. İslâm'da dine hakaretin kapsamının anlaşılabilmesi için bu kavramların kapsamının bilinmesi gerekmektedir.

1) İrtidad

Bir kimsenin İslâm dinini açıkça terk etmesine irtidad denir.⁹⁵ Bu hale riddette denir.⁹⁶ İrtidad eden şahsa da mürted denir.⁹⁷ İnsanlar dinlerini seçme noktasında tam anlamıyla özgürken temeli doğrudan tek tanrılı bir dine dayanan devletlerde dinden çıkma hususunda bu özgürlüklerinden bahsedilemez. Eğer ki, böyle bir sınırsız özgürlükten bahsedilecek olursa, devletin düzeninin temelinden bozulması söz konusu olur. İslâm devleti ve hukuku da dine dayalı bir sistem olması sebebiyle, kişinin irtidadı vatana ihanetiyle aynı anlamda görülür.⁹⁸ Nitekim bu suç tipiyle korunan hukuki yarar da devlet düzeni ve kamu düzeni olarak görülmektedir.⁹⁹ Keza, İlk dönem irtidad hareketlerine bakıldığında, bunların siyasi temelli olduğu ve kamu düzenini aykırılık taşıdığı net bir şekilde görülmektedir.¹⁰⁰

İrtidad suçunun oluşması için alimlerin çoğunluğu tarafından dinden çıkmak yeterli görülürken bir diğer görüşe göre ise, dinden çıkmak yeterli görülmez aynı zamanda failin İslâm devletine karşı muharip olması da suçun oluşması için gerekli görülür.¹⁰¹ Ancak bu görüşe sahip olanlardan İbn Teymiyye, Allah'a (c.c.) veya Peygamber'e (s.a.) hakaret edilmesini tek başına işlenen suçlardan ayrı değerlendirmiş ve bu hakaret veya alay etme fiilini başlı başına düşmanlıkta aşırıya gitme ve haddi aşmak olarak nitelendirmiştir.¹⁰² İslâm hukukunda alimlerin çoğu tarafından mukaddesata hakaret "irtidad suçu" kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁰³ İrtidad suçunun cezası ölümdür.¹⁰⁴ Hz. Peygamber (s.a.) "*Kim dinini değiştirirse öldürün.*"¹⁰⁵ demiştir. Fakat bu suçun had

⁹⁴ **İBN TEYMEYİYYE**, Şeyhulislam, *es-Sârimu'l-Meslûl alâ Şâtimi'r-Rasûl*, (Rasûlullah'a Hakâret Eden Kimsenin Hükmi), Neda Yayınları, (Çev: TURHAN, Halil İbrahim), İstanbul, 2018, s. 674 vd; **AVCI**, *Osmanlı Ceza...*, s. 519.

⁹⁵ **İNCE**, İrfan, "Ridde" *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 35, İstanbul, 2008, s. 88.

⁹⁶ **HALEBÎ**, İbrahim, (Şerh: Mehmed Mevkûfâtî), *Mültekâ-l-Ebhûr (Mevkufat)*, Sağlam Kitabevi, (sadeleştiren: DAVUDOĞLU, Ahmed), İstanbul, 1980, s. 730.

⁹⁷ **BİLMEN**, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, c. 4, s. 5; **ZUHAYLÎ**, c. 7, s. 463.; **KÖSE**, s. 115.

⁹⁸ **AVCI**, *Osmanlı Ceza...*, s. 507.

⁹⁹ **AVCI**, *Osmanlı Ceza...*, s. 508, 509.

¹⁰⁰ **KÖSE**, s. 115, 116.

¹⁰¹ **BİLMEN**, *Hukukî İslâmiyye...*, c.4, s. 11, **İBN TEYMEYİYYE**, s. 446; **KÖSE**, s. 118; **AYDIN**, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 190, 191.

¹⁰² **İBN TEYMEYİYYE**, s. 446.

¹⁰³ İbn Teymiyye, söven kişinin Allah'ı ve Peygamberini (s.a.) alaya almış ve karalamış olacağını ve bunun iğrençliğinin diğer tip küfürlerden daha fazla olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, ulemanın büyük bir çoğunluğunun da bu görüşte olduğunu hatta bu görüşü destekleme konusunda icmanın bile varlığını öne sürenlerin bulunduğunu belirtmektedir. **KEMÂLÎ**, 212.

¹⁰⁴ **İBN TEYMEYİYYE**, s. 21; **HALEBÎ**, s. 730.

¹⁰⁵ **EL-BUHÂRÎ**, Muhammed, *Sahîh-i Buhârî*, Karınca&Polen Yayınları, (Çev: DUMAN, Soner, ALDEMİR, Halil, ODABAŞI, Mehmet, ERYARSOY, Beşir, AKTEPE, İshak Emin, TÜFEKÇİ, İbrahim), İstanbul, 2017, c. 3, Cihad, 149; **EBÛ DAVUD**, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987, (Haz. YENİEL, Necati, KAYAPINAR, Hüseyin), Hudud, 1; **ET-TİRMİZÎ**, Muhammed ibn İsa, *Sünen-i Tirmizi Tercümesi*, Konya Kitapçılık, (Çev: PARLIYAN, Abdullah), İstanbul, 2007, Hudud, 25.

mi tazir mi olduğu ve her zaman ölümle cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği tartışılmıştır.¹⁰⁶ Ayrıca ölüm cezasına çaptırılmadan önce kişinin tövbe etmesinin gerekip gerekmediği hususunda da farklı fikirler mevcuttur. Malikî, Şafî ve bir görüşüne göre Ahmed b. Hanbel'e göre bu kişiyi tövbeye davet etmek vaciptir, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre ise vacip değil müstehaptır.¹⁰⁷ Ahmed b. Hanbel ve Hasan Basri'ye göre ise tövbe teklif edilmeden bu kişi öldürülmelidir.¹⁰⁸ Hanefiler irtidad edenin süre istemesi durumunda kendisine ancak üç gün süre verileceğini¹⁰⁹ Şafîler ise devlet başkanının bu üç gün süreyi vermesinin zorunlu olduğunu ifade etmişlerdir.¹¹⁰ İrtidad ile ilgili bir diğer ayırım da, mürted olan kadınların öldürülüp, öldürülmeyeceği konusudur. Eğer kadın savaşıysa, devlet başkanı veya büyüçyse bu takdirde öldürülür ancak bu sıfatlara haiz değilse, Şafî'ye göre İslâm'a dönmediği takdirde öldürülür, Hanefilere göre ise hapsedilir ve yeniden İslâm'a dönmesi için zorlanır.¹¹¹

İrtidad ile ilgili yakın dönemde gerçekleşmiş olan bir hadiseyi örnek olarak verebiliriz. 26 Eylül 1988'de Selman Rüşdînin *Şeytanın Ayetleri* isimli kitabı basılmıştır. Bu kitapta Allah (c.c.) ve Kur'an hakkında aşağılayıcı ifadeler, Hz. Peygamber'e (s.a.) ve hanımlarına (r.a.), sahabelerine, Hz. İbrahim'e (a.s.) karşı iğrenç ve aşağılık ifadelerle dil uzatılmaktadır. Tüm bu nedenlerle kitabında dine hakaret eden Selman Rüşdi'nin irtidad etmiş olduğunu ve mürted olduğunu tüm dünyada hem İslâm alimleri hem de bazı devlet başkanları ilan etmiştir. Selman Rüşdi'nin öldürülmesine fetva verilmiştir¹¹² ve bu noktada tartışılan tek husus yargılama usulü ve tevbe etmesinin istenip istenmeyeceği olmuştur. Ancak mürted olduğu ve tevbe etmezse müeyyide olarak öldürülmesi gerektiği konusunda bir tartışma yaşanmamıştır. Ayrıca yukarıda da değinildiği gibi kamu düzeni açısından da, yine dine hakaret unsuru bozulmalara sebebiyet vermiştir. 1989'da bir çok ülkede gösteriler düzenlenmiş Pakistan'da beş kişi, Keşmir'de bir kişi, Belçika'da İslâm cemaati imamı ve yardımcısı, Japonya'da da kitabı Japoncaya çeviren mütercim öldürülmüştür.¹¹³

2) İmansızlık (Küfür)

Küfür imansızlığı, şirki, mukaddeslere sövmeyi ve irtidadı içine alan çok geniş bir kavramdır. Sözlükte örtmek, gizlemek anlamlarına gelen¹¹⁴ küfür Kur'an ve Sünnette iki farklı anlamda geçer.

¹⁰⁶ Ayrıntı için bkz. **AVCI**, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 7. Baskı, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2014, s. 317; **AYDIN**, s. 191; **BİLMEN**, *Hukukî İslâmiyye...*, s. 9 vd; **EL- MAVSİLÎ**, *El-İhtiyar Metni el-Muhtar li'l-Fetva*, (Tercüme: YENİÇERİ, Celal), Şamil Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 539.

¹⁰⁷ **MERGİNÂNÎ**, Şeyhü'l-İslâm Buhârüddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir, *Hanefîler İçin İslâm Fıkhı El Hidaye Tercemesi*, Kahraman Yayınları, (Çev: MEYLÂNÎ, Ahmed), İstanbul, 2013, c. 2, s. 326; **HALEBÎ**, s. 730; **ZUHAYLÎ**, c. 7, s. 466.

¹⁰⁸ **İBN TEYMİYYE**, s. 370; **ORHAN**, s. 119-121.

¹⁰⁹ **MERGİNÂNÎ**, c. 2, s. 327.

¹¹⁰ **ES-SERAHSÎ**, Şemsu'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed, **Mebûsût**, Gümüşev Yayınları, (Edit: AKŞİT, Mustafa Cevat), İstanbul, 2008, c. 10, s. 99.

¹¹¹ **ES-SERAHSÎ**, c. 10, s. 109; **HALEBÎ**, s. 732; **MERGİNÂNÎ**, c. 2, s. 327; **ZUHAYLÎ**, c. 7, s. 465; **İNCE**, s. 89.

¹¹² Fetvalara örnek olarak: Şeyh Abdulaziz b. Baz başkanlığında Dünya Müslüman Birliği'nin İslâm Akademisi Selman Rüşdi'yi ve yayıncıları mürted ilan eden ve onun ve yayıncıların İngiliz hukukundaki cinaî suçlamalara göre kovuşturulmasını ve İslâm Konferansı Teşkilatı'nın da onlar aleyhine dava açmalarını tavsiye eden bir bildiri neşretti. Ayetullah Humeyni 14 Şubat 1989'da şeytanın ayetleri kitabının yazarının ve kitabın içeriğinden haberdar oldukları halde basılmasına iştirak edenlerin ölümüne mahkum edildiği bir fetva neşretti ve 19 Şubat 1989'da "Eğer Selman Rüşdi tevbe etse ve herkesten daha çok muttaki bir kimse olsa bile, onu cehenneme göndermek için, varını yoğunu, hayatını ve servetini kullanması her Müslümanın üzerine düşen bir vecibedir" açıklamasını barındıran bir beyanname yayınladı. **KEMÂLÎ**, 295 vd.

¹¹³ **KEMÂLÎ**, s. 295 vd.

¹¹⁴ **MUTÇALI**, Serdar, *Arapça-Türkçe Sözlük*, Dağarcık Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 766; **SİNANOĞLU**, Mustafa, "Küfür" *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, Ankara, c. 26, 2002, s. 533.

Bunlardan birincisi büyük küfürdür. Büyük küfür imandan açık bir şekilde ayrılmayı kasteder. İkincisi ise imansızlığı değil aslında fiske teşkil eden bir davranışı kasteder.¹¹⁵ Fiske kelimesi ise küfürden daha geniş bir anlamı kast eder. Başlarda her türlü günah bu kelimeyle ifade edilirken sonradan çok fazla işlenen günahlar ifade edilmiştir.¹¹⁶ Dolayısıyla fasık kavramı da hem Allah'ın (c.c.) emirlerinden sapan¹¹⁷ günahkar müslüman için hem de kafirler için kullanılmıştır.¹¹⁸ Dine hakaret eden kişi öncesinde müslümansa kafir olarak irtidad etmiş olur ve kendisine mürtede ilişkin hükümler uygulanır. Hakaret eden kişinin bu fiilinin öncesinde de müslüman olmaması durumuna aşağıda değinilecektir.

3) Zındıklık

Zındık genel olarak zahiren İslâm'ı kabul eden, münafıklar gibi olmayan ama müminler arasında batılı yayan kimselere denir.¹¹⁹ Zındık ile mürtedin arasındaki fark ise mürted açık bir şekilde küfrünü belli ederken zındık bunu net bir biçimde ortaya koymamaktadır.¹²⁰ Zındıklığın cezalandırılması konusunda fakihler çok şiddetli cezalar öngörmüştür. Fakihlerin bir kısmı zındığı mürtetten daha şiddetli görürken diğer bir kısmı mürtet gibi görmüşlerdir.¹²¹

4) Gayrimüslimin Dine Hakareti

Yukarıda yapılan belirleme İslâm hukukunda Müslüman olan birinin dine hakareti ile ilgili olan belirlemedir. Eğer bir gayrimüslim dine hakaret ederse doğaldır ki zaten Müslüman olmayan birinin irtidadından, küfüründen veya zındıklığından bahsedilemez. Bir gayrimüslimin dine hakaret etmesi üç şekilde olabilir. Bu haller, bir gayrimüslimin kendi dininin İslâmi inançla çatışan bir ilkesini dile getirmesi şeklinde, bir gayrimüslimin kendi inancının bir cüzü olmasına rağmen bir şeyi kırıcı, saldırgan bir üslupta söylemesi şeklinde, hakaret veya sövme gayrimüslimin inancının bir cüzü olmadığı halde ve kendi dininde de aynı şekilde haram olan bir şey olması şeklinde gerçekleşebilir.¹²² Genel olarak bu durumlardan ikinci halde zimminin zimmetini kaybettiğinden, üçüncü durumda ise dini mensubiyetine bakılmaksızın dine hakaret suçu işlediğinden bahsedilir. Müeyyide açısından birçok ihtilaf vardır. Hanbelî ve Şafî fakihler özellikle Allah'a (c.c.), Peygamber'e (s.a.) sövme fiilini diğerlerinden ayırmışlar, bu durumun zimminin sözleşmesini geçersiz kılacağını ve bu zimminin öldürüleceğini ifade etmişlerdir.¹²³ Hanefî fıkıhçılara göre zimmi ile olan sözleşme Allah'a (c.c.) ve Resulüne (s.a.) sövmekten ibaret olan mukaddeslere küfürle sona ermediğini zimminin ölüm cezasına değil aynen, kendi dininde haram olan diğer kötü fiilleri işlediklerindeki gibi caydırıcı tazir cezasına çarptırılması gerektiğini savunmuşlardır.¹²⁴ Zimminin böyle bir hakaretinden sonra tövbeye çağırılması konusunda ise Malikiler bu kişi Müslüman olmazsa öldürülür demişlerdir. Ahmed b. Hanbel ise bu kişinin tövbeye çağırılmayacağını ve öldürülmesi gerektiğini ifade eder. İmam Şafî ise zimminin tövbesinin kabul edileceğini ve tövbe ettiği takdirde öldürülmeyeceğini ifade etmiştir.¹²⁵

¹¹⁵ KEMÂLÎ, s. 215.

¹¹⁶ EL-İSFAHANÎ, Rağîb, *Müfredat*, 1. Baskı, Çıra Yayınları, (Çev: YILDIZ, Mustafa), İstanbul, 2017, s. 748.

¹¹⁷ YAVUZ, Yavuz Şevki, "Fasık" *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 12, İstanbul, 1995, s. 202.

¹¹⁸ ŞAFÂK, Ali, "Fiske", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 13, İstanbul, 1996, s. 38.

¹¹⁹ ÖZ, Mustafa, "Zındık", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 44, İstanbul, 2013, s. 390.

¹²⁰ ZUHAYLÎ, c. 7, s. 463; ÖZ, s. 390, 391.

¹²¹ KEMÂLÎ, s. 218.

¹²² ZUHAYLÎ, c. 7, s. 463; İBN TEYMİYYE, s. 663.

¹²³ İBN TEYMİYYE, s. 25, 26, 27, 663.

¹²⁴ İBN TEYMİYYE, s. 30; MEVDUDÎ, Ebu'l A'lâ, *Fetvalar*, 2. Baskı, Düşün Yayıncılık, (Çev: OSMANOĞLU, Mahmud – CHOAN, A. Hamdi), İstanbul, 2015, c. 2, s. 46; KEMÂLÎ, s. 230 vd.

¹²⁵ İBN TEYMİYYE, s. 665, 666.

Görüldüğü üzere İslâm hukukunda ifade özgürlüğü dine hakaret noktasında kısıtlanmıştır ve genel olarak ölüm cezası verileceği belirtilmiştir.

Modern hukuk sistemlerinde de genel eğilim dine hakaret noktasında ifade özgürlüğünü kısıtlamak olmuştur. Bugün itibarıyla tam olarak İslâm hukukunun uygulandığını söyleyemiyor olsak da Türkiye, Malezya, Pakistan, Sudan ve Mısır gibi halkları Müslüman olan ülkelerde müeyyideleri farklı olsa da dine hakaret bir suç sayılır ve bu nedenle Sudan’da 1985 yılında bir kişi idam edilmiştir.¹²⁶ Yine örnek olarak Türkiye’de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 125’te¹²⁷ dine hakaret ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında dine hakaret İngiltere’de sadece Hıristiyanlık dinini kapsayıcı olarak da olsa suç olarak kabul edilmiştir, Yine Avusturya, Hollanda, Norveç ve İsveç’te kapsam ve müeyyide farklılıkları bulunsa da dine hakaret bir suç olarak tanımlanmış ve ifade özgürlüğünün bir sınırı olarak görülmüştür.¹²⁸

Modern hukuk sistemlerinde bulunan düzenlemelerin yanı sıra uluslararası hukukta, özellikle AİHM dine hakaret noktasında ifade özgürlüğünün sınırlanması gerektiğine dair kararlar vermiştir. Örnek olarak “*Avusturya/Otto Preminger*” kararı olarak bilinen, Hıristiyan inancının aşırılıklarını ve basit görsel dini temsillerini eleştirmeyi hedefleyen “Cennette” adlı, Hz. İsa (a.s.) ve Hz. Meryem’e (a.s.) karşı hakaret içeren bir filmin bu nedenlere gösterime girmesinden üç gün önce yayınlanacağı yerdeki yerel mahkeme filmin gösterimini yasaklamış ve Avusturya üst mahkemesi de, kararında; “... sanat özgürlüğünün başkalarının din özgürlüğüyle ve devletin toplumsal düzeni ve hoşgörüyü koruma göreviyle sınırlı olduğunu...” belirtmiştir. Bunun neticesinde AİHM’e başvurulmuştur ve AİHM “din özgürlüğü, müminlerin kimliğini ve yaşam tarzlarını oluşturan hayati unsurlardan biridir. Müminler kendi inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini ve hatta muhalif propagandada bulunmalarını hoşgörüyü karşılamak durumundadırlar. Ancak bu reddediş ve muhalif propagandanın yapılış tarzı, Sözleşme’nin 9. maddesinde güvence altına alınan ‘din özgürlüğünün barışçıl biçimde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü’ bakımından devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Başkalarının dinsel duygularına saygı yükümlülüğü, dinsel açıdan kutsal olan şeylerin bir filmde tahrik edici bir biçimde gösterilmesi nedeniyle ihlal edilebilir” hükmüne varmıştır.¹²⁹

SONUÇ

Doğası gereği düşünme yetisine sahip olan bir varlık olan insan bu yetisini haklı olarak kullanmak ister. İnsanın, düşünme yetisini koruma altına alan düşünce özgürlüğü serbestçe düşünebilmesini, düşündüklerinden dolayı kınanmamasını, özgürce bilgi edinebilmesini ve son merhalede düşüncesini açıklayabilmesini sağlamaktadır. Bilgi edinme yolları kapalı olan insanın tam bir düşünme özgürlüğünden bahsedilemeyeceği gibi düşünceleri sadece kendi iç dünyasında kalan, bu düşüncelerini başkalarına aktaramayan insanında düşünce özgürlüğünden bahsedilemez.

Düşünce özgürlüğü bulunan insan kendi düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı gibi dini tercihi ve inançlarından dolayı da kınanamaz. İnsanın bu noktada din özgürlüğünden bahsedilebilir. Din özgürlüğü insanın, bir din ve inanca sahip olma özgürlüğünü, dini inanç ve

¹²⁶ KEMÂLÎ, s. 285 vd.

¹²⁷ TCK “m. 125/3- b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı, c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.”

¹²⁸ YILDIZ, *İfade Özgürlüğünün...*, s. 64.

¹²⁹ GÖKTEPE, 2016, s. 186 vd. ; ERENAY, s. 3,4.

kanaatlerini açıklama ve yayma özgürlüğünü, ibadet etme özgürlüğünü, öğrenme özgürlüğünü, ailelerin kendi kanaatlerine göre çocuklarına dini ve ahlaki eğitim sağlama özgürlüğünü kapsamı içerisine alır. Düşünce özgürlüğü ve din özgürlüğü birçok noktada kesişmektedir. Ancak düşünceyi açıklama hürriyetinin din özgürlüğünün alanına girdiği durumlarda açıklanan düşüncenin mahiyetine göre farklı değerlendirmeler yapılabilmektedir.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü ifade özgürlüğü olarak adlandırılabilir. İfade özgürlüğü düşünce özgürlüğü ile beraber düşünüldüğünde çok geniş bir kapsama sahip görülmektedir. Ancak her hakkın olduğu gibi ifade özgürlüğü hakkının da belirli sınırları olmalıdır. Bu sınırlar tayin edilirken unutulmamalıdır ki ifade özgürlüğünü sınırlama rejimi aynı zamanda bir ülkedeki özgürlük standardını gösterir.

Her ne kadar ifade özgürlüğünün sınırlanamayacağını söyleyenler olsa da tarih boyunca gerek eski hukuk sistemlerinde gerekse modern hukuk sistemlerinde, nefret söylemi ve dine hakaret kavramı ifade özgürlüğünün doğal sınırlarının kapsam alanı dışında sayılmıştır. Dine hakaret olgusu yer ve zamana göre müeyyidesinde değişiklik göstermiş olsa da ifade özgürlüğünün bir sınırı olmasının yanında bir suç olarak da tanınmış ve cezalandırılmıştır. Dine hakaret kimi zaman hakaret suçunun ağırlaştırıcı sebebi kimi zamansa toplumu kin ve nefrete sürüklenme suçunu oluşturmuştur.

İslâm hukukunda da başta düşünce özgürlüğü olmak üzere ifade özgürlüğü çok sağlam temellere dayandırılarak kabul edilmiştir ve dine hakaret noktasında bu özgürlük sınırlanmıştır. Dine hakaret irtidad, zındıklık veya küfür gibi kelimelerle anılmış ve çok sert müeyyidelerle engellenmeye çalışılmıştır. Öyle ki, yalnızca mürted olmuş olan bir kişi, eğer müslümanlara karşı bir savaş içerisinde değilse veya müslümanlarla savaşan bir kişi ya da grubu desteklemiyorsa, buna yönelik bir fiili yoksa ölüm cezasına çarptırılmayabilir ancak dine hakaret nedeniyle mürted olmuş birisi doğrudan İslâm'a savaş açmış ve haddi aşmış olarak kabul edilir ayrıca bir değerlendirmeye gerek kalmaz.

İnsanların din özgürlüklerini kullanabilmeleri için diğer özgürlükler ile bu özgürlüğün alanı tamamen ihlal edilmemelidir. İnsanın mukaddesliğine inanmış olduğu, uğruna canını verdiği, hayatını düzenlediği bir değere hakaret etmek ve bunun karşılığında bu insanın hakaret içeren bu ifadeyi hoşgörüle karşılamasını istemek izahtan varestedir.

Ayrıca, dine hakaret noktasında ifade özgürlüğünün sınırlanmasının haklılığını, dine hakaret içeren bir ifadeye karşı kamu düzeninin nasıl bir hal aldığına bakılarak dahi rahatlıkla anlaşılabilir. “Charlie Hebdo karikatürü” veya *Şeytanın Ayetleri* kitabının yayınlanmasıyla bozulan kamu düzeni bize sınırlamanın haklılığını göstermektedir.

KAYNAKÇA

- AKMAN**, Ahmet, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARSLANTÜRK**, Mustafa, *Peygamber Buyruğu Işığında İnsan Hakları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ATAR**, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Konya, 2012.
- AVCI**, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 7. Baskı, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2018.
- AVCI**, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYDIN**, M.Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

- AYKANAT**, Mehmet, USLU, Abdüssamet, “Hukukumuzda İşçinin Namaz İbadeti Hakkı”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 2018, y. 7, c. 7, sy. 19, ss. 468-496.
- BAKIRCIOĞLU**, Önder, “Freedom of Expression and Hate Speech”, *Tulsa Journal of Comparative-International Law*, 2008, Vol.16, ss. 1-49.
- BECERİK**, Arzu, *İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Yargının Tarafsızlığı* (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul.
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi, *Kur'anı Kerim'in Türkçe Meali Âlisi ve Tefsiri*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1990.
- ÇELİK**, Elif, “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, c. 4, sy. 2, ss. 205-240.
- DEĞER**, Ozan, “AİHS'nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2007, c. 62, sy. 1, ss. 43-64.
- DİNÇER**, Hülya, *İnsan Hakları Söylem ve Pratiğinde Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini His'lere Tanınan Koruma*, https://www.academia.edu/1142646/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6ylem_ve_Prati%C4%9Finde_Dine_Hakaret_%C4%B0fade_%C3%96zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC_ve_Dini_Hislere_Tan%C4%B1nan_Koruma. (erişim tarihi 10. 09. 2019)
- DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI**, *Kur'an-ı Kerim Meali*, 6. Baskı, Ankara, 2010.
- DOĞAN**, İlyas, “Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- DOĞRU**, Osman, NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, c. 2, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- DURAN**, Hasan, “İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, c. 14, sy. 1, ss. 57-81.
- EBÛ DAVUD**, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, Şamil Yayınevi, (Haz. YENİEL, Necati, KAYAPINAR, Hüseyin), İstanbul, 1987.
- EBUSSUÛD** Efendi, *Şeyhülislâm, Ebussuûd Tefsiri*, c. 2, Boğaziçi Yayınları, (Çev: AKIN, Ali), İstanbul, 2006.
- EL-BUHÂRÎ**, Muhammed, *Sahîh-i Buhârî*, Karınca&Polen Yayınları, (çev: DUMAN, Soner, AYDEMİR Halil, ODABAŞI, Mehmet, ERYARSOY, Beşir, AKTEPE, İshak Emin, TÜFEKÇİ, İbrahim), İstanbul, 2017.
- EL-CESSÂS**, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, *Ahkâmu'l Kur'an*, İ'tisam Yayınları, (Çev: KESKİN, Mehmet), Ankara, 2018.
- EL-İSFAHANÎ**, Rağıb, *Müfredat*, 1. Baskı, Çıra Yayınları, (Çev: Mustafa Yıldız), İstanbul, 2017.
- EL-MAVSİLÎ**, *el-İhtiyar Metni el-Muhtar li'l-Fetva*, 7. Baskı, Şamil Yayınevi, Çev: YENİÇERİ, Celal), İstanbul, 2016.

- ES-SÂBÛNÎ**, Muhammed Ali, *Safvetü't-Tefasir*, 7.Baskı, Ensar Neşriyat ,(çev: GÜMÜŞ, Sadreddin, YILMAZ, Nedim), İstanbul, 2018.
- ES-SERAHSÎ**, Şemsu'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed, *Mebisûl*, Gümüşev Yayınları, (Edit: AKŞİT, Mustafa Cevat), İstanbul, 2008.
- ERDOĞAN**, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 2012.
- ERENAY**, Şehbal, *Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Charlie Hebdo Karikatürleri ve Fikir Özgürlüğü*, s.3. <http://www.elmadaghukuk.com/tr/makeleler/31/avrupa-birligi-hukuku-cercevesinde-charlie-hebdo-karikaturleri-ve-fikir-ozgurlugu.html> . (erişim tarihi. 11. 03. 2018)
- ET-TİRMİZİ**, Muhammed ibn İsa, *Sünen-i Tirmizi Tercümesi*, Konya Kitapçılık, (Çev: PARLIYAN, Abdullah), İstanbul, 2007.
- GOOLAM**, Nazeem, “The Cartoon Controversy: a Note on Freedom of Expression, Hate Speech and Blasphemy”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2006, Vol. 39, No. 2, ss. 333-350.
- GÖKTEPE**, Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, sy.25, ss. 169-211.
- GÖKTEPE**, Hüseyin, *Dini Değerleri Aşağılama Suçu – İfade Özgürlüğü Geriliminde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kriterleri* (Yüksek Lisans Tezi), Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- GÜL**, Cengiz, **ÇAKAN**, Seher, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, 2018, c. 13, sy. 1, ss. 365-410.
- HALEBÎ**, İbrahim, (Şerh:Mehmed Mevkûfâtî), *Mültekâ-l-Ebhûr (Mevkufat)*, Sağlam Kitabevi, (sadeleştiren: DAVUDOĞLU, Ahmed), İstanbul, 1980.
- İBN-İ ABİDİN**, *Reddül-Muhtar*, c. 9, (çev: DAVUDOĞLU, Ahmed), İstanbul 1983.
- İBN TEYMEYİYYE**, Şeyhulislam, *es-Sârimu'l-Meslûl alâ Şâtimi'r-Rasûl, (Rasûlullah'a Hakâret Eden Kimsenin Hükmü)*, Neda Yayınları, (Çev: Halil İbrahim Turhan), İstanbul, 2018.
- İNCE**, İrfan, “Ridde” *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 35, İstanbul, 2008.
- LARKİN**, Felix M., “Free Speech and "Charlie Hebdo"”, *An Irish Quarterly Review*, 2016, Vol. 105, No. 418, ss. 192-198.
- KABAOĞLU**, İbrahim, Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, 11.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- KALABALIK**, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- KARAN**, Ulaş, “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*, (Edit: İNCEOĞLU, Yasemin), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.
- KAYA**, Yusuf, Enes, İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu, *İÜHFM*, 2016, c. LXXIV, s.2, ss. 549-571.
- KEMÂLÎ**, Muhammed Haşim, *İslâm'da İfade Hürriyeti*, İnsan Yayınları, (Çev: ŞEVİKER, Muhammed), İstanbul, 2000.

- KILAVUZ**, Mehmet Ferda, *1982 Anayasasında İfade Özgürlüğü ve Sınırlanması* (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2014.
- KORKMAZ**, Ömer, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KOYUNCU**, Nuran, *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Din ve Vicdan Hürriyetleri Bağlamında Mâbedlerinin Hukuki Statüsü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- KÖSE**, Saffet, *İslâm Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti*, 3. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2018.
- KÜÇÜK**, Şükür, *Nesih Bağlamında Din ve İfade Özgürlüğüyle İlgili Ayetlerin Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- KÜZECİ**, Elif, AİHS'in 10.maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, sy.71, ss. 174-199.
- MACİT**, İsmet, *Düşünce, İnanç ve İfade Özgürlüğü Kapsamında Mürtedin Yaşama Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2014.
- MERGINÂNÎ**, Şeyhü'l-İslâm Buhanüddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir, *Hanefiler İçin İslam Fıkhı El Hidaye Tercemesi*, Kahraman Yayınları, (Çev: MEYLÂNÎ, Ahmed), İstanbul, 2013.
- MEVDUDÎ**, Ebu'l A'lâ, *Fetvalar*, 2. Baskı, Düşün Yayıncılık, (Çev: OSMANOĞLU, Mahmud – CHOHAN, A. Hamdi), İstanbul, 2015, c. 2.
- MUTÇALI**, Serdar, *Arapça-Türkçe Sözlük*, Dağarcık Yayınevi, İstanbul, 1995.
- ORHAN**, Fatih, *İslâm Ceza Hukukunda İrtidad ve Temel İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Adana, 2014.
- ÖZ**, Mustafa, "Zındık", *TDV İslam Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 44, İstanbul, 2013.
- SİNANOĞLU**, Mustafa, "Küfür" *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 26, Ankara, 2002.
- ŞAFAK**, Ali, "Fısk", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 13, İstanbul, 1996.
- ŞAHİN**, Kemal, (2009), *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2009.
- TALAL ASAD**, "Freedom of Speech and Religious Limitations", *Rethinking Secularism*, Edit. Craig Calhoun, Mark Juergensmeyer, Jonathan VanAntwerpen, Oxford University Press, 2011.
- TANJU**, Erhan, *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- TANÖR**, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Basım, BDS Yayınları, İstanbul 1994.
- TEZCAN**, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR Oğuz, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- THOMPSON**, Simon, "Freedom of Expression and Hatred of Religion", *Ethnicities*, 2012, Vol. 12, No. 2, ss. 215-232.
- TOPÇUOĞLU**, Ali Aslan, Kur'an ve Sünnet'e Göre İfade Özgürlüğü ve Kutsal Değerlere Saygı, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sy.7, ss. 111-122.

- TRENCH**, Brian, “Charlie Hebdo”, Islamophobia and Freedoms of the Press”, *An Irish Quarterly Review*, 2016, Vol. 105, No. 418, ss. 183-191.
- YARDIM**, Müşerref, DALKILIÇ, Muhammed Mücahid, “Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü Tartışmaları Çerçevesinde İslamofobya: L’Express Dergisi Örneği”, *Medya ve Din Araştırmaları Dergisi*, 2018, c. 1, sy. 1, ss. 89-109.
- YAŞAR**, Mehmet Fatih, <http://www.hukukihaber.net/dine-hakaret-iceren-karikaturler-ifade-ozgurlugu-kapsaminda-degerlendirilebilir-mi-makale,3749.html> . (erişim tarihi 10. 09. 2019)
- YAVUZ**, Yavuz Şevki, “Fasık”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, c. 12, İstanbul, 1995.
- YILDIZ**, Abdulkadir, İfade Özgürlüğünün Sınırları Bağlamında Dine Hakaret, *Adalet ve Medeniyet Dergisi*, sy.1.
- YILDIZ**, Abdulkadir, *Uluslararası Standartlar Açısından Türk Anayasa Mahkemesi’nin Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Kararları*, (Uluslararası Standartlar), (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2015.
- YUSUFLİ**, Shahriyar, *Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- ZUHAYLİ**, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, Risale Yayınevi, İstanbul, 1994, c. 7.
- www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 10. 09. 2019)
- www.mevzuat.gov.tr (erişim tarihi: 10. 09. 2019)
- <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-75276%22%5D%7D> (erişim tarihi: 10. 09. 2019)

ÖZEL HUKUK

GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİ#

Abdurrahim ALTUN*

Öz

Günlük hayatta ticari ve ekonomik ihtiyaçlar, alacaklının ifayı beklemeden alacağını üçüncü kişilere devretmesini gerekli kılmış ve hukuk buna imkân tanımıştır. Bu imkân henüz doğmamış, gelecekte bir anda ortaya çıkacak alacakları da kapsar. Gelecekteki alacaklar kimi zaman bir borcun ifası için, kimi zaman bir borca teminat olmak üzere, bazen ise nakit ihtiyacını karşılamak için devredilir. Tek bir alacak devredilebileceği gibi gelecekteki alacakların tek tek belirtilmeksizin bir bütün hâlinde toptan devir adı verilen bir yöntemle devredilmeleri de mümkündür. Bu tarzda bir devir, kişilik haklarının hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırılması anlamına gelmiyorsa, aşırı yararlanma hâlini ortaya çıkarmıyorsa ve genel işlem koşulu niteliği taşımiyorsa geçerlidir. Kişilik haklarının hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde tahdit edilmemesi için gelecekteki alacakların toptan devri zaman ve konu bakımından sınırlandırılmalıdır. Aksi takdirde bu devir geçerli olmaz.

Anahtar Kelimeler: Gelecekteki alacaklar, alacağın devri, alacağın temliki, toptan devir, toptan devrin sınırı.

ASSIGNMENT OF DORMANT CLAIM

Abstract

The commercial and economic needs of daily life give the obligee the possibility to which assignment of claims it to stranger without waiting for the debt to be discharged. This possibility is also valid for dormant claims. They are conveyed for the discharge of debt or for the guaranty of a debt or for provide cash needs. It is often seen in the practice that dormant claims are alienated by global cession method, with this method the receivables are assigned as a whole without being specified individually. If personal rights are not limited in violation of the law and moral rules or if there is no lesion or standardized terms of contract, the global assignment applies. Global assignment should be limited in terms of time and subject as personal rights can not be restricted against law and moral rules. Otherwise assignment is not valid.

Keywords: Dormant claims, assignment of claims, transfer of claims, global assignment, limit of global assignment.

Editörler Kurulu'na Ulaştığı Tarih: 27.10.2019 Kabul Tarihi: 30.12.2019

* Araştırma Görevlisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, aaltun@erbakan.edu.tr, ORC ID:0000-0003-4623-805X

GİRİŞ

Toplumsal hayatın ortaya çıkardığı birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar, mevcut hukuki kurumların kapsamının genişlemesine ya da yeni hukuki müesseselerin meydana gelmesine yol açmaktadır. Alacağın devri ya da 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki ifadesiyle alacağın temliki, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkan hukuki müesseselerden biridir. Nitekim, Roma Hukuku'nun ilk zamanlarında borcun, borçlunun şahsıyla sıkı bir ilişki hâlinde olduğu kabul edilmiş, dolayısıyla borçlunun şahsından soyutlanmış bir borcun varlığı kabul edilmemiştir. Keza alacak için de aynı durum geçerlidir. Bunun en tabii sonucu ise şahsa bağlı bir hak olan ve malvarlığı hakları arasında değerlendirilmeyen alacakların üçüncü kişilere hiçbir surette intikal edememesi olmuştur¹. Zamanla ticaretin gelişmesiyle alacak hakkının öneminin artması, kavramın gelişmesine zemin hazırlamış, alacak ve borç kavramı bir nebze de olsa kişilerin şahsından ayrılmış ve alacağın intikali, mirasçılar açısından çeşitli prosedürlerle mümkün hâle getirilmiştir². Fakat bu durumda dahi alacağın üçüncü bir kişiye devredilmesi hususuna temkinli yaklaşılmıştır. Oysa daha bu dönemde alacağın üçüncü kişilere temlik edilmesi bir ihtiyaç olarak kendini göstermiş, bu gereksinim ise alacağın temliki ile benzer sonuçlar doğuran farklı hukuki kurumlara başvurulmasına sebep olmuştur. Alacağın devri sonucunu elde etmek için başvuru yöntemleri, yenileme ve temsilci yararına temsil yetkisi verilmesidir³. Bu yöntemlerin uhdesinde barındırdığı dezavantajlar zamanla alacağın temliki müessesesinin benimsenmesine yol açmıştır⁴.

Günümüzde kişileri alacağın temliki kurumuna başvurmaya sevk eden temel sebeplerin; bir borcun ifa edilmesi, nakit ihtiyacının karşılanması, alacakların yönetimi, alacakların tahsil edilememesi riskinden kurtulmak isteme ve bankadan temin edilen krediye teminat gösterme ihtiyacı olduğu söylenebilir⁵. Bankadan temin edilen kredinin teminatını teşkil etmesi⁶ veya nakit ihtiyacının karşılanması⁷ için mevcut ve gelecekteki alacakların toptan temlik edilmesi uygulamada sıkça görülen bir durumdur. Fakat, kanunlar bu konuda temlik sözleşmesinin taraflarına sınırsız bir özgürlük tanımaz. Gelecekteki alacakların toptan devri, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını tayin eden TBK m. 26, 27 ve TMK m. 23/II hükümlerine aykırılık teşkil etmemeli, aşırı yararlanma hâli (TBK m. 28) meydana getirmemelidir. Ayrıca kredi sözleşmelerinde yer alan, gelecekteki alacakların toptan devredildiğine ilişkin kayıtlar genel işlem koşulu denetimine (TBK m. 20 vd.) tabi tutulmalıdır⁸.

¹ **DAYINLARLI**, Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 2008, 3. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, s. 7; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 2017, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, N. 1657; **ÖZ**, Turgut, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt 1*, 2018, Vedat Kitapçılık, İstanbul, m. 183, N. 1; **ÜÇER**, Mehmet, Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, Y. 2005, s. 400.

² **DAYINLARLI**, s. 8-9.

³ **ÖZ**, m. 183, N. 1; **OĞUZMAN/ÖZ**, 2017, N. 1657; **ÜÇER**, s. 401; **DAYINLARLI**, s. 10.

⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, 2017, N. 1658; **ÜÇER**, s. 404-405.

⁵ **ARIKAN**, Mustafa, Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, Y. 2013, s. 130; **OĞUZMAN/ÖZ**, 2017, N. 1656, **DAYINLARLI**, s. 1; Bu amaçların bir kısmı alacağın temlikinin özel bir görünümü olan factoring ile sağlanmaktadır. bkz. **KOCAMAN**, Arif B., *Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi)*, 1994, Türkiye Bankalar Birliği, s. 10 vd.

⁶ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 266.

⁷ **KOCAMAN**, 1994, s. 5.

⁸ Yeri gelmişken ifade edilmelidir ki; bu sınırlandırmalar, toptan temlik işlemi bankadan temin edilen krediye teminat teşkil ettiği takdirde söz konusu olur. Nakit ihtiyacının karşılanması için factoring işlemine başvuru hâllerinde, mevcut veya gelecekteki alacakların toptan devrine karşılık factoring şirketi peşin para öder. Bu paranın

I. Alacağın Devri Kavramı

A. Kavram

Alacağın devri kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda borç ilişkilerinde taraf değişikliği hâllerinden biri olarak 183 ila 194. maddelerde düzenlenmiştir. TBK m. 183/I'de alacaklının kanun, sözleşme ya da işin niteliği gereği bir engelle karşılaşmadığı takdirde borçlunun rızasına gerek olmaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebileceği hükme bağlanmıştır. Alacağın devri, borçlunun rızasına gerek olmaksızın alacağın sözleşme ile devredilmesidir⁹. Bununla birlikte TBK m. 185 hükmüyle devrin kanun ya da bir mahkeme kararıyla da gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Bu sebeple konu doktrinde iradi devir, kanuni devir ve yargısal devir biçiminde tasnif edilerek incelenmekte olup¹⁰; aşağıda yalnız iradi devir ele alınmaktadır.

Alacağın devri; devreden, devralan ve borçludan müteşekkil üçlü bir hukuki ilişkidir¹¹. Bu hukuki ilişkide alacaklı asıl borç ilişkisinden doğan alacağını devir sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye devreder; bu vesileyle alacaklı devreden (temlik eden), üçüncü kişi devralan (temellük eden), borçlu ise devredilen borcun borçlusu sıfatını kazanır¹². Özetle alacağın devrinde, bir yanda alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisi bulunurken, diğer yanda devreden ve devralan arasında bir devir sözleşmesi yer alır ki; bu devir sözleşmesiyle devralan, borçludan alacağın ifasını talep etme hakkını kazanır.

Alacağın devri sözleşmesiyle birlikte sadece devre konu olan alacaklar, devreden malvarlığı değerleri arasından devralanın malvarlığı değerlerine intikal eder; borç ilişkisinin tamamının devri söz konusu olmaz. Asıl borç ilişkisinden doğan ve bu ilişkinin taraflarına ait olan dönme, fesih ve

değeri temlik edilen alacakların %80-90'ı oranında olmaktadır. bkz. **KOCAMAN**, 1994, s. 5; Dolayısıyla factoring işleminde aşağıda kapsamlı bir şekilde ele alınan TMK m. 23/II anlamında ekonomik özgürlüğün aşırı ölçüde sınırlandırılmasıyla karşılaşılma olasılığının düşük olduğu söylenebilir. Fakat, factoring şirketinin ödediği bedel, yukarıda belirtilen oranlardan daha düşükse somut olayın aşırı yararlanma meydana getirip getirmediği denetlenebilir.

⁹ **EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2018, 23. Bası, Yekin Yayıncılık, Ankara, s. 1252; **KOCAMAN**, Arif B., *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu*, 1992, 2. Bası, Attila Kitabevi, Ankara, s. 6; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1993, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 240-241; **HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2015, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, § 41, N. 1; **SCHWENZER**, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2016, 7. Auflage, Bern, N. 90.02.

¹⁰ **TUNÇOMAĞ**, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt*, 1976, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, s. 1076 vd.; **ERDOĞAN**, İhsan, Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan*, 1991, Konya, s. 483-484; **ARIKAN**, s. 132 vd.; **EREN**, s. 1253 vd.; **İNAN**, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1984, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, s. 382 vd.; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, 1977, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 616 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, 2017, N. 1660.

¹¹ **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2015, 19. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, s. 807; **DALCI**, Nurcihan, Müstakbel Alacakların Toptan Devri, *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan Cilt: I*, 2013, Ankara, s. 749; **ARIKAN**, s. 129.

¹² **ARAL**, Fahrettin, Topyekün Temlik, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42, S. 1-4, Y. 1991-1992, s. 93; **EREN**, s. 1252; **SCHWENZER**, N. 90.02; **von TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Band*, 1974, 3. Auflage, Zürich, s. 330; **FURRER**, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Markus, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2018, 3. Auflage, Basel, 23. Kapitel, N. 3; **REETZ**, Peter/**BURRI**, Christof, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2016, 3. Auflage, Art. 164, N. 1.

iptal gibi yenilik doğuran haklar ile def'iler alacağın devri sözleşmesiyle devralana geçmez¹³. Alacağın devrine konu olan alacağın kaynağı önemli değildir. Sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekaletsiz iş görmeden doğan alacakların devri mümkündür, yeter ki bir alacak mevcut olsun¹⁴. Bu bağlamda alacağın ihtilafli olması, süreye bağlı olması, dava konusu yapılmış olması veya gelecekte doğacak olması söz konusu alacağın devrine engel değildir¹⁵.

TBK m. 184 ile alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılma şartına tâbi tutulmuştur. Söz konusu şekil kanuni geçerlilik şeklindedir¹⁶. Bunun yanında söz konusu sözleşmenin, TBK m. 27'de yer alan emredici hüküm gereğince kanunun emredici kurallarına ve kamu düzenine uygun olması; kişilik haklarını ihlal etmemesi ve konusunun imkânsız olmaması gerekir¹⁷. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir diğer husus da irade bozuklukları ve muvazaadır. Ayrıca TBK m. 183/I'e göre kanun, sözleşme ya da işin niteliği gereği bazı alacakların devri mümkün değildir. Bunlar daha sonra ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.

B. Hukuki Nitelik

Alacağın devri, hukuki niteliği itibarı ile bir tasarruf işlemidir¹⁸. İlk olarak alacağın devri bir sözleşmedir. Alacaklı, tek taraflı olarak alacağını üçüncü bir kişiye devredemez; bunun için devralanla bir sözleşme yapmalıdır¹⁹. Bu sözleşmenin yapılabilmesi için borçlunun onayının alınması şart değildir²⁰. Alacağın devri sözleşmesinin yapılmasıyla devreden malvarlığındaki alacak, devralanın malvarlığına geçer. Dolayısıyla alacağın devri sözleşmesi borç doğuran bir sözleşme olmayıp tasarruf işlemidir. Çünkü alacağın devri sözleşmesi ile alacağın ait olduğu malvarlığı değişmekte, sözleşme alacak hakkına doğrudan etki etmektedir²¹. Alacağın devri sözleşmesi bir

¹³ TUNÇOMAĞ, s. 1075; FRANKO, Nisim, Alacağın Temliki, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1-2, Y. 1994, s. 178; EREN, s. 1253; İNAN, s. 382; Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, s. 486; DAYINLARLI, s. 61-62; Buna karşılık borçlunun onayı ile asıl borç ilişkisinin bütünüdür devri mümkündür. Bu hâlde hukuki işlemin niteliği değişir ve borç ilişkisinin devri söz konusu olur.

¹⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 16; AYDINCIK, Şirin, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIV, S. 1, Y. 2006, s. 156; von TUHR/ESCHER, s. 343; EREN, s. 1263; ERDOĞAN, s. 486; DAYINLARLI, s. 57 vd.; İNAN, s. 385; REETZ/BURRI, Art. 164, N. 4; FURRER/MÜLLER-CHEN, 23. Kapitel, N. 21; FEYZİOĞLU, 1977, s. 629.

¹⁵ ERDOĞAN, s. 486; DAYINLARLI, s. 57 vd.; EREN, s. 1263.

¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1692; ERDOĞAN, s. 488; ARIKAN, s. 139; ÖZ, m. 184, N. 1; EREN, s. 1263; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 242.

¹⁷ DAYINLARLI, s. 60; KILIÇOĞLU, s. 811.

¹⁸ ARAL, s. 93; KILIÇOĞLU, s. 810; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1665; EREN, s. 1256; FURRER/MÜLLER-CHEN, 23. Kapitel, N. 5; KOLLER, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeine Teil*, 2017, 4. Auflage, Bern, N. 84.02; REETZ/BURRI, Art. 164, N. 1.

¹⁹ ARAL, s. 93; ARIKAN, s. 134; SAYMEN, Ferit H., *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I Umumi Hükümler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1950, İstanbul, s. 237; TUNÇOMAĞ, s. 1086; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1666; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 8; KILIÇOĞLU, s. 810.

²⁰ SAYMEN, s. 237; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1666; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 8; EREN, s. 1257; ARIKAN, s. 134-135; FRANKO, s. 179.

²¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 9; TUNÇOMAĞ, s. 1090; FRANKO, s. 178-179; von TUHR/ESCHER, s. 330; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1667; SAYMEN, s. 238; EREN, s. 1256.

tasarruf işlemi olduğu için alacağı devreden kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir²². Müflis alacaklının iflas masasına kayıtlı alacakları tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle devredilemez²³.

Bu tespitlerden sonra üzerinde durulması gereken bir diğer husus da alacağın devri sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığı sorunudur. Öğretide bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Alacağın devrinde soyutluk ilkesini benimseyen görüşe göre, alacağın devri sözleşmesi ile devredilen alacağın kaynağını teşkil eden asıl borç ilişkisi şu veya bu sebeple geçersiz olsa dahi, alacağın devri sözleşmesi geçerliliğini korur²⁴. Yine bu görüş taraftarları alacağın devrinde soyutluk ilkesinin benimsenmesi hâlinde hukuki güven ve istikrar açısından da isabetli sonuçlar elde edileceğini savunmaktadır²⁵. Buna karşılık diğer görüşe mensup olanlar alacağın devrinin sebebe bağlı olduğunu, bu sebeple asıl borç ilişkisindeki sakatlığın alacağın devrini etkileyeceğini ileri sürmektedir²⁶. Türk Hukukunda kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu m. 1024 ve m. 1025 ile taşınmaz mülkiyetinin devrini sebebe bağlı bir işlem olarak düzenlemiştir. Taşınırlar açısından ise kanunda herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte doktrindeki baskın görüşe göre taşınır mülkiyetinin devri de sebebe bağlı bir işlemdir²⁷. Alacağın devrinde soyutluk ilkesini benimseyenler, soyutluğun işlerde güven ve istikrarı sağlayacağını ileri sürmektedir. Sebebe bağlılık sisteminde

²² İNAN, s. 388; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 9; SAYMEN, s. 238; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1687; ARAL, s. 94; KILIÇOĞLU, s. 810; TUNÇOMAĞ, s. 1093; EREN, s. 1256; FRANKO, s. 179; von TUHR/ESCHER, s. 331; KOLLER, N. 84.17.

²³ FRANKO, s. 179; SAYMEN, s. 238.

²⁴ SAYMEN, s. 239; TUNÇOMAĞ, s. 1091; ÖZ, m. 183, N. 20; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1668 vd.; FRANKO, s. 179; von TUHR/ESCHER, s. 333; Alman hukukunda temlik sözleşmesi bir tasarruf işlemidir ve bu sebeple alacağın devrinde soyutluk ilkesi geçerlidir. bkz. LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1987, 14. Auflage, München, § 34, s. 579; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2016, 75. Auflage, München, §398, N. 2; İsviçre öğretisinde baskın görüşe göre alacağın devrinde soyutluk ilkesi geçerlidir. Bu niteliğiyle alacağın devri, taşınmaz mülkiyetinin devrinden farklı bir özellik sergiler. Nitekim, taşınmaz mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir; temeldeki işlemin geçersizliği tasarruf işlemi de geçersiz kılar. Bu durum taşınmazın malikine istihkak davası açma hakkı verir. Alacağın devrinde ise taahhüt işlemi geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz olsa dahi tasarruf işlemi geçerliliğini korur. Bu durumda ise alacağı devreden sebepsiz zenginleşmeye dayanarak alacağın kendine devredilmesini; şayet borçlu borcunu, alacağı devralana ifa etmiş ya da devralan, alacağı bir başkasına devretmişse ikame değeri talep etme imkanına sahiptir. İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli kararlarında alacağın devrinde soyutluk ilkesini benimsemesine rağmen yakın tarihli kararlarında bu husus açıklığa kavuşturulmamıştır. bkz. FURRER/MÜLLER-CHEN, 23. Kapitel, N. 10; REETZ/BURRI, Art. 164, N. 3; Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre; "Alacağın temlik edildiği, davalı olan borçlu idareye bildirilmiştir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğun, Borçlar Kanununun 162 ve sonra gelen hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Temlik borç doğuran bir akit değil, alacağı başkasına geçiren mücerret hukuki bir tasarruftur." Y13HD, 16.02.1976 T., 1975/1212 E., 1976/1049 K.; Yakın tarihli bir karara göre; "Alacağın devri sözleşmesi (akdi temlik), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 183 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, alacaklının bir borç ilişkisinde borçlunun rızasına gerek duymaksızın, alacağını tasarrufî ve soyut bir işlemle üçüncü bir şahsa devretmesine imkân sağlayan yazılı şekle bağlı bir sözleşmedir." Y13HD, 21.01.2019 T., 2016/13491 E., 2019/392 K. (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 22.10.2019); Bu görüşü benimseyenler, hiçbir tasarrufî işlemin sebebe bağlı olmadığını dolayısıyla alacağın devrinin de soyut bir işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

²⁵ ARIKAN, s. 135-136; EREN, s. 1259.

²⁶ ARAL, s. 94; KOLLER, N. 84.22; EREN, s. 1259; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241-242; DAYINLARLI, s. 99.

²⁷ DAYINLARLI, s. 99-100; EREN, s. 186 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt-I*, 2017, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, § 11, N. 57.

iyiniyet, soyutluk sisteminde güven ilkesiyle benzer sonuçlar doğurabilir²⁸. Türk hukukunda genel olarak sebebe bağlılık ilkesi benimsenmişken alacağın devrinin soyut olduğu düşüncesini izah etmek oldukça güçtür²⁹.

II. Gelecekteki Alacakların Devri

A. Kavram

Devredildiği sırada var olmayan ancak ileride doğması beklenen alacağa gelecekteki alacak denir³⁰. Gelecekteki alacaklar; devir anında var olan bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklar ve devir anında hukuki temeli mevcut olmayan alacaklar şeklide ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmaktadır. Mevcut bir kira sözleşmesinden gelecekte doğacak kira alacakları birinci durumun, halihazırda kiralanmamış bir taşınmazın ileride kiraya verilmesinden doğacak alacaklar ise ikinci durumun örneğini teşkil eder³¹. Devir anında hukuki temeli bulunmayan alacakların devre konu olup olamayacağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte baskın olan görüş bu tip alacakların devredilebileceği kanaatindedir³². Alacağın devrinin tasarruf işlemi niteliği taşıması ve tasarrufa konu edilen alacak hakkının henüz mevcut olmaması bu görüş taraftarlarını istisnai bir çözüme sevk

²⁸ EREN, s. 1259-1260.

²⁹ EREN, s. 1259-1260; DAYINLARLI, s. 100; ARIKAN, s. 137 vd.

³⁰ EREN, s. 1263; Yargıtay'a göre "Kural olarak iki kişi arasında mevcut olan bir hukuki ilişkiye (temele) dayanan, henüz doğmamış olmakla birlikte ileride doğması muhtemel bulunan alacaklara müstakbel alacak denir." Y12HD, 02.06.2014 T., 2014/14023 E., 2014/15731 K.; Y12HD, 07.06.2018 T., 2018/2854 E., 2018/6065 K. (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 22.10.2019).

³¹ ARAL, s. 107; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 285; von TUHR/ESCHER, s. 348-349; DALCI, s. 752-753; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 248; AYDINCIK, s. 158; ENGİN, Baki İlkay, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 2002, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 27; Yalnız birinci grupta yer alan alacakların devredilebileceğine ilişkin bkz. KOLLER, N. 84.200; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1701 vd.; Öğretideki bir görüşe göre, birinci gruptaki alacakların devrinde, devir anında vadesi gelmemiş de olsa devreden, tasarrufta bulunabileceği bir alacağa sahiptir. Çekişmeli alacaklar ile şarta bağlı alacaklar da bu kapsamdadır. Buna karşılık şarta bağlı alacaklarda şart gerçekleşene kadar beklenen bir hak söz konusu olur ve devredilen de bu beklenen haktır. Bu alacakların devredilmesiyle birlikte artık devreden başka bir işlem yapmasına gerek yoktur. Geciktirici şarta bağlı alacaklarda şartın gerçekleşmesiyle, çekişmeli alacaklarda ise çekişmenin ortadan kaldırılmasıyla alacağın devrinin hüküm ve sonuçları doğar. İkinci gruptaki alacakların devrinde ise, devir anında bir alacak, hukuki durum ya da beklenen hak mevcut değildir. Öğretideki baskın görüşe göre bu tür alacaklar devre konu olabilir. Bu durumda, örneğin henüz kurulmamış bir kira sözleşmesinden doğacak alacakların devrinde, devrin hükümlerini doğurabilmesi kira sözleşmesinin gelecekte kurulmasına bağlıdır. Bu örnekte devir, geciktirici bir şarta bağlanmıştır ki, bu şart da gelecekte kira sözleşmesinin yapılmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 248-249; Yargıtay'a göre, "Alacağın temlikinde alacaklı, halen sahip olduğu bir hakkını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan, müstakbel bir alacağını da devredebilir." bkz. Y13 HD, 09.04.2014 T., 2013/30306 E., 2014/10819 K.; Y13HD, 21.01.2019 T., 2016/13491 E., 2019/392 K. (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 22.10.2019); Öğretideki başka bir görüşe göre, gelecekteki alacaklar yine ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu tasnifte vadeye bağlanmış alacaklar, diğer bir ifadeyle gelecekte meydana geleceği kesin olan bir olaya bağlı alacaklar, gelecekteki alacakların ilk türünü teşkil eder. Gelecekteki alacakların ikinci türü ise doğması muhtemel olan alacaklardır. Bunlar; geciktirici şarta bağlı alacaklar, kanuni şarta bağlı alacaklar ve hiçbir hukuki temeli olmamakla birlikte gelecekte doğacağına ilişkin işaretler bulunan alacaklardır. Detaylı bilgi için bkz. SİRMEN, Lale, *Alacak Rehni*, 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 14-15.

³² GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/SCHNYDER, Anton K./DRUEY, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 2000, 9. Auflage, Zürich, §34, N. 20; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 13; TUNÇOMAĞ, s. 1082; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 285.

etmiştir³³. Mevcut olmayan bir alacak hakkı üzerinde tasarruf etme imkânı tanıyan ve önceden tasarruf denen bu çözüme göre, gelecekteki alacakların devrinde alacağın devri sözleşmesinin yapılma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an birbirinden farklıdır³⁴. Buna göre, gelecekteki alacaklar üzerinde yapılan önceden tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları alacağın doğmasıyla ortaya çıkar³⁵.

Geciktirici koşula bağlı alacaklar ile geciktirici süreye bağlanmış alacakların gelecekteki alacak niteliği taşıyıp taşımadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki görüşlerden birine göre, doğuş şartlarının bütününe sahip olmayan alacaklar gelecekteki alacak sayılır; bu sebeple geciktirici koşula bağlı alacaklar ile geciktirici süreye bağlanmış alacaklar gelecekteki alacak olarak değerlendirilmelidir³⁶. Öğretideki diğer görüşe göre geciktirici şarta bağlı alacaklar ile geciktirici süreye bağlanmış alacaklar gelecekteki alacaklardan olmayıp, mevcut alacak olarak kabul edilmelidir. Bu görüşün dayanak noktası ise TBK m. 582/I'de (OR Art. 492/II) gelecekteki alacaklar ile koşula bağlı borçların karşı karşıya konulduğu düşüncesidir³⁷. Diğer bir görüş³⁸ ise geciktirici şarta bağlı alacaklar ile geciktirici süreye bağlanan alacakların ne mevcut ne de gelecekteki alacaklar kapsamında değerlendirilemeyeceğini, bunların ayrı bir kategoride yer alması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre; geciktirici şarta bağlı alacak ile gelecekteki alacaklar yapı itibarı ile birbirinden ayrılır. Geciktirici şarta bağlı bir alacağın doğumu, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan bir olaya bağlıdır. Taraflar alacağın doğumu için geciktirici bir şart belirleyerek, esasında bu alacağın doğumu için kanunen gerekli olmayan bir olayı, alacağın doğması için gerekli hâle getirmektedir. Gelecekteki alacaklarda ise alacağın doğması, kanunun aradığı bir olgunun gerçekleşmesine bağlıdır. Geciktirici süreye bağlanmış alacaklar için de aynı açıklamalar geçerli olmakla birlikte, geciktirici süreye bağlanmış alacakların geciktirici şarttan ayrıldığı tek nokta, alacağın doğmasını sağlayacak olayın gelecekte kesin bir biçimde gerçekleşecek olmasıdır. Ayrıca geciktirici şartta ve geciktirici sürede alacağın gelecekte doğacak olması taraflarca belirlenirken, gelecekteki alacaklarda bu husus kanundan kaynaklanır.

B. Kapsamına Göre Gelecekteki Alacakların Devir Biçimleri

1. Münferit Devir

Münferit devir, mevcut ya da gelecekteki alacakların tek tek belirlenerek devredilmesidir. Bu tip devirde her bir alacak ayrı bir devir işleminin konusunu teşkil eder³⁹. Münferit devrin en önemli örnekleri şunlardır: Bir ticari kredinin teminatı olan alacağın devredilmesi, ücretin devri, finansal kiralama sözleşmesinde kiralananın mülkiyetinin kiracıya devredilmesi için ödenmesi gereken ücretin temlik⁴⁰ ve mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışı yapılan bir şeyin işlenerek yeni bir şey hâline

³³ ARAL, s. 116.

³⁴ von TUHR/ESCHER, s. 349.

³⁵ von TUHR/ESCHER, s. 349; ENGİN, s. 28; ARAL, s. 116.

³⁶ bkz. ARAL, s. 107.

³⁷ bkz. ARAL, s. 108.

³⁸ ARAL, s. 108.

³⁹ ARAL, s. 96; ŞAFAK, Ali, *Teminat Amaçlı Alacağın Temlik*, 2011, 1. Bası, Legal Kitabevi, İstanbul, s. 88; AYDINCIK, s. 146; Münferit devrin uygulamada görünüm biçimleri için bkz. ZOBL, Dieter/THURNHERR, Christoph, *Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, BK-Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/1, 2010, 3. Auflage., N. 1690.

⁴⁰ ZOBL/THURNHERR, N. 1694; Finansal kiralama bir yatırım malı, mülkiyeti leasing şirketinde kalacak şekilde, belirlenen kira karşılığında ve süresince kiracının kullanımına sunulur. Finansal kiralama sözleşmesinin sonunda ya da sözleşme sona ermeden önceki bir zamanda kiracı, kira konusunu rayiç bedelinin altından satın

getirilmesi ve bu hâliyle üçüncü bir kişiye satılması durumunda elde edilecek kazancın ilk alıcıya temlik edilmesi⁴¹.

2. Çerçeve Devir

Manto temlik ismi de verilen bu devir türünde devreden, bankadan çektiği kredi tutarınca, kredinin teminatını teşkil etmesi için cari alacaklarını devretmeyi taahhüt eder⁴². Bu sebeple çerçeve devir niteliği itibariyle tasarruf işlemi olmayıp, taahhüt işlemidir (temlik taahhüdü)⁴³. Uygulamada genellikle bu taahhüt işleminin ifası, devreden, bankayla anlaşmaları çerçevesinde bankaya detaylı borçlu listesi ya da hesap örnekleri göndermesiyle gerçekleşir. Bu borçlu listesi ya da hesap örneklerinin, borçluya ait imzalı devir beyanını ihtiva etmesi zaruridir⁴⁴.

3. Toptan Devir

Alacağın toptan devri, alacaklının mevcut veya gelecekteki alacaklarını tek tek belirtmeksizin bir bütün hâlinde üçüncü kişiye devretmesidir⁴⁵. Alacağın toptan devrinin uygulama alanlarından birisi factoring işlemleridir. Factoring işleminde müşteri, mevcut veya gelecekteki alacaklarını toptan factoring şirketine devreder⁴⁶. Bunun dışında alacağın toptan devrine kredi teminatı maksadıyla başvurulmaktadır⁴⁷. Uygulamada alacağın toptan devri daha çok bankaların hazırladığı kredi sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu sözleşme, teminat anlaşması ile devir işlemini içerir. Alacağın toptan devri, devreden bu sözleşmeye taraf olmasıyla gerçekleşir⁴⁸.

Alacağın toptan devri sözleşme serbestisi gereğince geçerlidir; fakat bunun birtakım sınırları vardır. İlk olarak alacağın toptan devredilmesi kişinin ekonomik anlamda mahvına sebep olabilir. Bu

alma imkânına sahiptir. bkz. <https://www.geld.de/kredite/lexikon/restkaufpreis/> İşte temlike konu olan ücret bu bedeldir.

⁴¹ **ZOBL/THURNHERR**, N. 1691 vd.

⁴² Bu devir türüne İsviçre uygulamasında kayda değer biçimde başvurulmamaktadır. Nitekim bankalar, kendileri için ekonomik anlamda daha güçlü bir hukuki durum yarattığı için çerçeve devir yerine toptan devir imkanını tercih etmektedir. bkz. **ZOBL/THURNHERR**, N. 1688.

⁴³ **ZOBL/THURNHERR**, N. 1688; **ARAL**, s. 97.

⁴⁴ **ZOBL/THURNHERR**, N. 1688; **ARAL**, s. 97; Devir sözü verme, çerçeve devrin uygulanma şekillerinden biridir. Bununla kredi borçlusu, belirlenen alacaklardan doğacak taleplerini bankaya devretmeyi borçlanır. Devir sözü ver-me, bankanın, devreden borçlularının varlığı hakkında kısa sürede kapsamlı bir inceleme yapma imkanının bulunması hâlinde kabul edilebilir; bankanın kredi borçlusunun defterlerini her zaman inceleme yetkisini saklı tutması bunun gerçekleşmesine olanak sağlayabilir. Bu konuda bkz. **ZOBL/THURNHERR**, N. 1689.

⁴⁵ **ARAL**, s. 98-99; **KOLLER**, N. 84.79; **SCHWENZER**, N. 90.30; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 48; **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 287; **DALCI**, s. 750-751; **ZOBL/THURNHERR**, N. 1659; **AYDINCIK**, s. 146; Alacağın toptan devri bu özelliği gereği alacak rehninden ayrılır. Nitekim malvarlığındaki alacakların bir bütün hâlinde rehn edilmesi mümkün değildir. Bir alacağın teminatı için birden fazla alacak üzerinde rehin kurmak mümkündür; fakat bu durumda her alacak için ayrı ayrı rehin kurulması gerekir. bkz. **SİRMEN**, 1990, s. 18.

⁴⁶ **KOCAMAN**, 1994, s. 5; **SCHWENZER**, N. 90.30; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 48.

⁴⁷ **ARAL**, 95; **SCHWENZER**, N. 90.30; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 48; Teminat amaçlı alacak devrinin ortaya çıkışı ile ilgili bkz. **ÖZSUNAY**, Ergun, *İnançlı Muameleler*, 1968, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 36 vd.; **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 265 vd.; Alacağın teminat amacıyla devrinin alacak rehninden, ifa yerine ve ifa uğruna devirden farkları için bkz. **AYDINCIK**, s. 148 vd.; **ÖZDEMİR**, Türkay, *İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri, Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt II*, 2003, Beta Yayınları, İstanbul, s. 692 vd.

⁴⁸ **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 287; **ARAL**, s. 99.

durumda alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği TMK m. 23/II ve TBK m. 26, 27'de yer alan esaslara göre belirlenir⁴⁹. Bununla birlikte alacağın toptan devrinde incelenmesi gereken diğer hususlar; toptan devrin TBK m. 28 bağlamında aşırı yararlanma teşkil edip etmediği⁵⁰ ve standart sözleşmedeki hükümlerin TBK m. 20 vd. kapsamında genel işlem koşulları ile ilişkisidir. Bu hususlara aşağıda daha detaylı bir şekilde temas edilmiştir.

C. Gelecekteki Alacakların Belirliliği Problemi

Gelecekteki alacakların devredilebilmesi için alacağın miktarı, hukuki sebebi ve son olarak da alacağın borçlusunun şahsı bakımından belirli ya da belirlenebilir olması gerekir⁵¹. Alacağın ne zaman belirli ya da belirlenebilir olması gerektiğine ilişkin ise öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır⁵². İsviçre Federal Mahkemesi⁵³ ve öğretideki baskın olan görüşe göre, alacağın doğduğu anda belirlenebilir olması yeterlidir⁵⁴.

İsviçre öğretisinde azınlık görüş ise taahhüt ve tasarruf işlemleri arasındaki farktan yola çıkarak baskın görüşe itiraz etmektedir⁵⁵. Buna göre, devredilen alacağın, taahhüt işleminin yapıldığı anda belirli olması gerekir; tasarruf işlemi esnasında belirli olması yeterli değildir. Bunun yanında, devredilen alacağın gelecekte doğduğu anda belirli olması yeterli değildir; alacağın devredildiği anda belirli olması gerekir⁵⁶. Devir, tasarruf konusu tam olarak belirlenebiliyorsa geçerlidir. Bu görüş taraftarları, düşüncelerini desteklemek için Eşya Hukukuna ait olan belirlilik prensibine başvurmakta, eşya hukukunda aynı hakların ancak bir eşya üzerinde kurulabileceğini, aynı haklar üzerinde değişiklik meydana getiren tasarruf işlemlerinde işlem konusunun belirli olması gerektiğini ve bu ilkenin alacağın devrinde de kabul edileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla henüz mevcut olmayan alacakların devri, bunların devir anında belirli olması şartıyla geçerli olur; sadece devredilen alacağın meydana geldiği anda belirli olması yeterli değildir⁵⁷. Bu görüş taraftarları bu sebeplerle Federal Mahkemenin ve baskın görüşün benimsediği bu çözüm yolunun, kanunda açıkça öngörülen taahhüt işlemi-tasarruf işlemi ayırımına aykırı olduğunu ifade etmektedir⁵⁸.

⁴⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 287; ARAL, s. 123-124; AYDINCIK, s. 146-147; ŞAFAK, s. 89.

⁵⁰ ŞAFAK, s. 89; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 289; AYDINCIK, s. 147.

⁵¹ ARAL, s. 109; REETZ/BURRI, Art. 164, N. 8; FURRER/MÜLLER-CHEN, 23. Kapitel, N. 41; BUCHER, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 1979, Zürich, § 31/II, s. 490; İsviçre Federal Mahkemesi'nin gelecekteki alacakların belirli olması gerektiği, devredenin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu ya da sahip olabileceği bütün alacakların devredilemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır. (BGE 69 II 286, 84 II 366/67). bkz. GUHL/KOLLER, § 34, N. 20.

⁵² ARAL, s. 109 vd.; ZOBL/THURNHERR, N. 1671a; FURRER/MÜLLER-CHEN, 23. Kapitel, N. 39.

⁵³ BGE 113 II 163, 113 II 166.

⁵⁴ ZOBL/THURNHERR, N. 1671a; SCHWENZER, N. 90.28; ARAL, s. 109; bkz. ENGİN, s. 28; ŞAFAK, s. 100.

⁵⁵ BUCHER, § 31/II, s. 490 vd.

⁵⁶ BUCHER, § 31/II, s. 491; bkz. KOCAMAN, Arif B., *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, 1992, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Kısaltılmış: KOCAMAN, Hukuki Nitelik), s. 123, dn. 315; bkz. ARAL, s. 110; bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 286; bkz. ZOBL/THURNHERR, N. 1672; bkz. WIEGAND, Wolfgang, *Kreditsicherung und Rechtsdogmatik*, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentagen., 1979, s. 287; bkz. KOLLER, N. 84.201.

⁵⁷ BUCHER, s. 491; bkz. ARAL, s. 110; bkz. ZOBL/THURNHERR, N. 1672; bkz. KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 124, dn. 315; bkz. WIEGAND, s. 287-288; FURRER/MÜLLER-CHEN, 23. Kapitel, N. 42; bkz. SCHWENZER, N. 90.29.

⁵⁸ bkz. ARAL, s. 110.

Federal Mahkeme, karşıt görüşün dile getirdiği bu hususların, uygulamada görülen alacağın toptan devri hâlleriyle bağdaşmayacağını; bu sebeple alacağın belirlenmesi için gerekli olan esaslı unsurlardan birinin eksik olması hâlinde alacağın devrinin geçerli olacağını ifade etmektedir⁵⁹.

Eşya Hukukuna ait belirlilik ilkesine göre aynı hakkın konusunu sınırları belirli, mevcut ve ferden tayin edilmiş şeyler oluşturur⁶⁰; toplu hâlde bulunan ve bir eşya birliği oluşturan şeyler üzerinde tek bir aynı hak tesis edilemez⁶¹. Eşya birliğine dahil olan şeylerin bütününe kapsayacak şekilde bir borçlandırıcı işlem yapılabilir; fakat bu durumda tasarruf işleminin eşya birliğini oluşturan şeyler için teker teker yapılması gerekir⁶².

Aleniyet ilkesi ise aynı hakların bütün üçüncü kişiler tarafından görülebilecek bir biçimde dış dünyaya açıklanmasıdır. Aynı haklar, mutlak ve herkese karşı ileri sürülebilir, herkes aynı hak sahibinin yetkilerine uymak zorundadır⁶³. Ayrıca aynı haklar malvarlığı içinde değerlendirildikleri için bunların bir başkasına devri mümkündür⁶⁴. Her iki durumda da aynı hakkı ve hak sahibinin kim olduğunu bilmek hak ve işlem güvenliği açısından zaruridir. İşte aleniyet ilkesi, aynı hak sahibinin tespit edilmesini sağlayarak bu amaçlara hizmet eder; hak ve işlem güvenliğinin gerçekleşmesinde önemli bir rol oynar⁶⁵.

Belirlilik ilkesi ile aleniyet ilkesi birbiri ile yakından ilişkili olan kavramlardır⁶⁶. Gerçekten de taşınmazlarda aynı hak kazanacak kişi adına tapu siciline yapılan tescil, taşınırlarda ise zilyetliğin devri, aynı hak konusunun ferden belirlenmesi demektir⁶⁷. Belirlilik ilkesinin temel fonksiyonu aleniyet ilkesinin gerçekleşmesini sağlamaktır⁶⁸.

Alacağın belirliliği konusunda azınlık görüşü savunan yazarların, eşya hukukuna ait olan belirlilik ve aleniyet prensiplerinin alacağın devrinde de uygulanması gerektiğini ileri sürmelerinin temel dayanağı, alacağın devrinin bir tasarruf işlemi olmasıdır⁶⁹. Oysa eşya hukukunda belirlilik ve aleniyet prensiplerinin benimsenmesinin sebebi, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hak niteliği taşımasıdır. Bu özelliği gereği belirlilik ve alenilik ilkelerini nispi hak niteliği taşıyan alacak hakkına tatbik etmek, bu ilkelerin ortaya çıkış amacıyla bağdaşmaz⁷⁰. Azınlık görüşün bir diğer dayanak noktası ise alacağın devrinin yazılı şekli gerektirmesidir. Bu görüşün savunucuları söz konusu yazılı şeklin, devredeni korumak için öngörülmediğini, devir işleminin borçlular tarafından bilinebilmesi amacına hizmet ettiğini ileri sürmekte ve bunu üçüncü şahsın korunmasını sağlayan bir aleniyet işareti olarak kabul etmekte, dolayısıyla şekil şartını, eşya hukukunda aleniyeti sağlayan

⁵⁹ bkz. ARAL, s. 111; bkz. ZOBL/THURNHERR, N. 1673; Aynı yönde bkz. DAYINLARLI, s. 164.

⁶⁰ AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 2014, 11. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, s. 34; SİRMEN, Lale, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2013, Ankara, s. 36; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 2018, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, (Kısaltılmış: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya), N. 120; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, *Şekli Eşya Hukuku*, 2018, 10. Bası, Ankara, s. 78.

⁶¹ SİRMEN, 2013, s. 37; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, N. 123a.

⁶² SİRMEN, 2013, s. 37; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, N. 123a.

⁶³ AYAN, 2014, s. 35; SİRMEN, 2013, s. 38; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, N. 124.

⁶⁴ SİRMEN, 2013, s. 38.

⁶⁵ SİRMEN, 2013, s. 38-39.

⁶⁶ WIEGAND, s. 289; SİRMEN, 2013, s. 39.

⁶⁷ SİRMEN, 2013, s. 39.

⁶⁸ bkz. ARAL, s. 113; DALCI, s. 757.

⁶⁹ WIEGAND, s. 289; bkz. ARAL, s. 113; Bu görüşün eleştirisi için bkz. KOLLER, N. 84.202.

⁷⁰ bkz. ARAL, s. 113.

teslim ve tescil kurumlarına yaklaştırmaktadır⁷¹. Netice itibarı ile bu görüş, gelecekteki alacakların devrinde, tasarruf anında alacak belirli değilse sadece taahhüt işleminin varlığını kabul etmekte ve bu sebeple gelecekteki alacakların devrinde sadece çerçeve devri kabul etmekte, toptan devir yoluna başvurma imkânını ortadan kaldırmaktadır⁷².

D. Devrin Etkisi

Alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğu için esasında devre konu olan alacak, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte devralanın malvarlığı değerleri arasına girer. Gelecekteki alacakların devrinde ise sözleşme kurulduğu esnada mevcut bir alacak hakkı bulunmaz; bu sebeple bu tür alacakların devrinde sözleşmenin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an arasında bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, gelecekteki alacakların devrinde tasarrufun hüküm ve sonuçları ancak alacağın meydana gelmesiyle birlikte doğar⁷³. Bu tespitten sonra gelecekte meydana gelecek alacağın, sözleşmenin taraflarından hangisinin malvarlığında doğacağı sorunu ortaya çıkmaktadır⁷⁴. Bu sorunun çözümü için öğretilerde iki farklı teori ileri sürülmüştür.

Doğrudan geçiş teorisine göre, alacağın devri sözleşmesinin konusunu teşkil eden gelecekteki alacaklar başka bir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya devralanın malvarlığında doğar⁷⁵. Alacağı devreden, alacağın devrinden sonra alacak üzerindeki bütün tasarruf yetkisini yitirir⁷⁶. Bu teorinin kabulü hâlinde örneğin, alacağın devrinden sonra devreden iflas ederse alacak devreden iflas masasına dahil edilmez, doğrudan doğruya devralanın malvarlığı arasında doğar⁷⁷.

Dolaylı geçiş teorisine göre ise gelecekteki alacaklar ilk olarak devreden malvarlığı değerleri arasında doğar ve derhal devralanın malvarlığına intikal eder. Bu sebeple devralan, alacak henüz kendi malvarlığına geçmedikçe onun üstünde tasarrufta bulunamaz⁷⁸. Federal Mahkemenin de benimsediği bu teori kabul edilecek olursa devredilen alacaklar ortaya çıktıkları ana kadar devreden malvarlığı değerleri arasında kalır; mesela alacak, devreden iflasından sonra ortaya çıkarsa iflas masasına dahil olur⁷⁹.

Somut olayda yukarıdaki teorilerden hangisinin uygulanacağı hususunda ileri sürülen bir görüş⁸⁰ gelecekteki alacakların mevcut bir hukuki ilişkiye dayanıp dayanmamasına göre bir ayırım

⁷¹ **WIEGAND**, s. 293; bkz. **KOCAMAN**, Hukuki Nitelik, s. 124, dn. 315.

⁷² bkz. **KOCAMAN**, Hukuki Nitelik, s. 126, dn. 315.

⁷³ **von TUHR/ESCHER**, s. 349; **ENGİN**, s. 33; “Sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmayan müstakbel alacakların devrinde ise tasarruf işleminin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an arasında bir ayırım yapılmalıdır. Bu halde temlik işlemi hüküm ve sonuçlarını alacak hakkının doğduğu anda doğurur. Yani önceden yapılan tasarruf işlemi sayesinde alacak hakkı, doğduğu anda başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devralanın malvarlığına geçer.” Y13HD, 21.01.2019 T., 2016/13491 E., 2019/392 K. (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 22.10.2019).

⁷⁴ **GUHL/KOLLER**, §34, N. 22; **ZOBL/THURNHERR**, N. 1571; **ENGİN**, s. 33; **ŞAFAK**, s. 100; **AYDINCIK**, s. 159; **KOLLER**, N.84.212; **BUCHER**, § 31/II, s. 493.

⁷⁵ **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 45; **DALCI**, s. 761; **ENGİN**, s. 33; **ŞAFAK**, s. 100.

⁷⁶ **DALCI**, s. 761.

⁷⁷ **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 45; **ŞAFAK**, s. 101; **DALCI**, s. 761; **ENGİN**, s. 34; **AYDINCIK**, s. 159.

⁷⁸ **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 45; **DALCI**, s. 761.

⁷⁹ **ZOBL/THURNHERR**, N. 1571; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, 23. Kapitel, N. 45; **ŞAFAK**, s. 101; **AYDINCIK**, s. 159; BGE 111 III 73, 130 III 248; Karar için bkz. **KOLLER**, N.84.208-84.209; **GUHL/KOLLER**, §34, N. 22.

⁸⁰ **DALCI**, s. 762 vd.; Alman hukukunda yer alan bu görüş için bkz. **ZOBL/THURNHERR**, N. 1571.

yapılması gerektiğini öne sürmektedir. Eğer gelecekteki alacak mevcut bir hukuki ilişkiye dayanıyorsa, bu durumda beklenen bir hakkın devri söz konusu olur. Bu durumda devralan, beklenen haktaki noksanlıkların giderilmesiyle hakkı doğrudan doğruya kazanır⁸¹. Dolayısıyla mevcut bir hukuki ilişkiden kaynaklanan gelecekteki alacaklarda doğrudan geçiş teorisi benimsenmelidir. Mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmayan gelecekteki alacaklarda ise öne alınmış bir devir söz konusudur; bu durumda beklenen hak mevcut değildir. Çünkü, alacağı devralan, hak sahibi olma konusunda herhangi bir güvenceye sahip değildir. Hakkın doğrudan doğruya devreden tarafından kazanılması, beklenen hakkın devrine bağlanan bir sonuç olduğu için bu durumda gelecekteki alacaklar doğrudan kazanılamaz. Bu sebeple mevcut olmayan bir hukuki ilişkiden kaynaklanan gelecekteki alacaklarda dolaylı geçiş teorisi kabul edilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi bahsedilen bu görüşü benimsememektedir⁸².

III. Gelecekteki Alacakların Devrinin Sınırlandırılması

Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilmiş ve hem Anayasa'da hem de Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanmıştır. TBK m. 26'da tarafların, kanunda öngörülen sınırlar dahilinde bir sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleme imkânına sahip oldukları ifade edilmiştir. Hükümde belirtilen içeriği belirleme özgürlüğü sözleşmenin konusunu teşkil eden edimin miktarını, konusunu, tarzını ve süresini tayin etme hususunda taraflara serbestlik sağlar⁸³. Borçlar hukukunda ilke olarak sözleşme özgürlüğü benimsenmekle birlikte, kanun bu özgürlüğün sınırlarını çizmeyi de ihmal etmemiştir. Nitekim TBK m. 26'da bu özgürlüğün kanunda belirlenen sınırlar dahilinde geçerli olduğu ifade edilmiş; TBK m. 27/I ile kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur.

Öğretideki genel kabule göre, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalardan biri de TBK m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanma hâlidir⁸⁴. Aşırı yararlanma, zarar görenin düşüncesizliğinden, deneyimsizliğinden ya da zorda kalmasından faydalanılmak suretiyle sözleşmedeki edimlerin orantısız bir biçimde belirlenmesi anlamına gelir⁸⁵. Bu kurumun kabul edilmesindeki temel amaç, dar ve zor durumda olmalarından dolayı sözleşme yapmak zorunda kalan kişilerin korunmasıdır. Bu yönüyle aşırı yararlanma, ahlaka aykırı bir şekilde yapılan sözleşmelere örnektir. Öte yandan zarar görenin düşüncesizliği, deneyimsizliği ya da zorda kalması, iradenin oluşum safhasında bir sakatlığa sebebiyet vermekte, bir saik yanılması ortaya çıkmaktadır. Aşırı yararlanmada şu veya bu şekilde yer alan ahlaka aykırılık ve saik yanılması unsurları dikkate alındığında, bunun sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olduğu kolaylıkla anlaşılabilir⁸⁶.

⁸¹ Beklenen hakta, hakkın etkinlik unsurlarının, hukuki şartın veya tamamlayıcı unsurların eksik olduğu hâllerde hak üzerinde tasarruf söz konusu olabilmektedir. Eksik olgu veya şartların gerçekleşmesiyle birlikte bu eksiklik kendiliğinden giderilir; beklenen hak, tam hak niteliğini kazanır ve hükümlerini doğurur. bkz. **ANTALYA**, Gökhan, *Gelecekteki Hakta Tasarruf*, Prof. Dr. Fehiman Tekil'in Anısına Armağan, 2003, İstanbul, s. 547.

⁸² BGE 130 III 255, 115 III 67; İsviçre doktrininde yazarlar dolaylı geçiş teorisini benimseme eğilimindedir. **BUCHER**, § 31/II, s. 494; **KOLLER**, N. 84.212.

⁸³ **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I*, 1976, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 233; **EREN**, s. 333.

⁸⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 39, N. 2; **EREN**, s. 436; **KILIÇOĞLU**, s. 228; **FEYZİOĞLU**, 1976, s. 249; **von TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I. Band*, 1979, 3. Auflage, Zürich, s. 343; **SCHWENZER**, N. 32.48.

⁸⁵ **EREN**, s. 436; **FEYZİOĞLU**, 1976, s. 248.

⁸⁶ **EREN**, s. 436; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 39, N. 2-3.

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemenin de sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalardan biri olduğu söylenebilir⁸⁷. Gerçekten de TBK m. 20'nin gerekçesinde kanun koyucuyu genel işlem koşullarını düzenlemeye sevk eden sebebin, kitlelere yönelik sözleşmelerde müzakerelerin ortadan kalkması, sözleşmenin zayıf konumda olan tarafının ya sözleşmeyi kendine dayatılan biçimde kabul etmek ya da hizmetten vazgeçmek zorunda kalması sebebiyle zayıf durumda olan tarafın korunmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bu olumsuzlukların engellenmesi için kanun koyucu genel işlem koşullarının tabi olduğu geçerlilik kurallarını, bunların ihlali hâlinde uygulanacak yaptırım ve genel işlem koşullarının yorumlanmasını TBK m. 20-25 arasında hüküm altına almıştır. Bu hükümlerde düzenlenen şartların mevcut olması hâlinde sözleşmenin içeriğine müdahale edilmektedir. Bu durum her ne kadar sözleşmede güçlü olan taraf için geçerli olsa da netice itibarıyla genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalardan biri olarak kabul edilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar, gelecekteki alacakların devrinde de geçerlidir. Bu bağlamda, özellikle gelecekteki alacakların toptan devredildiği hâllerde, sözleşmenin TBK m. 26 ve 27 ve TMK m. 23'te öngörülen sınırlar içerisinde kalması ve TBK m. 28 uyarınca aşırı yararlanmanın söz konusu olmaması gerekir⁸⁸. Bunun yanında kredi teminatı olması için bankalarla yapılan toptan devir sözleşmelerinin, kredi sözleşmesi açısından genel işlem koşulu niteliği taşıyıp taşımadığı ele alınmalıdır. Gelecekteki alacakların toptan devrini konu edinen sözleşmenin tabi olduğu sınırlamalar bunlar olmakla birlikte TBK m. 183/I'de alacağın ancak kanun, sözleşme veya işin niteliği gereği bir engel olmadıkça devredilebileceği ifade edilmektedir. Bu ifadeden çıkan anlama göre kanun, sözleşme veya işin niteliği gereği devredilmesi mümkün olmayan alacaklar söz konusu olabilir.

A. Devri Mümkün Olmayan Alacaklar

1. Kanunen Devredilemeyen Alacaklar

Kanun, bazı alacakların devredilemeyeceğini açıkça belirtmiş olabilir. Böyle bir durumda söz konusu alacakların devri kural olarak mümkün değildir. Mesela, ürün kirasında kiraya verenin rızası olmaksızın kiracı, kullanım ve işletme hakkını başkasına devredemez (TBK m. 366/I); manevi tazminat talebinin devri, zarar verenin bunu kabul etmesi hâlinde geçerlidir (TMK m. 25/IV)⁸⁹.

2. Sözleşme İcabi Devredilemeyen Alacaklar

Devrine kanunen ya da işin niteliği gereği bir engel bulunmamasına rağmen taraflar, aralarında yapacakları bir sözleşme ile temel borç ilişkisinden doğan alacakların devredilemeyeceğini kararlaştırabilirler⁹⁰. Taraflar bu anlaşmayla alacağın devrini tamamen yasaklayabilir veya şarta bağlayabilir. Örneğin, alacağın belirli bir kişiye devredilemeyeceği ya da sadece belirli bir kişiye devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılabilir⁹¹.

⁸⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, § 9, N. 5 vd.; AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2016, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 187 vd.; NOMER, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2015, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 69 vd.

⁸⁸ ARAL, s. 126; AYDINCIK, s. 147; ŞAFAK, s. 89; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 287.

⁸⁹ FRANKO, s. 183; EREN, s. 1264; Kanunen devri yasaklanan alacakların farklı örnekleri için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 244-245; ENGİN, s. 25-26; ÖZ, m. 183, N. 23; DAYINLARLI, s. 172 vd.; ŞAFAK, s. 101 vd.; KILIÇOĞLU, s. 812 vd.

⁹⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N. 18; ENGİN, s. 26; ŞAFAK, s. 115; KILIÇOĞLU, s. 814.

⁹¹ ENGİN, s. 26; ŞAFAK, s. 116.

3. Niteliği Gereği Devredilemeyen Alacaklar

Bazı alacaklarda alacak hakkı ile alacaklı arasında sıkı bir ilişki bulunur, alacaklının değişmesi alacak hakkının içeriğinde değişikliklere sebep olur⁹². Bu sebeple, bu tip alacaklarda borçlunun alacaklısının değişmemesi hususunda korunmaya değer bir menfaatinin olduğu kabul edilmiş ve bu tip alacakların nitelikleri gereği devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁹³. Örneğin nafaka alacağı, niteliği gereği devredilemeyecek alacaklardandır⁹⁴.

B. Devrin Sınırlandırılması

1. Gelecekteki Alacakların Devrinin TBK m. 26-27 ve TMK m. 23/II ile İlişkisi

Sözleşme özgürlüğünün borçlar hukukunda kabul edilen temel bir ilke olduğu, bu özgürlüğün taraflara sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme imkânı tanıdığı, bunun sınırlarının ise TBK m. 26 ve 27 ile belirlendiği yukarıda ifade edilmiştir. Gelecekteki alacakların devri açısından önem arz eden husus; devrin, TBK m. 27/I kapsamında kişilik haklarına aykırı olmaması ve bilhassa TMK m. 23/II'de öngörülen sınırlar içerisinde kalmasıdır.

TMK m. 23 vd. kişiliğin korunmasını düzenlemektedir. Kişinin, kişiliğinden dolayı sahip olduğu haklar kişilik haklarıdır, kişiliği oluşturan bütün değerler kişilik haklarından⁹⁵. Kişilik haklarının hepsi hukuken korunmaya layıktır. Kişiliğin içe karşı korunması olarak da nitelendirilen TMK m. 23 hükmü, kişilerin kendi iradesiyle maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğünü sınırlamasına karşı gerekli korumayı amaçlar⁹⁶. Kişilik haklarının tek tek sayılması mümkün değildir⁹⁷; fakat bu haklar maddi, manevi, ekonomik bütünlük ve sır çevresi ve gizlilik alanı üzerindeki haklar tarzında bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁹⁸.

Gelecekteki alacakların devrinde incelenmesi gereken kişilik hakkı ekonomik haklardır. Nitekim kişinin maddi ve manevi varlığının korunması kadar önemli bir diğer mesele de ekonomik özgürlüğün korunmasıdır⁹⁹. Günlük hayatta kişiler, birtakım ihtiyaçlarını karşılamak üzere pek çok sözleşme yapar. Bu sözleşmeler esasında az-çok kişilerin ekonomik özgürlüklerinin sınırlandırılması anlamına gelir¹⁰⁰. Ancak bu sınırlandırmanın her zaman hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu söylemek

⁹² **DAYINLARLI**, s. 191; **ENGİN**, s. 27; **ŞAFAK**, s. 113.

⁹³ **ENGİN**, s. 27.

⁹⁴ **KILIÇOĞLU**, s. 815; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, § 41, N. 19; **DAYINLARLI**, s. 196; **ŞAFAK**, s. 113.

⁹⁵ **OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 2018, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, (Kısaltılmış: **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, *Kişiler*), N. 558 ve 567; **AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, *Türk Medeni Hukuku Cilt-I*, 2016, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 341; **ÖZSUNAY**, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 1979, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 149.

⁹⁶ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 356; Kişiliğin içe karşı korunması ifadesinin eleştirisi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 42, N. 52 ve dn. 128; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 354-355, dn. 33; **ÖZSUNAY**, 1979, s. 151.

⁹⁷ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, *Kişiler*, N. 576; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 388.

⁹⁸ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 346.

⁹⁹ **BÜCHLER**, Andrea, *ZGB 27, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2016, 3. Auflage, Art. 27, N. 6; **BAŞPINAR**, Veysel, *Kişilik Hakkı Açısından Keleşleme Sözleşmeleri*, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1999, S. 1, s.18.

¹⁰⁰ **DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, 2016, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, N. 735; **BAŞPINAR**, s. 19-20; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 374-375; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 391.

doğru olmaz; sınırlandırmanın hukuka ve ahlaka aykırı olması edimin içeriğiyle, süresiyle ve kapsamıyla yakından ilgilidir¹⁰¹. Dolayısıyla gelecekteki alacakların toptan devredilmesinin, ekonomik özgürlüğü hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırıp sınırlandırmadığı her somut olayda ayrı ayrı ele alınmalıdır¹⁰².

Taraflar, yaptıkları sözleşmeyle kendi ekonomik özgürlüğünü ve ekonomik kişiliğini ortadan kaldırmamalı, aşırı ölçüde sınırlandırmamalıdır. Bunun ölçüsü ise kişiye ekonomik anlamda bir hareket özgürlüğü tanınıp tanınmamasıdır¹⁰³. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesine göre, bir hukuki işlemin ekonomik özgürlüğü hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırmaması için bu işlemin, taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına gelmemesi, taraflardan birini diğerinin keyfi davranışlarına maruz bırakmaması ve özgürlüğün özünü tehlikeye atmaması gerekir¹⁰⁴. Gelecekteki alacakların toptan devrinin TBK m. 26-27 ve TMK m. 23/II kapsamında kişilik haklarını ihlal etmemesi, bunların zaman ve konu bakımından sınırlandırılmasına bağlıdır¹⁰⁵.

a. Devrin Konu Bakımından Sınırlandırılması

Alacağı doğuran hukuki ilişki, alacakların borçlusu ve alacak miktarı açısından sınırlandırmalara tabi tutulan alacakların devredilmesi, TBK m. 23/II bağlamında kişilik haklarını ihlal etmez; meğerki devir, devredenin kazanç imkânını bütünüyle ortadan kaldırsın¹⁰⁶. Bu bağlamda belli bir ürünün satışından ya da belli bir işletmenin faaliyetlerinden doğacak alacaklar, toptan devre konu edilebilir¹⁰⁷. Buna karşılık bir kimse, mevcut olan ya da gelecekte doğacak bütün alacaklarını devrederse, bu tarz bir devir kişilik haklarına ve ahlaka aykırı bir şekilde ekonomik özgürlüğün sınırlandırılması anlamına gelir¹⁰⁸.

b. Devrin Zaman Bakımından Sınırlandırılması

Gelecekteki alacakların toptan devrini konu alan bir sözleşmenin, sadece süresinin uzun olması sebebiyle TMK m. 23/II çerçevesinde kişilik haklarını ihlal ettiği söylenemez. Sözleşmenin

¹⁰¹ BAŞPINAR, s. 19-20; ERGÜNE, Mehmet Serkan/KURŞUN, Ali Suphi, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt 1*, 2018, Vedat Kitapçılık, İstanbul, m. 27, N. 28; REETZ/BURRI, Art. 164, N. 8.

¹⁰² ARAL, s. 123; AEBI-MÜLLER, Regina E., *ZGB 27, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, 3. Auflage, Art. 27, N. 10.

¹⁰³ BAŞPINAR, s. 20; FEYZİOĞLU, 1976, s. 244; ÖZSUNAY, 1979, s. 153; İsviçre Federal Mahkemesi, devredenin kişilik haklarını ve ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandıran toptan devirleri himaye etmemektedir (BGE 113 II 165, 112 II 243, 112 II 436). bkz. ZOBL/THURNHERR, N. 1676.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler, N. 648; EREN, s. 339, dn. 110; bkz. BUCHER, Eugen, *Kommentar zu Art. 27 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen*, BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/2/2, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof Dr. Ernst Hafter begründeten Kommentars zum Personenrecht, 1993, Art. 27, N. 280; TMK m. 23/II ile getirilen, özgürlüklerden vazgeçilemeyeceğine veya bunların hukuka ve ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırılmayacağına ilişkin emredici hüküm gerçek kişiler yanında tüzel kişiler açısından da geçerlidir; fakat tüzel kişiler açısından yapılacak değerlendirme gerçek kişilerde olduğu kadar geniş kapsamlı olmaz. bkz. ZOBL/THURNHERR, N. 1677; ARAL, s. 123-124; BÜCHLER, Art. 27, N. 1; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 289.

¹⁰⁵ ZOBL/THURNHERR, N. 1678; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 288; DAYINLARLI, s. 161; ARAL, s. 124; Sözleşmenin konu ve zaman bakımından sınırlandırılmadığı hallerde ortaya “kelepçeleme sözleşmesi” çıkacağına dair bkz. BAŞPINAR, s. 24 vd.; Hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın yapılan toptan devir anlaşmasının kişilik haklarını aşırı ölçüde sınırlandırdığına ilişkin bkz. BÜCHLER, Art. 27, N. 8.

¹⁰⁶ ARAL, s. 124.

¹⁰⁷ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 288.

¹⁰⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler, N. 654.

süresinin uzunluğu aynı zamanda kişinin ekonomik özgürlüğünü ağır bir şekilde tehlikeye atıyorsa, hukuka ve ahlaka aykırılık söz konusu olur¹⁰⁹. Dolayısıyla gelecekteki alacakların toptan devrini belirli bir süreyle sınırlandırmak gerekir¹¹⁰. Örneğin, taraflar belirli borçlulardan, belirli bir süre içerisinde elde edilecek alacakların toptan devrini kararlaştırmışsa, bu tarzda bir devir hukuka ve ahlaka aykırı sayılmaz.

Belirtmek gerekir ki gelecekteki alacakların toptan devrinin konu bakımından sınırlandırılması, zaman bakımından da bir sınırlamayı beraberinde getirebilir. Toptan devrin konusunun devredenle devralan arasındaki ticari ilişkilerle sınırlandırılması bunun örneğini teşkil eder. Bu durumda esasında zaman bakımından da bir sınırlama söz konusudur; taraflar arasındaki ticari ilişkinin süresi devrin zaman bakımından sınırını oluşturur¹¹¹. Yine belirli bir kredinin teminatı olması için devredilen alacaklar, kredinin ödenmesiyle birlikte tekrar kredi borçlusuna devredilir¹¹².

c. TMK m. 23/II'ye Aykırı Devre Uygulanacak Yaptırım

TMK m. 23/II, kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini, özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandıramayacağını belirtmiş; fakat emredici bu kurala aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımı düzenlememiştir. Bu sebeple TMK m. 23/II'ye aykırılık hâline uygulanacak yaptırım konusunda öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹¹³.

Klasik görüş adı verilen ilk görüşe göre, TMK m. 23/II'de belirtilen yasak hakkında herhangi bir yaptırımın öngörülmemesi karşısında, TBK m. 27'ye yapılan bir yollamanın varlığını kabul etmektedir¹¹⁴. Buna göre TMK m. 23/II'de öngörülen sınırları aşan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir¹¹⁵. Bu görüşe göre, somut olayın özellikleri göz önünde tutulmak kaydıyla TBK m. 27/II'de öngörülen kısmi hükümsüzlük yaptırımı da uygulanabilir¹¹⁶.

İsviçre doktrini tarafından geliştirilen ikinci görüşe göre, TMK m. 23/II ile TBK m. 27/I arasında birtakım farklar vardır. TBK m. 27/I kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulan ahlaka aykırı sözleşmelerde, esasında sözleşmenin konusu ahlaka aykırıdır ve bu sebeple bu tarzda bir sözleşme hiçbir surette korunmaz. TMK m. 23/II'ye dayanan sözleşmeler, konuları itibariyle hukuk düzenine aykırılık teşkil etmez; hüküm, bu sözleşmenin sınırını tayin eder. Burada, borçlunun taahhüt ettiği edimin kendi kişisel hakları üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, bu tip bir

¹⁰⁹ BAŞPINAR, s. 25-26; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler, N. 650; ERGÜNE/KURŞUN, m. 27, N. 28; Yargıtay'ın verdiği kararlarda, sözleşmedeki sınırlama ekonomik özgürlüğü ağır bir biçimde zedelediği takdirde hukuka ve ahlaka aykırı bulunmuş ve geçersiz sayılmıştır. bkz. Y11HD, 01.07.2014 T., 2014/6520 E., 2014/12577 K.; Y11HD, 13.05.2013 T., 2012/17736 E., 2013/9814 K.; YHGK, 22.05.2013 T., 2012/11-1601 E., 2013/752 K. (www.legalbank.net, Erişim tarihi: 23.10.2019).

¹¹⁰ ARAL, s. 126; REETZ/BURRI, Art. 164, N. 8.

¹¹¹ ZOBL/THURNHERR, N. 1682-1683; ARAL, s. 126.

¹¹² ZOBL/THURNHERR, N. 1682; ARAL, s. 126.

¹¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 42, N. 55.

¹¹⁴ EREN, s. 343; von TUHR/PETER, s. 260.

¹¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 390; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler, N. 658; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 374; KILIÇOĞLU, s. 102; ARAL, s. 126; EREN, s. 343-344; DURAL/ÖĞÜZ, N. 735.

¹¹⁶ ARAL, s. 126; bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 42, N. 55.

sözleşmeye uygulanacak yaptırım tespit edilirken TBK m. 27/I'e başvurmadan, sözleşmenin niteliğine uygun düşecek şekilde TMK m. 23/II çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁷.

Üçüncü görüşe göre ise, TMK m. 23/II'ye aykırı sözleşmeler TBK m. 27/I'e dayalı olarak kesin hükümsüzdür. Fakat, bu hâlde TMK m. 23/II hükmünün kişilik hakları ihlal edilen tarafı koruyucu özelliği dikkate alınmalıdır. Böylece, kesin hükümsüzlüğe başvurma imkânı, kişilik hakları ihlal edilen tarafa tanınır; bu taraf geçersizliği ileri sürmedikçe diğer taraf sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu iddia edemez. Keza hâkim de geçersizliği kişilik hakları ihlal edilen taraf lehine göz önünde tutmalıdır¹¹⁸.

2. Gelecekteki Alacakların Devrinin Aşırı Yararlanma ile İlişkisi

Gelecekteki alacakların toptan devrinde söz konusu sınırlandırmalardan birisi de aşırı yararlanmadır¹¹⁹.

a. Gelecekteki Alacakların Devrinin Aşırı Yararlanma Niteliği Taşınması

Aşırı yararlanma, edimler arasındaki açık oransızlık anlamına gelir ki, bu oransızlık sömürülenin deneyimsizliğinden, düşüncesizliğinden ya da zor durumda kalmasından kaynaklanır¹²⁰. Bir sözleşmede aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için ilk olarak sözleşmenin sömürülen tarafın deneyimsizliği, düşüncesizliği ya da zor durumda kalması sonucunda yapılması gerekir¹²¹. İkinci olarak sözleşmenin diğer tarafının, sömürme kastıyla hareket etmesi gerekir¹²². Son olarak edimler arasında açık bir oransızlık mevcut olmalıdır. Şüphesiz ki her sözleşmede edim dengesinin belli bir miktarda kayması söz konusu olabilir, taraflardan birinin kazanç sağlaması ya da zarara uğraması mümkündür¹²³. Fakat edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmuşsa ve bu dengesizlik bir tarafın sömürülmesi sonucunda ortaya çıkmışsa aşırı yararlanma söz konusu olur¹²⁴. Örneğin, bankadan kredi çeken bir işletme, bu krediye teminat teşkil etmesi için gelecekteki alacaklarını aşırı bir biçimde devretmiş, banka da sömürme kastıyla hareket etmişse aşırı yararlanma söz konusu olur¹²⁵.

¹¹⁷ Bu görüş hakkında detaylı açıklama için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 42, N. 56 vd.; bkz. **BÜCHLER**, Art. 27, N. 12; **BUCHER**, Art. 27, N. 127, N. 271.

¹¹⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 42, N. 57 vd.; bkz. **EREN**, s. 353; bkz. **ERGÜNE/KURŞUN**, m. 27, N. 60; **SCHWENZER**, N. 32.38; **AEBI-MÜLLER**, Art. 27, N. 11-12; **KOLLER**, N. 13.151 vd.

¹¹⁹ **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 289; **AYDINCIK**, s. 147; **ŞAFAK**, s. 89.

¹²⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 458; **OĞUZMAN**, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 2018, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, N. 425.

¹²¹ **FEYZİOĞLU**, 1976, s. 254 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 39, N. 14 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 461 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 228 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, 2018, N. 429 vd.; **von TUHR/PETER**, s. 344-345; **GUHL/KOLLER**, § 7, N. 40.

¹²² **FEYZİOĞLU**, 1976, s. 258-259; **OĞUZMAN/ÖZ**, 2018, N. 432; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 39, N. 21 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 231.

¹²³ **KILIÇOĞLU**, s. 231; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 459; **GUHL/KOLLER**, § 7, N. 39.

¹²⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 39, N. 5 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 231.

¹²⁵ Bu noktada aşırı yararlanma hükümlerinin istisnaen tacirler açısından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, basiretli bir tacir deneyimsizliğini ileri sürerek aşırı yararlanma iddiasında bulunduğu takdirde soruna şüpheyle yaklaşılmalıdır. Nitekim, bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerde deneyimsizliği söz konusu olmaz. Buna karşılık tacir, zor durumda kaldığını ileri sürerek aşırı yararlanma iddiasında bulunabilir. Detaylı bilgi için bkz. **KİZİR**, Mahmut, Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 254-255.

Gelecekteki alacakların toptan devri gerek konu gerek zaman bakımından birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmasına rağmen aşırı yararlanma hâli söz konusu olabilir¹²⁶. Bu noktada TBK m. 28 hükmüyle gerekli koruma sağlanır.

b. Aşırı Yararlanmanın İleri Sürülmesi

TBK m. 28/I, zarar görene sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklama ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme imkânı tanımıştır. Zarar gören sözleşmeyle bağlı olmadığına ilişkin bir açıklama yaparak sözleşmenin geçersiz hâle gelmesini sağlayabilir¹²⁷. Sözleşmeyle bağlı olunmadığı açıklaması varması gereken bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır¹²⁸.

Zarar gören taraf, sözleşmeyi geçersiz hâle getirmek istemediği takdirde edimler arasındaki açık oransızlığın düzeltilmesini, örneğin devredilen gelecekteki alacakların kredi miktarına uygun bir seviyeye indirilmesini isteyebilir.

Sözleşmeyi geçersiz hâle getirme veya edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme hakkının ileri sürülmesi TBK m. 28/II'de zarar görenin düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini öğrendiği ya da zor durumun ortadan kalktığı andan itibaren bir sene ve her hâlde sözleşmenin kurulmasından itibaren beş sene süreyle sınırlandırılmıştır.

3. Gelecekteki Alacakların Devrinin Genel İşlem Koşulları ile İlişkisi

Gelecekteki alacaklar uygulamada genellikle bankalara, standart bir sözleşmenin yapılmasıyla devredilmektedir. Bankalar, kredi sözleşmelerine kredi borçlusunun gelecekte doğacak bütün alacaklarının devredildiğine ilişkin hükümler eklemektedir¹²⁹. Bankalar tarafından kredi sözleşmelerine eklenen bu şartların genel işlem koşulu niteliği taşıyıp taşımadığını incelemek gerekir.

a. Gelecekteki Alacakların Devrinin Genel İşlem Koşulu Niteliği Taşınması

Hukukumuzda genel işlem koşulları hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan düzenleme, taraflardan birinin tüketici olduğu hâllerde uygulama alanı bulurken, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine taraflar tüketici değilse başvurulur¹³⁰.

TBK m. 20'de genel işlem koşulları, sözleşmede yer alan, düzenleyenin ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere, önceden tek taraflı olarak hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri biçiminde tarif edilmiştir. Buna göre genel işlem koşulları ileride çok sayıda benzer

¹²⁶ **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 289; Öğretide “kum yığını teorisi” adı verilen görüşe göre, bazen aşırı yararlanmanın şartlarından biri o kadar baskın ve güçlüdür ki; bu durumda diğer şartların mevcut olup olmadığına bakılmaksızın aşırı yararlanmanın varlığını kabul etmek gerekir. Türk hukuku açısından teorinin bu hâliyle kabulü zor olmakla birlikte, aşırı yararlanmanın bütün şartlarının mevcut olduğu bir olayda, güçlü ve baskın olan şartın diğer şartlardaki zayıflığı ortadan kaldıracak yönde bir yorum yapılabilir. bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 39, N. 24; Gelecekteki alacakların toptan devredilmesini konu alan bir sözleşmede edimler arasında fahiş düzeyde bir oransızlığın olduğu, fakat diğer şartların, örneğin zor durumda kalmanın mutad ölçünün altında kaldığı hâllerde aşırı yararlanmanın varlığını kabul etmenin hakkaniyetle bağdaşan sonuçlar ortaya çıkarabileceği kanısındayız.

¹²⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, 2018, N. 433; **EREN**, s. 441; **KILIÇOĞLU**, s. 232.

¹²⁸ **EREN**, s. 441; **KILIÇOĞLU**, s. 232.

¹²⁹ **ZOBL/THURNHERR**, N. 1659; **OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 287; **ARAL**, s. 99.

¹³⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, 2018, N. 500; **HAVUTÇU**, Ayşe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2011, s. 31.

sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmalıdır. Bununla birlikte bu koşulların çok sayıda sözleşmede kullanılması gerekmez; bu yönde bir amacın varlığı yeterlidir¹³¹. Genel işlem koşulları, taraflardan biri tarafından önceden tek başına hazırlanmış olmalıdır. Diğer tarafın bu şartların belirlenmesinde hiçbir katkısı bulunmaz; zaten düzenleyen bu katkıyı istemez. Nitekim düzenleyen genel işlem koşullarının tartışılmadan, doğrudan doğruya kabul edilmesini ister¹³². Önceden hazırlanmış sözleşmelerde genel işlem koşullarının aynı kelimelerle ifade edilmesi gerekmez, zira özdeş olmayan fakat aynı amaca yönelmiş metinler genel işlem koşulu sayılır¹³³.

Bankaların kredi sözleşmelerine eklediği, ticari faaliyet sonucu ortaya çıkacak olan ve ticari işletmeyi ilgilendiren gelecekteki alacakların devredildiğine ilişkin bir şart¹³⁴; şayet önceden benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmışsa ve genel ve soyut bir nitelik taşıyorsa genel işlem koşulu olur. Genel ve soyut nitelik taşımaktan maksat, ilgili kişilerin somut olarak belli olmaması ve ileride hangi sözleşmede kullanılacağı belirsiz olmasıdır¹³⁵. Ticari faaliyet sonucu ortaya çıkacak olan ve ticari işletmeyi ilgilendiren gelecekteki alacakların devredildiğine ilişkin bir şartta, sözleşmenin karşı tarafı her kim olursa olsun gelecekteki alacaklarını devreden taraf olur. Böyle bir kayıta, devrin konusu esasında konu bakımından sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla böyle bir devrin, TMK m. 23/II bağlamında hukuka ve ahlaka aykırı nitelik taşıdığını söylemek zordur. Tam bu noktada böyle kayıtları genel işlem koşulları denetimine tabi tutmak bankalar karşısında zayıf durumda kalan kişileri korumaya hizmet eder.

b. Genel İşlem Koşulu Niteliği Taşıyan Alacak Devrine Uygulanacak Yaptırım

Genel işlem koşullarına uygulanacak denetim yürürlük denetimi, içerik denetimi ve yorum denetimi olmak üzere üçe ayrılır.

Sözleşmede karşı tarafın menfaatlerini zedeleyen genel işlem koşullarının uygulanabilmesi için, karşı tarafı bunların varlığı hakkında bilgilendirmesi, karşı tarafın da bunları kabul etmesi gerekir. Aksi takdirde bu tarzda genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Bunun dışında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (TBK m. 21). Sözleşmede yer alan, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki kısımlar geçerliliğini korur; düzenleyen bu şartlar bulunmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremez (TBK m. 22). Yazılmamış sayılma yaptırımının hangi türde bir hükümsüzlük olduğu öğretide tartışma konusudur. Bir görüşe göre yazılmamış sayılma, yokluk anlamına gelir¹³⁶. Diğer bir görüşe göre ise yazılmamış sayılma, kısmi kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmelidir¹³⁷.

TBK m. 21 hükmüne göre yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulmayan genel işlem koşulları, içerik denetimi sonunda geçersiz sayılabilirler¹³⁸. Nitekim TBK m. 25'te dürüstlük kuralına

¹³¹ EREN, s. 219; HAVUTÇU, s. 34.

¹³² EREN, s. 219; HAVUTÇU, s. 34.

¹³³ OĞUZMAN/ÖZ, 2018, N. 504; EREN, s. 220.

¹³⁴ Bankaların sözleşmelere ekledikleri şartlar için bkz. ZOBL/THURNHERR, N. 1660; ARAL, s. 99.

¹³⁵ EREN, s. 220.

¹³⁶ EREN, s. 221; AYAN, 2016, s. 189; bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2018, N. 510; TBK m. 22'de yer alan yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruması ve düzenleyenin yazılmamış sayılan bu şartlar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürememesi karşısında bu yaptırım "kısmi yokluk" olarak nitelendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 222; NOMER, s. 74; AKINCI, Şahin, 2017, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 10. Bası, Sayram Yayınları, Konya, s. 123-124.

¹³⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, § 9, N. 13.

¹³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, 2018, N. 514.

aykırı ve karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırılan hükümlerin sözleşmeye konulamayacağı belirtilmiştir. TBK m. 25'te dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafın aleyhine olan veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırılan hükümlerin hangi yaptırıma tabi tutulacağı belirtilmemiştir. Kanun koyucu bunun yerine TBK m. 25'in gerekçesinde yaptırımın TBK m. 27/II çerçevesinde kısmi kesin hükümsüzlük olacağını ifade etmiştir¹³⁹.

TBK m. 23'te yer alan yorum denetiminde, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse ya da birden fazla anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın lehine yorum yapılır.

Sonuç olarak kredi sözleşmesinde yer alan gelecekteki alacakların devredildiğine ilişkin bir şart, kredi borçlusu bu şart hakkında bilgilendirildiği ve şartları kabul ettiği takdirde geçerli olur. Böyle bir şartın aynı zamanda dürüstlük kuralına uygun olması ve karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırır nitelik taşımaması gerekir.

SONUÇ

1) Halihazırda mevcut olmayan, fakat gelecekte doğması beklenen alacaklara, gelecekteki alacak (müstakbel alacak) denir. Gelecekteki alacaklar, devir (temlik) sözleşmesinin konusunu teşkil edebilirler. Bu noktada alacağı doğuracak hukuki ilişkinin mevcut olup olmaması arasında bir fark yoktur.

2) Gelecekteki alacakların devrini konu alan bir sözleşme niteliği itibarı ile bir tasarruf işlemidir. Fakat, tasarruf işleminin yapıldığı an ile hüküm ve sonuçlarını doğurma anı birbirinden ayrılmalıdır. Nitekim, alacağın meydana gelmesiyle birlikte tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları doğar. Alacağın, devreden ya da devralanın malvarlıklarından hangisinde doğacağı hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bize göre alacak, devreden malvarlığı değerleri arasında doğmalı ve derhal devralanın malvarlığına intikal etmelidir. Dolayısıyla alacağın doğduğu anda devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir (Alacak doğmadan devreden iflas ederse, alacak iflas masasında doğar ve devralanın malvarlığına intikal etmez).

3) Gelecekteki alacakların devri sözleşmesinin sebebe bağlı bir sözleşme mi yoksa sebepten bağımsız (soyut) bir sözleşme mi olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu sözleşmenin soyut olduğunu ileri sürenlerin temel dayanağı, bütün tasarruf işlemlerinin sebepten bağımsız olmasıdır. Türk hukuku açısından, taşınmaz satış sözleşmesinin sebebe bağlı olacağı kanunla belirtilmişken ve taşınırlar açısından aynı ilkenin geçerli olacağı öğretide büyük bir çoğunluk tarafından kabul edilmişken, bu ilkenin gelecekteki alacakların devrinde de kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

4) Gelecekteki alacakların devri münferit devir, manto devir ve toptan devir yollarıyla gerçekleşebilir. Münferit devirde gelecekteki alacaklar tek tek belirlenmek suretiyle devre konu olur. Manto devirde, bankadan alınan kredi karşısında cari alacakların devredileceği taahhüt edilir. Bu bakımdan manto devir tasarruf işlemi niteliği taşımaz. Devreden taahhüt işleminin ifası için bankaya borçlu listeleri ve detaylı faturalarını gönderir. Çalışma açısından en fazla önem arz eden devir türü ise toptan devirdir. Toptan devirde gelecekteki alacakların tek tek belirtilmeksizin bir bütün hâlinde devredildiği görülmektedir. Uygulamada toptan devire, factoring işlemlerinde ve kredi

¹³⁹ Bu durumun eleştirisi için bkz. **EREN**, s. 234 vd.; Bu durumda TBK m. 21'e göre yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanacağı ile ilgili bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 2018, N. 514.

sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Kredi sözleşmelerinde gelecekteki alacakların toptan devri, borcun teminatını teşkil eder.

5) Gelecekteki alacakların devrinde alacağın belirli olması gerekir. Öğretideki hâkim görüşe göre, alacağın doğduğu anda belirli ya da en azından belirlenebilir olması yeterlidir.

6) Bazı alacakların devri doğrudan doğruya kanun tarafından engellenmiştir. İşin niteliği gereği ve tarafların anlaşmasıyla bazı alacakların devredilme imkânı yoktur. Bunun dışında gelecekteki alacakların toptan devri, birtakım sınırlandırmalara tabi olduğu ölçüde geçerli olur. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarını teşkil eden bu sınırlar; TBK m. 27/I ve TMK m. 23/II'de kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık bakımından, TBK m. 28'de aşırı yararlanma bakımından ve son olarak TBK m. 20-25 arasında genel işlem koşulları bakımından belirlenmiştir.

7) Her şeyden önce sözleşmenin konusu TBK m. 27/I'de belirtildiği üzere kanunun emredici hükümlerine, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olmalı, konusu imkânsız olmamalıdır. Bu noktada TMK m. 23/II hükmü özel bir öneme sahiptir. Nitekim TBK m. 23/II ile özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği ve bunların hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu açıdan gelecekteki alacakların toptan devri, kişinin ekonomik varlığını ağır bir biçimde tehlikeye düşürmemelidir. Devrin konu ve zaman bakımından sınırlandırılması TMK m. 23/II'ye uygunluk anlamına gelir. TBK m. 23/II'ye aykırı devirlere hangi yaptırımın uygulanacağı hususunda görüş birliği yoktur. Türk Hukukundaki genel kabule göre bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanır.

Herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yapılan toptan devir sözleşmelerinde esasında “özgürlüklerden vazgeçme” hâlinde çok “özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırılması” hâli söz konusu olur. Öğretideki diğer bir görüşe (esnek hükümsüzlük görüşü) göre, bu durumda hükümsüzlüğün sınırı TMK m. 23/II'nin kişiliği koruma amacıyla tayin edilir. Buna göre, kişilik haklarını sınırlandıran taraf kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmeli, diğer tarafın sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasına itibar edilmemelidir. Ayrıca hâkim, kişilik hakları sınırlandıran kişi lehine geçersizliği resen dikkate almalıdır.

8) TMK m. 23/II ve TBK m. 27/I'de belirlenen sınırlar dahilinde olmasına rağmen gelecekteki alacakların toptan devrini konu edinen bir sözleşmede aşırı yararlanma (gabin) söz konusu olabilir. Bu durumda devreden, sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirerek, sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkmasını sağlayabileceği gibi edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini de talep edebilir.

9) Son olarak bankalarla yapılan kredi sözleşmelerinde yer alan gelecekteki alacakların toptan devredildiğine ilişkin sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu niteliği taşıması mümkündür. Şayet genel işlem koşulu niteliğindeki hüküm hakkında devreden bilgilendirilmemişse ve bu koşulu kabul etmemişse yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanır. Bu durumda sadece gelecekteki alacakların toptan devredileceğine ilişkin hükümler yazılmamış sayılır; sözleşmenin kalan kısmı geçerliliğini sürdürür. Genel işlem koşulu hakkında devreden bilgilendirildiği ve bu şartı kabul ettiği hâllerde, söz konusu şartın dürüstlük kurallarına aykırı ve devreden aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı olmaması gerekir. Aksi takdirde bu durumda “kısmi yazılmamış sayılma” yaptırımı uygulanır. Buna göre sözleşme, dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın aleyhine veya durumunu ağırlaştırıcı olan genel işlem koşulları dışında kalan hükümleriyle varlığını devam ettirir. Düzenleyen, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı bu sözleşmeyi yapmayacağını öne süremez.

KAYNAKÇA

- AEBI-MÜLLER**, Regina E., *ZGB 27, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, 2016, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage.
- AKINCI**, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 2017, 10. Bası, Sayram Yayınları, Konya.
- AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, *Türk Medeni Hukuku Cilt-I*, 2016, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- ANTALYA**, Gökhan, *Gelecekteki Hakta Tasarruf*, Prof. Dr. Fehiman Tekil'in Anısına Armağan, 2003, İstanbul, s. 545-548.
- ARAL**, Fahrettin, Topyekün Temlik, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42, S. 1-4, Y. 1991-1992, s. 93-141.
- ARIKAN**, Mustafa, Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, Y. 2013, s. 129-155.
- AYAN**, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2016, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYAN**, Mehmet, *Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 2014, 11. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya.
- AYDINCIK**, Şirin, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIV, S. 1, Y. 2006, s. 131-194.
- BAŞPINAR**, Veysel, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1999, S. 1, s.17-34.
- BUCHER**, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 1979, Zürich.
- BUCHER**, Eugen, *Kommentar zu Art. 27 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen*, 1993, BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/2/2, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof Dr. Ernst Hafter begründeten Kommentars zum Personenrecht.
- BÜCHLER**, Andrea, *ZGB 27, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2016, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Auflage.
- DALCI**, Nurcihan, Müstakbel Alacakların Toptan Devri, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan Cilt: I, 2013, Ankara, s. 749-766.
- DAYINLARLI**, Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, 2008, 3. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 2016, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ENGİN**, Baki İlkay, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 2002, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ERDOĞAN**, İhsan, Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, 1991, Konya.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2018, 23. Bası, Yekin Yayıncılık, Ankara.
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan/**KURŞUN**, Ali Suphi, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt 1*, 2018, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I*, 1976, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, 1977, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- FRANKO**, Nisim, Alacağın Temliki, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1-2, Y. 1994, s. 177-197.
- FURRER**, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Markus, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2018, 3. Auflage, Basel.
- GUHL**, Theo/**KOLLER**, Alfred/**SCHNYDER**, Anton K./**DRUEY**, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 2000, 9. Auflage, Zürich.
- HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2015, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- HAVUTÇU**, Ayşe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2011, s. 29-47.
- İNAN**, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1984, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2015, 19. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara.
- KİZİR**, Mahmut, Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 245-282.
- KOCAMAN**, Arif B., *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu*, 1992, 2. Bası, Attila Kitabevi, Ankara.
- KOCAMAN**, Arif B., *Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi)*, 1994, Türkiye Bankalar Birliği.
- KOCAMAN**, Arif B., *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, 1992, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Kısaltılmış: KOCAMAN, Hukuki Nitelik).
- KOLLER**, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeine Teil*, 2017, 4. Auflage, Bern.
- LARENZ**, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1987, 14. Auflage, München.
- NOMER**, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2015, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 2018, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 2017, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 2018, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, (Kısaltılmış: **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya).
- OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 2018, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, (Kısaltılmış: **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, Kişiler).

- OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 265-299.
- ÖZ**, Turgut, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt 1*, 2018, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÖZDEMİR**, Türkay, İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri, *Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt II*, 2003, Beta Yayınları, İstanbul, s. 689-706.
- ÖZSUNAY**, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 1979, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- ÖZSUNAY**, Ergun, *İnançlı Muameleler*, 1968, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- PALANDT**, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2016, 75. Auflage, München.
- REETZ**, Peter/**BURRI**, Christof, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, 2016, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage.
- SAYMEN**, Ferit H., *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I Umumi Hükümler*, 1950, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- SCHWENZER**, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2016, 7. Auflage, Bern.
- SİRMEN**, Lale, *Alacak Rehni*, 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- SİRMEN**, Lale, *Eşya Hukuku*, 2013, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ŞAFAK**, Ali, *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, 2011, 1. Bası, Legal Kitabevi, İstanbul.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1993, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt*, 1976, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul.
- ÜÇER**, Mehmet, Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, Y. 2005, s. 397-443.
- ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel, *Şekli Eşya Hukuku*, 2018, 10. Bası, Ankara.
- von TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Band*, 1974, 3. Auflage, Zürich.
- von TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I. Band*, 1979, 3. Auflage, Zürich.
- WIEGAND**, Wolfgang, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentagen*, 1979, s. 283-308.
- ZOBL**, Dieter/**THURNHERR**, Christoph, *Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, 2010, BK-Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/1, 3. Auflage, Seiten: 542-566.

(Araştırma Makalesi-Research Article)

TÜRK HUKUKUNDA VE MUKAYESELİ HUKUKTA EVLİLİK YOLUYLA VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI[#]

Sibel AKŞAHİN POLAT*

Öz

Mülteci ve şartlı mülteci sayısının günden güne arttığı ülkemizde Türk vatandaşlığının kazanılmasının şartları gittikçe daha çok ilgi çekmektedir. Gerek Türkiye’de gerek birçok ülkede evlilik nedeniyle vatandaşlığın kazanılması vatandaşlığın sonradan kazanılması yollarından biridir. Ancak zaman içerisinde genel olarak birçok ülkede bakış açısının değişmesi ile konu ile ilgili mevzuat birçok kez değişmiştir. Bazı ülkelerde diğer yollardan vatandaşlığın kazanılmasından daha kolaydır. Bazı ülkelerde ise diğer yollardan vatandaşlığın kazanılmasından çok bir farkı olmayıp sadece daha çabuktur. İşbu makalenin amacı Türkiye ve Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin uygulamalarını analize edip Türkiye’nin bu konuya ilişkin uygulamasını değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik yoluyla vatandaşlık, 403 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu, 4866 Sayılı Kanun, 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, mukayeseli hukuk.

THE ACQUISITION OF CITIZENSHIP BY MARRIAGE IN TURKISH LAW AND COMPARATIVE LAW

Abstract

In our country, where the number of refugees and conditional refugees increases day by day, the conditions for acquiring Turkish citizenship are getting more and more attention. In Turkey as well as in many other countries, the acquisition of citizenship by means of marriage is one of the way of acquiring citizenship. However, in time, the relevant legislation which foresee this way has led to many changes with the change of perspective in many countries. In some countries, acquiring citizenship by marriage is simpler than other ways in this regard. In some countries, however, it is not much different than other means of citizenship acquisition but only faster. This article aims to analyze Turkey and the European Union member countries practice and to evaluate Turkey's application on this subject.

Keywords: Acquisition of citizenship by marriage, Law Number 403 on Turkish Citizenship, Law number, Law number 5901 on Turkish Citizenship, Comparative Law.

[#] Editörler Kurulu’na Ulaştığı Tarih: 23.12.2019 Kabul Tarihi: 30.12.2019

* Avukat Doktor, aksahinpolat@gmail.com, ORC ID: [0000-0001-8522-1141](https://orcid.org/0000-0001-8522-1141) .

GİRİŞ

Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması düzenlemeleri zaman içerisinde sosyal ve kültürel değişimlerin de etkisiyle değişmiştir. Birçok ülkede, Türkiye de dâhil olmak üzere, konuya ilişkin ilk düzenleme sadece kadınların kocalarından dolayı vatandaşlık kazanabilmesi durumunu ilgilendirmekteydi. Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması sadece kadınlara tanınan bir haktı. Ancak zamanla bu cinsiyetçi ve ayrımcı yaklaşım genel olarak terk edilmiş, kadınlar ve erkekler eşit muameleye tabi tutulmuştur. Hatta bazı ülkelerde evlilik anlayışı da değişmiştir. Klasik anlayışa göre evlilik “cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli birleşmeleri” olarak görülürken, bazı ülkeler aynı cinsiyetteki kişilerin evliliğini mümkün kılmaktadır.¹ Bununla birlikte bazı ülkeler evliliğin yanı sıra fiili birliktelikler için de vatandaşlığın kazanılmasını mümkün kılmaktadır. İşbu makalede Türk hukukunda evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması incelenecektir. Sonrasında ise bazı Avrupa Birliği ülkelerinde mevzuatlara yer verilecektir.

I. TÜRK HUKUKUNDA EVLENME YOLUYLA VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI

Türk hukukunda evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması mevzuatını incelemek için sırası ile mezkûr mevzuatın tarihsel gelişimi, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılma şartları, prosedürü ve etkileri konuları başlıklar halinde incelenecektir.

A. Evlenme Yoluyla Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Türk Mevzuatın Tarihsel Gelişimi

Tarihte evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması zaman zaman gündeme gelmiş ve çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Dolayısıyla konu ile ilgili mevzuat birçok kez değişmiştir. Bu kapsamda önce konuyu ilk düzenleyen 1964 Tarihli ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. maddesinin ilk halini ele alacağız. Sonrasında ise 2003 tarihinde 4866 Sayılı Kanun'la yapılan değişikliği inceleyeceğiz. Son olarak düzenlenmenin güncel hali olan 2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 16. maddesine yer vereceğiz.

1. 1964 Tarihli ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. Maddesinin İlk Hali

Evlilik yoluyla vatandaşlık ilk olarak 1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nda ilk olarak şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir Türkle evlenen yabancı kadın Türk vatandaşlığına geçmek istediğini 42 nci maddede gösterilen şekilde bildirdiği veya vatansız bulunduğu ve yahut evlenmekle eski vatandaşlığını kaybettiği takdirde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır.

Evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde akitte hüsnüniyetli olan kadın, Türk vatandaşlığını muhafaza eder.

Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar, ana veya babaları hüsnü-niyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.”

¹ DOĞAN, Vahit, *5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2012, 11. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, s.90.

Mezkûr maddede atıf yapılan 42. maddesinde ise, “Evlenmede vatandaşlıkla ilgili beyan” başlığı altında şu düzenlemeler yer almaktadır:

“5 ve 19 uncu maddelerdeki beyanlar,

a) Evlenme, evlendirmeye yetkili Türk makamları önünde yapıldığı takdirde, evlenme sırasında o makama,

b) Evlenme, evlendirmeye yetkili yabancı makamlar önünde yapıldığı takdirde evlenmeyi tescil ile görevli Türk makamlarına, evlenme akdinde başlayarak bir aylık süre içinde, yazılı olarak yapılır.

Birinci fıkraya uygun olarak yapılan beyanı alan makam evlenmenin tesciline ait muameleli evrak ile birlikte, bunu ilgili nüfus memurluğuna gönderir.”

Görüldüğü üzere, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadının Türk vatandaşlığını kazanması konuyu düzenleyen mevzuatın ilk halinde çok basit ve otomatiktir. Nitekim Türk idaresinin vatandaşlığı verme konusunda takdir yetkisi olmayıp, hiç araştırmadan zikredilen koşulların yerine getirilmesiyle vatandaşlık kazanılmaktaydı.² Ayrıca mevzuat bir cinsiyet ayırımına yol açmaktaydı. Bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadına verilen Türk vatandaşlığını kazanma hakkı bir Türk vatandaşı ile evlenen erkeğe verilmemekteydi. Bu mahsurlara ilave olarak muvazaalı evliliklerin artması ve kişilerin haksız yere vatandaşlık kazanması söz konusu düzenlemenin değiştirilmesine yol açmıştır.

2. 1964 Tarihli ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. Maddesinin 4866 Sayılı Kanun'la Değiştirilen 5. Maddesi

1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. maddesi 04.06.2003 tarihinde 1. ve 2. fıkraları şu şekilde değiştirilmiştir:

“Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar.

Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır.”

Maddenin içeriğinden de görüldüğü üzere düzenlemenin ilk hali çok ciddi şekilde değiştirilmiştir. Öncelikle cinsiyet ayırımı kaldırılmıştır. Bir Türk ile evlenen yabancı erkek, bir Türk ile evlenen yabancı kadın gibi, koşulları yerine getirmesi kaydıyla vatandaşlığa başvurabilmektedir.

² ERDEM, bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2019, 7. Baskı, Beta, İstanbul, s. 160.

Bu değişiklik ile otomatik vatandaşlık da kaldırılmıştır.³ Zira artık vatandaşlık başvurusunda bulunanın “inceleme ve soruşturma” ya tabi tutulacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması üç şarta bağlanmıştır: evlilik süresinin en az üç yıl olması, eşlerin fiilen birlikte yaşamaları ve evliliklerinin devamı ile yabancıнын yurt içinde en büyük mülkî idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Bu üç şartın konulmasındaki amaç şüphesiz muvazaalı evliliklerin önüne geçmektir. Öte yandan maddenin 2. fıkrasındaki “*bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır*” hükmünün muhafaza edildiği görülmektedir. Buradaki hedef ise evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan yabancıнын kendi Devleti tarafından cezalandırılarak vatandaşlıktan atılması durumunda ilgili yabancıyı korumaktır.⁴

Tüm bu gelişmelerin yanı sıra özellikle bir hususun net olmaması mevzuatın tekrar 2009 yılında değişmesine yol açmıştır. Kanun maddesinde zikrettiğimiz üç şartın bulunması halinde başvuruda bulunan vatandaşın Türk vatandaşlığını hak kazandığı yer almaktaydı. Ancak burada kastedilenin evlilik yolu ile Türk vatandaşlığı kazanılmasının yetkili makam kararı ile mi yoksa İdarenin takdir yetkisi olmaksızın kanunen mi olduğu net değildi.⁵ Bir yandan yapılan değişiklik ile düzenleme yine ilk halindeki gibi “Kanun yolu ile kazanma” başlığı altında bulunmaktaydı diğer yandan 7. maddesinde istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişiler arasında “bir Türk vatandaşı ile evli olanlar ile bunların reşit çocuklarını” saymaktaydı.⁶ Konuya son yapılan değişiklik ile açıklık getirilmiştir.

3. 2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 16. maddesi

2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda konuya ilişkin düzenleme “evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması” başlığı altında 16. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde;

a) Aile birliği içinde yaşama,

b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama,

c) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama, şartları aranır.

(2) Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde birinci fıkranın (a) bendindeki şart aranmaz.

(3) Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyiniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.”

Bu maddeden de anlaşıldığı üzere, ilk fıkranın ilk cümlesinde 403 sayılı Vatandaşlık

³ SARGIN, Fügen, “Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda Değişiklik Yapan 2003 Tarih ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S. 1, s. 29.

⁴ ERDEM, s. 167.

⁵ ERDEM, s. 166.

⁶ ERDEM, s. 166.

Kanunundaki yeni 5. maddesinde olduğu gibi Türk vatandaşı ile evlenmenin Türk vatandaşlığını otomatik olarak kazandırmayacağını belirtmektedir.⁷ Yine ilk fıkrada evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması için beş şart bulunmakta, bunların ilk üçü olan en az üç yıldan beri evli olmak, evliliğin devam ediyor olması ve aile birliği içinde yaşama 403 sayılı Kanunun 5. maddesinde de yer almaktaydı.⁸ Diğer iki şart ise, Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama ile millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama 5901 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

B. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığın Kazanılması Şartları

5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 16. maddesinde belirtildiği üzere, evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması için birkaç şartın mevcut olması gerekmektedir. Öncelikle evliliğin en az üç yıllık olması gerekmekte, eşlerin aile birliği içinde yaşaması, evliliğin devamı, yabancının evlilik ile bağdaşmayan bir faaliyette bulunmaması ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir durumda bulunmaması gerekmektedir.

1. En az üç yıllık evlilik

Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanabilmesi için, evliliğin en az üç yıldan beri sürmesi gerekmektedir.

2. Aile birliği içinde yaşama

Başvurunun yapılabilmesi için evliliğin en az üç yıllık kıdeminin olmasının yanı sıra, eşlerin aile birliği içinde yaşaması gerektiği belirtilmiştir. Bu koşulun varlığı Bakanlık tarafından yapılan inceleme ve araştırma kapsamında saptanmaktadır. Yönetmeliğe göre söz konusu inceleme ve soruşturmayı İl Emniyet Müdürlüğü yapmaktadır.

3. Evliliğin devamı

Başvurunun yapılabilmesi ayrıca evliliğin devamına bağlanmıştır. Yani evliliğin başvuru anında devam etmekte olması gerekmektedir. Hatta Yönetmeliğin 25. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde “*Evliliğin boşanma veya müracaat tarihinden önce ölüm gibi nedenlerle son bulduğu*” durumlarda başvurunun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme kanaatimizce eksiktir, boşanma durumunda yabancı eşin kusurlu olmaması durumunda bir düzenleme yapılması hakkaniyete uygun olacaktır.⁹

4. Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama

Yönetmeliğin “Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasında il emniyet müdürlüğüne yapılacak soruşturmaya ilişkin usul ve esaslar” başlıklı 28. maddesinde evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyetlerin fuhuş yapmak ve fuhuşa aracılık etmek gibi davranışların olduğunu belirtmektedir. Başvuruda bulunan yabancının evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmaması şartlardan biridir.

5. Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama

⁷ ERDEM, B. Bahadır: “Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 102.

⁸ ERTEN, Rıfat, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, yıl: 66, Sayı:4, Güz 2008, s. 51.

⁹ AYBAY, Rona / ÖZBEK, Nimet / ERSEN PERÇİN, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019, s. 134.

Evlilik yoluyla vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancı, Kanunun 16. maddesinde belirtildiği üzere milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması gerekir. Ancak bu şartın içeriğini açıklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁰

Bu şartlara ek olarak Türk Vatandaşlık Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin “*Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması ve müracaat makamlarınca başvurunun işleme alınmasında uygulanacak esaslar*” başlıklı 25. maddesinde başvuruda bulunan yabancıda aranan şartlar arasında “*Herhangi bir suçtan dolayı yargılamasının devam ettiği veya hükümlü ya da tutuklu*” durumda olmamak yer almaktadır. Öncelikle bu koşul Kanunun 16. maddesinde sayılmamıştır. Dolayısıyla normlar hiyerarşisine göre bir alt norm olan yönetmeliğin Kanun’da yer almayan bir düzenlemeyi getirmesi sorun teşkil etmektedir.¹¹ Ayrıca yabancı, herhangi bir suçtan dolayı yargılama sürecinde olmaması gerektiği hususu da masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktadır.¹²

C. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığın Kazanılması Prosedürü

Kanunun 16. maddesinde belirtilen şartların varlığını tespit etmek için bir Komisyon görevlendirilmiştir. Nitekim “Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu” başlığı altında Kanun’un 18. maddesi şu şekildedir:

“11 inci ve 16 ncı maddeler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, illerde oluşturulan vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından yapılır. Komisyonun oluşumu ve çalışma esasları yönetmelikle belirlenir.”

Bu yeni düzenlemeyle evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması kapsamında yapılan başvuruların illerde oluşturulan inceleme komisyonu tarafından değerlendirileceği yer almaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in “Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasında komisyon tarafından yapılacak işlemler ve uygulanacak esaslar” başlıklı 29. maddesinde ise incelemenin nasıl yapılacağına dair detaylar bulunmaktadır.

“(1)Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı ve eşi, komisyon tarafından ayrı ayrı ve birlikte mülakata tabi tutulmak suretiyle evliliğin gerçek bir evlilik ya da Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılmış bir evlilik olup olmadığı araştırılır.

(2) Mülakat sonucunda oluşan kanaat evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin mülakat formuna yazılır. İl müdürlüğüince dosya karar alınmak üzere Bakanlığa gönderilir.”

Yapılan mülakatta, evliliğe ait ortak meskenin olup olmadığı, evlilikten doğan sorumluluğun eşlerin arasında bulunup bulunmadığı, evlilik öncesi eşlerin hiç karşılaşılıp karşılaşılmadığı, eşlerin birbiriyle ilgili temel kişisel bilgileri bilip bilmediklerini, eşlerin anlaşabildikleri bir dil konuşup konuşmadıklarını, eşlerin geçmişi, varsa daha önceki evlilikleri ve ikamet düzenlerinin olup olmadığı hususlarında sorular sorulmaktadır.¹³ Yapılan incelemenin amacının muvazaalı evlilikleri engellemek

¹⁰ AYBAY, Rona / ÖZBEK, Nimet / ERSEN PERÇİN, s. 134.

¹¹ REÇBER, Kamuran / ÖZGENÇ, Zeynep: “5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, s.1, 2016, s. 380.

¹² REÇBER, Kamuran / ÖZGENÇ, Zeynep, s. 380.

¹³ RUHİ, Ahmet Cemal, “Evlenme Yolu İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s.115.

ve gerçekten hak eden kişilere vatandaşlığın verilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Aynı Yönetmeliğin “Vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu” başlıklı 69. maddesinde ise Komisyonunda görev alacak kişileri belirtmektedir.

“(1) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, illerde oluşturulan komisyon tarafından yapılır.

(2) Komisyon, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il müdürlüğü, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, il millî eğitim müdürlüğü ve sosyal hizmetler il müdürlüğünden en az şube müdürü düzeyinde görevlendirilen temsilcilerden oluşur. Komisyon başkanı gerekli gördüğü hallerde diğer birim temsilcilerini görüşlerini almak üzere komisyona davet edebilir.”

Son olarak evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların başvurusu şartlarını taşıdığı Komisyon tarafından belirlenirse adına vatandaşlık dosyası oluşturularak İçişleri Bakanlığına iletir.¹⁴Bakanlık da inceleme ve araştırma yaptıktan sonra başvuruyu uygun bulması halinde Türk vatandaşlığının verilmesi karar vermektedir.¹⁵ Aynı şekilde, uygun bulunmayan başvurular İçişleri Bakanlığı tarafından Kanununun 19. maddesi uyarınca reddedilir.

D. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması Etkileri

Yetkili makam kararıyla sonradan kazanılmış vatandaşlık hallerinden olan evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, İçişleri Bakanlığı'nın kararının verildiği tarihten itibaren etkisini göstermekte, yani hüküm ifade etmektedir.¹⁶ Devamlı niteliktedir, yani bu yolla vatandaşlığı kazanan kişinin evliliği sona erse bile vatandaşlığı kaybetmemektedir.¹⁷ Ancak iki durumda vatandaşlığı kaybedebilmektedir. Birincisi, evliliğin butlanı halinde, kişi eğer kötü niyetli ise (ki bunu ispatlamak zor), kişi Türk vatandaşlığını kaybetmektedir. İkincisi, tüm Türk vatandaşları gibi, “çıkma” yoluyla veya “kaybettirme” kararıyla Türk vatandaşlığı son bulabilmektedir.¹⁸ Ayrıca evlenme yoluyla edinilen vatandaşlık mutlaklıdır. Şöyle ki, bu yolla vatandaşlığı kazananlar, tıpkı doğumla Türk vatandaşlığına haiz olanlar gibi, Türk vatandaşlarının hukuki statüsündelerdir.¹⁹ Bununla birlikte kanununun 16. maddenin son fıkrası uyarınca evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancıların evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyiniyetli olmaları durumunda Türk vatandaşlığını muhafaza edecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla 403 sayılı Vatandaşlık Kanunun'da yer alan “*Evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde akitte hüsnüniyetli olan kadın, Türk vatandaşlığını muhafaza eder*” genişletilmiş ve erkeklere de uygulanarak muhafaza edilmiştir. 403 sayılı Vatandaşlık Kanunun'da var olan “*Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar, ana veya babaları hüsnü-niyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler*” hükmü ise yeni kanunda tekrarlanmamış zira butlanına karar verilen evlenmeden doğan çocuklar, doğum sırasında duruma göre ana ve/veya babalarının Türk vatandaşları olmalarından dolayı zaten Türk vatandaşlığını kazanmaktadırlar.²⁰

¹⁴ ERDEM, s.179.

¹⁵ ERDEM, s.179.

¹⁶ NOMER, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 26. Baskı, İstanbul, 2019, s.105.

¹⁷ NOMER, s. 105.

¹⁸ NOMER, s. 105.

¹⁹ NOMER, s. 105.

²⁰ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla

II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜYESİ ÜLKELERDE EVLENME YOLUYLA VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI

Bu bölümde beş Avrupa Birliği üyesi ülkelerde evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin mevzuat ele alınacaktır. Sırasıyla Almanya, Birleşmiş Krallık, İspanya, İtalya ve Fransa'nın mevzuatları incelenecektir.

A. Almanya

Alman Anayasası'nın²¹ (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) “Vatandaşlık, İade” başlıklı 16. maddesi'nin birinci bendine göre Alman vatandaşlığı geri alınmaz, vatandaşlık kaybı sadece kanunla gerçekleşir ve ilgilinin istememesine rağmen gerçekleşmesi durumunda, vatansız kalmayacaksa yapılabilmektedir. Aynı maddenin ikinci bendinde ise hiçbir Alman vatandaşının yurtdışına iade edilemeyeceği, ancak bunun kanunla getirilebilecek bir istisnasının olduğunu vurgulamaktadır. Söz konusu istisna ise Alman vatandaşının iadesini talep eden Avrupa Birliği üyesi ülkenin veya uluslararası mahkemesinin hukuk devleti prensiplerini uyguladığını garanti etmesi durumudur. Bu durumda mezkûr maddeye göre Alman vatandaşının iadesi mümkündür.

Almanya Vatandaşlık Hukuku'nun temeli 22 Temmuz 1913 tarihli Delbrück Yasası'na²² (Staatsangehörigkeitsgesetz) dayanmaktadır. Bu kanun 15 Temmuz 1999 ve 15 Ağustos 2019 tarihlerinde iki kez olmak üzere değiştirilmiştir. Bununla birlikte, tüm eyaletlerde uygulama birliğinin oluşması için Federal İçişleri Bakanlığı, yasanın uygulamasına ve yorumuna ilişkin genel uygulama yönetmeliği çıkarmıştır.²³

1. Genel Şartlar

Evlilik yoluyla vatandaşlık, Alman Vatandaşlık Kanunu'nun²⁴ (Staatsangehörigkeitsgesetz) 9. maddesinde düzenlenmiştir. Eşi veya kayıtlı partneri Alman vatandaşı olan yabancı, bu madde uyarınca Alman vatandaşlığını talep edebilmektedir. Bu durumda takdir yoluyla telsikten (vatandaşlığa alınmadan) bahsedilmektedir. Bu kapsamda yabancı başvuru bulunabilmesi için birtakım şartlara haiz olması gerekmektedir. Öncelikle Alman Vatandaşlık Kanununun “takdirenen vatandaşlığa alınma” başlıklı 8. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmelidir. Bu minvalde başvurunun öncelikle Almanya'da geçerli bir ikamet iznine sahip olması gerekmektedir. Fiil ehliyetine sahip olması veya kendisini kanuni temsilcisi aracılığıyla temsil ettirmesi lazımdır. Herhangi bir suçtan dolayı mahkûm olmuş olmaması, kalabileceği bir konut bulmuş olması ile kendisini ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere yetecek kadar para kazanıyor olması şarttır. Zikredilen şartlara ek olarak, başvurunun Alman Vatandaşlık Kanununun “Alman eş veya kayıtlı partnerden dolayı telsik” başlıklı 9. maddesinde yer alan şartları da yerine getirmesi gerekiyor. Başvurucu önceki vatandaşlığını kaybetme veya çıkma ya da aynı Kanunun 12. maddesi uyarınca çoklu vatandaşlı kabul için gerekçelerinin olması ve Alman yaşam tarzına uyacağına dair garanti vermesi gerekmektedir. Bu kriterin değerlendirilmesini Alman yetkililer bir kurula

Kazanılması”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/ Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 92.

²¹ Bundesministerium der justiz und für Verbraucherschutz, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (Erişim Tarihi: 17/11/2019).

²² Bundesministerium der justiz und für Verbraucherschutz, Staatsangehörigkeitsgesetz,

²³ [Nicolas Bouche](#), La réforme de 1999 du droit allemand de la nationalité, [Revue internationale de droit comparé](#) Année 2002 54-4 pp. 1035-1072 S. 1037 https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2002_num_54_4_17773

²⁴ Staatsangehörigkeitsgesetz, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=266> (Erişim Tarihi: 17/11/2019).

bağlamıştır: başvurucunun üç yıldan beri Almanya’da ikamet ediyor olması ve evliliğin veya kayıtlı partnerliğin en az iki yıldan beri sürüyor olması gerekmektedir²⁵. Yine aynı kapsamda müracaat sahibinin sözlü ve yazılı olarak B1 seviyesinde Almanca diline hâkim olması gerekmektedir²⁶.

Prensip olarak Alman Vatandaşlığının kazanılması önceki vatandaşlıktan çıkmaya bağlıdır. Ancak bazı durumlarda, örneğin söz konusu ülkenin vatandaşlığından çıkma yasal olarak zor olduğunda, ciddi maddi zarara neden olacağı veya sağlık sebeplerinden dolayı çıkış işlemleri takibi mümkün olamayacağı ispatlandığında çifte vatandaşlık mümkün olmaktadır²⁷.

2. Prosedür

Evlilik veya kayıtlı partnerlik yoluyla alman vatandaşlığı başvurusunda bulunmak isteyen yabancı ikamet ettiği yerin vatandaşlık dairesine müracaat etmesi gerekmektedir. İstenilen belgelerle birlikte doldurulan bir form ile süreç başlamaktadır. Başvuru dosyasının eksiksiz olduğu tespit edilmesinin akabinde başvuru Anayasaya bağlılık belgelerinin imzalanması için çağrılır ve yeterince Almanca bildiğinin tespiti için (dil seviyesini ispatlayan diploması veya sertifikası yoksa) bir testten geçmektedir.²⁸ Bu süreç ortalama 10-12 hafta sürmektedir. Sürecin olumlu ilerlemesi durumunda başvurucuya 2 yıl geçerliliği olan Alman vatandaşlığına alınacağına dair “Teminat Belgesi” verilmektedir.²⁹

Evlilik veya kayıtlı partnerlik yoluyla Alman vatandaşlığı bir hak olduğundan koşulların yerine getirilmesi durumunda reddedilememektedir.³⁰ Ret halinde ilgili idare mahkemesi nezdinde itiraz edilebilmektedir.³¹ Birçok eyalette vatandaşlığın kazanılması Alman Cumhuriyeti kurumlarına sadakat yemin törenine katılımına bağlıdır. Prosedür dört ile yirmi dört ay arası sürmektedir.³²

B. Birleşmiş Krallık

Britanya Vatandaşlık Yasası³³ (*British Nationality Act*) 1 Ocak 1983 yürürlüğe girmeden önce Britanya vatandaşı ile evlenen kadınlar otomatik olarak Britanya vatandaşlığını kazanmaktaydı. Bu kanun ile evlilik yoluyla Britanya vatandaşlığının kazanılması telsik ile mümkündür. 2002’de yürürlüğe giren ve 1981 yasasına değişiklik getiren Vatandaşlık, Göç ve İltica Yasası³⁴ (*Nationality, Immigration and Asylum Act*), vatandaşlığı kazanma tüm yabancılar için aynı şartların yerine

²⁵ T.C. Başbakanlık Yurtdışı Türkler ve Akraba Toplulukları Başkanlığı, Vatandaşlık Rehberi Türkiye – Almanya-Avusturya – Hollanda, Ankara, 2015, s.63.

²⁶ T.C. Başbakanlık Yurtdışı Türkler ve Akraba Toplulukları Başkanlığı, Vatandaşlık Rehberi Türkiye – Almanya-Avusturya – Hollanda, Ankara, 2015, s.63.

²⁷ T.C. Berlin Büyükelçiliği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği, “Alman Vatandaşlığının Kazanılması”, http://calisma.de/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=24&Itemid=63 (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

²⁸ T.C. Berlin Büyükelçiliği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği, “Alman Vatandaşlığının Kazanılması”, http://www.calisma.de/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=24&Itemid=63 (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

²⁹ T.C. Berlin Büyükelçiliği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği, “Alman Vatandaşlığının Kazanılması”, http://www.calisma.de/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=24&Itemid=63 (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

³⁰ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, “L’acquisition de la nationalité par le mariage”, 2006, s.11.

³¹ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.11.

³² Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.11.

³³ British Nationality Act, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/enacted> , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

³⁴ Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/41/contents> , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

getirilmesine bağlıdır.

1. Genel Şartlar

1 Kasım 2005'den beri, evlilikten dolayı Britanya vatandaşlığına başvuracak yabancı teslik yoluyla vatandaşlığa başvuracak yabancılarla aynı şartlara tabidir. Söz konusu şartlar daha önce zikrettiğimiz 1981 Britanya Vatandaşlık Yasasının ekinde belirtilmiştir. Bunlar: on sekiz yaşında olmak, akliselim olmak, Birleşik Krallık'a yerleşme niyetini göstermek, dille yeteri kadar hâkim olmak (burada kastedilen İngilizce, Galce veya İskoç Gal dilidir), Birleşik Krallık'taki hayat hakkında yeterince bilgiye sahip olmak ve onurlu bir kişi olarak tanınmış olmaktır. İngiltere'de sadece Britanya vatandaşı ile evli kişiler değil aynı zamanda kayıtlı partneri olan kişiler de bu yolla vatandaşlık başvurusunda bulunabilmektedir.

Diğer vatandaşlık başvurusunda bulunan adaylardan istenilen dil bilme şartı, 28 Temmuz 2004 tarihinden itibaren İngiliz vatandaşları ile evli eşlerin vatandaşlık başvurusunda bulunanlardan da, 2002 Vatandaşlık, Göç ve İltica Yasası uyarınca, istenmektedir. Ülkenin diline konuşabilmeye ilaveten 2015'ten itibaren ülkedeki hayata ilişkin bilgiye de sahip olmak gerekmektedir. Adaylar bu iki şartı yerine getirdiklerini iki şekilde kanıtlayabilmektedir. Yabancılar İngilizce dilini öğretme konusunda uzmanlaşmış bir kuruluştan "Vatandaşlık" modülünü de içeren bir dil kursu tamamladıklarını ve gereken asgari seviyeye ulaştığını gösteren sertifika verebilirler. İkinci seçenek onaylanmış merkezde toplum ve kurumlar ile ilgili 90 soruluk bir testten geçebilirler.³⁵ 65 yaş üstü adaylar veya fiziksel veya mental bir engellilik durumu olanlar bu iki koşuldan muaf olmayı talep edebilmektedirler.³⁶ Onurlu bir kişi olarak tanınmış olma şartının değerlendirilmesi, idare tarafından başvuruvercinin vergi durumu ve adli sicilinin kontrolü ile yapılmaktadır.

Birleşik Krallık'ta ve diğer ülkelerde başvuru aleyhine verilen trafik cezaları dâhil olmak üzere tüm cezai hükümler, vatandaşlık başvuru formunda bildirilmelidir.³⁷ Daha önce en az beş yıl hapis cezası hükmedilenler bunu beyan etmek mecburiyetindedirler. Bu süreden az bir cezaya mahkûm olanlar ise birden on yıla kadar değişen rehabilitasyon süresi sonunda bunları beyan etme mecburiyeti bulunmamaktadır.³⁸ Buna ek olarak, İdare hüküm giymiş ve vatandaşlığa başvurmak isteyen kişiler, mahkûmiyetlerinin açıklanmasından hemen sonra başvuru yapmaları durumunda, başvurunun reddedileceğini belirtmektedir. Böyle bir durumda başvuru mahkûmiyet ile başvuru arasında belli bir süre koymalıdır. Bu süre, yaptırıma bağlı olarak bir ila otuz yıl arasında değişmektedir.³⁹ Vatandaşlığa kabul, ilk vatandaşlıktan feragat edilmesine tabi değildir. Bir İngiliz vatandaşının eşi, İngiltere'de üç yıl düzenli olarak kaldıktan sonra vatandaşlığa başvurabilir. Ancak bu üç yıl boyunca 270 günden ve geçen yıl 90 günden fazla ülke dışına çıkmış olmamalıdır.⁴⁰

2. Prosedür

Vatandaşlığa başvuru formu destekleyici belgeler ile birlikte İçişleri Bakanlığı Göçmenlik ve Vatandaşlık Müdürlüğüne gönderilir. Tüm başvuru sahiplerinden başvuru harcı alınmaktadır. 1981

³⁵ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.30.

³⁶ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.30.

³⁷ Home Office, "Naturalisation Booklet – The Requirements", 2019, s. 20, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/794168/Guide_AN_Naturalisation_Booklet.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

³⁸ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.30.

³⁹ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.30.

⁴⁰ Gov.uk, "Apply for citizenship if your spouse is a British citizen", <https://www.gov.uk/apply-citizenship-spouse> (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

İngiliz Vatandaşlığı Yasası'nın 42A numaralı yeni bölümü, vatandaşlığa kabul belgesi verilmesi için harcı ödemesini şart koşturur.⁴¹ Başvuran, başvurusunu kolaylaştırmak için, dosyasını göçmenlik ve vatandaşlık müdürlüğü ile bir anlaşma imzalamış olan yerel yetkililer tarafından yabancılara sunulan özel bir servis ile ücreti mukabilinde kontrol ettirme olanağına sahiptir. Vatandaşlığa başvuru sahibi, bir İngiliz vatandaşıyla evlenmiş olsa bile, kendisini en az üç yıl boyunca kişisel olarak tanıyan ve yalnızca profesyonel olarak tanımayan, en az yirmi beş yaşlarındaki diğer iki İngiliz uyruklu referans tarafından desteklenmelidir. Bu kişiler başvuru sahibinin ahlâkı için kefil olmalıdır. Başvurucu ile aralarında doğrudan bir bağ olmamalı (örneğin avukatları olmamalı) ve kendilerinin de son on yıl boyunca herhangi bir hapis cezası mahkûmiyeti bulunmamalıdır.⁴² Dosya gönderildikten sonra, değerlendirme ortalama altı ay sürmektedir. Kararın olumlu olması halinde, vatandaşlık adayı, Krallığa bağlılık yemini etmek ve Birleşik Krallık temel değerlerine riayet edeceğine dair beyanda bulunması için 90 gün içinde bir törene katılmak üzere davet edilir.⁴³ Bu tören yerel nüfus dairesi tarafından düzenlenmektedir. Bu kanunun 42. maddesi vatandaşlığa kabul belgesi verilmesini bu törene katılım sağlamış olmasına bağlı tutuyor. Dolayısı ile öngörülen süre içinde başvuru sahibinin törene katılmaması başvuru sahibinin vatandaşlığa yeni bir başvuruda bulunmasına ve ilgili harcı yeniden ödemek zorunda kalmasına neden olmaktadır.⁴⁴ 2002 tarihli Vatandaşlık, Göç ve İltica Yasası, 7 Kasım 2002 tarihi itibarıyla, önceki kanunun 44. maddesini iptal etmiştir. Söz konusu madde ret kararlarının gerekçeli olmayabileceği ve yargı yollarının kapalı olduğunu belirtmekteydi.⁴⁵

C. İspanya

İspanyol Anayasası'nın⁴⁶ 11. maddesinde İspanyol Vatandaşlığı Kanun hükümleri uyarınca kazanılır, muhafaza edilir ve kaybedilir demektir. İspanyol Medeni Kanunu'nu⁴⁷ 17. maddesi'nden 28. maddesine kadar vatandaşlık ve yabancılık konularını düzenlemektedir. İspanya'da vatandaşlığın kazanımı özellikle ülkedeki ikamete dayanmaktadır. Söz konusu ikamet süresi birçok kritere göre değişiklik göstermektedir.

1. Genel Şartlar

Evlilik yoluyla vatandaşlığa başvurmak isteyen İtalyan vatandaşı eşi olan başvuru sahibinin öncelikle "iyi bir sivil davranışının olduğunu" ve İspanyol toplumuna entegre olduğunu ispatlamalıdır. İlk vatandaşlığından vazgeçmelidir. Nitekim İspanyol vatandaşlığının kazanılması ilk vatandaşlıktan vazgeçmeye bağlıdır. Bu kuralın bir istisnası mevcuttur. İspanya ile özel ilişkileri olan ülke vatandaşları her iki vatandaşlığı da muhafaza edebilmektedirler. Söz konusu ülkeler: Latin Amerika ülkeleri, Andora, Filipinler, Gine Ekvatoru ve Portekiz'dir.⁴⁸

İspanyol vatandaşlığının verilme şartlarından biri ülkedeki zorunlu asgari ikamet süresine bağlıdır. İkamet resmi şekilde gerçekleşmiş olmalıdır. Aralıksız ve başvuru tarihinden hemen önce olmalıdır. Genel olarak zorunlu asgari ikamet süresi, on yıldır ancak birçok durumda daha kısadır. En az bir

⁴¹ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.31.

⁴² Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.31.

⁴³ Kent County Council, "Citizenship Ceremony", <https://www.kent.gov.uk/births-ceremonies-and-deaths/other-ceremonies/citizenship-ceremony>, (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

⁴⁴ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.17.

⁴⁵ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.17.

⁴⁶ Spanish Constitution, http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espaa_texto_ingles_0.pdf, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

⁴⁷ Spanish Code Civile, <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

⁴⁸ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.17.

yıldır bir İspanyol vatandaşı ile evli olan ve eşlerinden resmi veya fiili olarak ayrı olmayan yabancılar için zorunlu ikamet süresi sadece bir yıldır⁴⁹. Bu süre eğer İspanyol eşin ölümü sırasında eşler ayrı değillerse, İspanyol bir vatandaşla evli olup dul kalan yabancı için de geçerlidir.

2. Prosedür

Başvuru yerel nüfus işleri hizmetleri Bürosu'na yapılmaktadır. Söz konusu büro dosyayı tüm gereken evraklar ile birlikte Adalet Bakanlığı'na iletmektedir. Vatandaşlığın verilmesi Adalet Bakanlığı'nın kararı ile yapılmaktadır. Otomatik verilmemektedir. Nitekim Bakan "Kamu düzeni veya kamu Yararı" nedeniyle vatandaşlık talebini reddedebilir⁵⁰. Söz konusu karara idare mahkemeleri nezdinde itiraz edilebilmektedir. Genel anlamda, başvuru ile Bakanın kararı arasında on sekiz – yirmi dört ay arası geçmektedir.⁵¹ İspanyol vatandaşlığın verilme kararını tebliğinden yüz seksen gün içinde⁵², vatandaşlığa hak kazanan yabancı üç şartı yerine getirmesi gerekmektedir⁵³. Bunlar: Krala sadakat ve İspanyol Anayasasına ve kanunlarına itaat yemini etmek; İlk vatandaşlıktan vazgeçmek, İspanyol Nüfus kayıtlarına vatandaşlığın kazanımını kaydettirmektir. Söz konusu üç şartın süresi içinde yerine getirilmemesi halinde vatandaşlık kararı kadük olmaktadır.

D. İtalya

İtalya Anayasası'nda⁵⁴ (*La Costituzione Italiana*) diğer bahsettiğimiz anayasalarda olduğu gibi vatandaşlığın kazanımına ve kaybedilmesine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Mezkûr anayasa doğrudan vatandaşlığa ilişkin sadece 22. maddesinde "kimse, siyasi nedenlerle hukuki kabiliyetinden, vatandaşlıktan ve soy isminden mahrum kalmaz." hükümleri yer almaktadır. İtalya'da vatandaşlığa ilişkin mevzuat 555 sayılı ve 1912 tarihli Kanuna⁵⁵ (*Legge Sulla Cittadinanza Italiana*) dayanmaktadır. Bu Kanun'un 10. maddesi uyarınca İtalyan vatandaşı ile evlenen yabancı kadın otomatik olarak İtalyan vatandaşlığını kazanmaktaydı. İtalyan vatandaşı kadın ise yabancı biri ile evlendiğinde İtalyan vatandaşlığını kaybetmeydi. Söz konusu Kanun hükümleri 1992 tarihinde 91 sayılı Yeni Vatandaşlık Kanunu'nun⁵⁶ (*Nuove Norme Sulla Cittadinanza*) yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur.

1. Genel Şartlar

1992 tarih ve 91 sayılı İtalyan Vatandaşlık Kanun'unun 5. maddesi İtalyan vatandaşı ile evli yabancının İtalya ülkesinde altı ay ikamet ettikten sonra veya yurt dışında yaşıyorsa üç yıllık evlilikten sonra sadece talebi üzerine İtalyan vatandaşlığını kazanabileceği belirtilmiştir. Bu madde 94/2009 sayılı Kamu Güvenliği 'ne ilişkin hükümlere ilişkin kanun⁵⁷ (*Disposizioni in Materia di Sicurezza Pubblica*) ile değişikliğe uğramıştır. Son değişiklik ile evlilik yoluyla vatandaşlığın

⁴⁹ El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Spanish Nationality, www.exteriores.gob.es/Portal/en/ServiciosAlCiudadano/InformacionParaExtranjeros/Paginas/Nacionalidad.aspx , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

⁵⁰ İspanya Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 2. bendi.

⁵¹ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s.18.

⁵² İspanya Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 4. Bendi.

⁵³ İspanya Medeni Kanunu'nun 23. maddesi.

⁵⁴ La Costituzione Italiana, <http://www.senato.it/1024>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

⁵⁵ Legge Sulla cittadinanza italiana [13/06/1912], www.edizionieuropee.it/LAW/HTML/6/zn21_01_041.html , (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

⁵⁶ Nuove norme sulla cittadinanza [GU n.38 del 15-2-1992], www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/02/15/092G0162/sg , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

⁵⁷ Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, [15/06/2009], <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090941.htm> (Erişim Tarihi: 10.12.2019).

kazanımının şartları biraz zorlaştırılmıştır⁵⁸. Bu değişiklik ile İtalyan vatandaşı ile evli yabancının evlilikten ötürü vatandaşlığa başvurabilmesi için İtalya’da ikamet süresi altı aydan iki seneye çıkmıştır. Çiftin yurtdışında yaşaması durumunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak belirtilen süreler çiftin biyolojik veya evlat ettikleri çocuklarının bulunması halinde yarıya inmektedir⁵⁹.

Aynı kanunun 6. maddesinde ise 5. maddenin istisnalarına yer verilmiştir. Aşağıda belirtilen durumlarda olan yabancılara İtalyan vatandaşlığı verilmemektedir:

- Ülkenin güvenliği veya otoritesi’ne karşı veya İtalya Cumhuriyeti’nin kurumlarına karşı işlediği bir suçtan dolayı hüküm giymiş ise.
- Taksirle işlenmiş olma durumu hariç, en az üç yıllık hapis cezası öngörülen bir suç işlemiş olması halinde veya siyasi nedenlerle işlenmiş olması hariç, yabancı bir mahkeme tarafından bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olmuş ve kararın İtalya da tenfizi olması durumunda⁶⁰.

Ayrıca evlilik yoluyla İtalyan vatandaşlığının kazanımı ilk vatandaşlığın feragatine bağlı değildir.

2. Prosedür

Başvuru Valiliklere yapılmakla birlikte, İçişleri Bakanlığı’na iletilmektedir. Vatandaşlık başvurusu İçişleri Bakanının kararı ile sonuçlanmaktadır. Yukarıda zikredildiği üzere, kanun da belirtilen nedenlerden dolayı (hükümler, kamu güvenliği vb.) vatandaşlık başvurusu reddedilebilir.⁶¹ Ret kararları başvuru tarihinden dört yıl içinde verilmelidir.⁶² Dört yılın geçmesi halinde vatandaşlık başvurusu kabul edilmiş sayılmaktadır. Vatandaşlığın kazanımı verilme kararının tebliğinden altı ay içinde başvurucunun İtalya Cumhuriyetine sadakat yemini etmesinden sonra kesinleşmektedir.⁶³

E. Fransa

Fransız Anayasa’nın⁶⁴ (*Constitution Française*) 34. maddesinde vatandaşlık ile ilgili hükümlerin kanun ile konulacağı belirtilmiştir. Vatandaşlığa ilişkin düzenlemeler Fransız Medeni Kanun’un⁶⁵ (*Code Civil*) 21. maddesinden 33-2. maddesi arasında düzenlenmiştir.

1. Genel Şartlar

Fransız Medeni Kanunu’nun 21-1 maddesi evliliğin vatandaşlığa bir etkisinin olmadığını

⁵⁸ SAVI, Caroline, *La loi sur la nationalité et les deuxièmes générations de l’immigration en Italie*, Mémoire de l’émigration et identité italienne à l’heure de l’immigration, <https://preo.u-bourgogne.fr/textesetcontextes/index.php?id=467>, (Erişim Tarihi: 10.12.2019).

⁵⁹ Consulate Generale d’Italia Ginevra, “Nationalité”, https://consiginevra.esteri.it/consolato_ginevra/fr/i_servizi/per_i_cittadini/cittadinanza/cittadinanza.html, (Erişim Tarihi: 17/11/2019).

⁶⁰ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s. 20.

⁶¹ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s. 20.

⁶² Cittadinanza italiana, il portale informativo sulla cittadinanza italiana, “cittadinanza italiana da 730 giorni a 4 anni, tutte le novità del decreto salvani sulle cittadinanze”, <https://www.cittadinanza.biz/cittadinanza-italiana-da-730-giorni-a-4-anni-il-testo-definitivo-del-decreto-salvini/>, (Erişim Tarihi: 23.11.2019).

⁶³ Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, s. 20.

⁶⁴ Assemblée Nationale, “Constitution de la République Française”, <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

⁶⁵ Légifrance, Le Service Public de la Diffusion du Droit, “Code Civil”, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

belirtmektedir. Bir sonraki maddede ise evlilik yoluyla vatandaşlığa başvurma şartları yer almaktadır. Mezkûr maddede Fransız vatandaşı biriyle evli olan yabancı veya vatansız kişi, evlilik tarihinden itibaren dört yıl sonra beyan ile Fransız vatandaşlığını kazanabilmesinin, duygusal ve fiili birlikteliğin devam etmesi ve Fransız eşin vatandaşlığını muhafaza etme durumuna bağlamaktadır. Aynı maddede bazı durumlarda evlilik süresinin beş yıl olarak istenildiği belirtilmiştir. Bu durum beyan sırasında yabancının evlilik tarihinden itibaren üç yıl boyunca Fransa’da aralıksız ve düzenli bir şekilde Fransa’da ikamet ettiğini kanıtlayamaması veya yurtdışında yaşamaları durumunda Fransız eşin yurtdışında yaşayan Fransızlar listesine kayıtlı olduğunu kanıtlayamaması durumudur. Son olarak yine aynı maddede, yabancının yeteri kadar Fransızca bilgisine sahip olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Ayrıca başvuruda bulunan yabancının ilgili Kanunun 21-27. maddesi uyarınca, kaçak durumda olması, aleyhine verilmiş sınır dışı kararı bulunması, Devletin milli çıkarlarına aykırı davrandığı için terörizm nedeniyle mahkûm olmuş olması veya aleyhine en az altı aylık hapis cezası verilmesi durumlarında, Fransız vatandaşlığını kazanmamaktadır.

2. Prosedür

Başvurucunun başvuru dosyasını vermesi üzerine, bir soruşturma başlamaktadır. Başvurucu ve eşi iki hususun teyidi için mülakata çağrılmaktadırlar. Birinci husus, duygusal ve fiili birlikteliğin devamının teyididir. Bu konuda eşler evlilik tarihinden beri duygusal ve fiili birlikteliklerinin devam ettiğine dair onurları üzerine yemin edip beyan imzalamaktadırlar. Amaç vatandaşlığın verilmesine engel teşkil eden bir durumun olmadığı kontrolüdür.⁶⁶ İkinci husus, başvurunun yeteri kadar Fransızcaya hâkim olduğunun teyidi için ayrıca tek başına mülakata çağrılmaktadır. Tüm bu mülakatlar bittiğinde başvurucuya bir alındı belgesi verilmektedir. Sonrasında başvuru dosyası inceleme ve karar verilmek üzere vatandaşlığın verilmesinden sorumlu Bakanlığa gönderilmektedir.⁶⁷ Bir yıl içinde ise Bakanlık kararı vermek durumundadır. Kanunda öngörülen şartların yerine getirildiğinin tespiti halinde, vatandaşlığın verilmesinden sorumlu Bakanlık başvurunun vatandaşlık beyanını kayıt etmekte ve başvuru; yetkili idarenin tam dosyayı aldığı tarihten itibaren Fransız vatandaşlığını kazanmış sayılır. İlgili Valilik, başvurucuya dosyasının kayıt edildiğine dair belge vermektedir.⁶⁸ Bu belge vatandaşlığın kazanıldığını kanıtlamaktadır ve Fransız kimliği çıkartmak için verilmesi gerekmektedir. Kanunda belirtilen şartlardan birinin yerine getirilmediği anlaşıldığında, vatandaşlığın verilmesinden sorumlu Bakanlık başvurunun vatandaşlık beyanını kayıt etmemektedir. Söz konusu kararını gerekçeleriyle birlikte başvurucuya tebliğ etmektedir. Başvurucu karara tebliğ tarihinden itibaren 6 ay içinde yetkili mahkemede itiraz edebilmektedir.⁶⁹

SONUÇ

Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması düzenlemeleri zaman içerisinde sosyal ve kültürel değişimlerin de etkisiyle ciddi şekilde değişmiştir. Başlangıçta hâkim olan ve sadece kadınlara tanınan vatandaşlığı kazanma durumuna ilişkin cinsiyetçi ve ayrımcı yaklaşım, genel olarak terk edilmiştir. Nitekim artık kadınlar ve erkekler eşit muameleye tabi tutulmaktadırlar. Bu önemli gelişmenin gerçekleşmesinde şüphesiz 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin benimsediği

⁶⁶ Le Site Officiel de l’Administration Française, “Nationalité Française par mariage”, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2726>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

⁶⁷ Le Site Officiel de l’Administration Française, “Nationalité Française par mariage”, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2726>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

Le Site Officiel de l’Administration Française, “Nationalité Française par mariage”, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2726>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

⁶⁹ Le Site Officiel de l’Administration Française, “Nationalité Française par mariage”, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2726>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

iki prensip: cinsiyetten ötürü ayrımcılık kaldırılması gerektiği ve evlilik diğer eşin vatandaşlığına otomatik yansımaması gerektiğinin ciddi etkisi bulunmaktadır.⁷⁰ Böylelikle sözleşmede sayesinde Avrupa Birliği üyesi ülkelerde modern bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.⁷¹

Evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması düzenlemeleri sadece kadınlar ve erkeklerin yabancı biriyle evlendiklerinde eşit bir muameleye tabi tutularak vatandaşlık başvurusunda bulunabilmeleri yönünden değişmemiştir. Nitekim bazı ülkelerde evlilik anlayışı da değişmiştir. Cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken birleşmeleri olarak görülen evlilik, bazı ülkelerde aynı cinsiyetteki kişilerin evliliğini mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte bazı ülkeler evliliğin yanı sıra fiili birliktelikler için de vatandaşlığın kazanılmasını mümkün kılmaktadır. Nitekim İngiltere ve Almanya’da kayıtlı partnerlikte tıpkı evlilik gibi vatandaşlık başvurusuna imkân vermektedir.

Bazı ülkelerde evlilik yoluyla vatandaşlığa hak kazanma öngörülmüş ve kişilerin talebi üzerine süreç işlemektedir. Almanya, İtalya ve Fransa’nın durumu böyledir. Bazı ülkelerde ise evlilik yoluyla vatandaşlığa başvuruda bulunacaklarda diğer vatandaşlık başvurusunda bulunanlar ile aynı şartlar istenmekte olup, süreç diğer yollardan daha çabuk sonuçlanmaktadır. İspanya ve İngiltere’de durum böyledir.

Türk hukukundaki evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin mevzuat da zaman içerisinde ciddi şekilde değişmiştir. Düzenlemenin ilk halinde var olan cinsiyetçi yaklaşım terk edilmiş ve her ne kadar Türkiye Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ne taraf olmasa da konu ile ilgili söz konusu sözleşmeye uyumlu bir yaklaşım benimsenmiştir. 2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması düzenlemesi işbu makalede incelediğimiz diğer ülke mevzuatları ile karşılaştırıldığına kanaatimizce yerinde bir yaklaşım benimsenmiş, yabancıya ne imtiyaz sağlanmış ve ne zorlayıcı bir muameleye tabii tutulmuştur.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- AYBAY**, Rona / **ÖZBEK**, Nimet / **ERSEN PERÇİN**, Gizem, *Vatandaşlık Hukuku*, 2019, 1. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- BARAN ÇELİK**, Neşe, “Türk Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılmasında Başvuru Usulü”, *International Social Sciences and Education Conference*, 2018, s. 320 – 327.
- BOUCHE**, Nicholas, “La réforme de 1999 du droit allemand de la nationalité”, *Revue internationale de droit comparé*, Année 2002, pp. 1035-1072.
- DOĞAN**, Vahit, *5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2012, 11. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara.
- ERDEM**, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2019, 7. Baskı, Beta, İstanbul.
- ERDEM**, B. Bahadır: “Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme”, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin

⁷⁰ DOĞAN, s. 91.

⁷¹ BARAN ÇELİK, Neşe, “Türk Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılmasında Başvuru Usulü”, *International Social Sciences and Education Conference*, 2018, s. 326.

2008, s. 97-105.

ERTEN, Rıfat, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, yıl: 66, Sayı:4, Güz 2008, s. 36-61.

NOMER, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2019, 26. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.

REÇBER, Kamuran / **ÖZGENÇ**, Zeynep: “5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, s.1, 2016, s.373-387.

RUHİ, Ahmet Cemal, “Evlenme Yolu İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 107-117.

SARGIN, Fügen, “Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda Değişiklik Yapan 2003 Tarih ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S. 1, s. 27- 63.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (Ed. Vahit DOĞAN/Feriha Bilge TANRIBİLİR/Banu ŞİT), Ankara: Seçkin 2008, s. 79-96.

İnternet Kaynakları

Assemblée Nationale, “Constitution de la République Française”, <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

British Nationality Act, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/enacted>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

Bundesministerium der justiz und verbraucherschutz, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, (Erişim Tarihi: 17/11/2019).

Cittadinanza italiana, il portale informativo sulla cittadinanza italiana, “cittadinanza italiana da 730 giorni a 4 anni, tutte le novità del decreto salvani sulle cittadinanze”, <https://www.cittadinanza.biz/cittadinanza-italiana-da-730-giorni-a-4-anni-il-testo-definitivo-del-decreto-salvini/>, (Erişim Tarihi: 23.11.2019).

Consolate Generale d’Italia Ginevra, “Nationalité”, https://consginevra.esteri.it/consolato_ginevra/fr/i_servizi/per_i_cittadini/cittadinanza/cittadinanza.html, (Erişim Tarihi: 17/11/2019).

Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, [15/06/2009], <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/09094l.htm> (Erişim Tarihi: 10.12.2019).

El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Spanish Nationality, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/en/ServiciosAlCiudadano/InformacionParaExtranjeros/Paginas/Nacionalidad.aspx>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

Gov.uk, “Apply for citizenship if your spouse is a British citizen”, <https://www.gov.uk/apply-citizenship-spouse> (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

- Home Office, “Naturalisation Booklet – The Requirements ”, 2019, s. 20, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/794168/Guide_AN_Naturalisation_Booklet.pdf , (Erişim Tarihi: 20.12.2019).
- Kent County Council, “Citizenship Ceremony”, <https://www.kent.gov.uk/births-ceremonies-and-deaths/other-ceremonies/citizenship-ceremony> , (Erişim Tarihi: 20.12.2019).
- La Costituzione Italiana, <http://www.senato.it/1024>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).
- Spanish Code Civile, <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf> , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).
- Légifrance, Le Service Public de la Diffusion du Droit, “Code Civil”, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> , (Erişim Tarihi: 11.12.2019).
- Legge Sulla cittadinanza italiana [13/06/1912], www.edizionieuropee.it/LAW/HTML/6/zn21_01_041.html , (Erişim Tarihi: 11.12.2019).
- Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, L’acquisition de la Nationalité par le mariage, n°LC 155, Janvier 2006, <http://www.senat.fr/lc/lc155/lc155.pdf> , (Erişim Tarihi: 11.12.2019).
- Le Site Officiel de l’Administration Française, “Nationalité Française par mariage”, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2726> , (Erişim Tarihi: 11.12.2019).
- Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/41/contents> , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).
- Spanish Constitution, http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).
- Staatsangehörigkeitsgesetz, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=266> , (Erişim Tarihi: 17/11/2019).
- Nuove norme sulla cittadinanza [GU n.38 del 15-2-1992], www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/02/15/092G0162/sg , (Erişim Tarihi: 13.11.2019).
- SAVI, Caroline, *La loi sur la nationalité et les deuxièmes générations de l’immigration en Italie*, Mémoire de l’émigration et identité italienne à l’heure de l’immigration, <https://preo.u-bourgogne.fr/textesetcontextes/index.php?id=467> , (Erişim Tarihi: 10.12.2019).
- T.C. Başbakanlık Yurtdışı Türkler ve Akraba Toplulukları Başkanlığı, Vatandaşlık Rehberi Türkiye – Almanya- Avusturya – Hollanda, Ankara, 2015, https://ytbweb1.blob.core.windows.net/files/resimler/kitaplar_pdf/genel.pdf , (Erişim Tarihi: 13.12.2019).
- T. C. Berlin Büyükelçiliği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği, “Alman Vatandaşlığının Kazanılması”,http://calisma.de/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=24&Itemid=63 , (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

HOME WORK CONTRACT[#]

Banu Bilge SARIHAN*

Abstract

Article 461 of the Turkish Code of Obligations; “A home service contract is defined as the contract that the employer undertakes to see in his own home or in another place to be determined, in person or together with family members, for a fee.” This definition is in line with the definition of International Labor Organization's Home Working Convention No. 177. Working at home, that is, depending on an employer, without the supervision of the employer, working at home under the contract, emerged with the industrial revolution of the 18th century and is becoming increasingly widespread today. The concept of working at home is not the daily work of homework, cleaning, cooking, as well as continuous household chores such as child and elderly care. In determining whether a work carried out at home can constitute the subject of the home service contract; the employer must give the job and the worker must carry out the job and need material and work tools when performing the job. In addition, the worker must deliver the completed work result to the employer and the employer must be able to use the work result in his own production or directly in the market. The provisions of the Labor Law do not apply to homework contracts. In our study, the need to protect employees in terms of “Home Service Contract”, Law of Obligations and related legal regulations will be evaluated.

Keywords: Homework, Law No. 6098, employer, homework contract.

EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ

Öz

Evde hizmet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 461 nci maddesinde; “Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlama Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi'nde belirtilen tanımla da paralellik arz etmektedir. Evde çalışma, yani, bir işverene bağlı olarak, işverenin denetimi olmaksızın, sözleşme gereği evde çalışma, 18.yüzyılda yaşanan sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkmıştır ve günümüzde gittikçe yaygınlaşmaktadır. Evde çalışma kavramı, evinde çalışma, temizlik, yemek yapma gibi gündelik işlerin yanı sıra, çocuk ve yaşlı bakımı gibi sürekli ev işleri değildir. Evde yürütülen bir işin, evde hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturabilip oluşturamayacağının belirlenmesinde; işverenin işi vermesi ve işçinin bu işi yerine getirmesi ve işi yerine getirirken malzeme ve iş araçlarına ihtiyaç duyması gereklidir. Ayrıca, işçinin tamamlanmış iş sonucunu işverene teslim etmesi ve işverenin iş sonucunu kendi üretiminde veya doğrudan doğruya piyasada kullanabilmesi gerekmektedir. Evde iş sözleşmelerine İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

Editörler Kurulu'na Ulaştığı Tarih: 05.12.2019 **Kabul Tarihi:** 10.12.2019

Bu makale 14-16 Ekim 2016 tarihinde Antalya'da gerçekleştirilen International Conference of Strategic Research in Social Science und Education (ICosResSSE 2016) “Home Work Contract” başlığı ile sözlü bildiri olarak sunulmuştur.

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, bsarihan@erbakan.edu.tr, ORC ID: 0000-0003-4686-3752.

Çalışmamızda, “Evde Hizmet Sözleşmesi”, Borçlar Hukuku açısından çalışanların korunması gereği ve buna ilişkin hukuki düzenlemeler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Evde çalışma, 6098 Sayılı Kanun, işveren, evde çalışma sözleşmesi.

INTRODUCTION

One of the important regulations brought alongside the law no. 6098 Turkish Code of Obligations effectuated on 01.07.2012 is “Home Work Contract”. Service Contract is regulated in the sixth part of the second section where private liability relations are regulated in the Turkish Code of Obligations. In the first section of this part, “General Service Contract (TCO. 393-447), in the second part “Marketing Contract (TCO 448-460), and in the third part “Home work Contract” regulations are found. General provisions to be applied to the service contracts were described under the title of “General Service Contract”; and special provisions have been introduced regarding “Marketing Contract” and “Home work Contract” as subtypes of service contract.

Home work contract is defined in article 461 of Turkish Code of Obligations as: “Home work contract is a contract where the employee agrees to carry out the duties as defined by the employer in the employee’s own home or somewhere else specified by himself/herself or with family members in return for a fee.”. This description is in parallel with the description specified in the C177 Home Work Convention of International Labour Organisation. Home work, in other words, conventionally working from one’s home employed by but without the supervision of the employer, emerged with the Industrial Revolution in the 18th century and spreading widely into modern times.

The concept of working from home does not mean undertaking the routine domestic chores in one’s house such as cleaning, cooking or looking after children and the elderly. In order to determine whether a job carried out at home qualifies as subject to Home Work Contract; the employer must set the work, the employee must deliver and the employee must need equipment and tools in order to deliver the obligations. Also, the worker must deliver the end-result and the employer must be able to use the end-product in own productions or directly on the market. Production of industrial and trade goods made by hand or using a machine, work that involves the processing and improvement of produced goods, financial and technical studies, journalism and scientific studies, and artistic works can be subject to home work contract. In today’s world, textile and food sectors involve a substantial amount of home work.

In our study, we evaluate the requirement to protect the workers and the legal regulations regarding the matter within the Code of Obligations “Home Work Contract”.

I. HOME WORK CONTRACT CONCEPT ON THE WHOLE

The recent rise in trade, technological and economic needs have required amendments to the classic employment models. As a results of these amendments, work relations have become more flexible and new work forms have emerged. In the eye of these matters, Turkish Code of Obligations (no. 6098) regulated home work contract as a subtype of service contract¹.

Home work contract is a contract where the employee agrees to carry out the duties as defined by the employer in the employee’s own home or somewhere else specified by himself/herself or with

¹ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2012, Ankara, s. 567; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2013, Ankara, s. 451; KARAKIŞLAK, Sahra, *Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma*, BAÜHFD, C.8, S.89-90, Y. 2012, s. 219.

family members in return for a fee (TCO art.461). The articles warrants that the worker agrees to, alone or with family members, i.e. sew dowry, bedspreads, clothes, gives them to a shop and package the goods delivered. In other words, the article regulated the home work in the traditional sense.

Home work contract is an atypical service contract. Atypical service contract is a service contract that is subject to special rules in terms of essence and form, and is differentiated with techniques such as either limiting the period of the service contract or the job duration, or flexible employment². Home work contract which used to cover home-based jobs like weaving, packaging, decoration, now covers a wide range of jobs with the effect of labour economics. Today in many countries transactions take place at home without having to go to a workplace. It is widely used in jobs that require specialism such as architecture, engineering, translation, tax consultancy, and editing³. The biggest separating factor between home work contract and general service contract is that the worker provides the service in their own home or a location of their own choice, not at the workplace of the employer. Even though the worker is bound by the instructions of the employer and economically dependent, the legal dependence has either completely vanished or significantly diminished⁴. Since the employer can not supervise the undertaking of the job, the worker is free to assign their own working hours. However, the job being carried out without the supervision of the employer does not mean that the employer has no control in the home work contract. The employer audits during the deliverance of the obligations, not during the undertaking. The subject of general service contracts constitutes the transaction. The worker has no responsibilities whatsoever from the end-result of the job. Poor transaction does not affect the worker's qualification to payment, however the worker is required to compensate for any losses. Whereas in home work, the worker is responsible from the end result, too. Moreover, in home work contract, the payment is usually set per piece⁵.

Another important difference is that it is not the worker himself/herself who has to undertake the job. The employer party of the contract can be a person or a corporate body, however the worker party must be a person due to the nature of the job subject to contract. The worker can receive help from family members based on legal reasons⁶. Since the traditional home work contract is preferred in order to provide contribution to family budget, it is usually preferred by children, females, the elderly and the disabled. There are no limitations to age, gender or health conditions specified by the law. However, in order to prevent exploitation, the protective clauses of the Labour Law on age, health condition and gender should be applied to home workers, too⁷.

There is no special regulation for this kind of employment model in the Labour Law (4857). The fact that home work contract is regulated within TCO with special provisions does not hinder

² **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI** Muhittin, *İş Hukuku*, 2012, Ankara, s. 420; **KARACA**, Aybüke, Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi, *EÜSBED*, C. 5, S. 2, 2012, s. 372.

³ **DULAY**, Dilek, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*, 2016, Ankara, s. 9.

⁴ **EREN**, 2012, s. 567.

⁵ **GÜLVER**, Ender, Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, *Prof.Dr. Berin Eğin'e Armağan, İÜHFİM*, C. I, XXII, S. 2, 2014, s. 104; **KANDEMİR**, Murat, Evde Çalışma Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, *Prof.Dr. Berin Eğin'e Armağan, İÜHFİM*, C. I, XXII, S. 2, 2014, s. 157.

⁶ **EREN**, 2012, s. 568; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 451; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 2012, İstanbul, s. 432.

⁷ **DULAY**, s. 132.

workers benefit from the protective mechanisms of the Labour Law⁸. Law setter brought different regulations due to the specific characteristics of this atypical work. Home work is defined in “Home Work Convention” 1996, (No.177) of ILO as “...one working in one’s own home, other than the workplace or another industrial location operated by the employer, producing goods or carrying out a study assigned by an employer in return for payment”. According to this, those who have the autonomy and freedom required in places chosen by them, with an exception of their own house or workplace are not covered in the contract scope; the contract only covers home workers who work within an obligatory relation. Republic of Turkey has not yet confirmed the convention number 177.

II. THE SUBJECT OF HOME WORK CONTRACT

In the home work contract, which is an atypical service contract, the primary obligation of the worker is delivering the obligations. In justification of TCO/461, some jobs that may be subject to home work contract have been specified; such as the worker sewing dowry, bedspreads or clothes or packaging goods for a shop at worker’s own home alone or with family members. However, not all jobs that are carried out in worker’s own home or another location specified by the worker will be subject to home work contract. In determining the subject of the home work contract, factors such as the worker needing materials and equipment in order for the employer to assign work to the worker, and the employer using the end-product in production or direct trade should be taken into consideration⁹. For this reason, jobs like housekeeping, cleaning, childminding, gardening, cooking, caretaking are not subject to home work contract. Because these jobs take place in a house that belongs to the employer, not in the worker’s home or somewhere specified by the worker. Also it does not include the factor of delivering the end-result of a job to the employer¹⁰. Jobs that require specialism such as production of industrial or trade goods by hand or using machinery, processing and modification of produced goods, embroidery made on fabric using hand machinery, weaving products, assembling parts, scientific studies, artistic works, translation, bookkeeping, architectural projects, and journalism may be subject to home work contract¹¹. In today’s modern working world, home work is common in many sectors. In textile sector, the embroidery on the produced fabric, sawing the buttons and zips on coats, combining the pieces of sweaters, aligning the collars, weaving runners and rugs using the equipment provided by the employer, packaging and decorating jobs; in the food sector, making stuffed meatballs, noodles and ravioli for a restaurant that serves home-made meals, shelling and peeling raw foods and jarring can be subject to home work contracts. Another example would be the shelling of nuts that will be used in production of cakes, or sorting a sack of sugar or flour into 1 kg packets in a bakery. However, independent jobs despite being carried out in a home environment do not necessarily qualify for home work contract. For instance, if a wedding dress maker closes down his/her shop and continues to operate from their home, this would not be classified as subject to home work contract. However, if the dressmaker makes a deal with an

⁸ SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku*, 2013, İstanbul, s. 286; GÜLVER, s. 121; Y9HD, 19.10.2015, E. 2015/22587, K. 2015/28954.

⁹ DULAY, s. 143; GÜLVER, s. 106; KANDEMİR, s. 154.

¹⁰ DULAY, s. 142; GÜLVER, s. 106; KANDEMİR, s. 155.

¹¹ REHBİNDER, Manfred/STÖCKLI, Jean Fritz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art.331-355 und Art.361-362 OR*, 2014, Bern, Rn. 4; GÜLVER, s. 106; KARACA, s. 376; DULAY, s. 143.

employer to sew pearls on veils or making bride's jewellery bags, that would be subject to home work contract¹².

III. DECLARATION OF WORKING CONDITIONS

According to the contract freedom principle and Labour Code /9, parties can make the home work contract within the provisional limits of the code¹³. As the home work contract is flexible and atypical, the parties should take into consideration the specific conditions of the contract. Especially regulating and customising matters such as varying working times, protection of personal life and data, maintaining health and safety in the workplace, confidentiality, scope of expenses and responsibilities will enable the continuity of the contract¹⁴. The legislation does not dictate an obligatory form in terms of the contract being made between the parties. The contract can be made with explicit declaration of intent as well as implicitly, directly or indirectly and verbally or in writing¹⁵. Article 462 of Turkish Code of Obligations proposes that the employer is to inform the worker of the working conditions in advance. According to this, "the employer informs the worker of the specific characteristics of each new job and of any detail that is not included in the usual working conditions; and hands a written confirmation of the equipment that will be used for that job, how much payment will be made to the worker to obtain this equipment and the payment that will be made for that job if necessary." (cl.1); provided the payment for equipment and the job is not specified in written form before the job is carried out, the common payment is to be made. (cl.end) According to the first clause provision, the employer must inform the worker of any out-of-the-ordinary working conditions and the specifics of the job while assigning the job. Employer is also required to, if necessary, give the worker written notice of the equipment required to complete the job, the payment that will be made to acquire that equipment and to complete the job. In the second clause; it is stated that unless a written statement is made for the equipment and job completion, worker will be paid the regular fees for the specific job. Even though home work contract is not legally required to be carried out in written form, the worker must be informed of the specifics of the required job in written form. The written form brought with this regulation is not a dictating form of validation¹⁶. In cases where the employer does not make the written statement, and the worker undertakes the job regardless, the worker is to be paid the regular fees for that type of job.

As much as the article text is to be deemed, the safety rules and user guides of the technical devices that will be used to carry out the work is also one of the requirements of the working conditions declaration. This information serves in maintaining safety in the location where the work will be taking place and therefore fulfilling the obligation to protect the worker¹⁷.

¹² **KANDEMİR**, s. 155; **DULAY**, s. 144; **GÜLVER**, s. 107; **TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CENTEL**, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 2013, İstanbul, s. 41.

¹³ **EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2014, Ankara, s. 225; **AKINCI**, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 2013, Konya, s. 77.

¹⁴ **DULAY**, s. 129; **CENTEL**, Tankut, Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması, *TİSK Akademi*, 2011/II, C. 6, S. 12, s. 18.

¹⁵ **GÜLVER**, s. 109; **KANDEMİR**, s. 157; **CENTEL**, s. 18; **ERGİN**, Hediye, Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, s. 215.

¹⁶ **DULAY**, s. 130; **KANDEMİR**, s. 157; **CENTEL**, s. 17.

¹⁷ **GÜLVER**, s. 109; **REHBİNDER/STÖCKLI**, Art. 351a, Rn. 12.

IV. OBLIGATIONS OF THE PARTIES PERTAINING TO THE HOME WORK CONTRACT

In cases where there are no provisions regarding the home work contract, the general provisions of the contract are applied (TCO/469). Law also separately regulated the special obligations of the employer and the worker regarding the work that constitutes the subject of the contract.

A. Special obligations of the worker

1. Obligations of the worker regarding the completion of the job

The worker is obliged to start the work on time, finish it at the time agreed upon and deliver the finished work to the employer. If the work is deemed defective due to the worker's fault, he is obliged to correct the faults that are correctible covering the expenses himself (TCO/469). The obligated worker is liable for paying compensation if he has delivered the work late or done it in a way that is irreversible¹⁸. In order for the worker to meet these obligations, he has to start the work on time. Even if he has not started the work on time, he can still deliver it by increasing the amount of time he works since, according to the home work contract, he is able make his schedule. However, if he has not started the work at the time agreed on to finish the work on time and thus there is no way for him to deliver it on time due to his lack of skills, the employer has a right to annul the contract¹⁹. In this case, the employer is obliged to cover the damage that arose from the faults he caused that are irreversible as well as other damages (losses that arouse from late delivery and extra material acquisition, additional transport expenses, so on)²⁰. Examples of the work being deemed defective due to the worker's fault can include: despite his obligation to use high-quality material, his using low-quality material, his using the material given to him improperly. In determining the scope of the worker's obligations, the general provisions regarding the service contract must be taken into account. While the worker is obliged to cover all the losses that he causes, whether the work is dangerous or requires expertise and the skills and qualifications of the worker that have to be known by the employer must be taken into consideration in determining these obligations (TCO/400). This provision plays a determining role in designating the worker's duty of care. The domestic worker shall not be forced to do any work that is outside of his expertise, education and qualifications that the employer either knows or has to know about²¹.

The supreme court states that the worker cannot be held liable for the damage if the work given to him is outside of his expertise and that his contract cannot be annulled without compensation (Y.9 HD.,06.100.1992,3068/10904). The worker is obliged to deliver the finished work to the employer as well as starting the work on time and finishing it at the time agreed upon (TCO.m.463/1). In accordance with the provision of article, the worker is obliged to deliver the finished work. However, there is not a clear provision as to whether the worker is obliged to meet this obligation in his dominance or that of the employer. Just as the worker takes the final product to the employer, the worker is deemed to have met the obligations when the employer goes to where the job was done to acquire it. It is better to agree that the employer goes to where the job was done to acquire it, not the

¹⁸ **EREN**, 2012, s. 569; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 452; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 433; **KELLER**, Irmtraud Braeunlich, *OR für den Alltag, das Schweizerische Obligationen Recht*, Art.347, 450-451,Art.350 A,458-459, 2005, Auflage, Zurich, der Schweizerische Beobacher, s. 462.

¹⁹ **GÜLVER**, s. 111; Basler Kommentar, Art. 352, Rn. 1.

²⁰ **DULAY**, s. 156; **GÜLVER**, s. 112; **ERGİN**, s. 216.

²¹ **DULAY**, s. 159.

other way around so that the worker is able to eliminate the risk of damaging the finished work during transport²².

2. The worker's obligations regarding materials and tools

The employer is obliged to provide the worker working under service contract with the materials and tools that are needed to do the job unless there is an agreement that states otherwise. The worker is obliged to use the materials and tools provided to him properly and account for them. Besides, he must hand in the materials and tools that have not been used. If the worker finds out that the materials and tools given to him are defective, he has to inform the employer and wait for instructions before carrying on with the work. The fact that the worker must to inform the employer about the defects of the materials and tools signifies his duty of loyalty and creates the obligation for him to examine them (TBK / 464 - 1,2)²³. It is agreed that in a case where the worker has rendered the materials or tools unusable by his own mistake, he has to pay the employer the current market value of that item (TCO. m.464/3). The worker is only responsible for the damage he has caused due to his own mistake. He only must pay the current market value of the material or the tool he has lost or damaged to the extent he has rendered them unusable. In this case, the employer cannot oblige the worker to cover the loss of earnings as well²⁴.

B. Special obligations of the employer

1. Obligations of the employer regarding the acceptance of the product.

In the domestic service contract as well, in the general meaning, obligations of the employer that stem from the service contract are implemented. Law has established some special obligations for the employer regarding the home work contract owing to some supervision problems such as occupational health and safety, time of completion and its supervision and the work being done outside the workplace of the employer and without his direct supervision. The employer is obliged to examine the finished work done and delivered by the worker and inform the defects he finds to the worker within a week starting from the delivery. If the employer does not inform the defects within this period, it means he has accepted the product as it is (TBK/465). This obligation is considered an onus and if it is not met by the employer, it means he has accepted the defective product and lost his rights that arise from the defect. Period of notice of defect is foreclosure. In the case where the defect is reported after the designated time, the obligations for the correction of the defect and compensation are discharged. However, defects maliciously hidden that cannot be detected by examination are excluded²⁵. The provision as to the informing of the defect is relative compulsory and while the extension of the period can be possible, its curtailment is not²⁶.

2. Obligation of the worker for the payment.

An essential component of the home work contract is the charge. While the worker is able to do the job in the employee's house or someplace else and by himself or with his family members, the

²² KARACA, s. 385; DULAY, s. 161; GÜLVER, s. 112.

²³ EREN, 2012, s. 569; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 452; KANDEMİR, s. 159; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 433; GEİSER, Thomas, Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computerarbeitsplätze, Personalverleih), *AJP*, 1997, s. 793.

²⁴ EREN, 2012, s. 569; DULAY, s. 153; REHBİNDER/STÖCKLI, Art. 352a.

²⁵ EREN, 2012, s. 569; GÜLVER, s. 115; STAEHELIN, Andreas, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Der Arbeitsvertrag*, Art.319-362, Art. 353.

²⁶ GÜLVER, s. 115.

payment shall be made only to the person to whom the job was given by the employer²⁷. The payment shall be made every fifteen days if the worker is hired full time by the employer, or every month with the consent of the employee. If the worker is hired part time by the employer, then the payment shall be made at each delivery of the finished work (TCO/466-1). The worker shall be given an abstract account by the employer at each payment. The reasons for and the amount of deduction, if any, are shown in the abstract account. (TCO/466-2). No explanation as to the quality of the wage has been found in the law where only the payment time is stated.

Service contracts based on piece work are predicated upon the number of pieces of the product manufactured, not the working time. Payment based on working time is a model of employment in which the work is done under the supervision of the employer at the workplace owned by the employer and start and end time is determined by the employer. The model of pay by piece work is implemented when the supervision of the work is difficult as it is based on the piece produced, not the working time²⁸. As agreed upon in the doctrine, duty of paying wages is a duty that is determined by the number of pieces produced, not working time since the subject of home work contract is often a piece work²⁹.

One of the special obligations of the employer regarding the home work contract is to pay the worker in the event of default or his inhibiting the worker from working due to the personality of the worker even when he has no fault as stated by the provisions of inhibition of work. In other cases the employer is not obliged to pay wages (TCO/467). As it is understood from the provision of article, the employer who employs the worker full time is obliged to pay him in two cases, the first of which is where he does not want to accept the finished work although the work has been done and delivered in compliance with the contract. This provision is in fact a special implementation of the general regulation for the employer's law default regarding the home work contract. The other situation stated in this provision is the worker's being inhibited by the employer due to reasons that stem from the worker's personality. The examples of these situations are given in the provision as his being arrested despite being innocent and as his being ill. The employer's obligation to pay is limited to these situations that involve full time work. In home work contracts that involve part time work, the consequences of being inhibited from working shall be suffered by the worker even when he has no fault³⁰.

V. TERMINATION OF THE HOME WORK CONTRACT

The legal relationship between the parties in the home work contract ends when the contract duration is over, when the parties come to an agreement and in the events of death and annulment. Since there are no provisions in the law as to the termination of the home work contract, the situations that end the general service contract shall be implemented (TCO/469). Turkish code of obligations stipulates a special regulation as to the termination of the home work contract. According to this regulation, when the worker is given a tentative job, the contract is considered to have been made for a trial period unless the parties agreed otherwise. When the employer hires the worker full time, the contract is considered to have been made indefinitely unless the parties agreed otherwise. In other cases, it is considered to have been made fixed-term. In other words, A job given to the worker is

²⁷ **KARACA**, s. 381; **CENTEL**, s. 17.

²⁸ **UŞAN**, M. Fatih, *İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret*, 2003, Ankara, s. 57.

²⁹ **KARACA**, s. 381; **DULAY**, s. 195; **GÜLVER**, s. 116; **KANDEMİR**, s. 161; **UŞAN**, s. 61.

³⁰ **EREN**, 2012, s. 570; **KARACA**, s. 390; **DULAY**, s. 197; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 453; **GÜLVER**, s. 117; **KANDEMİR**, s. 162; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 434.

considered fixed-term, and when the job has been completed, the service relationship ends automatically and there is no need for the notice of termination unless otherwise agreed upon³¹. After the trial period, the parties are able to draw up the home work contract indefinitely or fixed-term. An indefinite contract is for an indefinite period and a fixed-term one is for a fixed period of time. If the contract is for a fixed period of time, it ends when the period is over and if it is for an indefinite time, it ends with the notice of termination³².

An execution area must be found in the doctrine so that Labor law and Turkish code of obligations could be implemented together within judicial opinion and when there is a loophole in Labor Law, obligations of the Turkish code of obligations must be applied. Accordingly, if the periods of notice of domestic workers are determined according to the Labor Law, the conditions of domestic workers and those working at a workplace could be equalized³³.

CONCLUSION

Changes and developments that have been happening in the information and communication technologies have changed the manufacturing technologies as well, causing businesses to enter into a competitive environment and the rules that regulate work life have been affected by these changes and developments. New work types that have moved away from typical work models have weakened the relationships of commitment, blurring the line between employer, worker and workplace. The home work contract is a new regulation introduced by the Turkish code of obligations affected by these changes. The home work contract is an atypical legal agreement that require both parties to have obligations in which the worker undertakes a task given by the employer and is able to do it in his own house or a place of his choice and by himself or with his family members for a fee.

The employer side of the contract may be a natural person or a legal entity. However, the subject of the contract must be a natural person in accordance with the nature of the business. Although the worker is bound with the instructions of the employer and depends on him economically, his legal commitment has been completely discharged or weakened. Since there is no way for the employer to inspect whether or not the job is being done, the worker is able to arrange his working hours. Nevertheless, the fact that the job is done without the supervision of the employer does not mean that the employer has no control over the job being done. The worker is also responsible for the outcome of the job as in the contract of work. Besides, in the home work contract the wage is often determined by the number of pieces manufactured. In the home work contract the parties are also liable for the obligations brought by the special laws as well as the ones legislated by the general service contract. The special obligations of the worker that arise from the home work contract are to start the work on time, deliver the finished work to the employer and use the materials and tools properly if they are provided by the employer. As for the special obligations of the employer that stem from the home work contract are to accept the finished work and duty of paying wages. The home work contract ends when the agreed period is over and in the events of death and the termination of the contract. In cases where there are no provisions as to the home work contract, the provisions of the general service contract are implemented. However, new provisions must be made due to the problems that arise from the nature of the home work contract such as the job being done without the supervision of the employer, occupational health and safety precautions having to be taken, working and resting hours, private life of the employer, his duty of loyalty and the protection of operating data

³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 453; EREN, 2012, s. 570; DULAY, s. 247; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 434.

³² EREN, 2012, s. 570.

³³ DULAY, s. 247; SÜZEK, 2013, s. 286.

so that the efficiency and longevity of the contract and its productivity in business life can be improved.

BIBLIOGRAPHY

- AKINCI**, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 2013, Konya.
- CENTEL**, Tankut, Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması, *TİSK Akademi*, 2011/II, C. 6, S. 12, s. 6-24.
- DULAY**, Dilek, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*, 2016, Ankara.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2012, Ankara.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2014, Ankara.
- ERGİN**, Hediye, Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, s. 209-221.
- GEİSER**, Thomas, Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computerarbeitsplatze, Personalverleih), *AJP*, 1997, s. 781-798.
- GÜLVER**, Ender, Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, *Prof.Dr. Berin Eğin'e Armağan, İÜHFM*, C. I, XXII,S. 2, 2014,103-122.
- KANDEMİR**, Murat, Evde Çalışma Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, *Prof.Dr. Berin Eğin'e Armağan, İÜHFM*, C. I, XXII, S. 2, 2014, s. 143-165.
- KARACA**, Aybüke, Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi, *EÜSBED*, C. 5, S. 2, 2012, s. 371-402.
- KARAKIŞLAK**, Sahra, Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma, *BAÜHFD*, C.8, S.89-90, Y. 2012, s. 214-248.
- KELLER**, Irmtraud Braeunlich, *OR für den Alltag, das Schweizerische Obligationen Recht*, Art.347, 450-451, Art.350 A,458-459, 2005, Auflage, Zurich, der Schweizerische Beobacher.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI** Muhittin, *İş Hukuku*, 2012, Ankara.
- REHBİNDER**, Manfred/**STÖCKLI**, Jean Fritz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art.331-355 und Art.361-362 OR, 2014, Bern.
- STAEHELIN**, Andreas, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Der Arbeitsvertrag*, Art.319-362.
- SÜZEK**, Sarper, *İş Hukuku*, 2013, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CENTEL**, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 2013, İstanbul.
- UŞAN**, M. Fatih, *İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret*, 2003, Ankara.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 2012, İstanbul.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2013, Ankara.

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (NEÜHFD) YAYIN İLKELERİ

Derginin yazışma adresi: konyahukukdergi@gmail.com

1. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), elektronik ortamda, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. En az iki hakemli “kör hakemlik sistemi” uygulanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 75 kelimededen oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve en az beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, ünvanları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Necmettin Erbakan Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez. Makaleler ile ilgili hukuki ve cezai sorumluluk yazarlara aittir.
10. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile veya DERGİPARK üzerinden editöre gönderilmelidir (E-posta:

konyahukukdergi@gmail.com). Sayfa yapısı; üst, alt 2,5 cm; sağ ve sol 2 cm olmalıdır. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Kural olarak kaynakça ile beraber 30 sayfayı geçmemelidir (Dizgi esnasında sayfa sayısında ve yapısında değişme olabilir). Satır aralığı 1,15, paragraf sonra 10nk şeklinde olmalıdır. Paragrafların ilk satırı 1,25 cm girintili, kaynakça ise asılı 1,25 cm şeklinde olmalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır. Makalenin ilk sayfasında;

- İlk olarak makalenin Türkçe başlığı koyu ve 14 punto,
- Yazarın Adı SOYADI sağa yaslı bir şekilde, (*) şeklinde dipnotla, akademik ünvanı, çalıştığı kurum ve mail adresi,
- Bir satır boşluk
- 12 punto koyu bir şekilde “Özet”
- 11 punto en az 75 kelime makalenin özeti
- En az 5 tane anahtar kelime
- Bir satır boşluk
- Makalenin yabancı dildeki başlığı koyu ve 14 punto
- Bir satır boşluk
- 12 punto ve koyu bir şekilde “Abstract”
- 11 punto en az 75 kelime makalenin yabancı dildeki özeti
- En az 5 tane yabancı dilde anahtar kelime
- Bir satır boşluk
- Sonra sayfa atlamadan GİRİŞ bölümüne başlanmalı, GİRİŞ ve SONUÇ başlıkları numaralandırılmamalıdır. Makalenin ana başlığı dışındaki bütün başlıklar 12 punto ve koyu olmalı bölümlendirme I/A/1/a şeklinde yapılmalıdır. Bu hususta en sondaki örnek metne bakılmalıdır.

11.Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad, Eserin Adı italik olarak, Yayın yılı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer.

Örnek: **AYHAN**, Rıza, *Ticarî İşletme Hukuku*, 2007, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.

Makaleler:

SOYAD, Ad, Makalenin başlığı tırnak içinde, Dergi adı italik olarak, Cilt, Sayı, sayfa aralıkları.

Örnek: **AYHAN**, Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kinacioğlu’na Armağan, C. I, S. 2, s. 5-31.

İnternet sayfası, rapor, sözlük gibi kaynaklarda, yukarıdaki örneklere benzer şekilde hazırlanır. Bu tür kaynaklarda yazar varsa yazar belirtilir yoksa kurum adı verilebilir. Günlük gazetelerde tarih verilirken ay ve gün de eklenir.

Örnekler:

AKBULAK, Sevinç, *Ulusal Varlık Fonları(Sovereign Wealth Funds): Gelişmeler ve Düzenleme Çalışmaları*, 2008, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu.

ALASKA PERMANENT FUND CORPORATION, *Historical Timeline*, 2018, <https://apfc.org/who-we-are/history-of-the-alaska-permanent-fund/historytimeline/>, (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

O'NEAL, Michael, *A New Breed of SWF Without The Wealth*. *Kuwait Times*, (18.03.2017), s. 3.

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: **OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 2006, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.

13. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örnek: **AYHAN**, Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu'na Armağan, C. I, S. 2, s. 31.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: **SOYAD**, sayfa numarası. Makaleler için: **SOYAD**, sayfa numarası.

Örnek: **KAPANİ**, s.21. **AYHAN**, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise; çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: **GÖZLER**, 2010, s. 43; **GÖZLER**, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

ÖRNEK MAKALE YAPISI

ANA BAŞLIK(14 PUNTO)

(12 Punto)Ad SOYAD*

Özet (12 Punto)

11 punto en az 75 kelime özet yazılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: En az beş tane anahtar kelime virgülle ayrılarak yazılmalıdır.(11 Punto)

YABANCI DİLDE ANA BAŞLIK(14 PUNTO)

Abstract (12 Punto)

11 punto yabancı dilde en az 75 kelimelik özet yazılmalıdır.

Keywords: En az beş tane yabancı dilde anahtar kelime virgülle ayrılarak yazılmalıdır.(11 Punto)

GİRİŞ

* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *****@konya.edu.tr ORCID ID: 0000-0000-0000-0000

.....

I. Birinci Alt Başlık Bölümü

.....

A. İkinci Alt Başlık Bölümü

.....

1. Üçüncü Alt Başlık Bölümü

.....

2. Üçüncü Alt Başlık Bölümü

.....

B. İkinci Alt Başlık Bölümü

.....

II. Birinci Alt Başlık Bölümü

.....

A. İkinci Alt Başlık Bölümü

.....

1. Üçüncü Alt Başlık Bölümü

.....

2. Üçüncü Alt Başlık Bölümü

.....

B. İkinci Alt Başlık Bölümü

.....

SONUÇ

.....

KAYNAKÇA

OĞUZMAN, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 2006, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.(12 Punto ve asılı 1,25 cm olmalıdır).