



HUKUK FAKÜLTESİ

# Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

*Yıldırım Beyazıt Law Review*

**YBHD • Yıl 6 • Sayı 2021/1**

ISSN: 2149-5831







Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

# YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi  
*Yıldırım Beyazıt Law Review*

## MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF  
2021/2  
SAYISI İÇİN

**Son gönderim tarihi / Deadline for Submissions: 15.04.2021**

**Web sitesi/Web Site : [ybhukukdergisi.com](http://ybhukukdergisi.com)**

**Dergipark : <http://dergipark.gov.tr/ybuhukuk>**

**İletişim/Contact : [ybhukukdergisi@ybu.edu.tr](mailto:ybhukukdergisi@ybu.edu.tr)**

## YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



**Veri Tabanlarında Taranmaktadır.**



HUKUK FAKÜLTESİ

**Yıldırım Beyazıt**  
**Hukuk Dergisi**

*Yıldırım Beyazıt Law Review*

YBHD • 2021/1

**Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)**

*Yıldırım Beyazıt Law Review*

**Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf**

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editör**

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

---

**EDİTÖRLER KURULU**

**Baş Editör**

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

**Editörler**

Dr. Öğr. Üyesi Belkis VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Yavuz Selim DEĞERLİ

**Yabancı Dil Editörleri**

Öğr. Gör. Dr. Ebru DEMİR (*İngilizce Dil Editörü*)

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR (*Fransızca Dil Editörü*)

Arş. Gör. Köroğlu KAYA (*Almanca Dil Editörü*)

**Editör Yardımcıları**

Öğr. Gör. Ali SAĞLAM - Arş. Gör. Dr. Murat EKİNCİ - Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hale ŞAHİN

Arş. Gör. Duygu Özge OĞUZ

**Mizanpaj Editörü**

M. Yusuf KARATOSUN

---

**ISSN: 2149-5831**

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.  
"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

**Basım Tarihi / Date of Publication:** Ocak 2021 / January 2021

**Yayın Türü / Publication Type:** Uluslararası Süreli Yayın / International Periodical Publication

**Yönetim Yeri Adresi / Place of Management:** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik / ANKARA

**Tel. / Phone:** (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

**Elektronik Ağ / Website:** www.ybhukukdergisi.com • **E-posta / E-mail:** ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

**Basım Yeri / Printinghouse:** Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık Ltd. Şti., Çamlıca Mah. 145. Sk.  
No:10/11, 06200 Yenimahalle/ANKARA, www.pozitifmatbaa.com

## YAYIN KURULU

---

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

*Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Murat ATALI

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

*Brüksel Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği*

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

*Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## DANIŞMANLAR KURULU

---

Prof. Dr. Yücel ACER

*Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Murat ATALI

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

*İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Murat DOĞAN

*Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Cemil KAYA

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Mahmut KOCA

*İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ

*Carballo-Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law*

## EDİTÖRLER KURULUNDAN

---

Kıymetli Okuyucular,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 11. sayısını (2021/1), sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Dergimiz; Tr Dizin, Heinonline ve Asos indekslerine ilaveten bu sayıdan itibaren EBSCO indeksinde de taranmaya başlamıştır. Bu önemli gelişme, sizlerin de katkısı ile Dergimizin yayına çıktığı ilk günden bu güne kadarki istikrarlı başarısının bir göstergesidir.

Dergimizin bu sayısı, aynı zamanda tüm Dünyayı etkisi altına alan salgın döneminde çıkardığımız ikinci sayımızdır. Tüm Dünya için sıkıntılı olan bu süreçte akademik çalışmalarını azimle sürdürerek, Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza minnettarız. Ayrıca Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsiniz yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize de şükranlarımızı sunarız.

Bu sayımızda, hukukun farklı konularına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli beşi kamu hukukuna alanına, yedisi özel hukuk alanına ilişkin toplam on iki makale ve Alman Federal Yüksek Mahkemesine ait bir karar çevirisi yer almaktadır.

Son olarak, Dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını temenni ederiz.

**YBHD Editörler Kurulu**



**YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)**  
Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

**İÇİNDEKİLER / CONTENTS\***

**KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW**

Osmanlı Devleti'nde Kâğıt Paraya Geçiş Sürecinde Evrâk-ı Nakdiyyenin Yeri

*The Place and Effects of Money-Like Documents during the Transition to Paper-Money in the Ottoman Empire*

**Doç. Dr. İrem KARAKOÇ ..... 1**

Eksik Düzenlemeler Aleyhine İptal Davası Açma Yöntemi Üzerine Bir İnceleme

*A Review on Bringing the Administrative Actions to the Court for the Under Inclusive Statutory Instruments*

**Dr. Öğr. Üyesi Özge Didem BOULANGER ..... 55**

---

\* Makaleler yazarların unvanına göre, aynı unvandaki yazarların makaleleri ise soyadlarına göre sıralanmıştır.

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Karantina Tedbirlerine Uymamanın Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

*Evaluation of the Infringement to the Quarantine Measures for Infectious Diseases in Terms of Penalty Law*

**Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ ..... 87**

19. ve 20. Yüzyılda Osmanlı Hukuk Sisteminin Irak'ta Uygulanması

*The Practice of the Ottoman Legal System in Iraq in the 19th and 20th Centuries*

**Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM ..... 119**

İslam-Osmanlı Eşya Hukukunda Müşterek Malın Taksimi

*Distribution of Joint Goods in the Islamic-Ottoman Things Law*

**Arş. Gör. Naci ÇEVİK ..... 171**

## **ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW**

Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi

*The Effect of Composition of Creditors on the Action for Annulment*

**Doç. Dr. Tolga AKKAYA ..... 221**

İslam Hukuku Açısından Kooperatiflerin Hukuki Niteliği

*Legal Characteristic of Cooperatives in Terms of Islamic Law*

**Dr. Öğr. Üyesi Aytaç AYDIN ..... 253**

Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu

*The Problem of Implementing the Provisions of the Consumer Protection Law in Terms of the Sale of Houses for Mixed Use*

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR ..... 305**

Alman Hukukunda Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Yeni Dönem

*New Era for the Adoption of Minors in German Law*

**Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL ..... 327**

Moda ve Tekstil Sektörü Özelinde Marka Başvurusunda Mutlak Ret Nedenleri

*Absolute Refusal Grounds in Trademark Application in Fashion and Textile Sector*

**Arş. Gör. Atanur KARAAHMETOĞLU ..... 365**

Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili Ve Katılmak Zorunda Olanlar İle Katılmamanın Hukuki Sonuçları

*The Persons Authorized and Obligated to Participate in General Assembly of Joint Stock Company and Legal Consequences of Non Participation*

**Arş. Gör. Merve SARIKAYA ..... 415**

Çevresel Gürültü Nedeniyle Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

*Owner's Warranty against Defects in the Rental Agreement due to Environmental Noise*

**Çiğdem İLERİ, LL.M. .... 461**

## **ÇEVİRİ / TRANSLATION**

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 27 Ağustos 2020 Tarihli Kararı: *Ölen Kişinin Kullanıcı Hesabına Mirasçılarının Tam Erişim Hakkı Ve Sosyal Ağ Sağlayıcısının Buna İlişkin Sorumluluğu*

**Ahmet GÖK, LL.M. - Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU ..... 505**

**KAMU  
HUKUKU**



## OSMANLI DEVLETİ'NDE KÂĞIT PARAYA GEÇİŞ SÜRECİNDE EVRÂK-I NAKDİYYENİN YERİ\*

Doç. Dr. İrem KARAKOÇ\*\*

*Bir memleketin iktisadî tarihi o memleket halkının uzvî mevcudiyetinin levhasını ve tesisatın mekanizmasile mahiyeti sayesinde o halkın temâyülât ve ahlâkını gösterir.\*\*\**

### ÖZET

Osmanlı Devleti'nde başından beri ekonomik istikrarsızlıklar nedeniyle akçe tecdidi ve tağşişi (yenileme ve değerini düşürme) gibi münferit denebilecek uygulamalar yapılmışsa da madenî para rejimi Tanzimat'a kadar değiştirilmemiştir. Tanzimat devrinde isyanlar, savaşlar, yenilikler ve önceden alınan borçların ödeme tarihlerinin gelmesi gibi nedenlerle para ihtiyacı geleneksel yöntemlerle kapatılamayacak seviyeye çıkmıştır. Çalışmamızın amacı devletin bu zor durumdan kurtulmak için bir borç alma yöntemi olarak düşündüğü kâime adı verilen kâğıtları tedâvüle çıkarmasının nedenleri ve hukukî işlemler bakımından doğan sonuçlarıdır. Bu evrak, sonradan kâğıt paraya dönüştürülerek mevcut madenî para sistemini değiştirmiştir.

Çalışmamızda öncelikle Osmanlı Devleti'nin biri, akçe esası üzerine kurulu “millî/osmanî”; diğeri, kuruş (ecnebi gümüş sikke) esasına dayanan “yabancı/ticari” ikili para sistemi, ardından üç aşamada basılan “kâime” ele alınmıştır. Araştırmamız bir Hukuk Tarihi çalışması olduğundan konuyla ilgili hukukî düzenlemelere de değinilmiştir. Evrâk-ı nakdiyyenin bir günde ve gönüllü olarak kabul edilen bir uygulama değil ekonomik şartlar yüzünden ve tedricen girilen bir iç borçlanma süreci olması, bunun tarihî ve hukukî bir olgu olduğunu düşündürmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Meskûkat, Esham, Kâime, Hazine Evrâk-ı Nakdiyyesi, Banknot.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.747180 – Geliş Tarihi: 02.06.2020 – Kabul Tarihi: 17.09.2020.

\*\* İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, irem.karakoc@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1142-8689.

\*\*\* **Belin, M.** (1931), Türkiye İktisadî Tarihi Hakkında Tetkikler, (Çev. M. Ziya), İstanbul, (Devlet Matbaası), s. VII.

## THE PLACE AND EFFECTS OF MONEY-LIKE DOCUMENTS DURING THE TRANSITION TO PAPER-MONEY IN THE OTTOMAN EMPIRE

### ABSTRACT

Although the Ottoman Empire faced instability in the economy from time to time, such as fund renewal (tajdid) and money adulteration (depreciation), the existing monetary regime did not change until the Tanzimat Period. In the Tanzimat era, the need for money reached a level that could not be covered by traditional methods due to internal revolts and wars, reforms and payment dates of the previously received debts. The aim of our study is to reveal the reasons and the consequences of the legal proceedings and the reasons why the government considered borrowing money as a right method to get out of the difficult situation. Moreover, these documents were converted into paper and the existing coins were destroyed.

In our research, first of all, one of the Ottoman Empire, “national / ottoman system” based on “akçe”; the other, the “foreign / commercial” binary currency system based on the “kuruş” (foreign currency silver coin), followed the base printed in three stages. Since our research is a legal history study, legal regulations related to the subject are also mentioned. It is a fact that the paperwork (money/government note) is not a common practice accepted voluntarily. This makes us think the reasons for this acceptance from legal and historical perspectives.

**Keywords:** Coins, Loan on Stock, Revenue Bonds, Money-Equivalent Documents, Treasury Bond (t-note), Banknote.



## GİRİŞ

İnsanlığın ilk zamanlarında eşyanın aynen mübadelesinin zorluğu, nakit ve meskûkatın icadıyla; nakdin nakli ve sayımında yaşanan zorluklarsa, son asırlarda, ciro edilerek devrolunan alacakları gösteren (matlûbât-ı nâtik) ticarî senetlerin ortaya çıkışıyla aşılmıştır. Hattâ Avrupada arkasına hiçbir şey yazılmaksızın, sadece elden ele verilerek bile servetin mübadelesini sağlayan ve meskûkat yerine geçen evrâk-ı nakdiyye türleri (banknot) ortaya çıkmıştır.

Osmanlı Klâsik Dönemde altın ve gümüş gibi değerli madenlerden kesilmiş, başlı başına kendisi bir ekonomik değer taşıyan meskûkât türünden paralar tedâvüldeyken 1840'ta bunlara kâime eklenmiştir. Bunun nedeni devletin büyük miktardaki paraya acilen ihtiyaç duyması ve dönemin devlet adamlarınca evrâk-ı nakdiyyenin devletin borçlanmasına yardımcı olacağına düşünülmesidir. Çalışmamızın amacı, Osmanlı Devleti'nin evrâk-ı nakdiyyeye geçiş nedenlerini, Avrupadan farklı yönlerini araştırmaktır. Çalışmamızın ana ekseni Sultan Abdülmecid zamanındaki ilk kâimeler; 1292'de (1876-1877)<sup>1</sup> II. Abdülhamid zamanındaki ikinci kâimeler ve 1330'da (1914-1915) Dünya Savaşı sırasında çıkarılan hazine kavâim-i nakdiyesi süreçleridir. Ancak Osmanlı Bankası'na banknot çıkarma imtiyazı verilmesi I. Dünya Savaşı zamanında masrafların çok artması sebebiyle devletin Düyûn-ı Umûmiyye ile anlaşması ve banknot basımına karar verilmesi de bu sürecin nirengi noktalarıdır. Kronolojik olarak bunlara da ayrı bölümler ayrılmıştır. Günümüzde genellikle birbiri yerine kullanılan kâğıt para ve banknot arasındaki farkların, bunlara benzeyen diğer kavramlarla da ilişkilendirilerek açıklanması, konu bütünlüğünün sağlanması bakımından önemlidir. Devletin evrâk-ı nakdiyye çıkarması önceden beri kullanılagelen iç borçlanma

<sup>1</sup> Çalışmada mevcut rûmî/hicrî tarihleri milâdî tarihe çevirmek için Türk Tarih Kurumu'nun Tarih Çevirme Kılavuzu kullanılmıştır. Kaynak olarak yararlandığımız Osmanlıca kaynaklarda tarihler bazen sadece yıl olarak verilmektedir. Bu durumda çevirci kullandığımız zaman iki ardışık yıl bildirilmektedir. Bir yanlış aktarıma neden olmamak için hem yararlandığımız kaynaktaki rûmî ya da hicrî tarihi muhafaza etmeyi hem de çevrilen milâdî yılı/yılları belirtmeyi uygun gördük. Milâdisini daha kesin bildiğimiz tarihlerden bahsederken ise, doğrudan doğruya milâdî tarih kullanılmıştır. <https://www.ttk.gov.tr/genel/tarih-cevirme-kilavuzu/>, (10.09.2020).

senetlerinin bir devamı olduğundan ilk bölümde klâsik dönemdeki borçlanma sistemi, çeşitleri ve kâğıtlarına da ayrı birer başlık açılmıştır.

Çalışmamız bir açıdan, Osmanlı Devletinin evrâk-ı nakdiyyeye geçişine neden olan hususların ve bunun tüketim ödücü (karz) akitlerinin<sup>2</sup> ifasına olan etkisini tespite, diğer açıdansa Osmanlı Devleti gibi büyük bir devletin neden para sıkıntısı çektiğinin cevabını bulmaya bir katkı sağlamayı amaç edinmiştir.

## I. OSMANLI DEVLETİ'NDE MADENÎ PARA SİSTEMİ

### A. GENEL AÇIKLAMA

Osmanlı Devleti'nin para sisteminin şekillenmesinde o dönemde dünyadaki sistemlerin; İslâm inancının temel esaslarının; geçmiş İslâm devletleriyle İslâmiyet öncesi Türk devletlerinin uygulamalarının etkisi vardır<sup>3</sup>. Ancak 1840'tan itibaren İslâm hukukunun etkisinin azaldığı görülmektedir.

Eskiden kullanılan madenî paralar<sup>4</sup>, bizzat kendisinin değerli bir madenden üretilmiş olması nedeniyle, şüphesiz kâğıt paradan farklıdır. Altın ve gümüş, insanlığın en eski devirlerinden beri eşyaya karşılık verilen bir bedel olarak kullanılmış, kendi cinsleri arasında bir fiyat farkı kabul edilmediği için de standart teşkil etmişlerdir. İşçilik hariç 10 gramlık altın para, 10 gram bilezik, 10 gram madalyon ya da aynı ağırlıktaki bir altın eşya, eritildiğinde eski hâllerine döndürülebildikleri için, eşit kabul edilir. Fakat kâğıt paraların

<sup>2</sup> Çalışmamızda ödünç akdinden kastedilen, günümüzde yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Ödünç Sözleşmeleri" başlıklı Beşinci Bölümü'nün 386 ve devamı maddelerinde düzenlenen "Tüketim Ödücü" olup eski hukukumuzda buna "karz" (misli mal ödücü) denmektedir.

<sup>3</sup> İlk Müslüman Türk devleti olan Karahanlılar ve Büyük Selçuklularda Abbasi geleneğinin izleri vardır. Anadolu Selçukluları, ilk sultanlar devrinde Bizans ve diğer İslam devletlerinin sikkelerini kullanmış sonrasında Selçuklu tarzı sikkeler basmışlardır (**Tekin, Oğuz** (2009) "Sikke", DİA, C. 37, İstanbul, s. 180-181).

<sup>4</sup> Kökeni Farsça "pâre" sözcüğünden gelen paranın sözlük anlamı "parça, gümüş parçası" olup sonradan tüm ödeme araçlarını kapsamıştır (**Akyıldız, Ali** (2007) "Para", DİA, C. 34, İstanbul, s. 163).

değerleri itibarî olduğundan maliyetleri yakın olsa da satın alma güçleri farklıdır<sup>5</sup>.

Tarihte devletler kriz veya ihtiyaç zamanlarında madenî paraları tağşişe uğratarak aynı miktarda madenden daha fazla tedâvül aracı meskûkât elde etmişlerdir. Madenî para tağşişe uğratıldığında<sup>6</sup>, madenin saf hâline oranla bir fark meydana gelmektedir. Sonuçta, tartıldığı zaman aynı ağırlıkta olsalar ve üzerlerinde aynı değer görünse bile iki sikke<sup>7</sup> arasında, içerdikleri altın veya gümüş miktarı oranı bakımından farklılaşma olmaktadır. Katkı maddesi, asıl madenden az veya fazla olabileceğinden asıl maden, katkıdan çok olduğu müddetçe bunlar da altın veya gümüş paradan (dinar/dirhem)<sup>8</sup> sayılmışlardır. Paranın içeriğindeki asıl maden, katkı maddesinden az olursa, buna tağşiş edilmiş (mağşuş) para denir.

Malın malla mübâdelesı (trampa), tarihin en eski akitlerindedir. İnsanlar toplum hâlinde yaşarken çok sayıda eşyanın aynen mübadelesini kolaylaştırmak için eşyadan birini vâhidü'l-kıyas addedip diğerlerinin kıymetlerini buna göre belirlemişlerdir. Zaman geçtikçe alım satım akitlerinde

<sup>5</sup> **Aybakan, Bilal** (2006) “Nakit”, DİA, C. 32, İstanbul, s. 324).

<sup>6</sup> Tağşiş, “karıştırmak, saflığını gidermek, değerli bir şeyin içine değersiz olanı katmak”tır. Saf altın veya gümüşün içine başka madenler karıştırılarak elde edilen para miktarının artırılmasına ve madenî paranın altın ya da gümüş içeriğinin azaltılmasına tağşiş denir. Avrupa tarihinde krallar ve ihtiyaç olduğunda Osmanlı padişahları bu yola başvurmuştur (**Erdem, Ekrem** (2006) “Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz”, Bankacılar Dergisi, S. 6, s. 12, [https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma\\_ve\\_Raporlar/osmanli\\_para\\_sistemi.pdf](https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/osmanli_para_sistemi.pdf), s.e.t. 15.09.2019; **Anbar, Adem** (2009) “Osmanlı İmparatorluğu’nun Avrupa ile Finansal Entegrasyonu: 1800-1914”, Maliye Finans Yazıları, Temmuz, Yıl: 23, S. 84, s. 17-37. s. 29).

<sup>7</sup> Çoğulu “meskûkât” olan ve “basmakalıbı” anlamına gelen “sikke” sözcüğü sonraları, kalıpla basılan paranın adı olmuş İslâm dünyasıyla yakın ticarî ilişkilerde bulunan Venedik’te ilk defa 1284’te basılan altın paraya (zecchino) denmiştir (**Tekin, Sikke**, s.179; **Sahillioğlu, Halil** (1993) “Darphâne”, DİA, C. 8, İstanbul 1993, s. 501). Osmanlıda sikke, nakid/nukud, nakd-i cins/nukud-ı ecnas, ecnas-ı nukud adlarıyla bilinmektedir. 1840’ta tedâvüle giren kâimeler dahi nakid olarak adlandırılmıştır (**Belin**, s. 1). **Aybakan**, s. 324-326.

<sup>8</sup> Roma İmparatorluğu’nun tedâvüldeki gümüş sikkesi olan “denarius”, Yunancaya “zinarium” başka ülkelere denier, danaro, thaler, dollar şekillerinde geçmiştir (**Belin**, s. 1, dph. 2). **Tekin, Oğuz**, (2004), “Meskûkat”, DİA, C. 29, Ankara, s. 317.

karşılık olarak demir, altın, gümüş, bakır, bronz gibi madenler kullanılmıştır. Ağırlığına ve ayarına göre hazırlanan külçelerin üzerine belirleyici ibareler konmuş; bunlar yassı, yuvarlak hâle getirilerek kullanma ve taşıma kolaylığı sağlanmıştır<sup>9</sup>. Maden-i nefise denilen altın ve gümüşün mübâdelede kullanılması bir dönüm noktasıdır. “Her şeyin kıymet-i makderesini gösterir bir alâmet-i zâhir” diye tanımlanabilen “nakit” için bunlardan daha elverişli bir madde olamazdı. Çünkü bunlar herkesin, bozulmadan, kırılmadan, kıymetine hâle gelmeden her zerresinde özdeş özellik taşıyan, eritilip farklı şekiller verilebilen, aynı miktarının hep aynı kıymette olduğu, herkesin üstünde taşıyabileceği veya evinde saklayabileceği, tedâvülde kullanılmaya elverişli özel maddelerdir<sup>10</sup>.

## B. OSMANLI PARA SİSTEMİNİN DÖNEMLERİ

Para sistemi açısından Osmanlı tarihini, Akçe Dönemi (1327-1688), Kuruş-Para Dönemi (1687-1879) ve Cumhuriyete de intikal eden Lira-Kuruş Dönemi (1879-...) olmak üzere bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür. Bu dönemlerin başlangıçları ekonomik krizlerle bağlantılıdır. Paradaki gelişmeler o kadar karmaşık bir süreçtir ki sanki belli bir sistemin olmadığı izlenimi uyandırmaktadır. Osmanlı malî gelişmeleri, öngörülebilir olmadığından takibi zordur.

Osmanlının ilk parası olan gümüş akçe<sup>11</sup> 1326/1327’de Orhan Gâzi tarafından bastırılmıştır. Gümüş akçe temelli (monometalist) ve nisbeten

<sup>9</sup> **Tekin**, Sikke, s. 179; **Tekin**, Meskûkat, s. 317.

<sup>10</sup> Nakdin hem sözlük hem terim anlamı, bir nesnenin satışında peşin ve derhâl verilen şeydir (**Hasan Ferid**, Meskûkat, s. 9, 11).

<sup>11</sup> İslâm devletlerinde genel olarak gümüş sikkelere dirhem, altın sikkelere ise dinar veya miskal denirdi. Gümüş para, dirhem (2.97 gram); altın para ise, miskal ağırlığındaydı (4.25 gram). İlk Osmanlı paraları bu ölçülere uymadığından bunlara “beyaz, parlak, temiz” anlamlarına gelen “akçe” denmiş olabilir (**Sahillioğlu, Halil**, “Akçe”, DİA, C. 2, İstanbul, 1989, s. 224-25; **Tabakoğlu, Ahmet** (2014), Türkiye İktisat Tarihi, 12. Baskı, İstanbul Dergah Yayınları s. 397). Ayrıca bkz. **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988) Osmanlı Devleti’nin Saray Teşkilâtı, Ankara, TTK Basımevi, s. 348.

istikrarlı olan bu dönem Fatih devrinin sonlarına kadar sürmüştür<sup>12</sup>. Fatih tarafından ilk Osmanlı altın parası (sultanî) bastırılıncaya kadar ödemelerde sadece diğer ülkelerin altın paraları kullanılmıştır. Ülkede sultanînin tedâvülünden sonra büyük hacimli işlemlerde Venedik Dukası, Macar Kıremisi altını, İspanya Riyali Kuruşu, Hollanda Esedî Kuruşu, Direkli ve Kuşlu kuruşlar, Fransız Frangı, İngiliz Sterlini, Macar Yıldız altını, Polonya Zloti/Zolotası kullanılmaya devam edilmiştir. Fetihler sürdükçe Osmanlı yeni fethedilen yerlerdeki halkın eskiden kullandıkları paraların isim, ayar ve vezinlerine dokunmamış, böylece ülkede çeşitli tedâvül bölgeleri ortaya çıkmıştır<sup>13</sup>. Altın parayla birlikte çift metal (bimetalizm) sistemine<sup>14</sup> geçilmiştir. Başlangıçta üç akçenin yaklaşık bir dirhem gümüşe denk olduğu ayar ve vezinler yüz yirmi yıl korunabilmiş fakat gümüşün ayarı giderek düşmüş ve sonunda akçeyi düzeltme imkânı kalmadığında, 1687’de akçe usûlü terk edilerek ilk *kuruşlar* basılmıştır. Osmanlının son dönemine kadar 1 kuruş, 40 para; 1 para, 3 akçe; 1 akçe, 3 puldan işlem görmüştür<sup>15</sup>.

9 Ocak 1881 tarihli Meskûkât-ı Osmaniye Kararnâmesiyle tek metal (altın) sistemine geçilmiş böylece “Osmanlı Lirası” birim olmuştur. Bu tarihten itibaren tağşişe son verilerek sikkeler 1922 yılına kadar aynı standartta kalmıştır<sup>16</sup>. Ancak yasağa rağmen, mevcut gümüş sikkelerin yurt içi ticarete kullanılmaya devam edildiği görülmektedir. Uluslararası ödemelerde altın sikkeler kullanıldığından bu döneme topal standart (topal mikyas)

<sup>12</sup> **Belin**, s. 97; **Akdağ**, Mustafa, (1977), Türkiye'nin İktisadî ve İctimaî Tarihi II, İstanbul, s. 635; **Pamuk**, **Şevket** (2018), Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, İstanbul, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları Ocak, s. 33-34, 266; **Akyıldız**, “Para”, s. 163; **Bilmen**, C. 4, s. 136; **Döndüren**, **Hamdi** (2016) Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, İstanbul, Erkam Yayınları, s. 372; **Sahillioğlu**, s. 224-25; **Uzunçarşılı**, Saray, s. 348.

<sup>13</sup> **Tabakoğlu**, İktisat, 402.

<sup>14</sup> **Pamuk**, s. 55, 66, 198; **Tabakoğlu**, İktisat, s. 400.

<sup>15</sup> Muharrem 329 (1912) Meskûkat Müdürünün hazırladığı çizelge için bkz. **Bilmen**, C. 4, s. 134-143; **Döndüren**, İlmihal, s. 372-373.

<sup>16</sup> **Erdem**, s. 22.

dönemi denmektedir<sup>17</sup>. Sisteme farklı tarihlerde kâğıt paralar da dâhil edilip kaldırılmıştır.

### C. İSLÂM HUKUKUNUN OSMANLI SİSTEMİNE ETKİSİ

İslâm hukukunda altın-gümüş standardının çalışmamız bakımından önemi, Osmanlı devrinde de alışverişlerin şer'î hukuk konusu olması ve hukukî uyumsuzlukların çözümüne esas alınan fetvâlarda dayanak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Fıkıh meselelerinin dayanakları Kur'an, Sünnet ve İcmâ'dır. Fikhî hükümler, alım-satım akdinde ifaların neyle yapılıp yapılamayacağına karar verilmesinde önem taşımaktadır<sup>18</sup>.

İslâm inancında ticarî hayatta yapılmaması gerekenlere işaret eden birçok âyet ve hadis vardır<sup>19</sup>. Bunların bazıları kişilere, bazılarıysa devletlere yöneliktir. Kâr uğruna insanları aldatmak, haksız yere mallarını yemek, faiz, karaborsacılık, bir malı teslim almadan satmak, çaresizlerin malını ucuza kapatmak, pazara götürülen malları henüz tezgâha varmadan yoldayken karşılayıp toptan ucuza kapatmak doğru bulunmamıştır. Devletin de ticarî hayata, kural olarak, müdahale etmemesi, meskûkatta tağşişe gitmemesi, yerli halka yabancılar adına satış yaptırmaması, ticarî hayatta hızlılık ve güveni sağlaması gerekmektedir. Kur'an-ı Kerim'de yer alan bazı ifadelerden altın ve

<sup>17</sup> Topal mikyaz sistemi, çift maden sisteminin bozulmuş şeklidir. Burada altının serbest basılması devam etmekte fakat gümüş sadece devlet hesabına ve ihtiyaç hâlinde basılmaktadır. Ancak tüm gümüş paralar sınırsız ibrâ gücüne sahip kalmaktadır. Banknotlar da altın/gümüşle ödenmektedir (**Kuyucak, Hazım Atıf** (1939) Para ve Banka, C. 1, Maarif Matbaası, s. 54). Ayrıca bkz. **Toprak, Zafer** (1982) Türkiye'de Milli İktisat, 1908-1918, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 331, 347; **Pamuk**, s. 208; **Erdem**, s. 19.

<sup>18</sup> **Karakoç, İrem** "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ve Hukukun Kaynakları", İÜHFMD, Prof. Dr. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı, C. LXXV, 2017, s. 457-514.

<sup>19</sup> **Kur'an-ı Kerim**, Necm: 39; Kasas: 77; Bakara: 275-277, 279-280; 282; Enbiyâ: 37; Nisâ: 29; Cum'a: 9-10; Sa'd: 24; Mâide: 1; İsrâ: 34; Mutaffifin: 1-3; Hûd: 84-85. **Hadisler**, İbn Mâce, Ruhûn, 16; İbn Mâce, Ticârât, 1, 63; Buhârî, Büyü', 7, 15, 23; Buhârî, Nafakât, 1; Buhârî, Havâle, 1-2; Buhârî, İstikraz, 2; Ebû Dâvud, Büyü', 1, 10, 26; Tirmizî, Büyü', 4; Tirmizî, Ticârât, 1; Tirmizî, Büyü', 9, 68; Müslim, Müsâkât, 33, 78; Ahmed b. Hanbel, Müsned, III, 466; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II, 33. Ayrıca âyet ve hadislerden elde edilmiş genel esaslar hakkında bkz. **Eskicioğlu, Osman** (1983) "İslâm Hukukunda Enflasyonla İlgili Bazı Meseleler", DEÜİFD, I, s. 97-117, s. 103-110.

gümüş gibi değerli madenlerin eski toplumlarda da mübadele aracı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Şuayb Peygamber devrinde bazı kişilerin ölçü, tartı, silik veya vezni eksik paralarla insanları aldatmaları üzerine peygamber tarafından nasıl ikaz edildikleri anlatılmaktadır<sup>20</sup>.

Hz. Peygamber (S.A.V) bir hadisinde altın ve gümüş para da aslolanın vezin olduğunu belirtmektedir. Hukukî işlemlerde halktan zorluğu kaldırmak için paraların adet/tane olarak tedâvülüne izin verilmiş, dirhem-dinar kullanılmaya başlanmış, sayı olarak, biri diğeriyle satılabilmektedir. Ancak tedâvül esnasında paralar aşınıp silinebilmekte, ağırlığı eksilebilmektedir. Bu nedenle belli aralıklarla tartıların denetimi önemsenmiş zaman zaman tüm paralar toplanarak tekrar tartılmışlardır<sup>21</sup>.

Para basılması, Hz. Peygamber'in (S.A.V) gündeminde olmamıştır. O'nun görevi, toplumun inanç esaslarındaki sapmalarla ahlâkî bozuklukları düzeltmek ve insanların düzen içinde yaşamalarını sağlamak bakımından temel ilkeleri yerleştirmektir. Kendisi aynı zamanda bir devletin kuruluşunu gerçekleştirmek durumundadır. Tüm bunları kısa bir zaman içinde yapması gerektiğini bildiğinden para bastırmak yerine “alış verişte doğru ölçü ve tartı kullanmayı”, “dürüst olmayı” ve “yardımlaşmayı” yerleştirmek daha önceliklidir<sup>22</sup>. İslâmiyet'ten önce Araplar arasında, İran'ın gümüş dirhemi

<sup>20</sup> **Kur'an-ı Kerim**, A'raf: 85; Yusuf: 20. Ayrıca Hûd Sûresi'nde (85-86), Şuayb Peygamber devrinde, Medyen halkından bazı kişiler, dirhem ve dinarların etrafını keserek halka sayıyla verip, halktan alırken tartıyla alırlardı. Bunlar, işi o kadar ileri götürmüşlerdi ki, ülkeye giren yabancıları yol başlarında bekler; paralarını, zayıf veya sahte diyerek ellerinden alır; kesip kırpar ve karşılığını düşük fiyattan öderlerdi. Onlar sadece eksik ölçü ve tartıdan dolayı değil, her türlü malî haksızlıktan dolayı kınanmış ve yasaklanmışlardır. Benzer şekilde Sâlih Peygamber'in milleti olan Semûd'dan dokuz kişinin yaptığı “dirhemlerin etrafından kesip alma” fiili memlekette, bozgunculuk yapmakla ve bozgunculuğu emretmekle eş tutulmuştur. Bu yüzden Allah'ın gazâbına uğramışlardır. Sözü geçen âyetlerde her devre ışık tutacak olan hak ve adalet, başkasının can ve malına dokunmama, kimseyi kandırmama ve dürüstlük ilkeleri vurgulanmaktadır (**Kur'an-ı Kerim**, Bakara: 188; Neml: 48; Nisâ: 2, 5, 161; Tevbe: 34).

<sup>21</sup> **Bilmen**, C. 4, s. 120 vd.

<sup>22</sup> **Ahmed Cevdet Paşa** (1976) Tarih-i Cevdet, C. 1, İstanbul, s. 355.

(Kisreviyye)<sup>23</sup>, Bizans'ın altın dinarı (Rûmiyye, Herakliyye) ve Yemen Himyeriyyesi kullanılmıştır<sup>24</sup>. Küçük değerdeki işlemler için Bizans kökenli fels denilen bakır ve nikelden paralar da bulunmaktadır. Müslümanlar bunları Suriye'nin fethinden sonra kendileri basmaya başlamışlardır<sup>25</sup>.

İslâmiyet'ten sonra, başta zekât olmak üzere bazı ibadet, keffâret, diyet, tereke, arazi, yol, bina ölçümleri ve vergilerde şer'î ölçü olarak dinar ve dirhem tanımı, vezni ve ayarında standart belirlenmesi önem kazanmıştır. Bu dönemde dinar yaklaşık 4 gram; dirhemse, 14 kırat, 2,8 gramdır. Bunlar kendi cinsinden altın veya gümüş ziynet eşyası alım satımında kullanılacaksa, aynı ağırlıklar üzerinden işlem yapılması gerekmektedir. Madenin -işçilik hariç- belli miktar fazlasıyla değişimi faiz olacaktır<sup>26</sup>. Sonuç olarak Hz. Peygamber (S.A.V), alışverişlerde bir standart belirlemiş, mübadele ve değer ölçüsü olarak, giderek çift metal sistemi yerleşmiştir<sup>27</sup>. O dönemde tedâvül

<sup>23</sup> Gümüş meskûkât, Sevdâ-yı Vâfiyye ve Taberiyye-i Utkâ olmak üzere iki türlü olup dinar ve dirhem adlandırılmalarında vezinleri esas alınmıştır. Yunan ve Rum kaynaklı olan dirham ve denarius, İslâm dirhem ve dinarının iki katı vezindeydi (**Öztürk, Emine/Fidan, Ali** (2019) “Abdüllâtif Subhi Paşa'nın Uyûnü'l-Ahbâr fi'n-Nukûd ve'l-Âsar” Adlı Risâlesinin Transkripsiyonu ve İktisat Sosyolojisi Açısından Tahlili”, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sonbahar, Ek Sayı 2, s. 243-266, s. 260).

<sup>24</sup> İran, bolca mevcut gümüş madenlerinden dolayı sadece gümüş para basıp uzak doğuya ihraç etmiş, karşılığında ipek, baharat ve diğer değerli ticaret eşyası almıştır. Bizans, para olarak altını kullanmış sattıklarının karşılığında da altın kabul etmiştir (**Sahillioğlu, Halil** (1989) “Altın”, DİA, İstanbul, s. 532; **Sahillioğlu, Halil** (1994) “Dirhem”, DİA, C. 9, İstanbul, s. 368).

<sup>25</sup> **Döndüren**, İlmihal, s. 374.

<sup>26</sup> Hayber ganimetleri arasında bulunan altın ve boncuk dizili bir kolyeyi 12 dinara (yaklaşık 48 gr. altın para) satın alan Fudâle İbn Ubeyd (r.a), bu alış-verişten şüpheye düşünce, durumu Resûlullah'a sormuştur. Hz. Peygamber (S.A.V), kolyedeki altın kısmının diziden çıkarılarak ayrıca tartılmasını ve altın parayla ağırlık olarak denkleştirilmesini, geri kalan kısım için fiyat takdiri yapılmasını söylemiştir. Muaviye, Şam valisiyken savaş ganimeti gümüşlerin, para olan dirhemle tartılmadan mübadele edildiğini gören sahabeden Ubâde İbn Sâmî (r.a) itiraz etmiş, kolye hadisine dayanarak işlemi bozdurmuştur (**Döndüren**, İlmihal, s. 374; **Döndüren, Hamdi** “Kur'an ve Sünnete Göre Altınla İlgili Ticaret Muameleleri”, “Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı” Bildirisi, s. 2). Faiz yasağı ile Osmanlı kredi sistemi ilişkisi için bkz. **Pamuk**, s. 73.

<sup>27</sup> **Kallek, Cengiz** (1997) Asr-ı Saadette Yönetim-Piyasa İlişkisi, İstanbul, İz Yayıncılık, s. 55; **Sahillioğlu**, “Darphâne”, s. 501.



araçlarının neler olduğu hakkındaki bilgilere, Hz. Peygamber'in (S.A.V) mehir konusundaki uygulamalarının yanı sıra mevcut sikkelerin küçültülmesi veya parça koparılmasını yasaklaması gibi örnek olaylardan hareketle ulaşılabilmektedir<sup>28</sup>. Hz. Peygamber (S.A.V) hayattayken tedâvüldeki meskûkât, önceki şekliyle bırakılmış, bu uygulama Hz. Ebû Bekir tarafından da sürdürülmüştür<sup>29</sup>.

Hz. Ömer devrinde farklı tedâvül araçlarına sahip Şam, Irak ve Mısır fetholunduğundan alım satımlarda ve haraç vergisi ödemede hukukî uyuşmazlık ve şikâyetler görülmüştür. Hz. Ömer, hem ağırlığı hem değeri bakımından para standardını önemsemiştir. Paraların ağırlık ölçüsü olan "kırat", orta büyüklükteki beş arpa tanesinin ağırlığına eşit kabul edilmiştir. O dönemde Medine'de on, on iki ve yirmi kırat ağırlığında olmak üzere, üç tür dirhem vardır. Halifenin, para standardı konusunda uzmanlara yaptırdığı çalışmanın sonucunda her üç dirhem ağırlıklarının ortalaması olan 14, bir şer'î dirhem standart ağırlığı kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Erdem, s. 23-24, dpn. 1.

<sup>29</sup> Ebû Dâvud, Büyü' 8 (3340); Nesâ'i, Zekât 44; Büyü' 54 7, 284), (204 - İbnü Ömer anlatıyor: Resûlullah (Aleyhissalâtü vessellem) buyurdular ki: (Şer'î hukuku (hakları) ödemek için) vezinde Mekke halkının vezni esastır, keylde de Medine halkının keyli esastır". 205-Mikdam İbnü Ma'dikerb (Radiyallâhü anh) Resûlullah (Aleyhissalâtü vessellem)'in şu sözünü nakletti: "Yiyeceklerinizi kile ile ölçün, sizin için mübârek kılınsın" Buhârî, Büyü' 52) (<https://www.ayethadis.com/hadis/>; <http://www.kuranikerim.com/kutubi-sitte/201-210.html>; [http://www.kuranikerim.com/kutubi-sitte/kutubi\\_index1.htm](http://www.kuranikerim.com/kutubi-sitte/kutubi_index1.htm), (30.09.2019). Ayrıca bkz. **Uslu, Rifat** (2014) "İslam Hukukunda Para Birimleri", Journal of Islamic Research, 25(1), s. 33; **Kallek, Cengiz** (1992) Hz. Peygamber (S.A.S) Döneminde Devlet ve Piyasa, İstanbul, (Bilim ve Sanat Vakfı Yayınları), s. 112; **Öztürk/Fidan**, s. 260.

<sup>30</sup> Hz. Peygamber (S.A.V) devrinde Mekke dirheminin ağırlığı 14 kırat, Osmanlı'nın Darphâne-i Âmire usûlüne göre, bir dirhem 14 kırat; 7 miskal, 10 dirhemdir (şer'î vezin). Fetvâhâne-i Âlî'den gelen bir soruya Darphâne Müdürlüğü'nden verilen cevapta (1315 ve 1320) 20 miskal altının sikkeli altın liradan karşılığının 13.5 lira ile bir lira çeyreği olduğu; 200 dirhem gümüşün karşılığınsa, rayiç olan gümüş paralardan 26.5 gümüş mecdiye olduğu belirtilmiştir. 21 Kanûnısânî 1926/97 no'lu tezkire ekinde, şer'î hukukta nisab kabul edilen 20 miskal altının tutarı 1200 ve 200 dirhem gümüşün 547 kuruş olduğu ve evrâk-ı nakdiye ile kıymet-i hâzırası ise, piyasa temevvücâtına (dalgalanmalarına) tâbi bulunduğundan 28 Kanûnısânî 1926 tarihindeki piyasaya göre 20 miskal zer'-i hâlisin (saf altının) 96 lira 84 kuruş ve 200 dirhem tâmmü'l-ayar gümüşün (tam ayar gümüşün) dahi

İlk sikkelerin hangi halife döneminde basıldığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar Halife Ömer zamanında<sup>31</sup>, bazıları ise, Emevî Halifesi Abdülmelik b. Mervan zamanında<sup>32</sup> bastırıldığı görüşündedir. İkinci görüşün kabulü bizi, “Hz. Ömer’in standardı belirleyip para basmadan bıraktığı” gibi bir sonuca götürmektedir. Kimi kaynaklarda ise, Hz. Osman ve Hz. Ali zamanlarında da para basıldığı fakat bunların resmî para olmayıp idarecilere kolaylık sağlama maksadıyla basılmış yerel paralar olduğu belirtilmiştir<sup>33</sup>.

Hz. Ömer devrinde dirhem ile dinar arasındaki ağırlık oranı yediye ondur. Bu oran şer’î ölçülerde sabit şekilde kullanılmıştır. Bu bağlamda bir dinarın ağırlığına miskal denmektedir. Bir miskal, yüz arpa kadardır. Dolayısıyla bir dirhem de yetmiş arpa kadar gelmektedir<sup>34</sup>. Hukukçular her devirde, paranın tedâvülden kalkması ve değerinde meydana gelen

---

19 lira 69 kuruştan ibaret olduğunu beyan etmiştir (31.1.1926). İngiliz, Fransız ve Karmîç altınları bağlamında sorulan 29 Nisan 1900 tarihli farklı bir fetvâ daha vardır (**Bilmen**, C. 4, s. 121-124). Farklı ağırlıktaki dinar ve dirhemlerin örnekleri İstanbul arkeoloji müzelerinde görülebilir. **İbrahim ve Cevriye Artuk** (1970), İstanbul Arkeoloji Müzeleri Teşhirindeki İslâmî Sikkeler Kataloğu, İstanbul; Asr-ı Saadet, Dört Halifeler, Emevî ve Abbasîler devirlerinde basılan mesûkat ile ilgili şekli bilgiler ve örnekler için bkz. **Öztürk/Fidan**, s. 263 vd.

<sup>31</sup> Hz. Ömer, H.18’de Acem paralarının şeklinde kısa ve kalın parçalar hâlinde ve çekirdek görünümünde 14 kırat ağırlığında para bastırmıştır. Hz. Osman, 28 senesinde altın ve gümüş para bastırmıştır. İlk yuvarlak gümüş parayı, Mekke’de Abdullah bin Zübeyr (680-692) kestirmiştir (**Akyıldız**, “Para”, s. 163; **Ekinci, Ekrem Buğra**, “Paramızın Serüveni”, “<http://www.ekrembugraekinci.com/makale.asp?id=198>”, s.e.t. 17. 09. 2019). Osmanlı paşası Abdüllâtif Subhi Bey Makrizî’ye atıfla ilk sikke darbının Hz. Ömer tarafından yapıldığını belirtmiş, üzerinde hangi yazılar bulunduğunu açıklamıştır (**Öztürk/Fidan**, s. 260; **Sahillioğlu**, “Altın”, s. 532).

<sup>32</sup> **Sahillioğlu**, “Darphâne”, s. 501; **Uslu**, s. 32.

<sup>33</sup> **Uslu**, s. 31.

<sup>34</sup> Fıkıh âlimleri, arparların büyüklüğü ve özellikleri konusunda tartışmışlardır. Hanefî mezhebine göre miskal, orta büyüklükteki yüz arpaya; dirhemse, yetmiş tanesine tekâbüle etmektedir. Mâlikîler, dinar için orta boy yetmiş iki arpayı; Şâfilerse, dinar için kabuksuz ve iki ucu kesilmiş yetmiş iki arpayı, dirhemde 50.4 arpayı görüşlerine esas almışlardır (**Bilmen**, C. 4, s. 122; **Uslu**, s. 33). Muâviye’nin halifeliğinde dirhemden vezninden bir/iki habbe kadar düşürülmüştür (**Öztürk/Fidan**, s. 261).

dalgalanmaların borç ilişkilerine etkisini değerlendirmişlerdir. Aslında hepsinin amacı borç ilişkisini, para değerindeki dalgalanmalardan etkilendirmemek, tarafların durumunu korumak, zarara sokmamak; yani hakkaniyetli bir denge kurmaktır. Bunun için göz önünde bulundurulması gereken esaslar iki ana başlıkta toplanabilir. Toplumun genelini para üzerinden para kazanmaya teşvik etmeyecek bir sistem kurulmalı; paraya ihtiyacı olanların, parası olandan borç alabilmelerinin yanı sıra borç veren de mağdur edilmemelidir. Aksi hâlde kimse kimseye borç vermek istemeyecek, insanlar paralarına para kazandıracak yollara yönelecektir.

Hukukçuların madenî para dönemine ait çözüm önerileri kâğıt para dönemi problemleri için yeterli olmamıştır. Bu yüzden genellikle borç sözleşmesinin taraflarına, sözleşmeye borcu döviz, altın veya eşya değeri gibi daha sağlam değerlendirme esaslarına bağlamak şeklinde, alacaklıyı korumaya yönelik şartlar koymaları önerilmiştir<sup>35</sup>. Para, ihtiyaçların giderilmesinde bir araç olduğundan, bizzat kendisi talep edilen bir mal değildir. Bu yüzden fıkhıta, tedâvül aracı olabilecek nitelikteki eşya ile olmayan eşya ayrımı yapılarak ilkin, “nakid”; ikincisine, “uruz” denmiştir. Para addedilen altın/gümüş ağırlığına göre veya sayıyla tedâvül edebilir; sikke, para hükümlerine tâbidir<sup>36</sup>. Fıkhıta altın ve gümüşle ilgili bu kadar fazla görüş ortaya konulmasının sebebi, altı tür malın değiş tokuşunun peşin ve eşit miktarda olmasını emreden hadistir. Altın ve gümüşün para olarak kullanılması nedeniyle mübadelesinde, faiz olma endişesi, bu konuda titiz davranılmasını gerekli kılmıştır.

<sup>35</sup> Ebû Yusuf'un, fetvâya esas görüşü için bkz. **Döndüren**, İlmihal, s. 374.

<sup>36</sup> Altın/gümüş günümüzde mal sayılmakta bir tarafta bunların olduğu sözleşmeler İslâm hukukunda mutlak bey' (satım) kabul edilirken günümüz sisteminde trampadır. İslâm hukukunda semenin mutlaka para olması gerekmemektedir (**Aybakan**, s. 325).

## Ç. OSMANLI DEVLETİ'NİN MADENÎ PARA SİSTEMİ VE BOZULMASI

### 1. Meskûkat Sistemi

Osmanlı maliyesinde vergi ve diğer devlet gelirlerinin toplanması, ödemelerin yapılmasında bir mübâdele aracına duyulan ihtiyaç ile uluslararası ticarî ödemelerde kendi para birimini kullanma gereği, sikke basmayı zorunlu kılmıştır<sup>37</sup>. Meskûkât basımında biri akçeyi esas alan “millî/osmanî”; diğeri, kuruşu (ecnebi gümüş sikke) esas alan “yabancı/ticarî” olmak üzere iki sikke usûlü gelişmiştir. Zaman içinde ikincisi ilkinin gâlip gelmiştir. Moğol ve Selçukluların geleneğini izleyen Osmanlılarda sikkeler ak ve kızıl (altın ve gümüş) olmak üzere iki türdür. Nitekim millî usûle ait sikkelerden birçoğunun adları (akçe, mangır, altın) Moğollardan alınmıştır<sup>38</sup>.

Paranın basıldığı yere *darphâne*, özel malzeme, bilgi, teknik ve kuralların gerektiği basma işine *darph* (vurma yoluyla para basma) denmektedir. Meskûkât, İstanbul darphânesinde darphâne emîninin yönetiminde basılmıştır. Kesilen paraların cins, vezin ve ayarını tespit eden görevliye “sahib-i ayar” denmektedir. Madenî para sisteminde parayı arttırmak için sürekli daha çok maden çıkarılması gerekmektedir. Bu sistemde -para krizleri de dâhil- bir kişi, külçe altın, eski sikke ya da standardı bozulmuş madenî para getirdiğinde, belli bir komisyon ödeyerek, yeni sikke bastırma/değiştirme hakkına sahiptir (darph hürriyeti). Osmanlıda İstanbul’un yanı sıra Edirne, Serez, Novoberde, Sidre kapısı, Selânik, Gümüşhane, Erzurum, Bağdat, Şam ve Mısır’da darbhâneler olup örneğin, Kanûnî Sultan Süleyman ve II. Selim devirlerinde bunlar yetmişten fazladır. Suiistimler ve taşış sebebiyle I. Mahmud zamanında İstanbul darbhânesinden başka yerlerde para bastırma usûlü kaldırılmıştır<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1982) Osmanlı Tarihi, C. 1, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 547; **Erdem**, s. 11.

<sup>38</sup> “Kıpkızıl mangır” tabiri için bkz. **Belin**, s. 4, 8, 10.

<sup>39</sup> **Hasan Ferid**, Meskûkat, s. 318; **Uzunçarşılı**, Saray, s. 386; **Sahillioğlu**, “Darphâne”, s. 501, 504; **Akdağ**, s. 359; **Erdem**, s. 11.

## 2. Meskûkattaki Değişimlerle Hukukî ve Sosyal Hayat Arasındaki Karşılıklı Etkileşim

Para konusundaki dalgalanmalar, sistemin düzgün kurulup işletilemeyişi, çıkarılan kanunların hayatın olağan akışıyla uyumlu olmaması yüzünden uygulanamaması ve denetlenememesi Osmanlının her döneminde sosyal, askerî, hukukî ve siyasî hayatı etkilemiştir. Aynı şekilde askerî şartlar, toplumsal yenilik hareketleri ve harcamaların artması da para durumunu etkilemiştir. Bu etkileşim, insanların borç ilişkilerinde ödeme şekillerinin değişmesine neden olduğu gibi yeni mesleklerin ortaya çıkması ve uzun vadede halkın devlete olan güveninin kaybı biçiminde de tezâhür edebilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde sadece parada yapılan oynamaların toplumsal hayata nasıl yansıdığına ve toplumsal olayların malî durumda ne tür değişiklikleri zorladığına -dönem farkı gözetilmeksizin- birkaç örnek verilecektir.

Yaygın kanaate göre İstanbul'da çıkan isyanların tümü para meselesinden kaynaklanmıştır. Fatih'in tahttan ilk inişini enflasyona bağlayanlar vardır (1446-Buçuktepe Vak'ası)<sup>40</sup>. 1478'de<sup>41</sup> ilk altın sikkenin bastırılmasından 1586'daki büyük tağşişe kadarki dönemde devletin büyüyerek uluslararası ve deniz aşırı ticarete güçlenmesi sonucunda aynı ölçüde güçlü bir ödeme aracına ihtiyaç duyulmuştur. Osmanlıda tahta çıkan her padişahın, paradan eksilterek kendi adına yeniden bastırması bir gelenektir. Buna tecdid-i sikke denmektedir. Her ne kadar 1451-1481'e kadar akçe, değerini korumuşsa da sonrasında artan askerî giderleri karşılayabilmek için meskûkattaki gümüş oranı giderek azaltılmıştır. Tağşişle birlikte piyasaya yeni para sürüldükten sonra eskiler, devlet tarafından % 20 düşük fiyatla geri kabul edilmekteydi. Böylece 16'ncı yüzyılın ilk çeyreğinde altın, gümüş ve

<sup>40</sup> Eskicioğlu, s. 110.

<sup>41</sup> Ekinci, Aynı makale; Sahillioğlu, Darphâne, s. 512; Erdem, s. 12; Akyıldız, "Para", s. 164.

bakır meskûkatı<sup>42</sup> içeren üçlü bir para sistemi (trimetalizm) meydana gelmiştir<sup>43</sup>.

Ekonomi-toplum etkileşiminin bir diğer örneği, Viyana kuşatmasının başarısızlığı ve toprak kayıpları sebebiyle tahttan indirilen IV. Mehmed'ten sonra II. Süleyman zamanında cülûs bahşişleri ve devlet masraflarından kaynaklanan ekonomik krizdir. Sipahilerin gecikmiş ulûfelerini verecek nakit olmadığından hazinedeki altın-gümüş kap kakak, kılıç vb. eşya darphaneye gönderilip para kestirilmiştir<sup>44</sup>. Bu yetmeyince varlıklı kimselerden alınmak üzere “imdâdiye vergisi” konmuştur. Toprak kaybindan kaynaklanan hazine açığını kapatabilmek için getirilen ek vergiler istenen sonucu vermemiştir. Toprak gelirleri Osmanlı hazine gelirlerinin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Bu krize rağmen, düzenlenmesi planlanan yeni seferler ve işçileri için gereken para, Frenk Mustafa Ağa'nın önerisiyle Tavşantaş'nda açılan darphânedeki bakır mangır basılarak ve mevcut paranın değeri tekrar düşürülerek sağlanmıştır<sup>45</sup>.

17'nci yüzyıla gelindiğinde paranın değerinin düşme eğilimi ve Avrupalı tüccarın, Doğu Akdeniz'de para kaçakçılığı yapmasına karşı yöneticilerin fiyatları dönem bazında ayarlamaya çalıştıkları görülmektedir. Bu doğrudan müdahale 19'uncu yüzyıla kadar sürdürülmüş<sup>46</sup>, mali tedbir olarak vergiye kaynak olsun diye sosyal hayatta meyhanelerin yeniden açılmasına izin verilmiş; Fâzıl Ahmed Paşa zamanında yasaklanan hamr emniyeti yeniden kurulmuş ve tütüne gümrük vergisi konulmuştur. 1691'de mangır tedâvülden kaldırılmış, para değerleri yeniden düzenlenmiştir<sup>47</sup>. “Büyük Tağış” ülkedeki genel havaya malî, sosyal huzursuzluklar, isyanlar ve

<sup>42</sup> **Açıkgöz, Ömer** (2010) “Osmanlı Para Politikasında Reform Çabaları: 1800-1844 Dönemi Üzerine Bir Değerlendirme”, ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S.12, s. 379. **İsmail Gâlib**, (1307), Takvîm-i Meskûkât-ı Osmaniyye, İstanbul, s. 1 vd.

<sup>43</sup> **Akyıldız, Ali** (1996) Osmanlı Finans Sisteminde Dönüm Noktası: Kâğıt Para ve Sosyo-Ekonomik Etkileri, İstanbul, (Eren Yayıncılık ve Kitapçılık), s. 23; **Akyıldız**, “Para”, s. 163.

<sup>44</sup> **Uzunçarşılı**, Saray, s. 386; **Tabakoğlu**, İktisat, s. 409, 414.

<sup>45</sup> **Özcan, Abdülkadir** (2010), “II. Süleyman”, DİA, C. 38, İstanbul, s. 76, 77.

<sup>46</sup> **Mantran, Robert**, (1986), 17. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul, (Çev. M.A. Kılıçbay-E. Özcan), Ankara s. 15.

<sup>47</sup> **Belin**, s. 107; **Mantran**, s. 238.

istikrarsızlığın hâkim olduğu 1585-1690 döneminde yapılmıştır<sup>48</sup>. Akçenin gümüş içeriğinin, savaş şartlarında resmî standartların çok altına çekilmesiyle birlikte fiyatlar hızla artmaya başlamış (devalüasyon) ve bu kez yeniden “Tashih-i Sikke” zorunluluğu gündeme gelmiştir. Osmanlı Devleti 16’ncı yüzyıldan itibaren malî krizlerde Galatalı sarraflardan borç almayı da bir seçenek olarak gündeminde hep tutmuştur<sup>49</sup>.

17’nci yüzyıl sonundan 19’uncu yüzyıl ortalarına kadar nispeten bir istikrar görülmektedir. 1690-1844 arası dönemde millî paraya dönüş eğilimi baş göstermiştir. İstanbul’daki darphâne uzun bir aradan sonra 1685’te yeniden faaliyetine dönmüş 1688’den itibaren çok sayıda mangır ve 1690’dan itibaren de gümüş sikke basılmıştır. Yeni Osmanlı gümüş sikkeleri 18’inci yüzyılda devletin temel parası hâline getirilmiştir<sup>50</sup>. III. Selim’in ilk yıllarında Rusya ve Avusturya’ya karşı girişilen savaşın finansmanı için 1789’da tekrar büyük bir taşış kararı alınmıştır<sup>51</sup>.

Bu konuda parada birlik sağlamayı amaçlayan II. Mahmud’un çabalarından söz etmek gerekmektedir. O dönemde paradaki karmaşanın boyutu, piyasada otuz altı çeşit gümüş paranın oluşundan anlaşılabilir<sup>52</sup>. Önceden hızlı gerileme ve çöküşü durdurmak için III. Selim ve II. Mahmud’un yaptıkları yenilikler hazinenin finansman sıkıntısını daha da arttırdığından yine taşışe başvurulmuştur. Altın, gümüş ve bakır akçelerin birbirinin tam karşılığı olmaması; meskûkatın vezin ve ayarlarının birbirini tutmaması ekonomide bir dağınıklık olduğunu göstermektedir. II. Mahmud para birliğini sağlama girişiminde başarılı olamamıştır. Oysa ki, meskûkattaki karışıklığın giderilmesi için bir çok kere kanunî düzenlemelerle birlik sağlanmaya çalışılmıştır. 29 Nisan 1840’ta (26 Safer 1256) “Tashih-i Ayar Fermanı” çıkarılarak paraların birbirine göre vezin ve ayarları belirlenmiş yeni

<sup>48</sup> Pamuk, s. 143-161.

<sup>49</sup> Pamuk, s. 219-220; Anbar, s. 26.

<sup>50</sup> Mangırda sahtekârlığın artması üzerine 1691’de, II. Ahmed tarafından tedâvülden kaldırılmıştır (Erdem, s. 17; Akyıldız, “Para”, s. 164).

<sup>51</sup> Pamuk, s. 178; Tabakoğlu, İktisat, s. 412, 414; Tabakoğlu, Ahmet, (1985), Gerileme Dönemine Girerken Osmanlı Maliyesi, İstanbul, Dergâh Yayınları, s. 280-83.

<sup>52</sup> Pakalın, C. 1, s. 21; Erdem, s. 18, 21.

altın liralara basılmıştır. 1843'te Abdülmecid'in eski meskûkâta dönmek amacıyla akçeyi kaldırarak gümüş/sim Mecidiye bastırması birçok toplumsal dönüşümü de beraberinde getirmiştir. 1844'te Batılı devletlerin önerisi doğrultusunda paranın değerini korumak amacıyla Tashîh-i Sikke veya Tashîh-i Ayar olarak adlandırılan para reformları yapılmış aynı yıl, bir "Tashîh-i Ayar Fermânı" daha çıkarılmıştır<sup>53</sup>. Bu reformla altın ve gümüş esaslı iki metalli ve ondalık sistem benimsenmiş, "lira-kuruş" esasına geçilmiştir. Örneğin, gümüşün zaten değer kaybettiği bu dönemde devlet kendisi darphâneye gelen tüm gümüşlerle sikke basmayı sürdürdüğü gibi, yasaklanmasına rağmen çeşitli mazeretlerle, özel kişiler adına da sikke basımı devam etmiştir. Yabancı elçilik, konsolosluk ve tüccar, masraflarını yurt dışından getirttikleri gümüş külçelerle para bastırarak karşılamaktaydılar<sup>54</sup>. Tanzimat devlet adamlarının para birliğinin olmayışının devleti zarara soktuğu konusunda hemfikir oldukları ve parada üniter sistemin lüzumuna vurgu yaptıkları görülmektedir. 1873'ten sonra dünyada gümüşün hızla değer kaybettiği bir sırada Osmanlıda mükellefler, vergilerini gümüş parayla ödeme imkânına sahipken yani Devlet, gelirlerini gümüş akçeyle toplarken, borçlarını altınla ödemekteydi.

16 Aralık 1879 (4 Kanunievvel 1295) tarihli Meskûkat Kararnâmesiyle devlet hesabına dahi olsa gümüş sikke bastırılması yasaklanmıştır. Ama önemli olan kanunla yasak hükmü getirmek değil, bu yasağa uyulmasını sağlamak yani denetim-kontrol mekanizmalarını düzgün kurup işletmektir. Nitekim fiiliyatta gümüş sikke kullanımına göz yumulduğundan ve piyasada çok çeşitli madenî paraların tedâvülüne engel olun(a)madığından her bir paranın farklı yörelerde farklı hesaplama değerleri ortaya çıkmıştır. Piyasadaki bütün bu para türleri arasında uyumu sağlamak için altı tür kambiyo gelişmiştir. Kambiyo, efektif, yabancı para, altın veya likidite nitelikli değerler üzerinde yapılan karşılıklı değiştirme işlemidir. 19'uncu yüzyılda geçimlerini sadece akçe farkından sağlayan köşe sarrafları mesleği türemiştir. Lirayla mecdiye; mecdiyeyle çeyrek veya çeyrekle kuruş değiştirilirken sarraflara ödenen 10-30 para arasındaki akçe farkı bu insanlara gelir olmuştur. 1877-78

<sup>53</sup> Toprak, s. 323; Pamuk, s. 60; Akyıldız, "Para", s. 166; Anbar, s. 22.

<sup>54</sup> Toprak, s. 326, 330, 554, dph. 5.



Osmanlı-Rus Savaşı zamanında madenî para düzeni daha da bozulmuştur. Halk arasında altın ve gümüş sikkeler, üzerindeki değerden farklı bir fiyata mal gibi alınıp satılmaya başlanmıştır. Ayrıca her cemaatin kendine özgü çıkardığı biletler, fişler ve pulların da para gibi tedâvül ettiği düşünülürse, piyasadaki bozuk düzen daha kolay anlaşılabilir<sup>55</sup>.

Yirminci yüzyıla gelindiğinde dahi kuruşun, yere ve mevsime göre bile değişen (mevki farkı) üç farklı değer kazandığı; ticarî işlemlerde Osmanlı lirasının değerinin sâbitlenemediği; tüccarın, malının fiyatını arttırmak istediğinde bunu yapmayıp, bunun yerine liraya kuruş üzerinden farklı değerler biçtiği<sup>56</sup> görülmektedir. Bu dönemde hükümetin meskûkatta birliği sağlama girişimleri olmuştur. 14 Aralık 1909'da Islâh-ı Meskûkat Komisyonu<sup>57</sup> toplanmış ardından bir "Tevhîd-i Meskûkat Kanunu" çıkarılmıştır. Bununla yapılmak istenen, bir altın lira, gümüş mecdiye ve cüzlerinin 1844'teki durumlarına döndürülmesiydi<sup>58</sup>. Bu Meskûkat Kanunu günümüzdeki madenî para sistemimizin de temeli sayılmaktadır<sup>59</sup>. Ancak bununla da paradaki çalkantılar giderilememiş olmalıdır. 1916'da "Tevhîd-i Meskûkât Hakkında Kanun-ı Muvakkat"<sup>60</sup> çıkarılmıştır. Şüphesiz sorun sadece meskûkatta değildi. 1840'tan beri tedâvülde olan kâimeler hesaba katılmadığından akçe farkından gelir sağlamaya benzer bir durum bu defa da

<sup>55</sup> On dokuzuncu yüzyılda Osmanlı'da, zayıf akçe, 1844'te kesilen sağ akçe, 1840'tan itibaren piyasaya sürülen kâğıt para, 1863'te kurulan Osmanlı Bankası'nın bastığı banknotlar ve yabancı paralar olmak üzere, bilinen beş tür tedâvül aracı vardı (**Toprak**, s. 324, 346).

<sup>56</sup> Süreç için bkz. **Toprak**, s. 318, 327. **Artuk, İbrahim** (1992), "Beşlik" maddesi, DİA, C. 6, İstanbul, s. 7.

<sup>57</sup> **Toprak**, s. 330.

<sup>58</sup> **Hasan Ferid**, (1334) Nakid ve İ'tibar-ı Mâlî, İkinci Cild, (Evrâk-ı Nakdiyye), İstanbul, (katalog.marmara.edu.tr/eyayin/pdf/ND100.pdf, (26.04.2020), s. 282; **Toprak**, s. 346. Türkiye'de üçüncü kez kâğıt para süreci başlamıştır (**Kuyucak**, s. 203).

<sup>59</sup> TMK, m. 1: "Devlet-i Osmaniyye'nin usûl-i sikkesinde mikyâs-ı kıymet altındır ve vâhid-i kıyası (ölçü/para birimi) kuruştur (**Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 271 vd).

<sup>60</sup> 406 numaralı bu Kanun, 16 Mart 1335-6 Muharrem 1334 (31 Teşrînivevvel 1332-1 Teşrînsânî 1331) tarihleri arasında çıkarılmış olan kanunları içeren 1928'de İstanbul Evkaf Matbaasında basılmış olan *Düstur*'un, Tertib-i Sâni, 8'inci cildinin 892'nci sayfasında yer almaktadır. Kanun Numarası: 406 (26 Mart 1332/5 Cemâziyelâhir 1334/26 Mart 1918; Takvim-i Vekâyî ile neşir ve ilanı: 11 Cemâziyelâhir 1334/1 Nisan 1332, No: 2498.

kâğıt paralarla madenîler arasında cereyan etmeye başlamıştır (kâime farkı). Piyasaya sürekli kâime sürüldüğü için kâime sahipleri değeri düşen kâğıtları verip “kâime farkı”nı ödeyerek madenî para almaya başlamışlardır<sup>61</sup>.

## II. EVRÂK-I NAKDİYYENİN OSMANLI HUKUK SİSTEMİNE GİRİŞİ

### A. GENEL AÇIKLAMA

Tarihi çok eskilere dayanan kâğıt para<sup>62</sup> on yedinci yüzyılda nakit mevcutlarını banka gibi kurumlara tediye etmeye alışkın olan İngiltere ve İsveç gibi toplumlarda ortaya çıkmıştır. Halk, altın ve kıymetli eşyasını devlet depolarına veya sarraflara emaneten verip makbuz alarak para yerine kullandığından carî hesap ve çek usulleri gelişmiştir<sup>63</sup>. Bankalar, servetleri bankada olan kişilerin arasındaki karz akitlerinde, borçlunun hesabından alacaklıninkine nakil/takasla borç ifasına aracılık etmişler, bu kolaylıktan dolayı özellikle alıcı ve satıcının/alacaklı ve borçlunun farklı şehirlerde olduğu hukukî işlemlerde öne çıkmışlardır. Servetin itibar kâğıtlarıyla tedâvülü, meskûkâtla olduğundan çok daha hızlı, kolay ve masrafsızdır. Fakat yine de evrâk-ı itibariyyenin, meskûkât yerine geçtiği unutulmamalıdır. Sözü geçen kâğıtlara bu kolaylığı sağlayan “itibar-ı malî” olduğundan ticarî hayatta özellikle itibarın muhafazasına özen gösterilmeli, asla zedelenmemelidir. Emre/hâmiline yazılı olarak düzenlenmeye başlanmasından itibaren itibara dayalı borç senetleri, servetin en yaygın mübâdele aracı olmuştur. Zamanla hâmiline ait senetlerde vade kaldırıldığından bunlar tıpkı meskûkât gibi

<sup>61</sup> Gümüş ufaklık veya metelik kullanımının daha kârlı olduğu İzmir örneği için bkz. **Toprak**, s. 317-318.

<sup>62</sup> İlk kâğıt parayı Hz. Yusuf'un, kıtlık zamanı uygulamasına dayandıran görüş için bkz. **Kur'an-ı Kerim**, Yusuf: 47. Ayrıca bkz. **Döndüren**, İlmihal, s. 376.

<sup>63</sup> Hasan Ferid, İngiltere ve Fransa bankalarındaki bir yıllık vezne işleminin “15-20 milyar liraya ulaştığını, dünyadaki miktarın akıllara durgunluk verecek kadar olduğunu söyleyerek bu büyük servet kitlesini devir ve nakledebilmek için mevcut madenî nakdin yetmeyeceğini belirtmiştir. Uluslararası ticarî işlemler, ülkeden ülkeye altın aktararak değil, bankalarda hesap nakli ve takasla gerçekleştirilir (**Hasan Ferid**, (1334), Nakid ve İtibar-ı Mâlî, İkinci Cild, (Evrâk-ı Nakdiyye), İstanbul, s. 4).

servetin tedâvülünde nakit yerine kâim olmuşlardır (kavâim-i nakdiyye). Evrâk-ı nakdiyyenin emre muharrer senet, poliçe; hâmiline muharrer senetler, banknot; çek; kıyem-i menkule senetleri gibi türleri vardır<sup>64</sup>.

Osmanlı Devleti'nin 1840'ta basılan ilk kâimelerininse, bundan farklı bir amacı vardır. İlk evrak olan “Kâime-i Nakdiyye-i Mûtebere” (Para Yerine Geçen Kâğıt) tedâvül aracı olsun diye değil, faiz getirili borç senedi veya hazine bonusu olmak üzere çıkarılmış, elle yapılmış, resmî mühürlü kâğıtlardır<sup>65</sup>. Başlangıçta bunun geçici olduğu ve sekiz yıl içinde sahiplerine karşılıkları ödenerek piyasadan geri çekileceği kararlaştırılmış; fakat devlet, her ihtiyaç duyduğunda bir gelir elde etme yolu olarak kullandığından bu arızı/geçici uygulama 23 yıl boyunca tedâvülde kalmıştır. Paranın fazla basılması değerini, alım gücünü ve ülkenin itibarını azaltmıştır. Üstelik bu yolla halkın tüketme eğilimi ve mala olan talep arttığından fiyatlar yükselmiştir. Kanaatimizce bu, içinde bulunulan sıkıntılı duruma çözüm değil, fakat bir hastalığı örten ve giderek arttığının fark edilmesini engelleyen geçici bir önlemdir. Nitekim kısa sürede büyük bir enflasyona yol açmıştır<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> **Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 35, 44, 67.

<sup>65</sup> Kâimenin sözlük anlamı, “ayakta duran, bir şeyin yerine geçen”dir. Belgelerde “esham kavâimi (revenue bonds) (**Mordtmann**, J.H: Encyclopaedia of Islâm, Edited by: M.Th. Houtsma, A.J. Wensink, H.A.R. Gibb, W. Heffening, E. Levi Provençal, Vol. 2 (E-K), Leyden (Holland) Late E.J. Brill Limited 1927, London Luzak and Co. 46 Great Russel Street, (<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.529972/page/n3>, 30.09.2019; Book Source: Digital Library of India Item 2015.529972, Public Library of India), s. 643), evrâk-ı nakdiyye, kavâim-i nakdiyye, varaka-i nakdiyye, nakid kâğıdı, kavâim-i mu'tebere” gibi adlarla da anılan evrak, piyasada sikkeyi temsilen dolaşımdaydı (**Erol**, Mine, (1970) Osmanlı İmparatorluğu'nda Kâğıt Para (Kâime), İstanbul, s. 1; **Tabakoğlu**, İktisat, s. 416; **Kazgan**, **Haydar**, (2014) Osmanlı Finansında Galata Bankerleri, Yayına Hazırlayanlar: Mustafa Dönmez-Ertuğrul Tokdemir, Yayınevinde Birinci Baskı, İstanbul, Tarihçi Kitabevi, Ocak, s. 38. Kâime, Türk kâğıt parası olup onun yerini sonradan evrâk-ı nakdiyye almıştır (**Mordtmann**, s. 643-644, **Akyıldız**, **Ali** (2001) “Kâime”, DİA, C. 21, İstanbul, s. 212-213). Ayrıca bkz. **Engelhardt**, **Eduard Philippe**, Tanzimat ve Türkiye (Çev. Ali Reşad), İstanbul, Kaknüs Tarih Yayınları, Kasım 1999, s. 76; **Pamuk**, s. 192. Altın ve gümüş gibi talep edilebilir senetler hakkında bkz. **Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 2, 16.

<sup>66</sup> Dönemin devlet adamlarının kâğıt parayı ciddiye almadığını gösteren tarihi kayıtlar için bkz. **Döndüren**, İlmihal, s. 378. Ahmed Cevdet Paşa, Abdülaziz zamanında İstanbul'da

## B. KÂİME ÇIKARILMASININ NEDENLERİ

Doktrinde farklı ayrımlar olmakla birlikte para sisteminde köklü değişimler hep yenilik hareketleri veya savaş zamanında gerçekleştirildiğinden sürecin dönemlerini de buna göre ayırmak mümkündür. Birinci kâime denemesi 1840-1863 yılları arasında Abdülmecid ve Abdülaziz dönemlerinde Tanzimat yenilikleri için çıkarılan evrâkı kapsamaktadır. Evrâkın ikinci seferi, 1876-1877'de II. Abdülhamid döneminde 4 yıl tedâvülde kalan, Meşrutiyet yenilikleriyle Osmanlı-Rus Savaşı'nın finansmanı için çıkarılmıştır. II. Meşrutiyet dönemiyle Dünya Savaşı'nın finansmanı için çıkarılanlar üçüncü sefer kâimleri oluşturmaktadır. Bu süreçte aşağıda açıklandığı gibi çok çeşitli adlar altında halktan borç alma yoluna başvurulmuştur. Kaynaklarda, genellikle hazinenin bomboş olduğu, İhtiyat Hazinesi'nden yararlanıldığı fakat zamanla bunun da kuruduğu; para sağlamak için müsâdere, Evkaf Hazinesi'nden borç alma veya devlet mülklerinin satılması gibi yollara da tevessül edildiği belirtilmektedir<sup>67</sup>.

II. Mahmud devrinden itibaren Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılarak Asâkir-i Mansûre-i Muhammediyye kurulması süreci, hazineye epey masraf açmak sûretiyle devleti halktan borç almaya iten bir olgudur. Gerçi yenilikler için hızlı şekilde sikke tağşişi yapılmıştır fakat sonrasında bu şekilde borçların kapatılamayacağı anlaşılmıştır<sup>68</sup>. Ardından Yunan isyanı, Rus savaşı ve Kavalalı Mehmed Ali Paşa isyanı devleti, iç borç senedi çıkararak kısa yoldan gelir sağlamaya yöneltmiştir<sup>69</sup>.

Çalışmamız boyunca Osmanlı Devleti'nin öz kaynaklarının harcamalarına neden yetmediği; neden sürekli bir şekilde borçlanmaya ihtiyaç

---

kâime yüzünden pek çok kişinin aç kaldığını anlatmıştır (**Ahmed Cevdet Paşa**, (1991) Tezâkir, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, C. 2, s. 226).

<sup>67</sup> Örneğin, III. Mehmed, Eflak Voyvodası Mihâl'e savaş açtığında, Pâyitahtın o yılki bütçesinde yalnız 3000 yük gelire karşı, 9000 yük gideri olup maaş 6000 yük açıkla ödenmekteydi (Savaş bütçesi için bkz. **Belin**, s. 114, 296, 300).

<sup>68</sup> **Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 214. Fuad Paşa'nın "Ahvâl-i Mâliyye Dâir Islahat Lâyhası" için bkz. **Ahmed Cevdet Paşa**, Tezâkir, C. 2, s. 227 vd.

<sup>69</sup> **Erol**, s. 1.

duyulduğu sorusu akla gelmektedir<sup>70</sup>. Bunun nedenleri arasında padişahların -askerin isyan girişimlerini yatıştırmak için- cülûs törenlerinde dağıttıkları altınların giderek artması<sup>71</sup>; israf ve sefahatin yaygınlaşması, normal görülmesi; vergi sisteminin değiştirilmesi; yeni vergi memurlarının tecrübesizliği; gümrük vergilerinden beklenen gelirin kapitülasyonlar sebebiyle gelmemesi<sup>72</sup>; hububat hasadının kötü olması yüzünden âşarın düşmesi; hazinenin tükenmesi ve eski tedbirlerin açığı kapamaya yeterli olamaması vb. birçok sebep sayılabilir<sup>73</sup>. Subhi Paşa, 1263'e (1847-1848) kadar devletin iyi ve zararsız şekilde yönetildiğini; maaşların düzgünce ödendiğini; hazinenin borcu olmadığını; devlet gelirlerinin arttığını belirtmiştir. Fakat 1853'ten itibaren israf ve sefahat baş göstermiş, Kırım Savaşı'yla beraber padişaha, ilk dış borç teklifi yapılmıştır. Padişah bunu kabul etmemekte epey direndiyse de sonunda kabule mecbur kalmıştır (1854)<sup>74</sup>. 5. Murad'ın kısa süren saltanatında ülkede tedâvülde olan meskûkâtın tümü altın, gümüş, bakır gibi madenî paralardır. Abdülaziz zamanında çıkan Hersek isyanı, Sırbistan-Karadağ savaşı ve Rusya'nın Slavlara yardımı üzerine, savaşa hazırlık amacıyla, üç milyon liralık kâime çıkarılmasına karar verilmiştir<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Yükselme devri dâhil olmak üzere, gelirler zaman geçtikçe artmadığından, Divanın yönettiği devlet harcamalarını karşılamaya yetmemekteydi (**Akdağ**, s. 654 vd).

<sup>71</sup> 3. Ahmed, cülûsunda müjde getiren ağaya yirmi bin flori vermiş, yalnız yeniçeriler hisse olarak altı yüz altmış bin altın almışlardır (Cülûs in'amları hakkında bkz. **Nâima**, C. 2, s. 177'den aktaran, **Belin**, s. 113, dñn. 1).

<sup>72</sup> **Karakoç, İrem** (2012) Hukuk Tarihinde Vatandaş-Yabancı Statüsü, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 139, 160-161.

<sup>73</sup> Maliye Nâzırına göre 1258'de hazineyi zora sokan neden "zuhûrat masraflar"dır (**Cezar, Yavuz** (1984), "Tanzimatta Mali Durum", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, S. 2, s. 301).

<sup>74</sup> **Subhi Paşa**, Risâle-i Subhiye, a. 15-17'den aktaran, **Çakır, Coşkun** (2012) Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, 2. Baskı, (Küre Yayınları), İstanbul Haziran, s. 157. 24 Ağustos 1854'te Türkiye İngiltere'den 3 milyon, 1855'te 5 milyon sterlin borç almıştır (**Belin**, s. 288).

<sup>75</sup> 8 bentlik Nizamnâme için bkz. **Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 253.

## C. KÂĞIT PARA BENZERİ TEDÂVÜL ARAÇLARI

### 1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde kâğıt paraya geçiş, bir tedâvül vasıtasına duyulan ihtiyaçtan çok halka borçlanma vasıtası olarak görüldüğünden Avrupa'da yaşanan süreçten farklı olarak çalışmamızda diğer borçlanma senedi türlerinden de söz etmek gerekmektedir. Meskûkâtın yerine evrâk-ı nakdiyyenin geçmesinin ticarî işlemlerde hızlilik sağladığı açıktır. Fakat sırf bu nedenle kâğıt paraya geçilmediğini de belirtmek gerekmektedir<sup>76</sup>. Osmanlı ticarî ve sosyal hayatında kâğıt paranın ilksel şekilleri arasında esham ve türleri, faizli ve faizsiz kâimeler, sergi, banknot ve evrâk-ı nakdiyye yer almaktadır. 1848'den sonra özellikle 1871'de tedâvüle giren eshâm-ı mirîyye, şirket hisse senetleri ve tahvilleri şeklinde pek çok menkul kıymetler senedi de piyasada mevcuttur<sup>77</sup>. Özellikle eshâmın mukâtaa sistemiyle doğrudan ilgisi olduğundan aşağıda sistem hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

### 2. Mukâtaa, İltizam ve Mâlikâne Sistemleri

Tarihte devletler, vergi toplamada emanet ve iltizam olmak üzere başlıca iki yöntem izlemişlerdir. Verginin, devletin maaşlı vergi memurlarınca toplanmasına "emanet"; vergilendirme yetkisinin özel teşebbüs gibi hareket eden kişilere devredilmesine "iltizam" denir. Osmanlı, klâsik dönemde, kamu hizmeti ve masrafların karşılanması için gereken parayı mukâtaa sistemiyle elde etmiştir. Bir emânet türü olan mukâtaada, gelirine göre ayrılan topraklar, asker yetiştirmesi ve toprağı işleyecek köylüden alınacak vergiyi devlete iletmesi için tımarlı sipahilere dağıtılmaktadır (tımar sistemi)<sup>78</sup>. İkinci Viyana Kuşatması'nın ardından yaşanan para krizi iltizam sistemine geçilerek aşılmaya çalışılmıştır. Belirli bir yıllık bedel karşılığında devlete ait herhangi bir vergi gelirinin toplanmasının özel kişilerce üstlenilmesine "iltizam", üstlenene "mültezim" denir. İltizama geçmenin sebebi, aslında kısa vadede

<sup>76</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 89.

<sup>77</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 77.

<sup>78</sup> Akdağ, s. 658.

kredi sağlamaktır<sup>79</sup>. İltizam sisteminde devlet, örfi ve şer'î vergilerden oluşan gelirlerini toplamayı, genellikle açık arttırmayla belirlenen, bir bölümü peşin ödenmesi istenen, belirlenmiş bir yıllık bedel karşılığında -sınırlı bir süre için kârı ve zararı kendine ait olmak üzere- kabul eden mültezimlere, güvenilir bir kefaletle devretmektedir. Devlet, emanet usûlünü bıraktıktan sonra bütçe açıklarına bağlı olarak enflasyona göre düşük kalan maaşlar, zamanında ve tam ödenemeyince giderek artması gereken askerî (memur) zümrenin maaşları reel olarak düşük kalmıştır. Bu yüzden bu kişiler, isyan çıkarmanın dışında esnafılık, ticaret ve en çok da iltizam gibi işlere yönelmişlerdir. Devlet ise, tehlikeyi görüp tedbir alacağı yerde bunları desteklemiştir. İltizamlar, on yedinci yüzyılın ikinci yarısından itibaren “süresiz/ebedî” verilmeye başlanmıştır. İltizam almak isteyenler için gereken kefil gösterme zorunluluğu İstanbul'da kredi kurumu hâlinde örgütlenen ve kefillik karşılığında mültezimden kâr payı alan yeni bir sarraflar zümresinin doğmasına da neden olmuştur<sup>80</sup>.

İltizam sistemi uzun vadede yeterli olmamış, on yedinci yüzyılın sonlarında *mâlikâne* adı altında bir başka çözüm üretilmiştir. Burada kişi, kaydıhayat şartıyla aldığı mukâtaayı kendisi vergilendirmektedir. Kişinin mukâtaa geliri, biri “mal” diğeri “faiz” olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. “Mal”, önceden tesbit edilen, yıldan yıla arttırılmayacağı devletçe garanti edilen kısımdır. Bu, bir tür sabit yıllık vergi olup hazineye peşinen ödenmekte vergi gelirinin kalan kısmı, mukâtaacının kârı olmaktadır. Devlet, kâr konusunda garanti vermediği gibi müdahale de etmemektedir. Kâr, yıldan yıla farklılık gösterebildiğinden mâlikâne sahibi, risk yüklenen bir müteşebbise benzetilebilir. İltizamda müzayedenin konusu, bir-üç yıl arasında değişen bir dönem için hazineye ödenecek yıllık vergi (mal) miktarı iken; mâlikânede, yıllık vergi hazinece belirlendiğinden ve rekabetle arttırılıp azaltılamayacağından, peşin bir meblâğdır. Muaccele denilen bu para, mukâtaanın kaydıhayat şartıyla vergilendirme hakkının elde edilmesinin

<sup>79</sup> Genç, Mehmet (2000) “İltizam”, DİA, İstanbul, C. 22, s. 154; Genç, Nihat (1995) “Esham Sistemi”, DİA, C. 11, İstanbul, s. 376.

<sup>80</sup> M. Genç, İltizam, s. 155; Toprak, s. 192. Köşe Sarrafları Hakkında Nizamname 4 Cumâdelûlâ 1281 (5. 10. 1864), *Düstur*, T. 1, C. 2, s. 399.

bedelidir. En yüksek muacceleyle ödeyen, mâlikâne sahibi olarak berat almaktadır<sup>81</sup>.

17'nci yüzyılın son çeyreğinde yoğunlaşan savaşlar giderleri büyük ölçüde arttırmış, toprakların bir bölümünün elden çıkan bölgelerde kalması bakımından, gelirleri azaltmıştır. Bütçede büyüyen açıkları kapamak üzere hazine, mukâtaaları vaktinden önce, artan oranda, peşin ödeme şartıyla ve tahvil sürelerini bir yıla, hatta daha kısa dönemlere indirerek iltizama vermeye başlamıştır. Mültezimlerin tek gâyesi, devlete ödedikleri peşin parayı faizleriyle birlikte bir an önce mükelleflerden çıkarmak için vergileri arttırmak olmuştur. Mukâtaaların geçici değil de ömür boyu iltizama verilmesi (bervech-i mâlikâne), reâyâ-hazine-mâlikâneci/mültezim arasındaki menfaat dengesini kurmada daha başarılı olmuş ve uzun süre uygulanmıştır<sup>82</sup>.

### 3. Esham Sistemi ve Sehim Kavâimi

Hazine gelirlerinin büyük kısmı Osmanlı maliyesine 1695'te getirilen mâlikâne sistemiyle sağlanmış fakat bu sistem toplumun geneline yaygın olmayıp toprak malik ve mutasarrıflarıyla sınırlı kalmıştır. 1768-1774 Rus Savaşı'nın ardından imzalanan Küçük Kaynarca Andlaşmasıyla 1775'te savaş tazminatı olarak Rusya'ya bütçenin yıllık nakdî gelirinin yaklaşık yarısı tazminat olarak ödenince, sistem yine açıkları kapatmaya yeterli gelmemiştir. Devlet adamları, bu kez de masraf kısmak yerine, sistemin-tabana/halka daha fazla yayılacak şekilde, halka borçlanma temelinde- yeniden düzenlenebileceğini düşünmüşlerdir. 1870'e kadar değişmeden devam eden bu yeni iç borçlanma yöntemine "esham sistemi" denir. Bu sistemde önceki mukâtaaların (vergi kalemleri) bazılarının yıllık gelirleri (faiz), sehimler (pay) hâlinde dilimlenerek bir peşin bedel (muaccele) karşılığında, kaydıhayat şartıyla kişilere satılmıştır. Burada satışa sunulan, mukâtaanın gelirinin tamamı değil, sadece faizidir. Bu gelirin sabit ve satılmayan kısmına "mal"

<sup>81</sup> Ekonomide, kişilerden, geri ödenmemek üzere toplanan muacceleler, gelecekte sağlayacakları kârlar karşılığında alınan bir tür uzun vâdeli istikraz gelirdir (N. Genç, Esham Sistemi, s. 376).

<sup>82</sup> Genç, Mehmet (2003) "Mâlikâne", DİA, C. 27, Ankara, s. 516.



denmektedir<sup>83</sup>. Önceki sistemdeki “mâlikâneci”, esham sisteminde, “riske giren bir girişimci” konumundadır. Hisselerin küçültülerek tabana yayılması o dönemin maliyecilerince eleştirilmiştir. Çünkü burada faiz, devletin yükümlülüğü ve garantisi altında olduğundan eğer halka olan borcunu ödeyemezse, sistemin bu şekilde tabana yayılması, devleti zarara sokacaktır. Nitekim daha 1830’larda sistem kontrolden çıkmıştır. Tanzimatın devlet adamlarına göre, krediyi karşılamanın tek yolu halktan daha çok para toplamaktır ki bu bir kısır döngüdür. Nitekim faiz %12.25’ten %12.50’ye çıkarılmış ve istenen katılım ancak bu şekilde sağlanabilmiştir. Kaydıhayat şartıyla yürüyen esham sisteminde, sahibi ölen eshamın hazineye değil (mahlûliyet), mirasçısına intikali esası da vardır. Bu uygulama, hazinenin mahlûliyet kaynaklı gelirlerinin de kesilmesi demektir. İki yıllığına çıkarılan ve sonunda kaldırılması planlanan bu kâğıtlar da kaldırılmamış hattâ borsası kurulmuştur. Osmanlı’da ilk kâğıt paranın bu esham olduğunu ve II. Mahmud döneminde çıkarıldığını ileri süren tarihçiler çok da haksız sayılmazlar. Kâime Osmanlı maliyesinde öteden beri uygulanagelen esham sistemiyle aynı gayeye yönelik olup eshamdan farkı, beratsız kullanılmasıdır<sup>84</sup>.

#### 4. Sergi

Sergi, klâsik dönemde kapıkulu süvari askerlerine ulûfe ödeme usûlüdür. Sipahiler ve diğer süvarilerin, sipahi hazinedarının huzurunda verilen maaşları, 17’nci yüzyıl ortalarından itibaren sadrazamın arzıyla Paşa kapısında “sergi” serdirilerek dağıtılmıştır. Ramazanda bazı camilerin bahçesinde kurulan pazarlara, sanayi umumi meşherlerine, Mısır’da ilgililerin maaşlarının verilmesi emrine de sergi denmektedir. İlk bakışta kâğıt parayla ilgisini kurmak zor gibi görünse de zamanla ilgililer, bu sergileri az-çok bir

<sup>83</sup> Buradaki faiz, gelir anlamındadır. Fakat bunun yine de fiilen bir faiz olduğu söylenebilir. Bu gelir dilimleri, her sehim için yıllık 2000/2500 kuruşluk standart birimlerdir. Sehimler kaydı hayatla satılır ve alıcı yaşadığı müddetçe her yıl bir miktar faiz almanın bedeli olarak muaccele öder (N. Genç, Esham Sistemi, s. 376). Ayrıca bkz. Davison, Roderic (2001) “Osmanlıların Kâğıt Parayla İlk Deneyimi”, (Çev. Durdu Mehmet Durak), Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, S. 12, s. 246.

<sup>84</sup> M. Genç, “Esham”, s. 376-380; Çakır, s. 76; Akyıldız, “Kâime”, DİA, C. 21, İstanbul 2001, s. 212. Ayrıca bkz. “Esham ve Tahvilât Borsası Nizamnâmesi”, *Düstur*, T.1, C. 8, s. 575.

indirimle başkalarına ciro etmeye, hükümete borcu olanlar bunları satın alıp borçlarına mahsuben sandıklara teslim etmeye başlamışlardır<sup>85</sup>.

Kırım Savaşı'nın malî yükünün artması devleti, değişik finans araçları bulmaya zorlamıştır. Kâime ve hazine tahvilleri yetmeyince bir de “sergi” adı altında evrak çıkarılmıştır. Bunlar, on yıllık hazine tahviline benzeyen, %6 faizli, beş senede taksitle ödenmek ve “hazine-i hassa” sergilerinin teminat olduğu iç borçlanmaya yönelik kıymetli evraktır<sup>86</sup>.

### 5. Evlâdiyet Şartlı (Şurutlu) Esham

1849'da halkı sehim almaya teşvik için devlet, kaydıhayat şartını genişletmeyi düşünmüştür. Bunun için sehmin sahibi öldükten sonra onun mirasçılarına “intikal hakkı” tanınmış; sehmi ilk alan ve ondan ileride satın alacak olan ikinci alıcı öldüğünde, esham hazineye geri dönmeyecek ve ölenin kız-erkek çocuklarına eşit olarak intikal edecektir; mahlûliyet daha sonraki alıcılarda söz konusu olacaktır. Bununla birlikte eski tarz esham da “atık” (eski) adıyla varlığını sürdürecektir. Bu geçici çözüm, ihtiyacı karşılamış görünmekle beraber Kırım Savaşı'nın yarattığı büyük çaplı kredi ihtiyacına yetmemiştir<sup>87</sup>.

### 6. Eshâm-ı Cedîde (Eshâm-ı Mümtâze)

Kırım Savaşı zamanında devlet yine faizi yükselterek orta vadede halka başvurmuştur. 1857'de 70.000 keselik<sup>88</sup> 3 yıl vadeli ve %10 faizli “esham-ı mümtâze”, çıkarılmış, tedâvül süresi olan üç senenin sonunda mutasarrıflarına ödeme yapılamadığından hazine tahvili verilerek piyasadan çekilmiştir. Eylül 1858'de eshamı kaldırmak için İngiltere'den 5 milyon sterlinlik üçüncü borç alınmış, yetmemiş; 1859'da kâimenin kaldırılması amacıyla, maliyenin tam bir açmaza girdiği dönemde yeni bir esham türü

<sup>85</sup> **Belin**, s. 64, dñn. 2; **Özcan, Abdülkadir** (2009) “Sergi”, DİA, C. 36, İstanbul, s. 558-559.

<sup>86</sup> **Hasan Ferid**, Evrak-ı Nakdiyye, s. 216; **Belin**, s. 290; **Çakır**, s. 158. Akçe verilmek için yapılan nat'-ı devlet sandığından yapılan vezne mücibince düzenlenen senede sergi denir Lehce-i Osmani, [www.lehcei.cagdassozluk.com/osmanlica-turkce-sozluk-madde-5526.html](http://www.lehcei.cagdassozluk.com/osmanlica-turkce-sozluk-madde-5526.html), s. 439, (7.5.2020).

<sup>87</sup> *Düstur*, T. 1, C. 3, s. 268 5 Zilhicce 1292 (2. 1. 1876).

<sup>88</sup> 50 000 kuruşluk olduğu hakkında bkz. **M. Genç**, “Esham”, s. 380. Tarihin 1857, faizin %8 olduğu hakkında bkz. **Belin**, s. 289.

olarak piyasaya sürülen *eshâm-ı cedîde* başarısız olmuştur. Bunlar, halk arasında *konsolit* denilen yirmi dört senede ödenecek olan %6 faizli tahvillerdir. Bu arada eski eshamlar da varlığını sürdürmektedir. Ellerinde eski sehim olanların bu evrâkı yenisiyle değiştirme hakkı tanınmış ayrıca esham sahibinin nesli/mirasçıları tükeninceye kadar intikal hakları hukuken korunmuştur<sup>89</sup>.

Sonuçta piyasada, *âdi-imtiyazlı-cedid-atik* gibi farklı türden eshamın tedâvülde olduğunu bunların faizlerinin hazine tarafından ödenemeyecek duruma geldiği görülmektedir.

“Devletin sıkıştıkça başvurduğu bu geçici çözümler başarılı olmuş mudur?” sorusunun cevabını, 30 Rebülevvel 1303 (25 Kanunievvel 1301/6 Ocak 1886) tarihli “Esham Faizi ile Mukâtaat Bedelinin Nısfâ Tenzili Hakkında İrade” (Esham Faizi ile Mukâataaların Bedelinin Yarıya İndirilmesi Hakkında İrade)’deki ifadelerden anlamak mümkündür. İradeye göre, esham ve mukâataa kâğıdı sahiplerinin aynı anda hücum etmelerinden dolayı hazine, karşılıklarını ifada zorlanmaktadır. Sehiminin taksidini alamayanlar ellerindeki evrâkı mecburen piyasadaki sarraflara kırdırmak yoluna gittikleri için ancak ¼’ünü alabildiklerinden mağdur olmuşlardır. Ancak esham sahibine şu an ödenmesi gereken faizlerin, yarıya indirilmesi şartıyla hazinenin, esham bedellerini sahiplerine ödeyebileceği belirtilmektedir<sup>90</sup>.

## 7. Hazine Kâimesi

### a. İlk Faizli Kaimeler: Kaime-i Mutebere-i Nakdiyye

Sultan Abdülmecid zamanında önceden beri devam eden krizi çözmek amacıyla yapılan tartışmalarda, ileride şeyhülislâm olacak olan Ârif Hikmet Bey’in önerisiyle<sup>91</sup> gerek Mısır sorununa çare gerekse Tanzimatın yol açtığı darlığa çözüm olarak, 160 bin Osmanlı Altını karşılığında ve “Kâime-i

<sup>89</sup> **Belin**, s. 289; **Akyıldız**, “Osmanlı Finans”, s. 73-76; **Erdem**, s. 20; **Çakır**, s. 80; **M. Genç**, “Esham”, s. 380.

<sup>90</sup> *Düstur*, T. 1, C. 5, s. 387.

<sup>91</sup> **Davison**, s. 247, dnp. 7-8; **Belin**, s. 284; **Akyıldız**, “Kaime”, s. 213. Çakır, ilk kağıt paramın II. Mahmud tarafından çıkarıldığını ileri sürenlerin eshamı, kağıt paraıyla karıştırılmalarından kaynaklandığını düşünmektedir (**Çakır**, s. 76).

Mûtebere-i Nakdiyye” (Para Yerine Geçen Kâğıt) adı altında itibarî yazılı belgeler ihdâs edilmiştir<sup>92</sup>. Her birinin değeri bir kese akçe (500 kuruş) olan toplam 32.000 kese (160.000 liralık) %8 faizli ilk kâimeler Maliye Nâzırı İbrahim Sâib Paşa zamanında çıkarılmıştır. Para ihtiyacı o kadar âcildir ki, basmakalıplarının çıkarılması ve basılması dahi beklen(e)memiş ve el yazılı olarak piyasaya sürülmüştür<sup>93</sup>. Bu evrak, sekiz yıl içinde kaldırılması düşünüldüğünden “hazine evrâk-ı nakdiyyesi”nden daha çok “hamiline yazılı hazine tahvilâtı” olarak nitelendirilmiştir<sup>94</sup>. Sonradan bunların eyalet ve livalara tahsis kılınan vergilerin tahsiline kadar tedâvül edip ondan sonra kaldırılması ve isteyenlerin bunları beratla kendi üstlerine geçirip işlemiş faizlerini yıllık iki taksitte Maliye hazinesinden alabilecekleri kararlaştırılmıştır. Bunların, taşra ve İstanbul’da nakit yerine geçeceği belirtildiğinden insanlar vergilerini öderken devlet makamlarına bunları vermiştir. İlk aşamada geçici olması planlandığından karşılık göstermeye gerek görülmemiştir. Osmanlı hükümeti kaime tecrübesiz olduğundan hiçbir teminat olmadan çıkarılan bu kâimelerin giderek değer kaybedebileceğini hesaba katmamıştı. Değer kaybı üzerine 1840’ta Avrupa hükümetlerine, tebaalarına bu kâğıt paralara tereddütsüz saf sikke gözüyle bakmalarını söylemelerini istemiştir. Fakat kendisinin bile bu gözle bakmadığı evraka, dış ülke halklarının güvenmesi beklenemez<sup>95</sup>. O devirde eşya fiyatları ve ücretler kâimeyle farklı, sikke üzerinden farklıydı. Kâime devletin ödemeler dengesinde açığa sebep olmuştur.1256’da (1840-1841) çıkarılan ikinci tertip evrâkın re’sü’l-malı, 80.000 kese akçeye; faiziyse, 10.000’e yükseltilmiştir<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> **Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 216.

<sup>93</sup> Maarif Nâzır-ı esbâkı Münif Paşa’nın *Mecmuâ-i Fünûn*; Meskûkat Müdür-i esbâkı Süleyman Sûdi Efendi’nin *Usûl-i Meskûkât-ı Osmaniyye ve Ecnebiyye*; Bank-ı Osmanî müfettişlerinden Mösyö Durastel Du Velay’ın *Türkiye’nin Tarih-i Maliyesi* (Fransızca) adlı kitaplarında konuyla ilgili geniş açıklama vardır (**Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 214).

<sup>94</sup> **Tabakoğlu**, *İktisat*, s. 415.

<sup>95</sup> **Engelhardt**, s. 76 vd; **Tabakoğlu**, *İktisat*, s. 416; **Çiftçi, Murat/Seymen, Recep** (2012) “Osmanlı Kâimelerinin Halktan Kabul Görmemesinin Nedenleri (Hayek-Gellner-Keyder Üçlemesiyle Bir Sentez)”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C. 9, S. 1, s. 958 vd.

<sup>96</sup> **Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 216.

El yazılı kâimeler şüphesiz kalpazanlar için fırsat olmuş piyasa sahte kâimelerle dolmuş, hazine ve halk bundan epey zarar görmüştür<sup>97</sup>. Kâimeler iç piyasada kullanılmak üzere çıkarılmıştır. O dönemde dış ödemelerde, zaten madenî paralara endeksli poliçeler kullanılmaktadır. İlk evrak alt yapı bakımından hazırlıksız ve alelacele piyasaya sürüldüğünden basit, taklit edilebilir ve büyüktür. Kâimelerin büyük oluşu halkı, bunları bir mübadele aracı olmaktan çok, değer saklama aracı olarak kullanmaya yöneltmiş sonuçta bir nakit sıkıntısı doğmuştur<sup>98</sup>. Kâimeler, hukukî sorunlara da neden olmuştur. 1 kâime, yaklaşık 7 gram 22 ayar altın para olan altın liraya endekslenmiş, 1 altın lira da bir kâime de (banknot da) 100 kuruş kabul edilmiştir. Buradan, kâimelerin altın lira gibi tedâvül edeceği düşünülerek bu işe girildiği anlaşılmaktadır<sup>99</sup>. Karz akitlerinde her biri beş yüz kuruş olup sekiz yıl vadeli ve yılda yüzde 12,5'luk faiz getiren kâimelerin temsil ettiği altın miktarının üzerinde yazılı olduğu ilk kâğıt paralara fıkhen altın hükümlerinin uygulanabileceği düşünülmüştür. Kâime, kısa sürede altın karşısında değer kaybetmiştir. Bu durumda borçlular, gerek devlete, gerekse şahıslara olan borçlarını altın yerine, kâimeyle ödemek yoluna gitmişlerdir. İnsanların, doğası gereği, değerli olanı kendilerine saklamayı tercih ettikleri düşünülürse, altın-gümüş meskûkâtı saklayıp kâğıdı dolaşıma sokmaları doğal karşılanmalıdır (Gresham Kanunu)<sup>100</sup>. Bunun üzerine karz akitlerinde ödemenin nasıl yapılacağı hakkında fetvâya başvurulması gerekmiştir. Çünkü karz, İslâm hukukunun muâmelât bahsinden olup şer'î hukukun alanında

<sup>97</sup> İlk evrakı Sâmi Hâşim Efendi sülüs hattıyla yazmış, ön yüzünde üstte tuğra, altta Maliye Nâzırının mührü, arkasında ise “Nezâret-i Celile-i Maliye” damgası vardır (**Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 210 vd; **Belin**, s. 285; **Çakır**, s. 77; **Akyıldız**, “Kâime”, s. 214; **Pamuk**, s. 192; **Davison**, s. 246-247;).

<sup>98</sup> Halk açısından kâime, yetkili makamlara ibraz ettiğinde faizini/karşılığını aldığı bir senettir (**Erdem**, s. 19).

<sup>99</sup> **Döndüren**, İlmihal, s. 379.

<sup>100</sup> Bu kaide, iktisatta daima “kötü para iyi parayı kovar” çünkü “insan, tabiatı gereği değerli olanı kendine saklar ve değersiz başkasına verir” tespitlerini yapan Kraliçe Elizabeth'in mali danışmanı Sir Thomas Gresham'ın (1519-1579) adıyla anılmaktadır. Piyasada külçe değeri farklı iki maden para aynı anda tedâvülde olursa, kalıcı olan kötü para olup diğeri yavaş yavaş kendiliğinden kullanımdan kalkmaktadır (www.iktisatsozluugu.com, (19.5.2020). **Tabakoğlu**, İktisat, s. 407.

kalmaktadır. Fetvâ ve kararnamelerde, borç altın lirayla ödenecekse, tam miktarınca; kâimeyle ödenecekse, o günün altın kuru üzerinden hesaplanarak ödenmesi istenmiş, kâimelerin altın lira karşısındaki değer kaybından doğan fark faiz sayılmamıştır. Kâimeler 1862'ye kadar, nitelik değiştirerek çıkarılmaya devam edilmiş, devlet tarafından faizi %8'e kadar düşürülmüştür. İstikrarsızlık karşısında devrin devlet adamları, kâimelerin hepsinin geri toplanarak yeniden önceki eshamlara geri dönülmesi fikrini ortaya atmışlarsa da, faizi çok yükseltmek gerekeceği endişesiyle, derhal bu düşünceden vazgeçilmiştir<sup>101</sup>.

1853'te Kırım Savaşı çıktığında dolaşımda mevcut 350.000 kese kâğıt paraya ek olarak yenileri piyasaya sürülmüştür. O güne kadar sadece İstanbul'da tedâvülü öngörülen kâğıtlar bundan sonra taşra da kullanılacaktır<sup>102</sup>. Kırım Savaşı için gerekli finansmanı içerden sağlayamayan devlet yoğun bir dış borçlanmaya girişmiş, 1858'de alınan tüm borcun tamamı kâğıt paraların kaldırılmasına harcanmışsa da, buna yetmemiş ve hepsi kaldırılamamıştır<sup>103</sup>. Kalanların tasfiyesi için ikinci kez halka başvurulmuştur. Emlâk sahiplerinin gelirlerinden, kirada mülkü olanların kira gelirlerinden, tüccarın ödediği kiralardan belli kısımları talep edilmiştir. Toplanan paralar tam kâime işine harcanacakken bu kez de Şam'da çıkan ayaklanma yüzünden ertelenmiştir<sup>104</sup>. Savaş uzayınca devlet bu şekilde yedi kez piyasaya para

<sup>101</sup> Erol, s. 1; Belin, s. 469; M. Genç, Esham, s. 379.

<sup>102</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 223; Akyıldız, Osmanlı Finans, s. 55-57. 1854'te savaşın finansmanı için piyasaya sürülen "faizsiz ordu kâimeleri" halktan rağbet görmediğinden 1857'de kaldırılmıştır. Ordu kâimesi, ordunun girdiği yerlerde tedâvül etmek üzere çıkarılan toplamda 171.250 keseye varan 10 ve 20 kuruşluk ufaklık kâimelerdir (Belin, s. 287).

<sup>103</sup> Osmanlı Devleti savaşı kazanmak için ilk borcunu İngiltere'den almış, bu durum 1881'e, Düyûn-ı Umûmiyye'ye kadar artarak devam etmiştir. "Devlet-i Aliyye ile Fransa ve İngiltere Devlet-i fahimâneleri beyninde istikraza dair akdolunan muahedenin Tasdiknâme-i Hümayûn müsveddesi" için bkz. "Osmanlı Belgelerinde Kırım Savaşı, (1853-1856)", Ankara 2006, T.C Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın no: 84, Belge no: 19, s. 88-90, <https://www.devletarsivleri.gov.tr> (29.02.2020). Ayrıca dönem analiz ve eleştirisi için bkz. Risâle-i Subhiyye, s. 14-15'ten aktaran, Çakır, s. 156.

<sup>104</sup> Erol, s. 7; Çakır, s. 80.

sürmüştür<sup>105</sup>. Almanya'dan hazine tahvilâtı olarak 11.700.400 liralık avans alınmıştır. Birbiri ardınca piyasaya sürülen kâimeler<sup>106</sup> halkın yeniden madenî paraya yönelmesine neden olmuş, süreç çok sıkıntılı geçmiştir. Bu sıkıntılara örnek olarak esnafın, kâimenin üstünü madenî parayla ödemek istememesi gösterilebilir. Bu durumda kâğıt paranın küçüğüne ihtiyaç duyulmuştur. Fakat bu amaçla yeniden basılan 5 ve 20 kuruşluk kâimeler ne altın ne de gümüş parayla orantılı küçük (cüz'üne eşit) olmadığından başlı başına bir sorun teşkil etmiştir<sup>107</sup>. Hazine Düyûn-ı Umûmiyye İdaresiyle bir sözleşme imzalayarak üçüncü tertib evrâk-ı nakdiyyenin 1.5 milyon liralığını 20 ve 5 kuruş olarak bastırmıştır<sup>108</sup>.

#### b. Kaimelerin Kaldırılması Çalışmaları

Taklidi çoğalan kâimelerin kontrolden çıkması üzerine devlet tamamen kaldırılması çabasına girişmiştir. Ancak bunları kaldırmak için masraf gerekmektedir. Buna harcanacak paranın temini için devlet, batılı devletlerden borç almak; halka borçlanmak; halktan îâne (yardım) toplamak; saraydaki altın ve gümüş eşyayı meskûkâta çevirmek gibi yolların hepsini denemiştir. Örneğin, İngiltere'den borç alınmak istenmiş fakat bu mümkün olamayınca halktan yardım toplamıştır. O sırada çıkan Cidde isyanı nedeniyle bir kısmı isyanı bastırmaya harcanan îänenin tamamı kâimeyi kaldırmakta kullanılamamıştır. Karşılığı ödenerek halktan toplanabilen kâimeler, halkı teşvik için, Darphâne'nin bahçesinde yakılmıştır. Kâimenin olumsuz seyri karşısında devletin, yeniden madenî paraya geri dönülmesi gibi bir seçeneği de gündemde tuttuğu görülmektedir. Örneğin, 1843'te yeniden altın ve gümüş sikke üretimine başlanmış, 1844'te kâimelerdeki faiz oranı yarıya indirildikten

<sup>105</sup> **Akyıldız**, bu kâimenin 6.519.139 liralık olduğunu belirtilmiştir. Bunların bir kısmı piyasadan çekilip imhâ edilmiş bir kısmının ise, karşılığı ödemediğinden kalmış ve Türkiye Cumhuriyeti dönemine intikal etmiştir. Cumhuriyet döneminin ilk kâğıt paraları İngiltere'de basılarak 5 Aralık 1927'de piyasaya sürülmüş, Osmanlı kâimleri altı ay içinde piyasadan çekilebilmiştir (**Akyıldız**, "Kâime", s. 214).

<sup>106</sup> Bunlar daha çok Avrupa paralarına benzediklerinden şekil açısından da eskilerinden farklıdır (**Erol**, s. 30, 115 vd).

<sup>107</sup> 27 Rebülâhir 1305 (11.01.1888) tarihli "Elli Milyon Kuruşluk Mecidi Aksâminın Darbı Hakkında Nizamnâme" için bkz. *Düstur*, T. 1, C. 5, s. 990.

<sup>108</sup> **Kuyucak**, s. 339; **Erol**, s. 31.

sonra kalpazanlığın baş göstermesi ve halkın aslında kâğıtlara fazla da itibar etmediğinin anlaşılması üzerine alınan bir kararla madenî paraya dönülmüştür. Kuruşu temel alan bu sistemde (çift metal) 100 kuruş 1 altına (liraya) eşittir. Piyasada dolaşan kâimelerin taklitleri giderek çoğaldığından 1852'de karşılığı ödenen tüm kâimeler toplanarak Beyazıt meydanında yakılmıştır<sup>109</sup>.

Devletin, iç piyasaya olan borçlarını, batılı ülkelerden borç alarak kapatmaya çalışması denize düşenin yılanı sarılmasına benzetilebilir. Örneğin, 1861'de kâğıt paraların olumsuz etkileri zirvedeyken<sup>110</sup> Fuad Paşa (Keçecizâde) Suriye'den merkeze çağrılarak malî işlerle görevlendirilmiş ve sadriâzam yapılmıştır. Fuad Paşa durumun vahameti karşısında altın ve gümüş eşya kullanımının yasaklanması ve mevcutların dahi toplanması gerektiğini padişaha anlatmıştır<sup>111</sup>. Kâimelerin karşılıkları %40 altın, %60 tahvil olmak üzere ödenip kaldırılması için Paşa'nın İngiltere'den sağladığı krediyle kullanılmıştır<sup>112</sup>.

Diğer bir örnekte İkinci Abdülhamid, evrâk-ı nakdiyyeyi piyasadan geri toplamak için karşılık olarak saraydaki ihtiyaç fazlası altın ve gümüş kap kacağı Meskûkat İdaresi'ne göndererek elde edilen parayı kâimenin kaldırılmasına tahsis etmiş, ayrıca sarayda kendi başkanlığında bir komisyon kurarak bu işin tamamlanması için yardım kampanyası başlatmıştır<sup>113</sup>. Bu şekilde 9 Mayıs 1880'e kadar piyasadan yaklaşık 10.5 milyon liralık kâime

<sup>109</sup> Erol, s. 8.

<sup>110</sup> Esnaf ve tüccar kâime almamaya başlamış, bunlar vatandaşın elinde kalmıştır; bozukluk olmayışı yüzünden ekmek almak bile sorun olmuş, halk birbirine girmiştir. Alınan cezaî tedbirler ise yetersiz görünmektedir. **Ahmed Cevdet Paşa**, Tezâkir-II, (13-20) (Yayına Hazırlayan: Cevdet Baysun), Ankara 1986, s. 226-227. Çünkü kanaatimizce sorun sistemde olduğu hâlde yüzeye yansıyan sonuçlarla uğraşılmaktadır. Bu konuda Ahmed Cevdet Paşa'nın Mısır valisinin borçlanma talebi ile ilgili verdiği örneklere bakılabilir (**Ahmed Cevdet Paşa**, Tezâkir, C. 2, s. 215-218, 257-258). Ayrıca bkz. **Çakır**, s. 155 vd.

<sup>111</sup> "Fuad Paşa'nın Mâlî Islahat Lâyihası"nın transkripsiyonu için bkz. **Çakır**, s. 325 vd.

<sup>112</sup> **Köprülü**, s. 203; **Çakır**, s. 154, 172. **Ahmed Cevdet Paşa**, Maruzat, (Yayına Hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu), İstanbul 1980, s. 40; **Ahmed Cevdet Paşa**, Tezâkir, C. 2, s. 227.

<sup>113</sup> 7 Muharrem 1288 (28.3.1871) tarihli "Meskûkât Komisyonu'nun Vezâifi Hakkında Talimat" (*Düstur*, T. 1, C. 4, s. 411).



çekilmiştir. Kanunievvel 1296 (Aralık/Ocak 1880/1881)'de kâimenin kaldırılmasıyla ilgili kararnâme yayınlanmıştır<sup>114</sup>. Gerçi buna rağmen 1883'te bile piyasada kâimeye rastlanmıştır. Kanaatimizce devlet, borcu borçla kapatmak yoluna gittiğinden zincirleme borçlanmış ve fakat sonuçta masraflarını kıs(a)madığından hiçbir zaman asıl borcu bit(e)memiştir. Kâimeye üçüncü defa, Birinci Dünya Savaşı'nın finansmanı için başvurulduğunda karşılık olarak bu defa Almanya'dan alınacak borç gösterilmiştir<sup>115</sup>. Nitekim 18 Teşrinievvel Sene 1331 (31 Ekim 1915) tarihli Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun 2'nci maddesine göre<sup>116</sup> çıkarılan yeni evrâk-ı nakdiyyenin Osmanlı ülkesinin her tarafında gerek devletle kişiler, gerekse kişilerin kendi aralarında yapılan her türlü ödeme (tediyat), harcama (sarfiyat) ve alıp vermelerde (ahz ve i'tâda) nakid gibi tedâvül ve kabulünün mecburî olduğu hükmü getirilmiştir. Böylece malî bir soruna, hem kamu hem özel; hem iç hem de uluslararası hukuku ilgilendiren bir boyut kazandırılmıştır.

### 8. Faizsiz Kâimeler

Kâime uygulaması 1852'ye kadar nispeten başarılı gibi görünse de faizsiz, yani bunu alan halka bir gelir sağlamayan, sadece tedâvül aracı olan kâimelerin piyasaya sürülmesiyle birlikte bunların itibarî değerleri hızla azalmış, enflasyon körüklenmiş ve halkın protestoları artmıştır. Kâimeler üzerinde spekülâtif girişimlerde bulunulmuştur. 1850'de 100.000 liralık (20.000 kese) faizli kâime piyasadan çekilerek yerine 20 kuruşluk faizsiz kâimeler çıkarılmıştır. Bunlar faizsiz olmaları bakımından tahvil mahiyetinde olmayıp kâğıt paranın ilk örnekleri olarak sayılabilir. Halk artık faiz gününü beklemek için bunları saklamak zorunda kalmadığından kâime tedâvülü hızlanmış fakat Amerika'da bastırılan 12 milyon kuruşluk kâimenin ülkeye

<sup>114</sup> *Düstur*, Z1, s. 69.

<sup>115</sup> 4-7'inci tertip borçlanmalar için ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyıldız**, "Kâime", s. 214; <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/d189b219-fe71-40bf-9754-6a5f7d0a65eb/KagitParaTarihce.pdf?MOD=AJPERES&CVID=,14.09.2019>.

<sup>116</sup> Söz konusu Kanun *Düstur*'da "..., ....., 6 liralık Evrâk-ı Nakdiye İhracı ve Tedâvülünün Mecburiyeti Hakkında Kanun" olarak yer almaktadır. Kanun no: 368; Tarih: 18 Teşrinievvel 1331 (*Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 7, s. 771).

sokulmasıyla birlikte piyasada çoğalan miktar nedeniyle, değerleri yine düşmüştür<sup>117</sup>.

### 9. Banknot

Emre ve hâmiline yazılı senetler Osmanlı ticarî hayatında öteden beri kullanılmaktaydı. Ticaretin artması hukukî işlemlerin daha da çeşitlenmesine yol açmıştır. Değişik şehirlerde bulunan alıcı ve satıcılar arasındaki sözleşmeler yoğunlaştıkça sözleşmenin tarafları borçlarını kendi buldukları yerde ifa etmenin yollarını aramışlardır. Örneğin alıcı, semeni karşı taraf yerine onun kendi şehrinde bulunan bir temsilcisine (ki, bu genellikle bir bankadır) ödemeyi tercih etmiştir. Bu durum bankacılık işlemlerini arttırmış ve bankacılığın gelişmesini sağlamıştır<sup>118</sup>. Özellikle yabancı unsurlu ticarî işlemlerde farklı ülkelerde ödemelerin yapılabilmesi için banka bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâmiline yazılı senetler, bunu kim getirirse getirsin, derhal kendisine ödemesi gerektiğinden nakde çok benzemektedir. Yalnız şüphesiz, düzenleyip imzalayanın malî itibarıyla uyumlu miktarda alacaklılarca ahz ve kabul edilir. Senedi elinde bulduran başlangıçta alacaklıdır. Sonra bu senedi, borçlunun kendisine ödemesini beklemek yerine, kendi borcu karşılığında kendi alacaklısına verir. Bu aşamada senedin ilk borçlusu, borcunu belki de hiç tanımadığı bu yeni alacaklıya ödeyecektir. Bu ilişki zinciri, tamamen senedin ödeneceğine duyulan güvene dayanmaktadır. Ticarî hayatta güven çok önemlidir. Böyle vadesiz, hamiline ait senetler büyük bankalar ya da devlet hazinelerince de çıkarılmıştır. Bunların banka tarafından çıkarılanlarına *banknot/banka kâimesi*; devlet hazinelerince çıkarılanlarına ise, *hazine evrâk-ı nakdiyyesi/devlet kâimesi* denir. Bu tarz kavâimin ülkede tedâvülü mecburî kılındığında *kâğıt para* gündeme gelmektedir<sup>119</sup>.

Fransa, İngiltere, Almanya gibi ülkelerde bunlar meskûkâtan sayılır ve ülkenin her yerindeki mal sandıklarınca kabul olunurdu. Halk banknotu, tedâvül bankasının hem merkezinde hem de şubelerinde ibraz ettiğinde,

<sup>117</sup> Erol, s. 3, 7; Davison, s. 249; Çakır, s. 79.

<sup>118</sup> İstanbul'daki bir alıcı ile Bursa'daki bir satıcı arasındaki işlemin, polişe temelinde nasıl yürütüldüğüne dair örnek için bkz. Toprak, s. 319-320.

<sup>119</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiyye, s. 43, 107, 111; Baltaoğlu, s. 45.

banka talep edilen karşılık altını, kişiye öderdi. Osmanlı banknotlarının üzerlerinde “bedeli nakden Derâliyyede hâmiline tediye olunacaktır” ibaresi yazılı olduğundan yalnız Bank-ı Osmanî-i Şâhâne'nin Dersaadetteki merkez idaresinde ödenmesi zorunluydu. Taşra şubelerinde tediye mecburî olmadığından taşradaki hâmiller banknotları poliçe gibi kullanarak İstanbul'a gönderip nakde çevirmek zorunda kalmışlardır. Halk da zaten banknota alışmamış, eline banknot geçenler hemen bankaya başvurarak bunu nakde çevirmeye girişmişlerdir<sup>120</sup>. Kâimeler ticarî işlemleri kolaylaştırsın diye, her yerde nakit hükmünde olarak alınıp verilmek üzere çıkarılmasına rağmen halk o güne kadar kâğıt akçe görmediğinden önceleri, gereği gibi itibar etmemiş, kâğıtlar %30-40 düşük değerinde tedâvül etmiştir. Bu kâğıtların Mâliye hazinesi ve gümrüklerde aynen nakit gibi kabul edilmesi ve yılda iki kez faizlerinin tamamen ödenmesi bir miktar güven yaratmışsa da halk bu kez de bunları saklayarak sadece faiz zamanlarında ortaya çıkarmaya başlamıştır. Bu durum ayrı bir tedâvül sorunu gündeme getirmiştir. Bu sorunu aşmak için 1845'te (1260) faizi %6'ya düşürülmüş ve üçüncü kez kâime basılmıştır<sup>121</sup>.

1840'lardan başlayan dış borçlanma<sup>122</sup> ve yabancılarla yapılan ticarî işlemlerde ifaların yapılabilmesi için bir bankaya ihtiyaç duyulmuştur. İngiltere ve Fransa, borç alma-ödeme ve diğer malî işlerini yönetebilecekleri bir banka kurmak istemişlerdir<sup>123</sup>. Bundan önce de ülkede Kırım Savaşı ve hazine darlığı yüzünden sonuçlanamayan Bank-ı Osmanî ve Bank Oryantal girişimleri olmuştur. 1856'da İngiliz sermayesiyle Osmanlı Bankası (Bank-ı Osmanî) kurulmuştur. 1860'ta ilk miktarı 400 milyon frank olup sonradan 2 milyon 37 bin sterline indirilerek 29 Teşrinievvelde, kâimeleri kaldırmak amacıyla, Paris'te dördüncü kez borç alınmıştır. Hükümetin malî taahhütleri

<sup>120</sup> İstanbul'un civarındaki Bursa, Bilecik gibi yerlerdeki ipek mahsulü ile ilgili örnek için bkz. **Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 153.

<sup>121</sup> **Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 219.

<sup>122</sup> Örnek olarak 1858'de Dent, Palmer ve Ortakları Şirketi'nden kâimelerin kaldırılmasının finansmanı şartıyla, % 6 faizli 5 milyon sterlin alınmıştır (**Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 223-225; **Akyıldız**, “Kâime”, s. 213).

<sup>123</sup> **Çakır**, s. 92-93.

arttığından Fransa, Avusturya ve İngiltere'nin kurduğu komisyon<sup>124</sup>, 4 Şubat 1863'te Fransız ve İngiliz ortaklığında "Bank-ı Osmanî-i Şâhâne" adıyla bir devlet bankası niteliği kazanmıştır. Banka kurulurken Osmanlı Devleti, hükümetin hiç bir durumda kâğıt para basmayacağı ve başka bir devlet kurumuna da bastırmayacağı taahhüdünde bulunmuştur. İmtiyaz süresi boyunca banka kendisi de kâğıt para çıkaramayacak, genel olarak devletin denetimi altında olacaktır<sup>125</sup>. Bankaya verilen banknot imtiyazı otuz yıllıktır (İmtiyaznâmenin 9'uncu maddesi). Bir kısım tüccar, ithalat görüntüsü altında önce, yarı resmî Bank-ı Dersâadet aracılığıyla düşük değerli kâimeyi, belirlenmiş olan resmî kurdan (1 İngiliz Lirası=110 Osmanlı Kuruşu) dış ülkelere transfer ettirmiş; aradaki farkı devlete ödetip yabancı para almış; bunu, serbest piyasada değerinin dört beş katına bozdurup elde ettiği kâimeleri hayalî ithalata yatırarak vurgun yapmaktaydı. Banka, piyasada yapılan kâime vurgunculuklarının önüne geçmemiştir. Hasan Ferid, bankanın hükümete borç verirken kolaylık sağladığını ancak para piyasalarındaki karışıklığı önleme/giderme konusunda aynı özeni göstermediğini belirtmiştir<sup>126</sup>. Bank-ı Osmanî-i Şâhâne'nin kuruluşunda, alınan borçla, kâime piyasadan çekilerek banknot çıkarma yetkisi bankaya verilmiş ve 1 İngiliz Lirası=110 Osmanlı Kuruşu esası üzerinden Osmanlı parasına tekrar bir istikrar kazandırılmak istenmişti<sup>127</sup>.

18 Mayıs 1874'te önceden Banka ile Devlet arasında imzalanan imtiyaznâmenin bazı maddeleri değiştirilmiştir<sup>128</sup>. 17 Şubat 1875'te bankayla yapılan yeni sözleşmeyle yeni imtiyazlar tanınmış; banka, devletin hazinedarı

<sup>124</sup> **Belin**, s. 291. Bank-ı Osmanî İmtiyaznâmesiyle Nizanmâmesi, 9 Zilhicce 1279 (27. 05. 1863), (*Düstur*, T. 1, C. 2, s. 976).

<sup>125</sup> **Hasan Ferid**, *Evrâk-ı Nakdiyye*, s. 147; **Erol**, s. 19; **Kazgan**, s. 67.

<sup>126</sup> **Hasan Ferid**, *Nakid ve İ'tibar-ı Mâli*, Üçüncü Cild, (Bankacılık), İstanbul, s. 36 vd; **Çakır**, s. 91.

<sup>127</sup> **Toprak**, s. 192.

<sup>128</sup> 18 Mayıs 1874 tarihli "Bank-ı Osmanî İmtiyaznamesinin Suret-i Tadiline Dair Kararname" (*Düstur*, T. 1, C. 4, s. 748). Ayrıca diğer tadiller için bkz. *Düstur*, T. 1, C. 3, s. 231; *Düstur*, T.1, C. 5, s. 498; *Düstur*, T.1, C. 6, s. 1395; *Düstur*, T.1, C. 7, s. 341).

sıfatıyla devlet giderlerini karşılamaya; tahsil ettiği gelirlerle de devletin dış borçlarını ödemeye yetkili kılınmıştır. İmtiyaz süresi 30 yıl uzatılmıştır<sup>129</sup>.

1863'te sisteme giren banknotlar, Osmanlı ülkesinde hiç bir zaman Batı'daki benzerleri gibi bir tedâvül aracı olmamış; çok sınırlı bir kesimin para transferinde kullanılmış; günlük hayattaki alışverişlerde banknota rastlanmamıştır. Ticaretin gelişip paraya ihtiyaç duyulduğu dönemdeki para kıtlığı yabancı paralarla karşılanmıştır<sup>130</sup>. Halkın banknota alışmamasının sebeplerinin başında ülkede iktisadî hayatın gelişmemiş olması ile itibar-ı malî ve kavâim-i nakdiyye tedâvülüne ilişkin *karşılığı olan banknotlarla, tedâvülü zorunlu olan (mecebûri't-tedâvül) kavâim-i nakdiyye*<sup>131</sup> arasındaki farkı bilmemeleri gelmektedir. Önceden birkaç kez maliye hazinesi tarafından çıkarılan kavâim-i nakdiyyenin bedelleri, çıkarılırken vaad edildiği gibi, ödenemediğinden değerleri düşmüş en sonunda bunların kaldırılması için dahi halkın fedakârlığı gerekmiştir. Bunlar toplum hafızasından silinmediğinden halk -ne olursa olsun- kâğıt paradan korkmuştur. Ayrıca ülkede nakliye araçlarının yetersizliğiyle para nakil güzergâhlarının güvensizliği, paranın bir şehirden diğerine naklini çok pahalılaştırmıştır. Meskûkâtta çeşitlilik ülkenin her tarafında, hattâ aynı şehrin farklı yerlerinde aynı malın farklı değerlerle satılmasına yol açmıştır<sup>132</sup>.

Normal şartlarda devletler, zorunlu savaşlar için ve savaş bittiğinde kaldırmak üzere, banknot bastırmalıdır<sup>133</sup>. Oysa, daha 1895'te yani henüz bir dünya savaşını görmemişken, Osmanlı Bankası kendisine ibraz edilen banknotların karşılığını altınla ödeyemez duruma gelmiştir. 1911-1914 arasında Düyûn-ı Umumiyye ile anlaşip tekrar banknot basımı kararı alınmıştır. Bu şeklide 1863-1914 yılları arasında<sup>134</sup> piyasaya çeşitli şekil ve

<sup>129</sup> Çakır, s. 94 vd.

<sup>130</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiye, s. 149; Toprak, s. 323; Akyıldız, "Kâime", s. 213.

<sup>131</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiye, s. 203. İtibar-ı malîye türleri için bkz. Hasan Ferid, s. 21; Evrâk-ı nakdiye türleri için Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiye, s. 35.

<sup>132</sup> Bir banknotun, altın, gümüş Mecidiye, sim ikilik ve kuruşla veya karabeslik ve benzeri mağuş meskûkâta göre değeri farklıydı (Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiye, s. 150-151, 162).

<sup>133</sup> Hasan Ferid, Evrâk-ı Nakdiye, s. 120.

<sup>134</sup> Bu dönemde dünyadaki durumla mukayese için bkz. Baltaoğlu, Süren (2008), Para Sistemleri Tarihi, İstanbul, s. 22 vd.

miktarlarda banknot ihraç edilmiştir. Fakat devlet her istediğinde banknot çıkaracağı zannedilen banka, bir yerden sonra bu talepleri reddetmeye başlamıştır. Örneğin, Birinci Dünya Savaşı sırasında banka, devletin avans ve banknot çıkarılması talebini reddetmiş banknot yerine hükümetçe kavâim-i nakdiyye çıkarılmasını önermiştir<sup>135</sup>. Bir ara hükümette bankanın banknot çıkarmasını sağlamak için Almanya'dan<sup>136</sup> borç para alınıp karşılık göstermek gibi bir yol önerilmiştir. Fakat 15 milyon liralık banknot çıkarılması talebi bankaca kabul edilmemiştir. Çıkan anlaşmazlık bankanın, savaş döneminde, kendi sahip olduğu banknot imtiyazını kullanmayacağını açıklamasıyla kapanmış gibi görünse de bu geçicidir. Osmanlı yönetimi banknot çıkarmak istediğinde mutlaka karşılık göstermesi gerekmiştir. Zaten banknotu hazine evrâk-ı nakdiyyesinden ayıran özellik de karşılığının olmasıdır. Aksi hâlde banknot yerine hazine evrâk-ı nakdiyyesi çıkarılması beklenirdi<sup>137</sup>.

## 10. Hazine Evrâk-ı Nakdiyyesi

### a. Kanunî Düzenlemeler

Yukarıda açıklanan süreçte hazine, Osmanlı Bankası'nın karşılıksız banknot çıkaracağından ümidi kesip kendisi para basmaya karar vermiştir. Zaten müttefik Almanya, Osmanlı hükümetini, savaşın başından beri kâğıt para çıkarmaya teşvik etmekteydi<sup>138</sup>. Bunun için 30 Mart 1915'de 210 numaralı "150 milyon Franklık Altın Mukabilinde 6.583.094 Liralık Evrâk-ı

<sup>135</sup> **Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiye, s. 148, dpn. \*.

<sup>136</sup> Alman Hazine Bakanı Karl Helfferich "Türkiye'nin para ihtiyacının finansmanı çok müşkül ve karışık bir şekilde tekevvün etmiştir. Bir kere Türkiye Bulgaristan'dan çok daha geniş bir ölçüde dâhili para ihtiyacının temini için dahi, Almanya'ya tabi bulunuyordu..." şeklinde küçültücü bir ifade kullanmıştır (**Çelik, Akın** (2015) "Savaşın Maliyetine Bir Çözüm: Bir Borçlanma Hikâyesi", *Türkiyat Mecmuası*, C. 25/Güz, s. 113).

<sup>137</sup> Devletlerin borçlanma sebepleri ve borçlanma türleri ile ilgili bkz. **Mehmed Câvid**, (1329), *Ma'lûmat-ı İktisadiye*, Kanaat Matbaası, Dersaadet, s. 282-290.

<sup>138</sup> Almanya'dan alınan beş milyonluk avans savaşa harcadığından, evrâk-ı nakdiyye çıkarılmamış sonradan Almanya ve Avusturya'dan yüz elli milyon daha alınmıştır (**Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiye, s. 269; **Erol**, s. 29). Paranın nakden Türkiye'ye getirilmesi zor olduğundan ödenmesi, Düyûn-ı Umumiyye'nin Almanya şubesine devredilmiştir. Bu anlaşmaya göre evrâk-ı nakdiyyenin altın olarak karşılığı Berlin ve Viyana'da Düyûn-ı Umumiyye idaresine teslim edilecekti (**Erol**, s. 30). **Toprak**, s. 363; **Pamuk**, s. 242.

Nakdiye İhracı ve Tedâvülünün Mecburiyeti Hakkında Kanun” çıkarılmıştır<sup>139</sup>. Bu sırada Maliye nazırı, Osmanlı liberalizminin önde gelen ismi ve ittihatçılardan Mehmed Câvid Bey’dir<sup>140</sup>. Câvid Bey’e göre, ülkenin içinde bulunduğu şartlarda bir malî kurumun desteği olmadan yeniden para basılması büyük hatâ olurdu. Bu nedenle evrâkın, geçici süreliğine Düyûn-ı Umûmiyye tarafından tedâvüle çıkarılması sağlanmalıydı. Düyûn-ı Umûmiyye ise, ancak basılacak kâimenin karşılığı olan altın sağlanırsa, teklifi kabul edeceğini belirtmiştir<sup>141</sup>. Bunun için 20 Haziran 1331’de (3 Temmuz 1915) Düyûn-ı Umûmiyye İdaresiyle bir sözleşme imzalanmıştır<sup>142</sup>. Savaş boyunca Osmanlı hükümeti Almanya’dan toplam 235.056.344 Osmanlı lirası borç almıştır<sup>143</sup>.

210 numaralı Kanun”un ilk maddesiyle tamamen altın olarak Düyûn-ı Umumiyye-i Osmaniyye İdaresine 150 milyon frank tevdi karşılığında 6.583.094 liralık evrâk-ı nakdiye ihracına maliye nezareti yetkili kılınmış; evrâkın ülkenin her tarafında gerek devletle kişiler gerek kişiler arasında yapılacak tüm ödeme ve harcama ve alıp vermelerde aynı nakit gibi tedâvülünün zorunluluğu belirtilmiştir (m:2). Evrâk-ı nakdiyyenin karşılığının sulhün imzalanmasını takiben altı ay sonra İstanbul’da ibrazı hâlinde altın olarak hâmillerine ödeneceği de aynı Kanun’un 3’üncü maddesinde yer almıştır<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> *Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 8, s. 331-332.

<sup>140</sup> **Mehmed Câvid**, s. 282- 290. **Toprak**, s. 101.

<sup>141</sup> **Hasan Ferid**, Evrâk-ı Nakdiye, s. 270; **Toprak**, s. 362.

<sup>142</sup> **Kuyucak**, s. 349; **Erol**, s. 29-30. Câvid Bey’in ekonomi ve sanayi konusundaki diğer görüşleri için bkz. **Toprak**, s. 81 vd.

<sup>143</sup> **Çelik**, s. 114; **Pakalın**, C. 1, s. 237. Devlet 1903’den itibaren Muharrem Kararnâmesi dışında kalan 1854, 1855, 1871 ve 1877 borçlarını ödemiştir (**Bayraktar, Yüksel** (2019) “Borç Kiskacında Türkiye Ekonomisine Tarihsel Bir Bakış: Borçlanma Üzerine Çıkarılacak Dersler”, <https://dergipark.org.tr> › download › article-file, 22.09.2019. 18 Receb 1294 (29. 7. 1877) tarihli “İstikraz-ı Mecburî Nizamnâmesi”, *Düstur*, T. 2, C. 4, s. 376.

<sup>144</sup> **Ali Haydar Efendi**, (1331, 1335), “Risâletü fi Kazâi’-d-Düyûn ve İktizâühü” adlı çalışmasının “Deynin Süret-i İdaresi ve İcârenin Ehadd-i Âkideynin Vefatı Hâlinde Adem-i İnfisâhı Hakkındaki Ahkâm” başlıklı makalesinin Birinci Risâle’si olan “Madenî Altınla Sâbit Olan Düyûnun Madenî Altın İ’tâsıyla Te’diyesi Lâzım Geleceğine Dâirdir”, Ali Haydar, İstanbul Necmi İstikbal Matbaası, “Risâletü fi Kazâi’-d-Düyûn ve İktizâühü”, s. 1. TBMM

Yukarıda belirtilen Kanun'un uygulanabilmesi için yüklü miktarlarda ödenek de ayrılmalıydı. Bunu sağlamak maksadıyla 211 ve 212 numaralı kanunlar çıkarılmıştır<sup>145</sup>.

#### b. Evrâk-ı Nakdiyye'nin Karz Akitlerinin İfasına Etkisi

Evrâk-ı Nakdiyye halk arasındaki karz akitlerinin ifasında, yani misli borç ilişkisinden doğan para borçlarının ödenmesinde hukukî soruna yol açmıştır. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığına göre borçlanma kâğıtları, dönem dönem piyasaya sürülmüş ve sonra -bazen kısmen bazen tamamen-kaldırılmıştır. Hayatın normal akışı içerisinde insanlar arasında alacak borç ilişkileri her zaman kesintisiz devam edeceğine göre, kimi zaman alınan ödünçler bakımından akdin kuruluşu kâimeli döneme denk gelmiş; kimi zaman, kaldırıldığı döneme denk gelmiş; aynı durum ödeme zamanları için de söz konusu olmuştur. Kişiler arasında veya kişilerle devlet arasında yapılan hukukî muâmelelerde akit tarihi kâimenin çıkarılmasından önce, ifa tarihi sonra olan işlemlerde uygulanacak esaslar için özel kanunlar çıkarılması gerekmiştir. Bunlardan biri 2 Ramazan 1296 (20 Ağustos 1879) tarihli sekiz maddelik "Kavâim-i Nakdiyyenin Neşrinden Evvel Tedâvülü Zamanındaki Müdâyenât ve Muâmelât hakkında Kararnâme"dir. Buna göre, kavâimin neşri olan 26 Temmuz 1876'dan önce her tür altın-gümüş-metelik üzerine akdedilip henüz ödenmeyen borçlar, aynı tür altın-gümüş-metelikle ödenecektir. Cinsi belirtilmeden yapılan kuruş borçları, rayiç akçeyle yani kâimenin tedâvülünden önce altının rayici 140 ve meteliğin 130 kuruş olduğundan bu oran üzerinden ödenecektir. Her tür borcun aslı (re'sü'l-malı) ne tür akçeyle, faizi de ona tâbi olacaktır (m: 1). Kâimenin tedâvülü zamanında her tür altın-gümüş-metelik borçları cinsi cinsine ödenecektir (m. 2). Kâimenin neşrinden sonra hademe, görevli ve işçi ücretleri, 4,5 yüzlük kâime yerine 1 yüzlük altın veya ödeme gününde 1 yüzlük altın kaç kâimeyse o kadar kâime ödenerek ifa

Tutanakları, Meclis-i Âyan, İ: 29 1 Şubat 1331 (1915) C: 1, s. 75 (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/>, 14.09.2019. Makalenin çevirisi için bkz. Karakoç, İrem, (2020), "Ali Haydar Efendi'nin Altın, Gümüş Gibi Madenlerle Sâbit Olan Borçların Evrâk-ı Nakdiyye İle Ödenemeyeceğine İlişkin Hukukî Görüşleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (InURL), 11(1), s. 56-72.

<sup>145</sup> *Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 8, s. 332-333.



gerçekleştirilecektir (m: 3). Devletin işlemlerindeyse, 8 Mart 95 (20 Mart 1879) tarihli kararnâme hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Fakat resmî dairelerin kişilerle olan sözleşmelerinde bu kararnâmeye uyulacaktır (m: 5). Kararnâmenin 7'nci maddesinde, kira sözleşmeleri hükme bağlanmış ve tüm ahkâmın, Dersaadet ile taşralarda kâime tedâvül eden mahallerin tümünü kapsadığı belirtilmiştir<sup>146</sup>.

Benzer durum üçüncü tur kâimelerde yaşanmıştır. Bu dönemde de uygulamada birliğin sağlanması amacıyla dönemin hukukçuları, görüşlerini dile getirilmiştir. Son kâime uygulamasıyla ilgili olarak Ali Haydar Efendi 1331 ve 1332'de (1915-1916) çıkarılan kanunlarla, borçların ödenmesinde evrâk-ı nakdiyyenin Osmanlı mâlî sisteminde zorunlu ödeme aracı kabul edilmesinin sonuçlarını ve bu konuda tespit ve önerilerini sunduğu bir makale kaleme almıştır. Kanun'dan önce altın üzerinden akdedilen borç sözleşmelerinde kanundan sonraya rastlayan ödemenin kâğıt parayla yapılması zorunluluğunu eleştiren hukukçu bu duruma yol açan kanunların 31 Ekim 1915 (18 Teşrînievvel 1331) tarihli “Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu” ile 8 Nisan 1916 (26 Mart 1332/5 Cemâziyelâhir 1334) tarihli “Tevhîd-i Meskûkât Kanunu” olduğunu ileri sürmüştür. Karz sözleşmelerinde borcun konusu altın veya gümüş gibi kendi değeri olan madenlerse, alacaklı için bunun aynen ödenmesi önemlidir. Borçlu ise, şüphesiz kendi lehine olanı, yani kâğıt parayla ifayı tercih eder<sup>147</sup>. Ülkedeki tüm ödemelerde evrâk-ı nakdiyyenin kullanılmasının zorunlu kılınması, özellikle altın-gümüş üzerine akdedilmiş olan karzlar bakımından, hakkaniyet ve adalete uygun bulunmamıştır. 18 Teşrînievvel 1331 (31 Ekim 1915) tarihli Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu ve 26 Mart 1332 (5 Cemâziyelâhir 1334/8 Nisan 1916) tarihli Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'nun çelişkili hükümleri nedeniyle mahkemelerden farklı kararlar verilmiştir. Bu düzenlemelerin aynı zamanda Mecelle'nin muâmelâta ilişkin hükümleriyle şer'î hukukun genel kâidelerine da aykırı olduğu görülmüştür.

<sup>146</sup> *Düstur*, Tertib-i Evvel, C. 4, s. 346-347.

<sup>147</sup> Ali Haydar Efendi, s. 2.

## SONUÇ

Osmanlı Devleti'nin para sisteminin şekillenmesinde o dönemde dünyada mevcut sistemlerin; İslâm inancının temel esaslarının; geçmiş İslâm devletleriyle İslâmiyet öncesi Türk devletlerinin uygulamalarının ve toplumlar arası ticaretin etkisi olmuştur. Ancak 1840'tan itibaren malî sistemde İslâm hukukunun etkisinin azaldığı görülmektedir.

Osmanlı Devletinde kâğıt para konusunda üç kez girişimde bulunulmuştur. Her üç denemede de etken olan faktörlerin, Avrupa'da yaşanan süreçtekinden farklı olduğu görülmektedir. Bir ülkede kâğıt paraya geçilmesi olgusunun, altın-gümüş gibi meskûkâtın tedâvülünde ve günlük kullanımında yaşanan zorluklar nedeniyle, halkın mevcut birikimlerini güvenilir bir tevdi mahalline bırakarak bunları temsil eden evrakı tedâvül ettirmeye başlamalarıyla giderek gelişen bir sürecin sonunda varılan son nokta olarak gündeme gelmesi beklenir. Çalışmamız sırasında Osmanlı'da bu geçişin böyle bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığı sonucuna varılmıştır. Aksine, yaşanan sosyal, siyasî ve askerî olayların ve ekonomik krizlerin devleti bu yöne doğru sürüklediği görülmektedir.

Osmanlı'da esham, kâime, evrâk-nakdiyye ve hattâ banknotun tedâvülüne başlanmasının temel nedeni devletin ihtiyaç duyduğu parayı elde etmek için halka borçlanmak istemesidir. Osmanlı toplumundaki süreç, hazinenin ödemeler dengesinde meydana gelen açığı kapatabilmek için çıkarılan borçlanma kâğıtlarının, meskûkât yerine tedâvül etmeye başlamasıyla gelişmiştir. Devlet, öteden beri yalnız fevkalâde harcamaların finansmanında değil cârî giderleri için de halka başvurarak -örneğin esham çıkararak- bunu sağlamıştır. Bütçe gelirleri arasında muaccele gelirlerinin büyük yeri vardır. Devletin giderek daha fazla paraya ihtiyaç duymasında, toplumun artan ihtiyaçları yüzünden kamuya daha çok hizmet sunmak istemesi olduğu düşünülebilir. Bu doğru da olabilir. Ama Osmanlı'da devletin yapmakla yükümlü olduğu hizmetlerin büyük kısmını karşılamak üzere yüzyıllardır kullanılan bir vakıf sistemi mevcutken harcamaların devlete bu denli yük getirmesini anlamak zordur. Daha da önemli olan, gelirlerin neden sürekli azaldığı ve giderleri karşılamaya yetmediği; dışarıdan alınan borçların da kâfi gelmeyip iç borçlanmaya gidildiği ve onun da yetmediği

sorusunun cevabıdır. Doktrinde bu sorulara birçok farklı cevaplar veren araştırmalar ve görüşler mevcuttur. Araştırmamızda Osmanlı maliyesinde uzun süre uygulanagelen esham sisteminde görülen ilk değişmelerin başlangıcının, ilânıyla birlikte büyük kredi ihtiyacı doğuran, Tanzimat olduğu sonucuna varılmıştır. Tanzimat sadece bürokraside değil hukuk, mahkeme, eğitim ve askerlik sistemlerinde de yenilikler ön gördüğü için büyük çaplı bir finansmana ihtiyaç hâsıl olmuştur. Makhemeler, hâkimler, hâkim yetiştiren kurumlar, medreseler vs. hepsinin değişmesi onu sıradan bir yenileştirme etkinliğinden ayırmaktadır. Tanzimat Türk malî sisteminde, daha önce mâlikâne sisteminden esham sistemine geçiş için meydana gelen zorlayıcı durumu yeniden yaratmış gibi görünmektedir. Her sistem değişikliği, kendi müesseselerini getirirken, ötekileri kaldırır. Kanaatimizce asıl üzerinde durulması gereken konu, sistemin yetersiz olduğu ve nasıl bir değişiklik yapılması gerektiğinden çok, öncekinin yetersiz hâle gelmesinin sebeplerini araştırmaktır. Eğer bu yapılmazsa, yeni getirilen sistemin de aynı âkibete uğraması kaçınılmazdır. Tarihimizde borca ihtiyaç duyma sebepleri, iç isyanlar-savaşlar ve yenileşme hareketleri olmak üzere iki ana başlık altında toplanabilir.

Osmanlı ticarî hayatında görülen bir diğer sorun, meskûkâtteki çeşitlilik ve değerlerindeki farklar olduğundan her üç kâime uygulamasında da piyasaya sürülen evrak, altın ve gümüş meskûkâtı piyasadan uzaklaştırıp tek fiyat belirleyici olamamıştır. Başka bir deyişle, eşya fiyatları ve ücretler kâimeyle farklı, meskûkat üzerinden farklı olmuştur. Devletin gelirlerini kâimeyle toplaması, fakat dış borç ödemelerini altınla yapması bir çelişkidir. Giderek değer kaybeden kâime, devletin ödemeler dengesinde açık vermesine yol açmıştır. Öte yandan devletin, sahte kâimelere karşı etkili önlemler alamaması, para basma teknolojisini üretemeyip dışa bağımlı kalması, halkın devlete olan güvenini giderek azaltmış ve neticede yok etmiştir. Devlet, kâime hususunda verdiği taahhütleri yerine getiremediği gibi, halk da birbirlerinden almış oldukları ve konusu altın/gümüş veya mecdiye/kuruş olan tüketim ödünçlerini (karz), ödeme günü geldiğinde aldıkları şekliyle mi, yoksa esham/kâime ile mi ödeyeceklerini bilemez bir duruma düşmüştür.

Evrâk-1 nakdiyyenin süreç içinde gelişen; toplumu, devleti ve bunlar arasındaki karşılıklı ilişkileri etkileyen ve dönüştüren; toplumdaki hukukî ve sosyal ilişkilere sirâyet eden çok boyutlu ve kendine özgü bir niteliği vardır. Bir yandan ülke hazinesindeki değerler (altın, gümüş vb) öte yandan tedâvüldeki değerler (altın-gümüş vb) kâğıda dönüştürülürken hukukî açıdan önem taşıyan husus, hazinenin yetersizliğine karşı üretilen geçici çözümlerin insanların günlük hayatlarında kurdukları uzun vadeli ilişkilere olan etkisidir. Bu günübürlük çözümler, süresi belirsiz ve her seferinde, “sonraki bir tarihte kaldırılmak üzere” getirilmekte olup belki de hiç kaldırmayacağı herkes tarafından sezilmekte olan güvensiz bir ortam yaratmıştır. Fakat insanlar günlük hayat içerisinde alım-satım, kira, iş, eser, tüketim ve kullanma ödücü (karz ve âriyet), emanet, havale, kefalet ve daha sayılamayacak kadar çok hukukî işlemlerinde parayı kullanmaya devam ettiklerinden devletin parada meydana getirdiği her değişiklik hayatın en ince noktalarına, bu arada hukuk sistemine de sirâyet etmektedir.

Çalışmamızdan elde edilen sonuçlardan biri de Osmanlı’da 1840’a kadar tedâvülde olan çeşitli madenî paraların düzenlenerek bir para birimi kabul edilememesi, parada birliğin sağlanamaması ve üniter bir yapı kurulamamış olmasıdır. Ülkede bir yandan yerli meskûkât öte yandan diğer ülke paralarının serbestçe tedâvülüne izin verilmiş, engel olunmamıştır. 1840’tan itibaren para gibi tedâvül eden bir takım kâğıtlar da sisteme dâhil olmuştur. İlk kâğıtlar bir esham senedi/tahvil olduğundan başlangıçta sadece kâğıdı alanı (yani devlete borç vereni) etkileyeceği ve dolayısıyla da günümüzdeki paraya göre sınırlı bir etki alanı olacağı düşünülebilir. Fakat daha sonraki tarihlerde çıkarılan kâğıtlar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim Evrâk-1 Nakdiyye Kanunu’yla çıkarılan evrakın, ülkenin her tarafında gerek devletle kişiler, gerekse kişiler arası tüm işlemlerde nakid gibi tedâvül ve kabulünün mecburîliği hükmü getirilince baş gösteren hukukî sorun, sadece muâmelât alanıyla sınırlı kalmamıştır. Bunun ödenecek vergiler bakımından kamu hukukunu; dış borçlar bakımından uluslararası hukuku, nafaka ödemeleri bakımından aile hukukunu ve zincirleme daha birçok alanı etkilemesi kaçınılmazdır. Bu da bize kâğıt paraya geçişin tarihî ve hukukî bir olgu olduğunu düşündürmektedir.

## KAYNAKÇA

- Açıköz, Ömer** (2010) “Osmanlı Para Politikasında Reform Çabaları: 1800-1844 Dönemi Üzerine Bir Değerlendirme”, ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C:6, S:12, , s.371–392.
- Ahmed Cevdet Paşa** (1991) Tezâkir, C. 1-4, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, (Tezâkir).
- Ahmed Cevdet Paşa**, (1976) Tarih-i Cevdet, C. 1, İstanbul, (Tarih).
- Ahmed Cevdet Paşa**, Maruzat, (Yay. Haz. Yusuf Halaçoğlu), İstanbul 1980, (Maruzat).
- Akdağ, Mustafa** (1977) Türkiyenin İktisadî ve İctimaî Tarihi II, İstanbul.
- Akyıldız, Ali** (2001) “Kâime”, DİA, C. 21, İstanbul, s. 212, (Kâime).
- Akyıldız, Ali** (2007) “Para”, DİA, C. 34, İstanbul, s. 163-166, (Para).
- Akyıldız, Ali** (1996) Osmanlı Finans Sisteminde Dönüm Noktası, Kâğıt Para ve Sosyo-Ekonomik Etkileri, Eren Yayıncılık, (Osmanlı Finans).
- Ali Haydar Efendi** (1331, 1335) “Risâletü fî Kazâi’-d-Düyûn ve İktizâühû” adlı çalışmasının “Deynin Sûret-i İdaresi ve İcârenin Ehadd-i Âkideynin Vefatı Hâlinde Adem-i İnfisâhı Hakkındaki Ahkâm” başlıklı makalesinin Birinci Risâle’si olan “Madenî Altınla Sâbit Olan Düyûnun Madenî Altın İtâsıyla Te’diyesi Lâzım Geleceğine Dâirdir”, Ali Haydar, İstanbul Necmi İstikbal Matbaası, “Risâletü fî Kazâi’-d-Düyûn ve İktizâühû”.
- Anbar, Âdem** (2009) “Osmanlı İmparatorluğu’nun Avrupa ile Finansal Entegrasyonu: 1800-1914”, Maliye Finans Yazıları, Temmuz, Yıl: 23, S. 84, s. 17-37.

- Artuk, İbrahim** (1980) “Osmanlı Beyliğinin Kurucusu Osman Gazi’ye Ait Sikke”, Türkiye’nin Sosyal ve Ekonomik Tarihi (1071-1920)”, Ankara.
- Artuk, İbrahim** (1992) “Beşlik” maddesi, DİA, C. 6, İstanbul.
- Aybakan, Bilal** (2006) “Nakit”, DİA, C. 32, İstanbul, s. 324-326.
- Baltaoğlu, Süren** (2008) Para Sistemleri Tarihi, İstanbul.
- Bayraktar, Yüksel**, “Borç Kıskaçında Türkiye Ekonomisine Tarihsel Bir Bakış: Borçlanma Üzerine Çıkarılacak Dersler”,  
[https://dergipark.org.tr/download/article-file, 22.09.2019.](https://dergipark.org.tr/download/article-file/22092019)
- Bilmen, Ömer Nasuhî** (1985) Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, C. 4, İstanbul.
- Belin (Belen), M** (1931) Türkiye İktisadi Tarihi Hakkında Tetkikler, (Çev. M. Ziya), İstanbul, (Devlet Matbaası).
- Cezar, Yavuz** (1984) “Tanzimatta Mali Durum”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, S. 2, s. 291-342, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/8313>, 22.09.2019.
- Çakır, Coşkun** (2012) Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, 2. Baskı, İstanbul, Küre Yayınları, Haziran.
- Çelik, Akın** (2015) “Savaşın Maliyetine Bir Çözüm: Bir Borçlanma Hikâyesi”, Türkiyat Mecmuası, C. 25/Güz.
- Çiftçi, Murat/Seymen, Recep** (2012) “Osmanlı Kâimelerinin Halktan Kabul Görmemesinin Nedenleri (Hayek-Gellner-Keyder Üçlemesiyle Bir Sentez)”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C. 9, S. 1, Yıl: 2012, s. 958 vd.
- Davison, Roderick** (2001) “Osmanlıların Kâğıt Parayla İlk Deneyimi”, (The First Ottoman Experiment with Paper Money), (Çev. Durdu Mehmet

Durak), Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2001, S. 12, s. 245-260.

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/123456789/64265>, s.e.t. 22.09.2019.

**Döndüren, Hamdi** (2016) Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, İstanbul, Erkam Yayınları, (İlmihal).

**Döndüren, Hamdi** (2010) “Kur’an ve Sünnete Göre Altınla İlgili Ticaret Muameleleri”, D.İ.Şk. Y.D.Kurulu Bşk.nın, 12.12.2010 tarihli “Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı” Bildirisi, (Bildiri).

**Ekinci, Ekrem Buğra**, “Paramızın Serüveni”, “<http://www.ekrembugraekinci.com/makale.asp?id=198>”, s.e.t. 17. 09. 2019.

**Engelhardt, Eduard Philippe**, Tanzimat ve Türkiye, İstanbul, Kaknüs Tarih Yayınları, (Çev. Ali Reşad), Kasım 1999.

**Erdem, Ekrem** (2006) “Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz”, Bankacılar Dergisi, S. 6, 2006, s. 10-27, (Tağşiş), [https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma\\_ve\\_Raporlar/osmanli\\_para\\_sistemi.pdf](https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/osmanli_para_sistemi.pdf), s.e.t. 15.09.2019.

**Erol, Mine** (1970) Osmanlı İmparatorluğu’nda Kağıt Para (Kâime), İstanbul.

**Eskicioğlu, Osman** (1983) “İslâm Hukukunda Enflasyonla İlgili Bazı Meseleler”, DEÜİFD, I, s. 97-117, İzmir,

[http://isamveri.org/pdfdr/D00036/1983\\_1/1983\\_1\\_ESKICIOGLUO.pdf](http://isamveri.org/pdfdr/D00036/1983_1/1983_1_ESKICIOGLUO.pdf), (19.01.2020) ve (<http://www.enfal.de/enflasyon.pdf>, s.e.t. 19.01.2020.

**Genç, Mehmet** (2000) “İltizam”, DİA, İstanbul 2000, C. 22, s. 154-158, (İltizam).

- Genç, Mehmet** (1995) “Esham”, DİA, C. 11, İstanbul 1995, s. 376-380, (Esham).
- Genç, Mehmet** (2003) “Mâlikâne”, DİA, C. 27, Ankara, s. 516-518, (Malikane).
- Genç, Nihat** (1995) “Esham Sistemi”, DİA, C. 11, İstanbul 1995, (N.Genç).
- Hasan Ferid** (1330) Nakid ve İ'tibar-ı Mâlî, Birinci Cild, (Meskûkat), İstanbul 1330, (Meskukat), file:///C:/Users/KARAKOÇ/Desktop/hasan%20ferid,%20nakid%20ve%20itibar-ı%20mali/ND0780.pdf, (25.05.2020).
- Hasan Ferid** (1334) Nakid ve İ'tibar-ı Mâlî, İkinci Cild, (Evrâk-ı Nakdiyye), İstanbul, (katalog.marmara.edu.tr/eyayin/pdf/ND100.pdf, (26.04.2020), (Evrâk-ı Nakdiyye).
- Hasan Ferid** (1334), Nakid ve İ'tibar-ı Mâlî, Üçüncü Cild, (Bankacılık), İstanbul, (Bankacılık).
- İsmail Gâlib** (1307), Takvîm-i Meskûkât-ı Osmaniyeye, Devlet-i Aliyye-i Osmaniyeye'nin bidayet-i teessüsünden beri darb ve ihraç olunan meskûkât ve madalyaların nev'i ve cins ve tarifleriyle malumat-ı tarihiyyesini mutazammındır, İstanbul (Institute of Islamic Studies McGill University 095 1831t 30578), (archie.org/details/McGillLibrary-rbnc\_isl\_takvim-i meskukat\_cj3445g351890-17174/page/n2/mode/2up), (26.04.2020).
- Kallek, Cengiz** (1992) Hz. Peygamber (S.A.S) Döneminde Devlet ve Piyasa, İstanbul, Bilim ve Sanat Vakfı Yayınları.
- Kallek, Cengiz** (1997) Asr-ı Saadette Yönetim-Piyasa İlişkisi, İstanbul, İz Yayıncılık.
- Karakoç, İrem** (2012) Hukuk Tarihinde Vatandaş-Yabancı Statüsü, Ankara, Yetkin Yayınları.



- Karakoç, İrem** (2017) “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ve Hukukun Kaynakları”, İÜHFİM, Prof. Dr. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı, C. LXXV, 2017, s. 457-514.
- Karakoç, İrem**, (2020) “Ali Haydar Efendi’nin Altın, Gümüş Gibi Madenlerle Sâbit Olan Borçların Evrâk-ı Nakdiyye İle Ödenemeyeceğine İlişkin Hukukî Görüşleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (InURL), 11(1), s. 56-72.
- Kazgan, Haydar** (2014) Osmanlı Finansında Galata Bankerleri, Yayına Hazırlayanlar: Mustafa Dönmez-Ertuğrul Tokdemir, Yayınevinde Birinci Baskı, İstanbul, Tarihçi Kitabevi, Ocak.
- Köprülü, Orhan F.** (1996) “Fuad Paşa, Keçecizâde”, DİA, C. 13, İstanbul, s. 202-205.
- Kuyucak, Hazım Atif** (1939) Para ve Banka, C. 1, Maarif Matbaası.
- Mantran, Robert** (1986) 17. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul, (Çev. M.A. Kılıçbay-E. Özcan), Ankara.
- Mehmed Câvid Bey**, (1329), Ma’lûmat-ı İktisadiyye, Dersaadet, Kanaat Matbaacılık.
- Mordtmann, J.H:** Encyclopaedia of Islâm, A Dictionary of The Geography, Etnography and Biography of the Muhammadan Peoples, Prepared by a number of leading orientalis, Edited by: M.Th. Houtsma, A.J. Wensink, H.A.R Gibb, W. Heffening, E. Levi Provençal, Vol. 2 (E-K), Leyden (Holland) Late E.J. Brill Limited 1927, London Luzak and Co. 46 Great Russel Street,
- (<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.529972/page/n3>, s.e.t. 30.09.2019;
- Book Source: [Digital Library of India Item 2015.529972](#), Public Library of India).

**Öztürk, Emine/Fidan, Ali** (2019) “Abdüllâtif Subhi Paşa’nın Uyûnü’l-Ahbâr fi’n-Nukûd ve’l-Âsar” Adlı Risâlesinin Transkripsiyonu ve İktisat Sosyolojisi Açısından Tahlili”, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sonbahar, Ek Sayı 2, s. 243-266, s.260, (www.kafkas.edu.tr/dosyalar/sobedergi/file/2019%20%20Ek%20Sayı%202/14%20Abdullatif, s.e.t. 11.02.2020.

**Özcan, Abdülkadir** (2010) “II. Süleyman”, DİA, C. 38, İstanbul, s. 75-80.

**Özcan, Abdülkadir** (2009) “Sergi”, DİA, C. 36, İstanbul.

**Pakalın, M.Zeki** (1993) Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul, C. 1, 2

(<http://bizdosyalar.nevsehir.edu.tr/e1b41f0e72b859e7f1d9b627a59f8ab5/mehmet-zeki-pakalin-%E2%80%93-osmanli-tarih-deyimleri-ve-terimleri-sozlugu-%E2%80%93-ii.pdf>), (24.05.2020).

**Pamuk, Şevket** (2018) Osmanlı İmparatorluğu’nda Paranın Tarihi, İstanbul, (İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul Ocak.

**Sahillioğlu, Halil** (1989) “Akçe”, DİA, C. 2, İstanbul, s. 224-227, (Akçe).

**Sahillioğlu, Halil** (1989) “Altın”, DİA, İstanbul, s. 532-535, (Altın).

**Sahillioğlu, Halil** (1993) “Darphâne”, DİA, C. 8, İstanbul, s. 501-505, (Darphane).

**Sahillioğlu, Halil** (1994) “Dirhem”, DİA, C. 9, İstanbul, s. 368-371, (Dirhem).

**Tabakoğlu, Ahmet** (1985) Gerileme Dönemine Girerken Osmanlı Maliyesi, İstanbul, Dergah Yayınları, (Gerileme).

**Tabakoğlu, Ahmet** (2014) Türkiye İktisat Tarihi, 12. Baskı, İstanbul, Dergah Yayınları, (İktisat).

**Tekin, Oğuz** (2009) “Sikke”, DİA, C. 37, İstanbul, s. 179-184, (Sikke).

- Tekin, Oğuz** (2004) “Meskûkat”, DİA, C. 29, Ankara, s. 317-318, (Meskûkat).
- Toprak, Zafer** (1982) Türkiye’de Milli İktisat, 1908-1918, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Uslu, Rifat** (2014) “İslam Hukukunda Para Birimleri”, Journal of Islamic Research, 25(1), [http://www.islamiarastirmalar.com/upload/pdf/525dac77fc\\_d60fb.pdf](http://www.islamiarastirmalar.com/upload/pdf/525dac77fc_d60fb.pdf).
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988) Osmanlı Devleti’nin Saray Teşkilâtı, Ankara, (TTK Basımevi), (Saray).
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1982) Osmanlı Tarihi, C. 1, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, (Tarih).

### **Düsturlar:**

- Düstur*, T. 1, C. 2, s. 399 (Köşe Sarrafları Hakkında Nizamnâme).
- Düstur*, T. 1, C. 2, s. 976 (Bank-ı Osmanî İmtiyaznâmesiyle Nizamnâmesi).
- Düstur*, T. 1, C. 3, s. 268.
- Düstur*, T. 1, C. 3, s. 231.
- Düstur*, T. 1, C. 4, s. 411 (Meskûkât Komisyonu’nun Vezâifi Hakkında Talimat).
- Düstur*, T.1, C. 4, s. 346.
- Düstur*, T. 1, C. 4, s. 748 (Bank-ı Osmanî İmtiyaznamesinin Suret-i Tadiline Dair Kararname)
- Düstur*, T. 1, C. 5, s. 387.

*Düstur*, T.1, C. 5, s. 498.

*Düstur*, T. 1, C. 5, s. 990 (Elli Milyon Kuruşluk Mecidî Aksâmının Darbı Hakkında Nizamnâme).

*Düstur*, T.1, C. 6, s. 1395.

*Düstur*, T.1, C. 7, s. 341.

*Düstur*, T.1, C. 8, s. 575 (Esham ve Tahvilât Borsası Nizamnâmesi).

*Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 7, s. 771 (...., ....., 6 liralık Evrâk-ı Nakdiye İhracı ve Tedâvülünün Mecburiyeti Hakkında Kanun).

*Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 8, s. 892.

*Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 8, s. 331

*Düstur*, T. 2, C. 4, s. 376 (İstikraz-ı Mecburî Nizamnâmesi).

*Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 8, s. 332.

*Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 8, s. 333.

*Düstur*, Z1, s. 69.

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71199609306-c7.pdf>,  
(14.09.2019).

## EKSİK DÜZENLEMELER ALEYHİNE İPTAL DAVASI AÇMA YÖNTEMİ ÜZERİNE BİR İNCELEME\*

Dr. Öğr. Üyesi Özge Didem BOULANGER\*\*

### ÖZET

İdarenin düzenleyici işlemlerinin kapsamına alması gereken bazı kişi ve konuları kapsam dışı bırakmasına ilişkin bir kavram olan eksik düzenleme kavramı Türk hukuk doktrininde üzerinde fazla çalışılmamış bir kavramdır. Eksik düzenleme kavramının pek çok açılardan incelenmesi mümkündür. Konunun çok boyutlu olması, çeşitli açılardan incelenebilirliği nedeniyle çalışma eksik düzenlemeye münhasır olarak dava açma yöntemi açısından sınırlandırılmıştır.

Çalışmada idarenin düzenleme yetkisi, idarenin düzenleyici işlemleri ve eksik düzenleme kavramları tanımlanmış ve düzenleyici işlemlerin yargısal denetimleri aktarılmıştır. Özellikle eksik düzenleme durumunda iptal davası açabilme durumu kesin ve yürütülebilir işlem ile menfaat ihlali kavramları temelinde incelenmiştir.

Eksik düzenlenen işlem aleyhine mevcut İYUK hükümleri kapsamında iptal davasının açılabilirliği sorgulanmıştır. Bu bağlamda eksik düzenleme konusunda iptal davası açma yöntemi eksik düzenleme durumunda düzenleme kapsamında bulunmayan kişiler açısından değerlendirilmiştir. Mevcut İYUK hükümleri göz önünde bulundurularak eksik düzenleme durumunda zımni ret kurumunun uygulanabilirliği üzerinde durulmuş ve konuya Danıştay'ın yaklaşımı değerlendirilerek yasal durum ile Danıştay kararları arasında göz önünde bulundurulması gereken hususlara dikkat çekilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Düzenleyici İşlemler, Eksik Düzenleme, İptal Davası, Menfaat İhlali, Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.815381 - Geliş Tarihi: 23.10.2020 – Kabul Tarihi: 14.01.2021.

\*\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Ana bilim Dalı, didem.boulanger@ozyegin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9474-9471.

## A REVIEW ON BRINGING THE ADMINISTRATIVE ACTIONS TO THE COURT FOR THE UNDER INCLUSIVE STATUTORY INSTRUMENTS

### ABSTRACT

When administration uses its regulatory power by excluding particular people or themes, this process is called as under inclusive instruments. As this specific topic has not been studied enough in Turkish law doctrine, it is quite possible to review the concept from different points of view. The topic has numerous dimensions, we therefore prefer to limit our study with the under inclusive statutory instruments taken to the court.

In this study, the regulatory power of administration, administration's regulatory processes and under inclusive statutory instruments are defined. In addition, judicial control of the regulatory acts is examined. This study especially reviews under inclusive statutory instruments taken to the court as annulment actions under the concept of final administrative act.

The study scrutinises the method used in bringing these instruments to the court as an annulment action in the scope of the Procedure of Administrative Justice Act, especially for people who remain out of these regulations. Considering the Procedure of Administrative Justice Act, it has been discussed whether the silence of administration can be considered to be relevant to the Council of State's approach in relation to under inclusive statutory instruments.

**Key Words:** Regulatory Instruments, Under Inclusive Instruments, Annulment Actions, Judicial Control, Administrative Acts.

## GİRİŞ

Eksik düzenleme kavramı idarenin düzenleyici işlemlerinde bazı kişi, konu veya grupların idare tarafından kapsam dışı bırakılması anlamına gelmektedir. Eksik düzenleme söz konusu olduğunda kapsam dışı kalan kişi, konu veya grupların sehven mi yoksa idarenin takdir yetkisi dahilinde mi kapsam dışı bırakıldığı hususu belirsizdir. Türk İdare Hukuku doktrininde fazla çalışılmamış bir kavram olduğundan ve oldukça geniş kapsamlı olabilecek bu çalışmanın sınırlandırılması gerekliliği nedeniyle eksik düzenleme kavramı çalışmada idarenin yönetmelikleri ve adsız düzenleyici işlemlerinde olabilecek düzenleme eksiklikleri kapsamında İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) çerçevesinde ve dava açma usulü açısından sınırlandı. Bu noktada özellikle eksik düzenleyici işlemin tamamı veya sadece eksik düzenlenen kısmın dava konusu edilebilirliği üzerinde duruldu.

Pozitif hukuk açısından değerlendirdiğimizde eksik düzenlenen düzenleyici işlemlerin iptal davasına konu edilmesi mümkündür, ancak iptal davasının münhasıran düzenleme dışında kalan kişi, grup ve konular hakkında da düzenleme yapılmasına yönelik olarak eksik düzenlenen kısmın iptali için açılması durumunda düzenleme kapsamına alınmayan kişiler açısından bir idari işlem bulunmadığından, iptal davasının açılma usulünün İYUK hükümleri uyarınca incelenmesi öncelikle önemlidir. Buna göre örneğin bir yönetmeliğin bir maddesi birtakım kişi, konu ve alanları kapsam dışı bıraktığında kapsam dışı kalanlar yönetmeliğin tamamı aleyhine iptal davası açabilirler ancak sadece düzenlemenin eksik olan yönüne münhasır olarak iptal davasının açılması pozitif hukukta mümkün değildir, zira eksik düzenleme durumunda idare konu veya kişi ile ilgili herhangi bir irade beyan etmemektedir. Ancak düzenlemenin tamamı aleyhine dava açıldığında ve yargı yeri tarafından düzenleyici işlem iptal edildiğinde ise bu sefer düzenleme kapsamına alınan kişiler açısından hak kaybı ortaya çıkacaktır. Özetle eksik düzenleme durumunda idari yargıda sadece eksik düzenlenen hüküm aleyhine iptal davası açmak mevcut İYUK hükümleri kapsamında mümkün görünmemektedir. İdarenin kapsama almadığı kişi, konu ve alanla ilgili olarak olmayan iradesine karşı davanın ne şekilde açılacağı hususu açıklığa

kavuşturulmalı, bu kapsamda menfaat ihlali ve kesin ve yürütülebilir işlem kavramı incelenmelidir.

Eksik düzenleme durumunda İYUK 10 kapsamında idareye bir başvuru yaparak zımni red kurumunun işletilmesi ve bir bireysel karar elde edilerek bu karara karşı iptal davası açılması hususunun yargılama tekniği açısından uygunluğu incelenmelidir. Ayrıca Danıştay'ın konuya yaklaşımı da önemlidir ve çalışmamızda bu hususa da değinilmiştir.

Çalışmada eksik düzenlenen düzenleyici işlemlerin iptali istendiğinde iptal davası açabilmek için pozitif hukuk kapsamında izlenmesi gereken yöntem öncelikle incelenecek, ardından Danıştay'ın konuya yaklaşımına değinilecektir.

## **I. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ VE YARGISAL DENETİMLERİ**

### **A. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ**

İdarenin düzenleme yetkisi idarenin genel, objektif nitelikte, kişilere özgü farklılık arz etmeyen normlar koymasındadır. İdarenin düzenleme yetkisi, Anayasa'dan, kanunlardan, Cumhurbaşkanı kararnamesinden kaynaklanabilir ve ayrıca idare düzenleme yetkisine yürüttüğü faaliyetin doğası gereği sahip olmak zorundadır. Ulusoy'un da isabetle belirttiği gibi yürütme erkinin işlevini kanunları uygulamak olarak da kabul etsek, kanunu uygulamak için o kanunu yorumlamak ve açıklamak gerektiğinden, kanunun yorumlanmasını belirlemek, bunu kişilerin önceden öngörebilmesi için objektif şekilde düzenlemek ve duyurmak da esasen bir norm koymak yani düzenleme yapmaktır<sup>1</sup>. Kanun koyucunun her şeyi düzenlemesinin mümkün olmaması ve takdir yetkisinin kullanımının öngörülebilir ve objektif olması gerekliliği de idareye düzenleme yetkisi verilmesini bir zorunluluk haline getirmektedir.

1961 Anayasası yürütmeye temkinli yaklaşmış ve yasama – yürütme dengesini ve iş birliğini sağlamayı göz önünde bulunduran parlamenter rejimin standartlarından biraz ayrılarak yasamaya tabiri caizse biraz ayrıcalık

<sup>1</sup> **Ulusoy, Ali** (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.289.



tanınmış ve Tanör'ün tabiriyle yürütmeyi sıkıca frenlemişti<sup>2</sup>. Bu kapsamda 1961 Anayasası 6. maddesinde yürütme görevi olarak düzenlenmişti. 1982 Anayasası 8. maddesi yürütmeyi yetki ve görev olarak düzenlemiş ve yürütme yetki ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirileceğini söylemiştir. Bu değişiklik doktrinde yürütmenin yasama karşısında güçlendirildiği ve yürütme tarafından yasanın olmadığı yerde Anayasaya uygun olarak ilk elden düzenleme yapılması hususunda tartışmalara yol açmışsa da yürütme organının düzenleme yetkisinin türevsel ve bağlı nitelikte olduğu görüşü 1982 Anayasası döneminde de değişmemiştir<sup>3</sup>. Dolayısıyla 1982 Anayasası uyarınca da yürütmenin yasamaya bağlı türevsel nitelikte bir düzenleme yetkisi bulunduğunu söylemek mümkündür<sup>4</sup>.

Buna göre yürütme kuralı olarak ancak yasa koyucunun çerçevesini çizdiği alan içerisinde kanunların uygulamasını sağlamak, yürütme görevini yerine getirmek amacıyla türevsel ve bağımlı bir düzenleme yetkisine sahiptir. Türevsel nitelikteki düzenleme yetkisiyle yürütme organı, yönetmelikler ve yönerge, sirküler, esaslar, genelge, tebliğ gibi isimlerle adlandırılan adsız düzenleyici işlemler yapabilir<sup>5</sup>.

Bu bağlamda örneğin yönetmelikleri ele aldığımızda, Anayasanın 124. maddesi açıkça yönetmeliklerin kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için ve bunlara aykırı olmayacak şekilde çıkarılabileceğini söylemektedir. Dolayısıyla idare yönetmelikleri konusunda ancak türevsel bir düzenleme yetkisine sahiptir. Aynı hususu adsız düzenleyici işlemler için de söylemek mümkündür, zira adsız düzenleyici işlemler yönetmeliklerin tabii olduğu sınırlama ve esaslara tabidir<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> **Tanör, Bülent** (2019) İki Anayasa 1961 -1982, 6. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık A.Ş., s.104.

<sup>3</sup> **Ulusoy**, s.280.

<sup>4</sup> **Gürel, Esin** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.397.

<sup>5</sup> **Ulusoy**, s.280.

<sup>6</sup> Yürütmeye tanınan bu türevsel yetkinin istisnası 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Cumhurbaşkanına Anayasada belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle tanınmış asli düzenleme yetkisidir.

## B. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

İdarenin düzenleyici işlemleri idarenin tek yanlı işlemleridir ve Anayasa 125. madde hükmü gereği idarenin bütün eylem ve işlemleri gibi yargısal denetime tabidirler<sup>7</sup>.

Düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünen menfaat sahibi düzenleyici işlemin iptali için idari yargı yerinde iptal davası açabilir. İYUK 7. maddesi uyarınca, düzenleyici işlemler için idari yargıda dava açma süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren Danıştay ve idare mahkemelerinde 60 gündür. İYUK'un 8. maddesi uyarınca süreler tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

İdari yargı yeri ilk inceleme esnasında dava açma süresinin geçmiş olduğunu belirlediği takdirde, İYUK 15/1-b hükmü uyarınca davayı reddeder. Süre açısından reddedilen davaların tekrar açılması mümkün değildir<sup>8</sup>. Bir başka deyişle düzenleyici işlem yayımlandıktan sonra 60 günlük süre geçtiğinde artık düzenleyici işlemin tamamı ya da bazı hükümleri aleyhine iptal davası açmak mümkün değildir. Ancak düzenleyici işlemler açısından 7. madde hükmü farklı bir süre hesabı öngörmektedir, buna göre düzenleyici işlem uygulandığında, ilgililer düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine iptal davası açabilirler. Bu durumda düzenleyici işlemin uygulanması halinde dava açma süresi uygulama işleminin tebliği, yayınlanması veya ilanını izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>9</sup>.

Bu bağlamda örneğin 1960 yılında ilan edilen bir düzenleyici işlem 2020 yılında uygulandığı takdirde, düzenleyici işlem uygulanan kişi, 1960 yılında

---

Cumhurbaşkanı Kararnameleri Anayasal sınırlara uymak kaydıyla asli düzenleme yetkisine sahip düzenleyici işlemlerdir.

<sup>7</sup> “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” Anayasa madde 125/1.

<sup>8</sup> Süre ret kararları nihai karar olduklarından ilgisine göre istinaf veya temyiz yoluna başvurmak mümkündür. **Çağlayan, Ramazan** (2018), İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s.303.

<sup>9</sup> **Evren, Çınar Çan** (2013) “İdari Yargıda Uygulama İşlemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII, S:1, s.1411.

ilan edilmiş düzenleyici işlem, uygulama işlemi veya her ikisi aleyhinde dava açılabilir. Dolayısıyla uygulama işlemi ile birlikte, dava açma süresi tabiri caizse canlanmış olur. Bu durumda menfaat sahibi kişi, üçlü bir seçeneğe sahiptir:

- Sadece düzenleyici işlemin uygulaması niteliğindeki bireysel işlem aleyhine dava açılabilir,
- Sadece düzenleyici işlem aleyhine açılabilir,
- Düzenleyici işlemle uygulama işlemi olan bireysel işleme karşı birlikte dava açılabilir.

İşlemin ilgilisi sadece uygulama işleminin veya sadece düzenleyici işlemin iptalini talep ederse, bu durumda doğal olarak işlem hangi yargı merciinin görevine giriyorsa o mahkemede yargısal denetime tabi tutulacaktır, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlem aleyhinde iptal davası açıldığında ise görevli mahkeme, normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan işleme göre belirlenir<sup>10</sup>.

Düzenleyici işlemin iptali davaları Danıştay Kanunu 24. maddesi uyarınca Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açıldıkları takdirde veya Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki<sup>11</sup> düzenleyici işlemler söz konusu olduğunda Danıştay'da açılır. Diğer durumlarda idare mahkemeleri görevlidir. Danıştay Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca Danıştay, idari dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurullarında temyizen incelenir. Dolayısıyla Danıştay Kanunu madde 24'de belirtilen durumlarda ve dava ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açıldığında, bu davanın temyiz incelemesi Danıştay tarafından ancak bu defa İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından gerçekleştirilecektir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay dava daireleri kararlarına karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabileceği, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 38. maddesinde İdari

---

<sup>10</sup> Evren, s.1409.

<sup>11</sup> Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Anayasa Mahkemesi'nde yargısal denetime tabi tutulur, Anayasa md 148.

Dava Daireleri Kurulunca idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararların temyizen inceleneceği, 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 4. fıkrasında da idare mahkemelerinin bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebileceği öngörülürken, Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları kararlarına uyulmasının zorunlu olduğu belirtilerek, Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların temyizen bozulması halinde ise ısrar olanağı tanınmamıştır.

## II. EKSİK DÜZENLEME KAVRAMI

İdare türevsel nitelikte, bağımlı düzenleme yetkisini kullanırken takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda veya bağılı yetki içerisinde olduğunda belirli kişi, konu veya grupları düzenlediği işlemin kapsamına dahil etmesi gerekirken, bilinçli olarak veya sehven bu kişileri kapsam dışı bıraktığında eksik düzenlemeden bahsetmek mümkündür.

Ulusoy eksik düzenleme kavramını şu şekilde tanımlar: “İdarece yapılan bir düzenlemenin eksik olması ve bu bağlamda düzenleme ile tanınan hakların söz konusu düzenlemede bazı kişi, grup veya kategorilerin kapsam dışında bırakılması veya kapsama alınmaması nedeniyle bu kişi, grup veya kategorinin bu haklardan yararlanmasının mümkün olmaması halinde Danıştay içtihadı uyarınca ortada eksik düzenleme vardır”<sup>12</sup>. O halde eksik düzenleme kavramı söz konusu olduğunda idarenin düzenleyici işlemin kapsamına alması gerektiği düşünülen belirli kişi, konu veya grupları kapsam dışı bırakması söz konusudur.

Eksik düzenleme kavramı Danıştay içtihatlarında sık kullanılan bir kavram da olsa Anayasa Mahkemesi de eksik düzenleme nedeniyle kanunların iptali kararını vermektedir. Anayasa Mahkemesi, kanunların aynı konumda bulunan kişilerin bir kısmını kapsama almaması durumunu eksik düzenleme olarak nitelendirmektedir<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Ulusoy, s.288.

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi bir konuda hiç bir düzenleme bulunmadığında bu durumu eksik düzenleme olarak kabul etmemekte, eksik düzenleme durumunda, kanunun aynı konumda olanlardan kimilerini (bir kısmını) kapsamına almış olması gerektiğini söylemektedir. “Hiç

Anayasa Mahkemesi tarafından eksik düzenleme kapsamında gerçekleştirilen yargısal denetimlerde, iptal davasına konu olan kanunun bazı kişileri kapsam dışında bırakmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine, dolayısıyla Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine uygunluklarının değerlendirilmesi hususu söz konusudur<sup>14</sup>. Anayasa Mahkemesi, eksik düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturması hâlinde kuralı Anayasaya aykırı bulmakta ise de, Mahkeme'nin pek çok kararında kanun koyucunun bir konuyu düzenlerken, benzer durumlardaki bazı kişileri veya benzer kurumları düzenleme kapsamına almamasının ve bunlar arasında farklı uygulamalara sebep olabilecek bir düzenleme eksikliği bırakmasının veya isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin iptal nedeni sayılmayacağı söylenmiştir, zira bu hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Buna göre, özde Anayasaya aykırı düşmeyen, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine

*düzenlenmemiş bir konuda eksik düzenlemeden söz edilemeyeceğinden...*"Anayasa Mahkemesi, E:2003/32, K:2003/39, T: 07.05.2003, www.legalbank.net, s.e.t. 08.02.2020.

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi, E:2002/157, K:2006/97, K.T. 04.10.2006, RG Tarihi: 27.03.2007, RG Sayısı:26475 söz konusu kararın karşı oy yazısında "...Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında, Anayasa'nın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa'nın iptalini gerektirmeyeceği açıkça ifade edilmiştir" görüşüne yer verilmiştir; Anayasa Mahkemesi, E:2013/126, K:2014/17, K.T. 29.01.2014, RG Tarihi:09.05.2014, RG Sayısı:28995; Anayasa Mahkemesi, E:2013/101, K:2014/63, K.T. 27.03.2014,, RG Tarihi: 22.07.2014, RG Sayısı:29068; "...iptali istenilen kuralda, idarece naklen atanan kamu görevlilerine harcırah ödenmesi öngörülürken, ilk defa devlet memurluğuna atanan kişilere harcırah ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer almamasının, Anayasası'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine ve 2. maddesinde ifade edilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür...Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz...Bu durumda, ilk defa devlet memurluğuna atananlar ile halen devlet memuru olup da naklen ataması yapılanlar aynı hukuksal konumda bulunmamaktadırlar. Yukarıda da belirtildiği üzere, ilk defa devlet memurluğuna atanan kişiler kamu görevlisi sıfatını, görevlerine başladıkları tarihten itibaren kazandıklarından ve görevlerine başlamadıkları sürece kamu görevlisi sayılmadıklarından, atandıkları görev yerlerine ulaşmaya kadar üstlendikleri giderlerin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir" Anayasa Mahkemesi, E:2006/44, K:2008/81, K.T. 20.03.2008, RG Tarihi: 28.05.2008, RG Sayısı: 26889.

aykırı olmayan ve düzenlenmesi kanun koyucunun takdirinde olan bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunduğu takdirde, bu istem Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilir<sup>15</sup>.

Yukarıda aktarıldığı üzere idarenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetimleri, idari yargıda yapılır<sup>16</sup>. Danıştay içtihatları incelendiğinde de eksik düzenleme kavramının kullanıldığı görülmektedir. Yargısal içtihatlarla göre idarenin düzenleme yetkisini kullanırken düzenlemenin kapsamı gereken belirli, konu, kişi veya grupları kapsama almaması hususu eksik düzenleme olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, Danıştay idarenin düzenleyici işlemlerine ilişkin olarak, düzenleyici işlemin kapsamına alınması gerekli kişilerin veya konuların kapsama dahil edilmemesi<sup>17</sup> ya da belirli idare ve

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, E:2004/103, K:2008/121, K.T. 12.06.2008, RG Tarihi: 23.12.2008, R.G.Sayısı:27089; Anayasa Mahkemesi, E:2010/97, K:2011/173, K.T. 22.12.2011, RG Tarihi:14.02.2012, RG Sayısı:28204; “*Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Yasa koyucunun, memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışındaki çalışanlarla ilgili olarak, Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalmak, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun görevin gereklerini ve yapılan işin özelliğini gözeterek farklı kurallar öngörmesinde eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık yoktur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.*” Anayasa Mahkemesi, E:2011/81, K:2012/78, K.T. 24.05.2012, www.legalbank.net, s.e.t.:04.04.2020.

<sup>16</sup> Cumhurbaşkanı (CB) Kararnamesi ’nin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi’nde yapılır, Anayasa madde 148.

<sup>17</sup> Örneğin Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin (c) bendinde idare memurluğuna yer verilmemesi üzerine eksik düzenleme yapılmasından hareketle açılan davada, idare memurluğunun, cezaevi müdürleri ile infaz koruma memurları arasında yer alan ara kademe bir yöneticilik olduğu, müdür bulunmayan cezaevlerinde müdürlük görevini yürüttüğü gözönüne alındığında, görevin önem ve özelliği nedeniyle cezaevi müdürlerine ve infaz koruma baş memurlarına silah taşıma ruhsatı verilebilmesine karşın, sözü edilen iki kamu görevlisinin arasında ara kademe yönetici konumundaki, idare memurlarına silah taşıma ruhsatı verilmeyeceğine ilişkin eksik düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından söz konusu düzenleme iptal edilmiştir. Danıştay 15. Daire, E:2017/2721, K:2018/1199, T: 06.02.2018, benzer şekilde Danıştay 11. Daire, E:2002/1106, K:2004/4713, T: 23.11.2004, www.legalbank.net, s.e.t.:05.03.2020.; Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2016/619, K:2018/4523, T: 07.11.2018, yayınlanmamış karar; Ek olarak Danıştay 15.Daire, E:2015/6082, K:2017/1636, T:

kurumların düzenleyici işlem kapsamına alınmaması durumunda eksik düzenleme kavramı çerçevesinde yargısal inceleme gerçekleştirilmektedir<sup>18</sup>.

Bilindiği üzere idari yargı yerinde dilekçeler öncelikle İYUK madde 14 'de belirlenmiş olan ilk inceleme konularına göre incelenir. İlk inceleme konularında bir hukuka aykırılık bulunmadığı takdirde, dosya tekemmül etmiş olur ve dosyanın esas incelemesine geçilir.

İYUK madde 14 uyarınca dilekçelerin ilk incelemesinde görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, kesin ve yürütülebilir işlem kavramıyla menfaat ihlali kavramlarının mevcudiyetinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu bağlamda İYUK kapsamında eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilirliği hususunu sadece eksik düzenleme durumunda değişiklik gösterebilecek ilk inceleme konuları açısından değerlendirmek gerekir.

### III. EKSİK DÜZENLEMENİN İYUK KAPSAMINDA İPTAL DAVASINA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ

İptal davalarının esas şartını hukuka aykırılık teşkil eder<sup>19</sup>. Hukuka aykırılık bulunması durumunda dava konusu idari işlem iptal edilir. İYUK 2 idari dava türlerini şu şekilde sınırlamıştır:

*“a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan*

10.04.2017, (söz konusu karar, Danıştay İdari dava Daireleri Kurulu, 18.03.2019, E:2017/3778, K:2019/1151, sayılı kararıyla onanmıştır), yayımlanmamış kararlar.

<sup>18</sup> “Bu durum karşısında, T.C.Turizm Bankası A.Ş.nin deplanlama işi yapan resmi kuruluşlar arasında sayılması gerekirken, yönetmeliğin dava konusu yapılan 6. maddesinin (F) bendinin eksik düzenlendiği açıktır”. Danıştay 6.Daire, E:1989/691, K:1991/2225, T: 05.11.1991, www.legalbank.net, s.e.t.:06.03.2020.

<sup>19</sup> **Mermut, Güler** (1976) İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Güneş Matbaası, s.301.

*tam yargı davaları, c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*". İYUK hükmü uyarınca, iptal davasının idarenin gerçekleştirdiği "idari işlemler" aleyhine açılması gerekir, bir başka deyişle, kanun açıkça iptal davalarının konusunu idari işlem olarak belirlemiştir.

Eksik düzenleme açısından ilk incelemede diğer idari işlemlerin yargısal incelemelerinden ayrılan husus menfaat ihlali ve kesin ve yürütülebilir işlem kavramlarıdır. Zira eksik düzenleme durumunda kapsam dışı bırakılan kişi, konu ve gruplar açısından düzenlenmiş bir idari işlem bulunmadığından dava açabilmek için gerekli olan kesin ve yürütülebilir işlemin varlığı şartı gerçekleşmemiş olmaktadır. Ayrıca menfaat ihlali şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu da irdelenmelidir, zira iptal davası açılabilmesi için ön koşul olarak davacının menfaatinin ihlali gerekir. Düzenleme kapsamına alınmayan kişilerin dava açması durumunda menfaat ihlalinin söz etmek mümkün müdür?

## **A. MENFAAT İHLALİ EKSİK DÜZENLEME DURUMUNDA MEVCUT MUDUR?**

İptal davası açabilmek için davacının objektif ve subjektif dava ehliyeti bulunmalıdır. Objektif dava ehliyeti, davaya taraf olma, dava açma ve açılan davayı takip etme yeterliliğidir, objektif dava ehliyeti hususunda İYUK madde 31 doğrudan HMK'ya atıf yapmıştır. Bu bağlamda objektif ehliyetle ilişkin HMK 50 ve 56. maddede düzenlenen ehliyet hükümleri idari yargılamanın özellikleri dikkate alınarak uygulanacaktır.

İptal davalarında amaç idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlamaktır. Ayrıca iptal davalarında idarenin hukuk kurallarını ihlal eden bir işlemi (tasarrufu) söz konusudur, dolayısıyla bu işlemle yakın ilgisi olan kişiler (menfaati ihlal edilenler) işlemin ortadan kaldırılmasını ve hukuk düzeninin korunmasını isterler<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Mermut, s.298.



Ancak yine de davacıların yargı yerlerini gereksiz meşgul etmelerini engellemek açısından ve dava da ciddiyetin temin edilmesi için işlemin iptalinde menfaat ihlali bulunmayan kişilerin iptal davası açamayacakları öngörülmüştür. Bu nedenle iptal davası açabilmek için objektif dava ehliyeti yanı sıra menfaat ihlali gerekir ki bu durum subjektif dava ehliyeti olarak adlandırılır<sup>21</sup>. Esasen her somut olay ve dava da subjektif dava ehliyetinin varlığı kendi koşulları içerisinde değerlendirilmekte ve kesin tanım verilmemektedir<sup>22</sup>. Ancak genel olarak menfaat maddi veya manevi nitelikte bir ilgi olabilir, gerçekten de ciddi ve makul olması kaydıyla manevi bir ilgi de menfaat ihlali için yeterlidir. Bu menfaat bir alaka ya da subjektif bir hak, bir başka deyişle hukuken himaye edilmiş bir menfaattir<sup>23</sup>.

Tam yargı davalarında ihlal edilen hak davanın esasını ve temelini oluşturmaktadır, tam yargı davaları bu temel üzerine kurulmuştur, oysa iptal davalarında menfaat davanın esasına ilişkin olmayan davanın dinlenilmesi için aranılan usul ve şekil şartıdır<sup>24</sup>. Menfaat ihlali şartı, davanın esasını ile ilişkili değildir. Dolayısıyla iptal kararının verilmesinde etkin rol oynamaz. Kişinin menfaati ihlal edildiğinde dava kabul edilir ancak işlemin unsurlarında bir sakatlık yoksa dava reddedilir, dolayısıyla esas incelemesinde menfaat ihalinin bir önemi yoktur<sup>25</sup>.

Her halükarda menfaatin meşru, kişisel ve güncel menfaat olması lazımdır. Güncel menfaat, geleceğe dönük olmayan, davanın açıldığı sırada

---

<sup>21</sup> Karahanoğulları, idari işlemlerin doğrudan muhatabı olmayan 3. kişilerin hukuka aykırılık iddiası ile iptal davası açabilmelerine ilişkin menfaat ihlali terimini kullanmak yerine ilgi bağı kavramını kullanmaktadır. **Karahanoğulları, Onur (2007)** “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:62, S:03, s.202.

<sup>22</sup> **Erdem, Jülide Gül (2017)** “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, Memleket Siyaset Yönetim (MSY), C:12, S:27, s.111.

<sup>23</sup> Hak dava ile korunmuştur, bu bağlamda hak sahibi hakkına zorla riayet ettirebilirken menfaat söz konusu olduğunda menfaat ihlalini adli yargıda dava konusu etmek mümkün değildir. **Artumaç, Sadık (1950)** Bizde İdarenin Murakabesi, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, s.419.

<sup>24</sup> **Onar, Sıddık Sami (1952)** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Marifet Basımevi, s.1233.

<sup>25</sup> **Onar**, s.1233.

mevcut olan menfaattir. Meşru menfaatse hukuksal olarak geçerli sayılan menfaattir. Meşru menfaat mevzuattan doğar. Eksik düzenleme de tartışılması gereken husus hakkında düzenleme yapılmayan kişilerin iptal davası açabilmek için kişisel menfaatlerinin var olup olmadığını belirleme noktasındadır. Zira bu kişiler yönünden değerlendirildiğinde haklarında gerçekleştirilmiş bir idari işlem bulunmadığından düzenleme kapsamına alınmayan kişi, konu ve grupların kapsam dışı bırakıldıkları hüküm aleyhine iptal davası açmada menfaat ihlalinin varlığından söz etmek mümkün müdür?

Bu bağlamda kişisel menfaat kavramını tanımlamak gerekir. Kişisel menfaat idari işlemin kişiyi etkilemesidir. Danıştay kişisel menfaat kavramını şu şekilde açıklamıştır; *“iptal davasına konu olan işlemin davacının menfaatini ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için, davacıyı etkilemesi, yani davacının kişisel menfaatini ihlal etmesi, işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde, kişilerin kendisine etkisi bulunmayan, menfaatlerini ihlal etmeyen idari işlemler hakkında da iptal davası açma hakkı doğar ve bu durum idarenin işleyişini olumsuz etkiler”*<sup>26</sup>. Onar kişisel menfaati kararın doğrudan veya dolaylı olarak davacıyı etkilemesi olarak tanımlamaktadır<sup>27</sup>. Kişisel menfaat denildiğinde, iptal davasına konu edilen işlemle bozulmuş, doğmasına engel olunan hukuksal bir durum olmalı ve davacının bu hukuksal durumun tarafı olmak istemektedir.

Kişi, grup ve konularla ilgili olarak eksiklik içeren düzenleyici işlemin, menfaat kavramını geniş yorumlayarak, kapsamına almadığı kişi ve grupların menfaatini ihlal ettiğinin kabulü gerekir. Zira eksik düzenleme konusu yapılan düzenleyici işlemin eksik düzenlenen hükmü dikkate alındığında her ne kadar

---

<sup>26</sup> Danıştay 6. Daire, E:2002/4828, K:2004/1634, T:17.03.2004, Benze şekilde, Danıştay 10. Daire, E:1990/1213, K: 1990/1115, T: 21.05.1990; Danıştay 6. Daire, E: 2009/13701, K:2010/5942, T: 09.06.2010, *“Bu durumda İdare Hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için gerçek ya da tüzel kişiler ile dava konusu edilen işlem arasında makul, aktüel bir ilişkinin, diğer bir deyişle menfaat bağının varlığının yeterli bulunduğu açıktır. Öte yandan idari yargıda iptal davalarının, idari işlemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabilceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır”* Danıştay 5.Daire, E:2003/2079, K:2003/3335, T: 28.07.2003, www.legalbank.net, s.e.t.: 03.03.2020.

<sup>27</sup> Onar, s.1233.

kapsam dışı kişi, konu ve gruplar açısından mevcut bir idari işlemde söz edilemese de davacıyı ilgilendiren dolaylı bir durum, davacının iptali istenen işlemin bütünüyle ciddi ve makul ilişkisinden söz etmek mümkündür. Dolayısıyla eksik düzenleme konusu işlemin hukuk sistemi içerisinde kalması davacının menfaatini ihlal eder niteliktedir. Zira kişi, konu ve gruplar eksik düzenleme ile düzenlemenin kapsamında bulunması gerekirken, kapsam dışı bırakılmıştır, dolayısıyla kanaatimizce menfaat ihlali kavramının eksik düzenleme durumunda gerçekleştiğini kabul etmek, kapsam dışı bırakılan kişi, konu ve gruplar açısından menfaat ihlalinin bulunmadığı sonucuna ulaşmamak gerekir.

Menfaat ihlaline ilişkin incelediğimiz Danıştay kararlarının biri hariç tamamında menfaat ihlali sorgulanmamış, kararlarda Danıştay eksik düzenleme sebebiyle eksik düzenleme konusu işlemle ilgili kişinin, menfaat ihlalinin mevcut olduğunu kabul etmiştir<sup>28</sup>.

Bu bağlamda eksik düzenleme durumunda kişisel menfaat ihlali bulunması hususunun yargısal incelemesinde Danıştay, sadece bir kararında menfaat ihlali bulunmadığından davayı reddetmiştir. Danıştay öncelikle menfaat ihlali kavramını tanımlamıştır, bu tanıma göre menfaat ihlali, kişisel, meşru, güncel bir menfaatin bulunması ve işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkidir. Bu bağlamda menfaat ilişkisinin bulunması hususu değerlendirilirken, Mimarlar Odası tarafından bir yönetmelikte gerçekleştirilen düzenlemede mimar unvanının kullanılmaması nedeniyle, eksik düzenleme kapsamında açılan davayı söz konusu tebliğin ilgili maddesi aleyhine açılan iptal davasının *“yalnız mühendis unvanlı personeli ilgilendiren hususları kurala bağladığı göz önüne alındığında, davacı Mimarlar Odasının anılan bendin iptalini istemekte menfaatinin bulunmadığı”* gerekçesiyle reddetmiştir<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2016/619, K: 2018/4523, T: 07.11.2018; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 05.02.2020, YD itiraz no: 2019/1135; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2017/438, K:2019/1290; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2017/3778, K:2019/1151, T: 10.04.2017; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD itiraz no: 2014/1238, T: 09/02/2015, yayımlanmamış kararlar.

<sup>29</sup> Danıştay 2 Daire, E:2016/7182, K:2017/7929, T: 14.12.2017, yayımlanmamış karar.

Bu karar dışında eksik düzenlemeye ilişkin olarak, menfaat ihlali nedeniyle reddedilen davaya tarafımızdan rastlanmamıştır.

## B. EKSİK DÜZENLEME VE KESİN VE YÜRÜTÜLEBİLİR İŞLEM KAVRAMI

Dava açmakta amaç belirli bir konuda mahkemeden hukuksal himaye talep etmek olduğundan her davanın bir konusu vardır ve konusuz veya bir hakkın korunması talebini içermeyen ya da hakkın hüküm altına alınmasına ilişkin olmayan bir dava düşünülemez<sup>30</sup>. İptal davaları da idari işlemlere karşı açılır. Bu bağlamda iptal davası açabilmek için bir idari işlem mevcut olmalıdır ve idari işlemin iptal edilebilmesi için söz konusu işlem idari işlemin unsurlarından yetki, şekil, sebep, konu, maksat unsurlarından bir veya birkaçı açısından hukuka aykırı olmalıdır. Kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı takdirde, dava konusu da yok demektir<sup>31</sup>.

Gerçekten de İYUK kapsamında dava açılabilmesi için idarenin ilgililer hakkında işlem ya da eylem tesis etmiş bulunması gerekir. Zira ülkemizde mevcut idari rejimin bir gereği olarak, idari yargı yerlerinin idareye emir ve direktif vermeleri mümkün olmadığından yargı yerleri ancak idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimlerini gerçekleştirerek, iptal kararı verebilirler veya tazminata hükmedebilirler<sup>32</sup>. Bu bağlamda önceden idare tarafından gerçekleştirilmiş bir işlem ya da eylem yoksa, idari yargı yerlerini harekete geçirmek kural olarak hukuken imkansızdır<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> **Kaplan, Gürsel** (2016) İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.195.

<sup>31</sup> **Artumaç**, s.138.

<sup>32</sup> **Çırakman, Erol** (1976) İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Ankara: Güneş Matbaası, s.203.

<sup>33</sup> **Çırakman**, s.203, Ulusoy, eksik düzenlemenin iptalinin orijinal ve pratik olduğu kadar teknik hukuk açısından sorunlu olduğunu söylemektedir. **Ulusoy**, s.203. İdare tarafından gerçekleştirilen bir işlemin idari yargı yeri tarafından iptal edilmesi durumunda iptal kararı idareyi belirli bir işlem yapmaya zorlamaktadır ancak unutulmaması gerekir ki bu durumda iptal kararını vermiş olan yargı yeri değil, "hukuk" idareyi iptal kararı doğrultusunda işlem yapmaya zorlamaktadır. **Günday, Metin** (1990) 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı

Günday<sup>34</sup>Anayasanın 125/4 maddesinde yer alan “*yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*” sınırlamalarından şu çıkarımın yapılabileceğini söylemektedir<sup>35</sup>: Yargı ve yürütme farklı devlet işlevleri olduğundan idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez. Bu bağlamda idarece gerçekleştirilmiş bir idari işlem bulunmadığı takdirde, idari yargı yerinin idareyi bir işlem yapmaya zorlayacak karar vermesi mümkün değildir. Sarıca’da bir karardan söz edebilmek için, hukuki bir tasarrufun var olması gerektiğine ve bu tasarrufun tek taraflı olması gerektiğine işaret etmektedir<sup>36</sup>.

Bu bağlamda, kesin ve yürütülebilir işlemin mevcudiyeti iptal davalarının görülebilmesi için şarttır. Kesin ve yürütülebilir işlem kavramı ilk başlarda “doğrudan doğruya icra ve infaz kabiliyeti bulunan idari kararlar” veya “katı mahiyette olan idari tasarruflar” şeklinde formülize edilmişken, altmışlı yıllarda “kesin ve resen icrası kabil mahiyette idari kararlar” şeklinde sonraları da “kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlem” kavramlarıyla ortaya konmaya başlamıştır<sup>37</sup>.

---

denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası, s.144.

<sup>34</sup> **Günday**, s.144.

<sup>35</sup> Günday söz konusu çıkarımları yaptığında madde şu şekildeydi: “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*”.

<sup>36</sup> **Sarıca, Ragıp** (1949), İdari Kaza, Cilt 1 İdari Davalar, İstanbul, Ercan Matbaası, s.13.

<sup>37</sup> **Erkut, Celal** (1990) “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası, s.109. “*Bilindiği gibi, idari işlemlerin İdari davaya konu olabilmeleri için, kesin ve yürütülebilir olma niteliklerini birlikte taşımaları gerekmektedir. Başka bir anlatımla, işlemin yürütülebilir duruma gelmesi, mevzuatta öngörülen unsurları taşıması ve uygulamaya konulmaya hazır bulunması iptal davası için zorunlu koşullardan birisidir. Ön işlemler ise, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin ortaya çıkarılmasına yönelik hazırlık işlemleridir ve tek başına kişiler üzerinde*

Yürütülmesi gereken ve kesin işlem birbirinden farklı anlamları ihtiva eden kavramlardır. İdari işlemin kesinliği ile kastedilen idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması yani, “*idari işlemi yapan makamın gerekli usul sürecini geçirerek; iradesini net şekilde ortaya koymasıdır*”<sup>38</sup>. İşlemin icrailiği ise icrai idari işlem, etkili işlem gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Artumaç, icrai kararı idare tarafından resen icrası mümkün tarzda açıklanan irade beyanı olarak tanımlamaktadır<sup>39</sup>.

Danıştay kesin ve yürütülmesi gereken işlem kavramını şu şekilde açıklamaktadır: “Bir işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem sayılabilmesi ise, işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu doğrudan etkileyebilmesine bağlıdır”<sup>40</sup>.

Gerçekten de iptal davası açabilmek için, idare tarafından kamu gücüne dayanarak tek yanlı irade beyanıyla tesis edilmiş olan, hukuk düzeninde değişiklik meydana getiren, kısacası ilgililerin hukukuki durumunu etkileyecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken (icrai) bir işlem bulunması gerekir<sup>41</sup>. Bu husus pozitif hukukta da yer bulmuştur. İşlem kesin ve yürütülebilir nitelikte değilse, İYUK 15/1-b uyarınca dava reddedilecektir ki

---

*hukuksal etki yaratmazlar. Bu nedenle iptal davasına konu edilemezler*”. Danıştay 13. Daire, 12.09.2011, E:2011/2383, K: 2011/3671, www.lexpera.com, s.e.t.: 03.03.2020.

<sup>38</sup> **Yılmaz, Dilşat** (2017) “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XXI, S: 2, s.109.

<sup>39</sup> **Artumaç**, s.414.

<sup>40</sup> Danıştay 3. Daire, E:2003/1501, K: 2004/703, T: 11.03.2004; Benzer şekilde Danıştay 6.Daire, E:1997/4788, K:1998/5520, T:17.11.1998; Danıştay 4.Daire, E:2007/5821, K:2008/3601, T:15.10.2008; Danıştay 14. Daire, E:2011/5212, K:2011/7, T: 01.06.2011, www.legalbank.com, s.e.t.:03.03.2020. Kaplan Danıştay’ın kesin ve yürütülebilir işlem tanımına uygun düşmeyen kararı da olduğunun altını çizmekte, kesin ve yürütülmesi gereken işlem kavramının somut olay ve durumlara göre değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. **Kaplan**, s.199.

<sup>41</sup> **Karavelioğlu, Celal** (2016) Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s.65.

işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli işlem olma vasfı yargı yeri tarafından resen araştırılır<sup>42</sup>. Kesin ve yürütülebilir işlem kavramı açısından işlemin düzenleyici veya bireysel işlem olmasının önemi bulunmaz, düzenleyici işlemler de bireysel işlemler gibi kesin ve yürütülebilir nitelikte olmalıdır. Ancak idarenin açıkladığı iradenin hukuk alanında herhangi bir değişiklik yaratmaması durumunda işlemin icrai olmayan yani etkisiz işlem olduğu ve iptal davasına konu edilemeyeceği kabul edilir<sup>43</sup>.

İşlemin icrailik özelliğinin bulunması içinse yürürlüğe girmiş olması gerekmemektedir, henüz yürürlüğe girmemiş işlemler de icrailik vasfını taşıyor olabilirler, ancak yürürlüğe girmeden işlemin dava konusu yapılamaması işlemin icrai olmasından kaynaklanmamakta, menfaat ihlali koşulundan kaynaklanmaktadır<sup>44</sup>. Bu bağlamda icrai kararın icra edilmesi gerekmez, icra edilebilir nitelikte olması yeterlidir. Ancak bu takdirde icrai karar idare davaya konu teşkil edebilir<sup>45</sup>.

Tüm bu anlatılanlar göz önünde bulundurulduğunda, münhasıran düzenleme dışında kalan kişi, grup ve konular hakkında düzenleme yapılması istemiyle dava açılması mümkün değildir. Bir başka deyişle, eksik düzenleme söz konusu olduğunda iptal davasının eksik düzenlenen maddeye münhasır olarak açılması pozitif hukuk yaklaşımıyla, mümkün değildir. Zira kapsam dışı bırakılmış alanlarla ilgili olarak mevcut, düzenlenmiş bir idari işlem bulunmamaktadır. O halde, İYUK hükümleri göz önünde bulundurulduğunda düzenleyici işlem aleyhine münhasıran eksik düzenlemeye ilişkin olarak dava açılması durumunda, bir başka deyişle düzenleyici işlemin eksik kalan yönüne yönelik dava açıldığında, kesin ve

<sup>42</sup> Kesinleşmemiş bir idari işleme karşı dava açıldığı takdirde, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçe ilgili idari mercie iletilir, yürütülmesi gerekli bir işleme karşı dava açıldığı takdirde, ortada dava konusu yapmaya elverişli bir işlem olmadığından karar verilmesine yer yoktur denilerek dava ön koşullar açısından reddedilir. **Kaplan**, s.200.

<sup>43</sup> **Çağlayan**, s.439. İdarenin görüş bildiren işlemleri, iç yapısı ve işleyişi ile ilgili işlemleri gibi işlemler, kendi başlarına hukuksal sonuçdoğurma gücüne sahip olmadıklarından dava konusu yapılamazlar. **Kaplan**, s.198.

<sup>44</sup> **Çağlayan**, s.437.

<sup>45</sup> **Artumaç**, s.415.

yürütülebilir işlem olmadığından davanın ilk incelemede idari yargı yerince reddi gerekir.

Bu bağlamda İYUK kapsamında yapılması gereken eksik düzenlendiği düşünülen düzenleyici işlemin tamamını iptal davasına konu etmektir, bu şekilde düzenleyici işlemin tamamı aleyhine iptal davası açılacak ve yargı yeri incelemesinde hukuka aykırılık söz konusuysa düzenleyici işlemin tamamı iptal edilebilecektir.

Ancak bu noktada bir sorunla karşı karşıyayız, düzenlemenin tamamı aleyhine iptal davası açılıp bu sebeple iptal kararı alındığında, bir başka deyişle sadece eksik düzenleme değil, düzenlemenin tamamının iptal edilmesi durumunda, esasen düzenleyici işlemin iptalinden beklenen yarar sağlanamayacaktır. Zira düzenleyici işlem bir kısım kişi, konu veya grup hakkında düzenleyici hükümler içermektedir ve iptal durumunda düzenleyici işlemin kapsama aldığı diğer kişi, konu ve gruplar açısından hak kaybı ortaya çıkacaktır. Bu nedenle İYUK'a uygun olarak davanın açılması ve hukuka aykırılık mevcut olduğu takdirde, düzenlemenin tamamının iptal edilmesi, iptal kararından beklenen faydayı yaratmayacak niteliktedir.

### **C. EKSİK DÜZENLEME DURUMUNDA ZİMNİ RED KURUMUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ**

Yukarıda anlatıldığı gibi bizim idari yargı usul hukukumuzda düzenlenmemiş bir işlem aleyhine (sadece eksik düzenlenmiş hükme münhasır) dava açılması mümkün değildir ve idareyi işlem yapmaya zorlayacak bir dava türü de bulunmamaktadır. Ancak bizim hukuk sistemimizde gerçekte olmayan bir karara, bireysel işleme karşı, dava açabilmenin istisnai bir yolu bulunmaktadır; zımnî red kurumu. Zira zımnî red kararı ile idarenin belli bir işlem yapmaya zorlanmasından söz etmek mümkündür.

Önceleri kamusal idarenin karar almadığı durumlarda, yani idarenin herhangi bir işlemi bulunmadığında idari yargıda dava açılmayacağı söylenirdi, gerçekten idarenin karar almadığı durumlarda idari yargı yerinin karar alması sakıncalı bir durumdur, zira yukarıda açıklandığı üzere, idari



yargı yerlerinin idare yerine geçerek karar vermesi ile görevlendirilmesi yargı yerlerini ağır bir yük altında bırakacağı gibi yargı rolünü çok fazla genişleterek idari yargı yerini bir nevi idarenin amiri durumuna getirecektir<sup>46</sup>. Hatta Laferrière “*idarenin susması dava konusu olamaz*” dahi demiştir<sup>47</sup>. Ancak zamanla bu görüşün idare edilenlerin haklarını korumadığı görülmüş ve çeşitli olasılıklar düşünülmüştür<sup>48</sup>.

İdarenin hareketsizliğine bir sonuç bağlamak amacıyla ve idarenin hareketsiz kalarak dava açılmasını engellemesini önlemek için zımni red kuramı kabul edilmiştir, buna göre ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler idare kendisine başvuru yapıldıktan sonra 60 gün içinde karar vermezse, bu kararsızlık isteğin reddi şeklinde düşünülecektir<sup>49</sup>. Derbil bu hükmün idare hukukunda büyük bir boşluğu doldurduğunu söylemektedir.

İYUK 10 hükmü uyarınca idarenin 60 gün içinde cevap vermediği durumlarda kurgusal bir karar elde edilmiş olur ve ilgililer 60 günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde iptal davası açabilirler<sup>50</sup>. Düzenleyici işlemler açısından 7. madde hükmü farklı bir süre hesabı

<sup>46</sup> **Derbil, Süheyp** (1955), İdare Hukuku Cilt I (İdari Kaza-İdari Teşkilat), 4.Baskı, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, s.220.

<sup>47</sup> LAFERRIÈRE, *Traite de la juridiction administrative*, 1896, c.II, s.429'den aktaran **Derbil**, s.220.

<sup>48</sup> **Derbil**, s.220. İlk kez Fransız pozitif hukukunda 2 Kasım 1864 tarihli bir kararname ile zımni ret öngörülmüştür, kararnamenin 7. maddesi, bakanlıklara bağlı birimlerin yaptıkları idari işlemlere karşı bakanlıklara yapılacak idari başvurulara dört ay içinde cevap verilmemesi halinde başvurunun zımnen reddedilmiş sayılacağını ve ilgililerin bu zımni ret kararına karşı Conseil d'Etat'da (Fransız Danıştay) idari dava açabileceklerini düzenliyordu. ŞAHİN Mustafa Emre, “Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zımni Kabul Müessesesi”, TBB Dergisi 2016 (127), s.160. Pozitif hukukta 1938 yılında Devlet Şurası Kanunu madde 33'de zımni red kurumu yer almış, bir yıl öncesinde verilen Danıştay kararı ile de uygulanmıştır. **Akgül, Şerif Yıldız** (2016) “İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zımni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:2, s.3407.

<sup>49</sup> Bu süre 3546 sayılı Danıştay Kanunu 33. maddesinde 4 ay olarak belirlenmişti. **Derbil**, s.221.

<sup>50</sup> “*İcrai karar ya sarih veya idare makamının dört ay sükutunun redde muadil sayılması halinde olduğu gibi zımni olur*” **Artumaç**, s.415.

öngörmektedir, düzenleyici işlemler aleyhine iptal davası açabilme konusunda özel süreler söz konusudur ve ilgililer düzenleyici işlemler aleyhine ilandan itibaren 60 gün içinde, bir düzenleyici işlem uygulandığında, ilgililer düzenleyici düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden yine 60 gün içinde işlemin tebliğinden itibaren dava açabilirler.

Madde hükmünü konumuz olan düzenleyici işlemler açısından değerlendirdiğimizde, eksik düzenlenen bir düzenleyici işlem kapsamında sadece düzenleyici işlemin ilgili maddesi aleyhine iptal davası açılmak istenmesi durumunda İYUK 10'da düzenlenen zımni red kurumu işletilebilir mi sorusunun cevabının olumlu olması gerekir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, zımni red idarenin hareketsizliğine bir çözüm olarak getirilmiş, idarenin hareketsizliği karşısında bireylerin uğradıkları mağduriyeti gidermek amacıyla olduğu varsayılan idari işleme karşı yargısal denetim yolunun açılmasını sağlayan bir uygulamadır<sup>51</sup>. Zımni redle idare esasen karar almaya zorlanır ve bu karar alma süreci de belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Zımni red başvurusunun idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemde bulunulmasına yönelik olması gerekir. Dolayısıyla eksik düzenleme mevcut olduğunda düzenleyici işlemin tamamı aleyhine dava açmak yerine, idari yargıda dava açacak kişilerin İYUK 10 kapsamında idareye başvurmaları ve 60 günün sonunda bir nevi kurgusal bir karar elde ederek idari yargıda iptal davası açmaları bir yöntem olarak önerilebilir. Bu elde edilen karar bireysel işlem niteliğindedir, bir başka düzenleyici işlemin ilanından sonra 60 gün içinde düzenleyici işlemin tamamı aleyhine iptal davası açmak istemeyen ilgililer kurgusal bir uygulama işlemi yani bireysel işlem oluşturarak 60 günlük bekleme süresi sonunda idari yargıda dava açabilirler. Bu durumda İYUK'a uygunluk açısından eksik düzenleme durumunda iptal davası açılabilmesi için çözüm, düzenlemenin tamamı iptal davasına konu edilmek istenmiyorsa, İYUK 10 kapsamında yapılacak başvurudur ve bu başvuru sonunda verilecek cevaba göre iptal davasının açılmasıdır.

---

<sup>51</sup> Akgül, s.3408.

Ancak şu hususun altını çizmek gerekir eksik düzenleme durumunda İYUK 10 kapsamında bir başvuru yapılması mümkün olmakla birlikte, yazılı başvuru sürecinin uzun bir süreç alması, özellikle belirli bir grubun sınava alınmaması örneğinde olduğu gibi pratik bir uygulama olmayacaktır<sup>52</sup>. Gerçekten de bazı hakların kullanılması için öngörülen süreler kısayken ve bazı işlemler açısından kısa sürede sonuç alınması gerekebileceğinden İYUK 10'da yer alan zımni rede ilişkin 60 günlük sürenin uzun olması hak kayıpları yaratabilecek niteliktedir<sup>53</sup>. İdare edilenlerin uzun süre yargılama sürecine mahkum edilmesi zımni reddin olumsuz yönlerindedir. Bu olumsuzluk eksik düzenleme durumunda da doğal olarak mevcuttur ve hak kayıpları yaratabilecek niteliktedir.

Pozitif hukukumuzda eksik düzenlemeye ilişkin dava açma usulünü buraya kadar aktardıklarımız çerçevesinde özetlersek, eksik bir düzenleme mevcut olduğunda eksik düzenlenen hükme münhasır olarak dava açılmak istendiğinde düzenleme dışı bırakılan kişi, konu ve gruplar açısından bir idari işlem mevcut olmadığından düzenleme kapsamı dışındakiler açısından davanın açılabilmesi için iki yöntemden bahsetmek mümkündür. Öncelikle, düzenleyici işlemin ilanından sonra 60 gün içerisinde düzenlemenin tamamının dava konusu edilmesi bir seçenektir. Bir başka seçenek, İYUK 10 kapsamında idareyi harekete geçirecek başkaca bir mekanizma İYUK kapsamında bulunmadığından İYUK 10'a dayanarak idareye başvurmak ve kurgusal bir red kararı elde etmek ve bu bireysel nitelikteki karara karşı iptal davası açmaktır<sup>54</sup>.

Pozitif hukukta eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilmesi ve dilekçeler üzerindeki ilk inceleme konularına uygunluğu yukarıda aktarıldığı şekildedir ve iptal davalarının İYUK hükümleri temel alındığında yukarıda aktarıldığı şekilde açılması gerekir. Bu noktada ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler aleyhine açılacak iptal davalarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görüleceğini tekrar hatırlatalım ve eksik düzenlemenin

---

<sup>52</sup> **Ulusoy**, s.289.

<sup>53</sup> **Akgül**, s.3413.

<sup>54</sup> Bu noktada elde edilen bireysel karar aleyhine ve düzenleyici işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılabileceğinin tekrar altını çizmek gerekir.

iptal davasına konu edildiğinde ilk inceleme konuları açısından Danıştay içtihatlarını inceleyelim. Zira Danıştay dilekçelerin üzerinde ilk inceleme ve dolayısıyla iptal davasının kabul edilmesi açısından yukarıda aktarılan İYUK hükümlerinden farklı ve daha pratik bir çözüm yolu benimsemiştir.

#### **IV. EKSİK DÜZENLEMENİN İPTAL DAVASINA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ KONUSUNDA DANIŞTAYIN YAKLAŞIMI**

Öncelikle eksik düzenleme durumunda düzenleyici işlemin ilanından sonra 60 gün içinde açılan iptal davaları, sadece eksik düzenlemeye münhasıran açıldıklarında, Danıştay tarafından kesin ve yürütülebilir işlem olmadığından reddedilmemektedir. Bir başka deyişle, Danıştay eksik düzenlemenin yargısal denetimini gerçekleştirirken, yukarıda detaylıca aktardığımız şekilde İYUK kapsamında eksik düzenleme durumunda açılan iptal davalarında kesin ve yürütülebilir işlemin mevcut olmaması ve bu bağlamda işlemin sadece eksik olan kısmının değil tamamının iptal davasına konu edilebilirliği hususu üzerinde durmamakta, davayı bu sebepten reddetmemektedir. Dolayısıyla Danıştay kapsam dışı kişi ve alanlar açısından düzenlenmiş bir işlem olmasa da eksik düzenlenen hükme münhasır açılan iptal davalarının yargısal incelemesini gerçekleştirmektedir.

Bu çözüm son derece pratik bir çözümdür zira bu şekilde İYUK hükümleri kapsamında dava açıldığında düzenlemenin tamamının iptal davasına konu edilmesi ve sonuçta düzenlemenin tamamının iptal edilmesi durumunda yaşanacak hak kayıplarının önüne geçilmiş olmaktadır.

Aynı şekilde Danıştay eksik düzenleme durumunda bizim idari yargılama usulümüzdeki kurgusal karar elde etmenin tek yolu olan zımni red kurumunun varlığını da aramamaktadır. Buna göre eksik düzenleme kapsamında haklarında düzenleme yapılmayan kişilerin uygulama işlemi elde etme ve iptal davasını elde ettikleri bu işlem aleyhine açma zorunlulukları da bulunmamaktadır.

Örneğin 21/04/2011 gün ve 27912 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Bitki Koruma Ürünlerinin Reçeteli Satış Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinin iptali istemiyle açılan davada,

Danıştay orman mühendislerine reçete yazma yetki belgesi almak için müracaatta bulunabilecek kişiler arasında yer verilmemesine ilişkin dava konusu eksik düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından eksik düzenlenen maddenin iptaline karar vermiş, söz konusu karar Danıştay İDDK tarafından onaylanmıştır<sup>55</sup>.

Yukarıda örnek olarak yer verdiğimiz dava konusu düzenleyici işlemin 10. maddesinde orman mühendislerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda idarenin olumlu veya olumsuz bir iradesi oluşmamıştır. Ancak Danıştay kesin ve yürütülebilir işlem kavramı ya da menfaat ihlali veya davanın İYUK 10 kapsamında başvurudan sonra açılması gerekliliği üzerinde durmadan açılan davanın esas incelemesine geçerek davayı sonuçlandırmıştır.

Yine bir başka davada, 23/03/2012 gün ve 28242 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmeliğin 11/2 maddesinde TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası tarafından açılan davada, jeoloji mühendislerinin planlama ekibinde yer almadığından hareketle, açılan eksik düzenlemenin iptali davasında Danıştay jeoloji mühendislerini ilgilendiren kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı veya menfaat ihlalinin bulunmadığı nedenleriyle davayı reddetmeden esastan incelemiştir<sup>56</sup>.

Bir başka kararda Danıştay, Başbakanlığın 19.07.2003 gün ve 2003/42 sayılı naklen ve açıktan personel atamalarını ikinci bir talimata kadar durduran Genelgesinin, akademik kadrolarda doçent ve profesör kadroları kapsam dışı bırakılırken bunların yanında yardımcı doçentlerin yer almamasına ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan davada öğretim üyesi olduğunda kuşku bulunmayan yardımcı doçentlerin bu istisna kapsamına alınmaması yönündeki düzenlemede, akademik nitelikteki kamu görevinin gereklerine, kanunun düzenleniş şekline ve Anayasal eşitlik ilkesine uyarlık

---

<sup>55</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2016/619, K:2018/4523, T: 07.11.2018, yayımlanmamış karar.

<sup>56</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2015/1335, K:2017/3634, T: 13.11.2017, yayımlanmamış karar.

bulunmaması nedeniyle yardımcı doçentlerin istisna kapsamı dışında bırakılmasına yönelik kısmının iptaline karar vermiştir<sup>57</sup>.

Yine İç işleri Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 02/02/2000 günlü ve 23952 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İl Özel İdareleri, Belediyeler ve İl Özel İdareleri ve Belediyelerin Kurdukları Birlik, Müessese ve İşletmeler ile Bunlara Bağlı Döner Sermayeli Kuruluşlardaki Memurların Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin "Hizmet grupları arasında geçişler" başlıklı 19. maddesindeki, "Bu yönetmelik kapsamında bulunan müfettiş ve kontrolör unvanı ile görev yapanların, bu yönetmelikte yer alan hizmet gruplarına atanmalarında sınav ve hizmet gruplarında çalışma şartı aranmaz." yolundaki hüküm de, bu kapsamda değerlendirilebilecek örneğin öğretmenler gibi belli meslek gruplarını kapsam dışında tuttuğundan, eksik düzenleme içerdiği gerekçesiyle sadece eksik düzenleme yapılan kısma özgü olarak iptaline karar verilmiştir<sup>58</sup>.

Yukarıdaki örnek mahiyetinde çalışmamızda yer verdiğimiz kararların incelenmesinden de görüleceği üzere Danıştay düzenlemede eksiklik olduğu durumlarda düzenlemenin tamamı aleyhine iptal davası açılması ya da zımni red kurumunun işletilerek kurgusal karar elde edilmesi hususunu aramamaktadır. Bu bağlamda ilgililer kurgusal bir karar elde etmek için İYUK 10 kapsamında idareye başvurmamış da olsalar Danıştay, eksik düzenleme konusu kapsamında düzenleyici işlemi yargısal denetime tabi tutmaktadır.

<sup>57</sup> Danıştay 8. Daire, E:2003/38888, K:2004/3535, T: 30.09.2004, www.legalbank.net, s.e.t.: 17.05.2020. Benzer şekilde "...Açıklanan nedenlerle, 2013 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin EK-4/C "Yurt Dışı İlaç Fiyat Listesi"nde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır...2013 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin EK-4/C Listesinin "tetrahidrokannabinol (THC)+kannabidiol (CBD)" etkin maddeli 'Sativex' isimli ilacı içermediğinden eksik düzenleme nedeniyle yürütmesinin durdurulması isteminin oyçokluğuyla KABULÜNE, Tebliğin diğer maddeleri yönünden yürütmenin durdurulması isteminin oybirliğiyle REDDİNE..." Y. Durdurma, Danıştay 15. Daire, E:2017/1122, T: 20.09.2017, Danıştay 10. Daire, E:2006/5393, K:2009/10123, T: 02.12.2009, Danıştay 8. Daire, E:2009/6689, K:Y.Durdurma, T: 06.11.2009, www.legalbank.net, s.e.t.: 15.05.2020.

<sup>58</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2004/2225, K:2007/2191, T. 25.10.2007, www.legalbank.net, s.e.t.: 17.05.2020.

Buna göre İYUK 'ta yer alan düzenlemeler hilafına Danıştay, ilgilileri mağdur etmemekte ve eksik düzenleme nedeniyle sadece eksik düzenlenen hüküm aleyhine açılan davaları, ilk incelemede kesin ve yürütülebilir işlem olmadığından reddetmemekte, davanın esas incelemesini gerçekleştirmektedir. Sonuç olarak sadece düzenlemenin eksik olan bölümünün iptal davasına konu edilmesi ve yargısal incelemenin de sadece eksik düzenleme kısmına ilişkin gerçekleştirilmesi Danıştay içtihatları ile kabul edilmiş bir uygulamadır denebilir<sup>59</sup>.

Ancak bu yaklaşım son derece pratik olsa da, pozitif hukuka, dolayısıyla İYUK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Yargı yerlerinin pozitif hukuka bağlı kalmaları gerekliliğinden hareketle, bu noktada önerilebilecek olan İYUK'ta eksik düzenlemeye ilişkin dava süreçlerinin, eksik düzenlemeye özgü olarak düzenlenmesidir. Bu bağlamda Danıştay'ın yaklaşımının usul kanunumuzda yasalaşması gerekliliği önerilebilir.

Bu noktada Ulusoy'un isabetle belirttiği üzere idarenin bağlı yetki içerisinde olduğu durumlarda düzenlemeyi eksik gerçekleştirmesi ya da hiç gerçekleştirmemesi durumlarında veya idarenin takdir yetkisini açık şekilde hatalı kullanarak belirli kişi, grup veya kategorileri bilinçli olarak kapsam dışı tutması hallerinde İYUK 2'de eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilmesi yolunda yasal dayanak ihtiyacı bulunmaktadır<sup>60</sup>.

Tüm bu hususlara ek olarak düzenleyici işlemin tamamının iptaline yönelik olarak da Danıştay'ın yargısal incelemesini sadece eksik düzenlenen maddeye özgü olarak gerçekleştirdiğini ve düzenlemede hukuka aykırılık tespit ettiğinde de sadece eksik düzenlenen hükmü iptal ettiğini belirtmek gerekir. Tarafımızdan incelenen kararların tamamında sadece eksik düzenlenen madde iptal edilmiş, düzenleyici işlemin tamamı iptale konu olmamıştır. Böylece yukarıda belirtildiği üzere, Danıştay son derece pratik bir yöntemle düzenlemenin tamamının iptali sebebiyle ortaya çıkacak mağduriyetlerin de önüne geçmektedir.

---

<sup>59</sup> **Ulusoy**, eksik düzenlemenin iptalinin orijinal ve pratik olduğu kadar teknik hukuk açısından sorunlu olduğunu söylemektedir. **Ulusoy**, s.288.

<sup>60</sup> **Ulusoy**, s.289.

Ancak bu noktada iptal kararı verilmesiyle başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere, “İptal kararı bir işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen yargı organının işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geri yürür biçimde ortadan kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen bir yargı işlemidir...”<sup>61</sup>.

Bu bağlamda iptal kararları,

- bir yargı işlemidir,
- kesin hüküm olabilir,
- işlemi geriye yürür şekilde ortadan kaldırır,
- işlemin hukuka aykırılığına dayanır.

Danıştay düzenlemedeki eksiklik sebebiyle bir normun ilgili maddesini iptal ettiğinde, iptal kararlarının niteliği gereği, o madde iptal edilmiş, geriye dönük olarak hukuk dünyasından kaldırılmış olmaktadır. Ancak düzenlemedeki eksikliğe münhasır olarak iptal kararı verildiğinde, bu kararlar birlikte ilgili maddenin iptali, idarenin bu maddeyi eksik düzenleme konusunu ortadan kaldırarak tekrar düzenleyeceği bir yükümlülük yaratsa da, bir olasılık olarak idare iptal edilen hükmün yerine herhangi bir düzenleme yapmadan, eksik düzenlenen alanı tamamen boş bıraktığında, iptal davasından beklenen amaç da elde edilemeyebilecektir. Düzenleyici işlemlerin iptal edilmesine ilişkin uygulamada yaşanabilecek sorunlar oldukça geniş kapsamlı bir çalışma gerektirdiğinden ve bu çalışmayı dava açma yöntemi ile sınırlamış bulunduğumuzdan, bu noktada sadece eksik düzenleme durumunda, yargı yeri iptal kararı verdiği, iptal kararının uygulanmasına ilişkin olarak da pozitif hukukumuzda düzenleme yapılması ve bu sorunların kanun ile çözülmesi gerekliliği önerilebilir.

---

<sup>61</sup> Uler, Yıldırım (1970) “İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, s.4.



## SONUÇ

Eksik düzenleme kavramı Türk idare hukuku doktrininde üzerinde fazla çalışılmamış bir kavramdır. Konunun çeşitli boyutları olmakla birlikte dava açma açısından mevcut İYUK düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda eksik bir düzenleme söz konusu olduğunda dava açabilmek açısından iki yöntemin mevcut olduğu görülür. Eksik düzenlenen düzenleyici işlemler aleyhine düzenlemenin tamamının iptal davasına konu edilmesi veya İYUK 10 hükmü kapsamında zımnî ret kurumunun işletilmesi. Ancak düzenlemenin tamamının iptal davasına konu edilmesi ve bu yönde iptal kararı alınması durumunda esasen, düzenleyici işlemin iptalinden beklenen fayda sağlanamayabilecektir, zira düzenleyici işlem her ne kadar bazı kişi ve grupları kapsam dışı bırakmış da olsa, bir kısım kişiler için düzenlemeler getirmiştir ve düzenleyici işlemin tamamı iptal edildiğinde hakkında düzenleme bulunan kişiler açısından hak kayıpları yaşanabilecektir. İYUK 10 hükümlerine göre dava açılması ise uygulamada, özellikle sürenin hızlı olmasının gerektiği durumlarda, süreyi uzatacağından pratik bir yaklaşım olmayacaktır.

Ancak Danıştay menfaat sahiplerini mağdur etmemek açısından her ne kadar bir düzenleyici işlem mevcut olmasa da eksik düzenleme durumunda sadece eksik düzenlenen kısmın iptal davasına kabul edilmesini pozitif hukuk hilafına kabul etmektedir. Bu yaklaşım menfaati ihlal edilenlerin haklarını koruyucu niteliktedir, ancak “kanun açıkça yorum yapılmaz” temel yorum ilkesine uymamaktadır. Bu bağlamda Danıştay’ın içtihadı olarak uyguladığı ve en uygun çözüm olduğunu düşündüğümüz sadece eksik düzenlemenin iptal davasına konu edilebilmesi yolunda İYUK ‘ta değişiklik yapılması gerekliliği düşünülmektedir. Bir başka deyişle menfaati ihlal edilen kişinin sadece eksik düzenlemelerin iptaline yönelik dava açabilmesi açısından İYUK 2 ‘de bir yasa değişikliği ihtiyacı bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Yine her ne kadar konu dava açma açısından sınırlandırılmışsa da eksik düzenleme sonunda eksik düzenlenen bölümün iptal edilmesi durumunda yaşanacak idarenin yargı kararına uymama ihtimali üzerinde de durmak

---

<sup>62</sup> Ulusoy, s.289.

gerekir. Zira eksik düzenlenen işlem idari yargı yerince iptal edildiğinde, yargı yeri idareye emir veremediğinden söz konusu hükmün tamamlanarak düzenlenmesi hususunda idareyi zorlamak mümkün olmamaktadır. Bu durumda eksik düzenleme durumuna münhasır olarak pozitif hukukta bu yönde de düzenleme yapılmasını önermek mümkündür. Bu şekilde eksik düzenleme nedeniyle iptal kararı verildiğinde idare gerçekleştirilecek yasal düzenleme çerçevesinde eksik düzenlenen düzenleyici işlemde kapsam dışı bıraktığı kişi veya konuları kapsama alacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akgül, Şerif Yıldız** (2016) “İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zimni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:2, s.3405-3434.
- Artumaç, Sadık** (1950) Bizde İdarenin Murakabesi, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası.
- Çağlayan, Ramazan** (2018) İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık,
- Çırakman, Erol** (1976) İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Ankara, Güneş Matbaası.
- Derbil, Süheyy** (1955) İdare Hukuku Cilt I (İdari Kaza-İdari Teşkilat), 4.Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası.
- Erdem, Jülide Gül** (2017) “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, Memleket Siyaset Yönetim (MSY), C:12, S:27, s.97-134.
- Erkut, Celal** (1990) İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası.
- Evren, Çınar Çan** (2013) “İdari Yargıda Uygulama İşlemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII, S:1, s.1405-1422.
- Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku Cilt 1, 3. Baskı Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gürel, Esin** (2019) “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.391-424.
- Günday, Metin** (1990) 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara, Danıştay Matbaası.
- Karavelioğlu, Celal** (2016), Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Karahanoğulları Onur (2007)** “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgili Bağ Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:62, S:03, s.201-232.
- Kaplan, Gürsel (2016)** İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Mermut, Güler (1976)**, İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı, Güneş Matbaası.
- Onar, Sıddık Sami (1952)** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Marifet Basımevi.
- Sarıca, Ragıp (1949)** İdari Kaza, Cilt 1 İdari Davalar, İstanbul, Ercan Matbaası.
- Ulusoy, Ali (2019)** Yeni Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Uler, Yıldırım (1970)** İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Tanör, Bülent (2019)**, İki Anayasa 1961 -1982, 6. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Yılmaz, Dilşat (2017)** “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XXI, S: 2, s.105-153.

## BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN KARANTİNA TEDBİRLERİNE UYMAMANIN CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ\*\*

### ÖZET

Bulaşıcı hastalıklarla mücadele başta olmak üzere kamu sağlığının korunması görevini yürüten Devletin, aldığı tedbirlerin etkili ve caydırıcı olabilmesi için, hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde kamu gücü kullanarak tedbirlerin uygulanmasını sağlaması; alınan tedbirlere aykırı davranılması durumunda ilgili mevzuat çerçevesinde yaptırımlar uygulayabilmesi gerekir. Kamu sağlığının sadece idare hukukuna özgü tedbirlerle korunması yetersiz olabilmektedir. Bu kapsamda, kamu sağlığının daha etkili ve caydırıcı olarak korunabilmesi için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı Üçüncü Kısımının "*Kamu Sağlığına Karşı Suçlar*" adını taşıyan Üçüncü Bölümünde yer alan diğer suçlarla birlikte "*Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma*" suçu düzenlenmiştir. Bu suç açısından ceza hukukunun ilgi alanına giren fiil; "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymama*" fiilidir. Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bir kimsenin bulunduğu yerin yetkili makamlar tarafından karantina altına alınması ve bu kapsamda yetkili makamlarca alınan karantina tedbirlerine kasten uyulmaması "*Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma*" suçunu oluşturacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Bulaşıcı Hastalık, Karantina, Yetkili Makam, Tedbir, Kamu Sağlığı.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.799087 -GelişTarihi: 23.09.2020 – Kabul Tarihi: 28.12.2020.

\*\* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hakan.gunduz@hku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2437-8329.

## EVALUATION OF THE INFRINGEMENT TO THE QUARANTINE MEASURES FOR INFECTIOUS DISEASES IN TERMS OF PENALTY LAW

### ABSTRACT

To ensure that the measures taken by the State, which carries out the duty of protecting public health, especially the fight against infectious diseases, to be effective and dissuasive, by using public force to the extent permitted by the legal order; in case of violation of the measures taken, sanctions should be applied within the framework of the relevant legislation. Protecting public health with measures specific to administrative law may be inadequate. In this context, in order to protect public health more effectively and as a deterrent, the crime of “act against infectious diseases” was regulated in the Third Part of the Turkish Criminal Code numbered 5237 titled “Crimes Against Society”. In terms of this crime, the verb that belongs to the criminal law; the prohibited act in this code is called as “*breaching the quarantine measures enforced by the authorities when anyone has caught or died of an infectious disease in a specific area*”. Entering an area of quarantine and intentionally breaching the quarantine measures enforced by the authorities in order to stop the spread of the disease constitute the crime of “*breaching the measures for infectious diseases*”.

**Keywords:** Infectious Disease, Quarantine, Competent Authority, Measure, Public Health.

## GİRİŞ

Geçmiş insanlık tarihi kadar eski olan bulaşıcı hastalıkların yayılması, insan topluluklarının geniş ölçüde bir araya gelmesi ve yer değiştirmesi nedeniyle kolaylaşmış ve geçmişte veba, kolera, tifüs, cüzzam, frengi, sıtma gibi bulaşıcı ve salgın hastalıklardan; günümüzde ise korona adı ile anılan bir virüsün neden olduğu bulaşıcı hastalıktan çok sayıda insan hayatını kaybetmiştir ve kaybetmeye devam etmektedir.

Korona ailesinden virüslerle insan bünyesinin ilk tanışıklığı 2003 yılında SARS adı verilen virüs aracılığı ile olmuş; 2012 yılında ise yine korona ailesinden olan MERS virüsü ortaya çıkmış ve her iki virüs pek çok insanın ölümüne neden olmuştur. Aralık 2019'da Çin'in Hubei eyaletinin Vuhan şehrinde çıkarak Ülkemiz de dahil Dünya geneline yayılan virüsün neden olduğu KOVİD-19 olarak adlandırılan bulaşıcı hastalık binlerce insanın ölümüne neden olmuştur; etkili bir ilaç ve aşı bulunup uygulanıncaya kadar hastalığın Dünyadaki etkisinin süreceği anlaşılmaktadır.

Bulaşıcı hastalıklarla mücadelenin tıbbi yönü olduğu gibi psikolojik, sosyolojik, ekonomik ve hukuki yönleri de bulunmaktadır. Bulaşıcı hastalık taşıyanları tedavi ederken aynı zamanda sağlıklı insanlara bu hastalıkların bulaşmasını engellemek için hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde idari tedbirler alınmakta, hastalığın ve alınan idari tedbirlerin psikolojik, sosyolojik ve ekonomik etkileri ortaya çıkmaktadır.

Korona virüsün neden olduğu bulaşıcı hastalıkla mücadele çerçevesinde Ülkemizde pek çok idari tedbir alınmış ve alınmaya devam edilmektedir. Hukukumuzda, bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlarca alınan karantina tedbirlerine uyulmaması idari yaptırımlara bağlandığı gibi, Kanun Koyucu tarafından toplum sağlığının korunmasına atfedilen öneme binaen, yaklaşık seksen yıl yürürlükte kalan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nunda<sup>1</sup> bu yöndeki haksızlıklar bir suç olarak mevcudiyetini korumuş ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda<sup>2</sup> da mevcudiyetini korumaya devam etmektedir.

---

<sup>1</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 1.3.1926, RG 13.3.1926/320.

<sup>2</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

Zikredilen bulaşıcı hastalığın Ülkemizde görülmeye başlanması üzerine yaptığımız inceleme ve araştırmada, idare tarafından bulaşıcı hastalıkla mücadele kapsamında alınan tedbirlere ilişkin duyurularda, tedbirlere uymayanlar hakkında idari yaptırım uygulanacağını hatırlatılmasının yanı sıra suç teşkil eden davranışlara ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun 195'inci maddesi kapsamında gerekli adli işlemlerin başlatılacağı hususlarına yer verildiğini görmekteyiz. Son aylarda adı sıklıkla anılmakla birlikte, bu zamana kadar Yargıtay kararlarına konu edilmediğini müşahede ettiğimiz bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu incelemenin faydalı olacağını değerlendirerek çalışmamızı kaleme aldık. Çalışmamızda öncelikle, kamu sağlığının korunmasının ceza hukuku boyutuna ilişkin genel açıklamalara yer verildikten sonra bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu ele alınmıştır.

## I. KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASININ CEZA HUKUKU BOYUTU

Anayasa'nın<sup>3</sup> "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56'ncı maddesinde<sup>4</sup>; herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevre sağlığını korumanın ve herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamanın Devletin görevleri arasında bulunduğu düzenlenmiştir.

<sup>3</sup> Anayasa, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 (Mükerrer).

<sup>4</sup> "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."



Kamu düzeninin unsurlarından biri olan genel sağlık<sup>5</sup>; toplumun, hayvanların, bitkilerin bulaşıcı hastalıklardan korunması ve toplumsal yaşamın sağlıklı bir ortamda sürdürülmesi anlamında kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Devletin asli görevlerinden biri olarak Anayasa'nın 56'ncı maddesinde düzenlenmiş olan toplumun genel sağlığının korunmasında, bireylerden çok halkın bütünü korumak amaçlanır; bu kapsamda, bulaşıcı hastalıkların oluşmadan önlenmesi suretiyle toplumun genel sağlığının korunması, bulaşıcı hastalık ortaya çıktıktan sonra ise, belirli bir bölgenin karantina altına alınması, seyahatin sınırlandırılması gibi tedbirler alınarak hastalığın toplumun geri kalanına bulaşmasının önlenmesi amaçlanır<sup>7</sup>. Devletin, genel sağlığın korunması da dahil olmak üzere kamu düzenini sağlamak amacıyla yerine getirmiş olduğu kolluk faaliyetleri ile temel hak ve hürriyetlere yapılacak sınırlamaların keyfi değil, durumun gerektirdiği ölçüde, hukuk kurallarına uygun bir şekilde olması gerekir<sup>8</sup>.

İdare tarafından gerçekleştirilen aşı uygulamaları, her türlü gıda maddelerinin denetimi gibi faaliyetler, ihtiyaç halinde kişiler, hayvanlar vs. hakkında gerçekleştirilecek karantina uygulaması, genel sağlığın korunmasına yönelik kolluk faaliyetlerindedir. Genel sağlığın korunması, zaman zaman zorunlu tedavi uygulamaları veya kişilerin seyahat hürriyetlerinin sınırlandırılması şeklinde de karşımıza çıkabilir<sup>9</sup>.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda <sup>10</sup> Devletin toplumu bulaşıcı hastalıklardan koruma görevi düzenlenmiş <sup>11</sup> ve bu kapsamda salgın

<sup>5</sup> **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2020) Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Savaş, s. 582; **Çağlayan, Ramazan** (2018) İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Adalet, s. 269; **Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Ekin, s. 479. Kamu düzeninin diğer unsurları; güvenlik, dirlik ve esenlik ile genel ahlak olarak kabul edilmektedir (**Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 579-585).

<sup>6</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 583.

<sup>7</sup> **Kasapoğlu Turhan, Mine** (2019) "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, s. 1, 17.

<sup>8</sup> **Atay, Ender Ethem** (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan, s. 651.

<sup>9</sup> **Yayla, Yıldızhan** (2009) İdare Hukuku, İstanbul, Beta, s. 39.

<sup>10</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Kanun Numarası: 1593, Kabul Tarihi: 24.4.1930, RG 6.5.1930/1489.

hastalıkların yurda girmesini engellemenin ve yurt içerisinde salgın hastalıklarla mücadele etmenin Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında bulunduğu hüküm altına alınmıştır<sup>12</sup>.

Bulaşıcı hastalıklarla mücadele başta olmak üzere kamu sağlığının korunması görevini yürüten Devletin aldığı tedbirlerin etkili ve caydırıcı olabilmesi için, hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde kamu gücü kullanarak tedbirlerin uygulanmasını sağlaması; alınan tedbirlere aykırı davranılması durumunda ilgili mevzuat çerçevesinde idari yaptırımlar uygulayabilmesi gerekir. Nitekim, kamu sağlığının korunması için yetkili makamlarca çeşitli idari tedbirler alınmakta, bu tedbirlere uymayanlar hakkında ilgili mevzuat çerçevesinde idari yaptırım uygulanmaktadır. Ancak, kamu sağlığının sadece idare hukukuna özgü tedbirlerle korunması yetersiz olabilmektedir. Bu kapsamda, kamu sağlığının daha etkili ve caydırıcı olarak korunması için hayati önemi haiz bazı hukuki değerler, ceza hukukunun koruma alanına girmektedir.

Toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerleri<sup>13</sup> takdir ederek, izlenen suç siyaseti doğrultusunda hangi haksızlıkların suç olarak düzenleneceği Kanun Koyucu irade tarafından belirlenmektedir. Kanun Koyucu tarafından atfedilen öneme binaen, kamu sağlığının ceza hukuku normları ile de korunması gerektiği değerlendirilmesiyse, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı Üçüncü Kısımın "*Kamu Sağlığına Karşı Suçlar*" adını taşıyan Üçüncü Bölümünde; "*Zehirli madde katma (madde 185)*", "*Bozulmuş veya*

<sup>11</sup> Madde 1: "*Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.*"

<sup>12</sup> Madde 3: "*Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti bütçeleriyle muayyen hatlar dahilinde olarak aşağıda yazılı hizmetleri doğrudan doğruya ifa eder...*

3 - Memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat.

4 - Dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele..."

<sup>13</sup> **Özgenç, İzzet** (2020a) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 174.

*değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti (madde 186)”, “Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma (madde187)”, “Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde188)”, “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190)”, “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaya ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak (madde191)”, “Zehirli madde imal ve ticareti, (madde 193)”, “Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195)” ve “Usulsüz ölü gömülmesi (madde 196)” suçları düzenlenmiştir.*

Bu genel açıklamalardan sonra, kamu sağlığına karşı işlenen suçlardan biri olan ve çalışma konusu olarak seçtiğimiz *“Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu”* inceleyeceğiz.

## II. BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN TEDBİRLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇU

Hukukumuzda, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu öncelikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 263’üncü maddesinde düzenlenmiş ve bu Kanun’un yürürlükte kaldığı yaklaşık seksen yıllık dönemde mevcudiyetini korumuş; kamu sağlığını ceza hukuku normları ile de koruma ihtiyacının devam etmesine binaen, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesinde mevcudiyetini korumaya devam etmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesinde *“Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenlenmiş olan suçun karşılığı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 263’üncü maddesinde yer alan düzenlemede; *“Kolera ve sair bulaşık hastalıklardan musab veya vefiyat zuhur eden ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair Hükümetçe verilen emirlere ve yapılan icraata fiillen mümanaat edenler hareketlerinin derecesine göre bir aydan bir seneye*

*kadar*<sup>14</sup>. hapsolunacağı hüküm altına alınmış olup, eski ve yeni Ceza Kanunlarının zikredilen hükümleri arasında esaslı bir fark bulunmamaktadır. Önceki hükümde, 765 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1926 yılında kolera isimli hastalığa verilen öneme atfen bu hastalığın özellikle zikredildiği, öngörülen hapis cezasının alt sınırı önceki hükümde bir ay iken mevcut hükümde iki ay olduğu, her iki hükümde öngörülen hapis cezasının üst sınırının bir yıl olduğu, önceki hükümde *"bulaşıcı hastalığa yakalanma veya ölüm meydana gelmiş ev ve sair mahallerin kordon altına alınması"* ifadesi kullanılmış iken, mevcut hükümde aynı amaca hizmet edecek şekilde *"Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınması"* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263'üncü maddesi hükmünün Mevaz Kanun'da bulunmadığı ve bu hükmün özel kanun olan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda dikkate alınmasının daha isabetli olacağı ifade edilmiştir<sup>15</sup>. Ancak, tüm suç ihdas eden hükümlerin genel kanun niteliğindeki Türk Ceza Kanunu'nda yer almasının daha yerinde olduğunu değerlendiriyoruz.

Türk Ceza Kanunu'nun 195'inci maddesinde düzenlenen suçu ayrıntılı olarak incelemeyen önce, maddede yer alan *"bulaşıcı hastalık"* ve *"karantina"* kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. Bulaşıcı hastalık, Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nde<sup>16</sup>; *"Enfekte olmuş bir kişi ile doğrudan temas yoluyla veya bir vektör, hayvan, ürün veya çevreye maruz kalma gibi dolaylı yollardan veya bulaşıcı madde ile kirlenmiş olan sıvı alışverişi yolu ile insandan insana bulaşan, bir mikroorganizma veya onun toksik ürünlerine bağlı olarak ortaya çıkan hastalık"* olarak tanımlanmıştır.

<sup>14</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263'üncü madde hükmünü günümüz Türkçesi ile şu şekilde ifade edebiliriz: *"Kolera ve sair bulaşıcı hastalıklara yakalanmış olunan veya ölüm meydana gelmiş ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair Hükümetçe verilen emirlere ve yapılan icraata fiillen karşı koyanlar hareketlerinin derecesine göre bir aydan bir seneye kadar hapsolunur."*

<sup>15</sup> **Erem, Faruk** (1993) Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara, Seçkin, s. 1434.

<sup>16</sup> Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği, RG 30.5.2007/26537.

Aynı Yönetmeliğin ekinde “*Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi*” yer almaktadır.

İtalyanca “*kırk*” anlamına gelen “*quarantena*” kelimesinden gelen karantina kelimesi yerine Osmanlı Devleti’nde çoğunlukla “*usûl-i tehafluz*” ifadesi, karantina yeri anlamına gelen lazaret veya lazarettoya kelimeleri yerine “*tehafluzhâne*” kelimesi kullanılmıştır<sup>17</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesinde “*karantina altına alma*” ifadesi kullanılmış iken; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 263’üncü maddesinde “*kordon altına alma*” ifadesi kullanılmıştır. Mevzuatımızı incelediğimizde; bazı düzenleyici işlemlerin uygulama alanlarına özgü karantina tanımlarının yer aldığını görmekteyiz. Bu kapsamda, karantinanın; Hudut Kapılarında Uygulanacak Sağlık İşlemleri Hakkında Yönetmelik’te<sup>18</sup> “*Bir enfeksiyon ya da kontaminasyonun olası yayılmasını önlemek amacıyla, hasta olmayan şüpheli kişilerin veya şüpheli yolcu eşyası, konteynerler, taşıtlar veya malların faaliyetlerinin kısıtlanması veya diğerlerinden ayrılması*”; Sahil Sağlık Denetleme Merkezlerinde Uygulanacak Sağlık İşlemlerine İlişkin Yönetmelik’te<sup>19</sup>; “*Bir gemi ya da koyacağı, hastalıkların, hastalık rezervuarlarının ya da hastalık taşıyanların, hastalığın yayılmasını önlemek amacıyla bir sağlık makamının bunlara uyguladığı önlemlerin sürdürüldüğü dönem içinde buldukları durum ya da koşul*”<sup>20</sup> olarak tanımlandığı görülmektedir. Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğünde ise karantina; “*bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını önlemek için belli bir bölgenin veya yerin kontrol altında tutulup giriş çıkışların engellenmesi biçiminde*

<sup>17</sup> **Sarıyıldız, Gülden,** TDV İslâm Ansiklopedisi, “Karantina”, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/karantina>> s.e.t. 25.3.2020.

<sup>18</sup> Hudut Kapılarında Uygulanacak Sağlık İşlemleri Hakkında Yönetmelik, RG 17.9.2011/28057.

<sup>19</sup> Sahil Sağlık Denetleme Merkezlerinde Uygulanacak Sağlık İşlemlerine İlişkin Yönetmelik, RG 10.6.2009/27254.

<sup>20</sup> Ayrıca, Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik’te karantina; “*Bulaşıcı bir hayvan hastalığına yakalanmış hayvanların, hastalığın yayılmasının önlenmesi için geçici olarak diğerlerinden ayrılması biçiminde alınan önlem*” olarak tanımlanmıştır. RG 20.1.2012/28179.

*uygulanan sağlık önlemi*” şeklinde tarif edilmiştir<sup>21</sup>. Belirtilen karantina tanımları içerisinde Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğünde yer alan tanım, daha genel ve yeterli bir tanım olarak görünmekle birlikte, suçun kanuni tanımında yer alan “*karantina*” kelimesinin bu şekilde genel bir tanımının mevzuatımızda yapılmasının daha yerinde olacağını değerlendiriyoruz.

## A. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuki değerler, toplumsal yaşam açısından önem arz eden ve ceza hukuku tarafından korunan hayati önemi haiz değerlerdir<sup>22</sup>. Bir hukuki değeri korumayı amaçlamayan suç tipinden bahsetmek mümkün değildir; suç oluşturan her fiil, aynı zamanda bir hukuki değeri ihlal eder<sup>23</sup>.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler*” başlıklı Üçüncü Babının “*Hükümete Karşı Şiddet veya Mukavemet ve Kanunlara Muhalefet*” adını taşıyan Sekizinci Faslında düzenlenmiş iken, yukarıda da belirtildiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suç “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı Üçüncü Kısımın “*Kamu Sağlığına Karşı Suçlar*” adını taşıyan Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir. Bu durum bize, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde söz konusu suç ile hükümetin koyduğu emir ve yasaklara uyulmasını temin etmenin asıl amaç olarak kabul edildiği ve korunmak istenenin öncelikle “*kamu idaresinin işleyişi*” olduğunu göstermektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ise bu suçun Kanun’da düzenlendiği yer itibarı ile koruduğu hukuki değer “*kamu sağlığı*” olduğu anlaşılmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> <<http://www.tdk.gov.tr>> s.e.t. 25.3.2020.

<sup>22</sup> **İçel, Kayıhan/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, S. Fatih/Ünver, Yener** (1999) Suç Teorisi, İstanbul, Sebat, s. 95; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2019) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 116.

<sup>23</sup> **İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu ve diğerleri**, s. 96; **Özgenç** (2020a), s. 176.

<sup>24</sup> **Çakmut Yenerer, Özlem** (2014) “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, Prof.Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C: 1 s. 545; **Özgenç, İzzet** (2020) (1. Bölüm Editörü) Türkiye Bilimler Akademisi, “Covid-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan/Çıkabilecek Hukuki Sorunların Tespiti İle Bunların

Kanun'un 195'inci maddesinde kamu idaresinin koyduğu tedbirlere uyulmasını sağlamak için yaptırım uygulanması düzenlenmekle birlikte, bu yaptırım ile ulaşılmak istenen asıl amaç ve korunmak istenen hukuki değer; toplumu oluşturan bireylerin her birinin sağlığının korunmasıdır<sup>25</sup>.

## B. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Maddi Unsurlar

#### a. Fail

5237 sayılı Kanun'un 195'inci maddesinde; "... yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi..." ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle, bulaşıcı hastalıklara ilişkin karantina tedbirlerine aykırı davranma suçunun failinin herhangi bir kimse olabileceği sonucuna varıyoruz. Zira, suçun kanuni tanımında fail bakımından herhangi bir özellik aranmamış ve failin sıfatından kaynaklanan herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiş olması nedeniyle, özgü suç olmadığı anlaşılmaktadır<sup>26</sup>.

#### b. Mağdur

Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımında düzenlenmiş olan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun mağduru, toplumu oluşturan tüm bireylerdir<sup>27</sup>. Sadece Ülkemizi değil, tüm dünyayı derinden sarsan küresel salgın niteliğindeki bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, yaşadığımız toplumun sağlığını ve dolayısı ile kamu düzenini tehdit eden, sağlık içinde yaşama hakkı bulunan vatandaşların bu temel

---

Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu", <<http://www.tuba.gov.tr/files/images/2020/salg%C4%B1n%20hukuk/T%C3%9CBA%20Hukuk%20Raporu.pdf>> s.e.t. 13.9.2020, s. 19.

<sup>25</sup> **Kangal, Zeynel T.** (2019) "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma", Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, C: V, İstanbul, onikilevha, s. 436; **Önok, R. Murat** (2020) "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)", Anayasa Hukuku Dergisi, C: 9, S: 17, s. 159.

<sup>26</sup> **Gerçekler, Hasan** (2018) Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1909; **Kangal**, s. 436.

<sup>27</sup> **Gerçekler**, s. 1909; **Kangal**, s. 437.

hakkını ihlal eden bir eylemdir. Kanun’da düzenlendiği yer itibariyle “*kamu sağlığı*” ile kast edilenin; belirli bir kişinin veya kişilerin sağlığının değil, toplumu oluşturan tüm bireylerin sağlığı olması nedeniyle, suçun mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu anlaşılmaktadır<sup>28</sup>.

### c. Suçun Konusu

İnceleme konumuz olan suçun konusu, bulaşıcı hastalıklar nedeniyle yetkili makamlarca alınan karantina tedbirleridir<sup>29</sup>. Bulaşıcı hastalıklar nedeniyle yetkili makamlarca karantina altına alınan yere giriş çıkışın engellenmesine yönelik tedbirlere uymayan kişi, toplumu oluşturan bireylerin sağlığını tehlikeye düşürmektedir. Bu suçun oluşması için tedbirlere uymama sonucu bireylerin sağlığının mutlaka zarar görmesi gerekmez. Bu itibarla, inceleme konumuz olan suç zarar suçu değil; tehlike suçudur. Suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin icra edilmesi, bir başka deyişle bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlarca alınan karantina tedbirlerine aykırı davranılması yeterlidir; bireylerin sağlığı üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin bir önemi yoktur. Bu nedenle, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun soyut tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz<sup>30</sup>.

Suçun konusu olan karantina tedbirlerine bir idari makam tarafından karar verilmesinin “*belirlilik*” ilkesine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi konumuz açısından önem arz etmektedir. Suçta ve cezada

<sup>28</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararının konu ile ilgili bölümünde; “*Sanığın üzerine atılı 5237 sayılı TCK’nun 186. maddesinde düzenlenen bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçunun niteliği ve hukuki konusu itibarıyla suçun mağdurunun toplum olduğu...*” ifade edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 830, K:412, T: 08.11.2016 <<http://www.lexpera.com.tr>> s.e.t. 8.5.2020 (Bu karar, “*Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçuna (Türk Ceza Kanunu madde 186)*” ilişkin olmakla birlikte, inceleme konumuz olan suç ile ilgili bir Yargıtay kararına rastlamadığımızdan, Karara konu suç ile inceleme konumuz olan suçun “*Kamunun sağlığına karşı suçlar*” başlıklı bölümde birlikte düzenlenmeleri ve her iki suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olması nedeniyle, Yargıtay’ın görüşünü yansıtması açısından kararın konuya ilişkin bölümüne yer verilmiştir.).

<sup>29</sup> Kangal, s. 437; Önok, s. 161.

<sup>30</sup> Kangal, s. 437.



kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesi gereğince; suç tanımlarının açık ve seçik olması, hangi fiillerin suç oluşturduğunun ve bunlar için öngörülen yaptırımların kanun metninden açıkça anlaşılması gerekir<sup>31</sup>. Doktrinde ağırlıklı olarak, karantina tedbirlerinin kanunda tanımlanmamış olması, tedbirlere idarenin düzenleyici işlemleri ile karar verilmesi ve bu kapsamda yasaklanan fiilin içeriğinin idare tarafından belirlenmesinin, belirlilik (suçta kanunilik) ilkesine aykırı olduğu görüşü savunulmaktadır<sup>32</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, bu suç bakımından önemli olan, karantina tedbirinin uygulanmasını gerektiren sebeplerin varlığı olup, bu sebepler gerçekten mevcutsa, tedbir kararının idari makam tarafından verilmiş olması, suçta kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir<sup>33</sup>. Kanaatimizce, idari makamlar karantina kararı almakla kalmamakta, aynı zamanda bu kararın ne şekilde uygulanacağına ilişkin karantina tedbirlerini de belirlemekte, bir başka deyişle suçun konusunu belirleme yetkisi tamamen idari makamlara bırakılmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntısı incelenecek olan suçun maddi unsurlarından “*fiil*” de idarenin belirlediği karantina tedbirlerine aykırı davranışlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirtilen hususlar göz önünde bulundurulduğunda, suçun maddi unsurlarından “*konu*” ile “*fiil*”in kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasının ve bunların idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlenmesinin, belirlilik ve bu kapsamda suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmaktayız.

#### d. Fiil

Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesinin başlığı, bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırı tüm fiillerin bu madde kapsamında olduğu izlenimi verecek şekilde kaleme alınmış olmakla birlikte, bu suç açısından ceza hukukunun ilgi alanına giren fiil “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan*

<sup>31</sup> Koca/Üzülmez, s. 58.

<sup>32</sup> Kangal, s. 440; Önok, s. 153-159; Turhan, Engin (2020) “Salgın Dönemlerinde Ortaya Çıkabilecek Ceza Sorumlulukları - Korona Tecrübesi” Ceza Hukuku Dergisi, C: 13, S: 1, s. 210.

<sup>33</sup> Özgenç (2020b), s. 19.

*tedbirlere uymama*” fiilidir; bu fiil dışında kalan, bulaşıcı hastalıklara karşı alınan başka tedbirlere uymama fiilleri Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesi kapsamında suç olarak düzenlenmemiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesinin lafzından hareketle bu suçun oluşabilmesi için öncelikle; bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bir kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınması ve müteakiben karantina altına almaya dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere failin kasten aykırı davranması gerekir<sup>34</sup>. Doktrinde ağırlıklı olarak, “*karantina altına almaya dair tedbirlere*” karar vermeye yetkili makamın, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 69’uncu maddesine<sup>35</sup> göre “*sıhhat memurları*” olduğu kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Bu görüşün yanı sıra, kişi hürriyetini durdurma niteliğindeki bir tedbirin sıhhat memuru gibi belirsiz bir merciin yetkisinde olmasının yerindeliğinin tartışmaya açık olduğu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 73’üncü maddesinde, kişilerin “*evlerinde tecrit edilebilmesi için sıhhi memurlar tarafından bu tecridin müessir olmasını temin edecek şartların mevcudiyeti kabul edilmiş olması*” gerektiğinin ifade edilmesinden sıhhat memurlarının asıl karar mercii olmadığı anlaşıldığı ve aynı Kanun’un 2’nci maddesi gereğince, yetkili merciin açıkça gösterilmediği her tedbir bakımından Sağlık Bakanlığının yetkili makam olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>37</sup>. Bununla birlikte, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda “*karantina*” kararını hangi yetkili makamın alacağına dair bir açıklık bulunmaması nedeniyle karantina kararının genel idari yetkiler kapsamında mülki idare amirleri tarafından alınması gerektiği, buna göre

<sup>34</sup> **Gerçekler**, s. 1909-1910.

<sup>35</sup> “*Sari ve salgın bir hastalığın vukuu tahakkuk eylediği takdirde sıhhat memurları derakap lazımgelen tedbirlerin ittihazına ve bütün idari makamlar bu tedbirlerin tatbik ve icrası hususunda muavenete mecburdurlar.*”

<sup>36</sup> **Çakmut**, s. 547; **Gerçekler**, s. 1910; **Önok**, s. 168; **Bayzit, Tuğba**, Lexpera, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, <<https://blog.lexpera.com.tr/bulasici-hastalıklara-iliskin-tedbirlere-aykiri-davranma-sucu-tck-m-195/>> s.e.t. 9.9.2020.

<sup>37</sup> **Turhan**, s. 209.

karantina kararlarını illerde valilerin, ilçelerde ise kaymakamların alması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür<sup>38</sup>.

Sihhat memuru, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 303'üncü maddesinde; *“Devlet, belediye ve idarei hususiye işlerinde kullanılan tabipler ve Sihhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin lüzum göreceği ve mezuniyet vereceği hususlarda tabiplerin maiyetinde bulunan küçük sıhhat memurlarıdır.”* şeklinde tarif edilmiştir.

Bir yere giriş çıkışın engellenmesinin, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde ifadesini bulan *“kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı”* ile doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, hastalıkların yayılmasının önlenmesine yönelik kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınacak tedbirin yerine getirilmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma yasağının istisnaları arasında sayılmıştır.

Bu noktada ikili bir ayrıma gitmek gerektiğini değerlendiriyoruz; birincisi, bir yerin karantina altına alınmasına karar verilmesi, ikincisi ise bu kararın uygulanmasına yönelik tedbirlerin alınmasıdır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun 195'inci maddesinde karantina kararının hangi makam tarafından alınacağına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, karantina kararının bir idari otorite tarafından alınması gerektiği açıktır<sup>39</sup>. Kanaatimizce, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma sonucunu doğuran ve cebren icra edilmesi gereken idari bir tedbir niteliğindeki karantina kararı verilmesinin *“sıhhat memuru”* gibi idari otorite niteliğini haiz olmayan belirsiz bir mercie verildiğinin kabul edilmesi yerinde değildir. Bu kapsamda, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 69'uncu maddesi ile sıhhat memurlarına verilen görevler, bulaşıcı hastalığın tespitinde derhal alınması gereken ilk tıbbi tedbirler ile karantina kararı üzerine alınması lazım gelen tıbbi tedbirlerdir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, bulaşıcı hastalıklarla mücadele Sağlık Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır ve aynı Kanun'un 64'üncü maddesine göre (KOVİD 19 dahil) 57'nci maddede sayılmayan ve ülke çapında etkili olan bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda gösterilen tedbirleri

<sup>38</sup> Kangal, s. 439.

<sup>39</sup> Özgenç (2020b), s. 19.

almaya Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, zikredilen yasal düzenlemelere göre, karantina kararını vermeye genel yetkili idari otoritenin Sağlık Bakanlığı olduğu görülmekle birlikte, çok geniş bir coğrafyada spesifik olarak mahallelerin, köylerin ve hatta apartmanların karantina altına alınmasına merkezi yönetim tarafından karar verilmesinin uygulamada çeşitli güçlükler ve sakıncalar doğuracağı açıktır. Bu tür durumların önlenmesi için Anayasa'nın 126'ncı ve İl İdaresi Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre "*İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.*" ifadesi ile "*yetki genişliği*" ilkesi kabul edilmiştir. Yetki genişliği ilkesi; merkezden yönetimin sakıncalarını gidermek, ona hız ve verimlilik kazandırmak için, merkezi idarenin taşra teşkilatında yer alan il genel idaresinin başında bulunan valiye, belli konularda merkeze danışmadan merkez adına karar alma ve uygulama yetkisi verilmesidir<sup>40</sup>. Bu ilke kapsamında, Sağlık Bakanlığına bulaşıcı hastalıklarla mücadele için tanınan bir kısım yetkilerin il sınırları içinde yetki genişliği ilkesi çerçevesinde kullanılabileceğini ve valinin kendi yetkisindeki coğrafi bölgede karantina kararı vermeye yetkili makam olduğunu değerlendiriyoruz.

Bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında alınacak karantina tedbirlerinin inceleme konumuz olan suçun kapsamına girebilmesi için, tedbirlerin; bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına ve bu kapsamda karantina bölgesine giriş ve çıkışın engellenmesi ilişkin olması; tedbirlerin karantina kararı ile bağlantılı olması gerekir. Belli kişi veya kişilerin bulaşıcı hastalık taşıdığı yahut bulaşıcı hastalık nedeniyle öldüğü tespit edilmeden ve bu kişilerin bulunduğu yer karantina altına alınmadan, yetkili makamlar tarafından bulaşıcı hastalıklara ilişkin alınan sair tedbirlere uyulmaması, Türk Ceza Kanunu'nun 195'nci maddesindeki suç oluşturmayacaktır<sup>41</sup>. Aksine bir uygulama, evrensel ceza hukuku ilkesi olan "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 148-149.

<sup>41</sup> Gerçekler, s. 1910, Kangal, s. 438.

<sup>42</sup> Kaymaz, Seydi, *İndependent Türkçe*, "Salgın hastalıklarla mücadelede mevzuatımız yeterli değildir.", <<http://www.indyrturkish.com/node/150986/t%C3%BCCrkiyedensesler/salg%C4%>

Hangi fiillerin suç olarak düzenlendiğinin ve bu suçu işleyenlere uygulanacak yaptırımların önceden kanun tarafından belirlenmesi olarak tanımlanabilecek “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi<sup>43</sup>; ilk defa Fransız düşünür Montesquieu tarafından ifade edilmiş ve hukuki metinler arasında ilk olarak, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde yer almıştır<sup>44</sup>. Bu ilkeye atfedilen öneme binaen 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname<sup>45</sup> ve 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde<sup>46</sup> de söz konusu ilkeye yer verilmiştir. İç hukukumuzda ise bu ilke, Anayasa’nın 38’inci maddesinde; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez... Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” şeklinde; Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesinde “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil

B1nhastal%C4%B1klarla-m%C3%BCcadede-mevzuat%C4%B1m%C4%B1z-yeterli-de%C4%9Fildir> s.e.t. 23.3.2020.

<sup>43</sup> **Demirbaş, Timur** (2019) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 112; **Koca/Üzülmöz**, s. 54-55.

<sup>44</sup> Madde 7: “Yasanın belirlediği haller veya yasanın öngördüğü biçimin dışında başka bir yoldan hiç kimse suçlanamaz, yakalanamaz ve tutuklanamaz. Keyfi düzenlemeler yapılmasını isteyen, keyfi emirler veren, bunları uygulayan veya uygulanmasına izin verenler cezalandırılmalıdır. Ancak yasaya uymaya davet edilen veya yasalarca yakalanan her yurttaş yasalara itaat etmelidir. Yasalara karşı gelmek onu suçlu kılar.”

Madde 8: “Yasalar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan yasalar dışındaki başka bir yasa nedeniyle cezalandırılmaz.”<[https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan\\_ve\\_Yurtta%C5%9F\\_Haklar\\_%C4%B1\\_Bildirisi](https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar_%C4%B1_Bildirisi)> s.e.t. 11.5.2020.

<sup>45</sup> Madde 11/2: “Hiç kimse, işledikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.”<<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>> s.e.t. 11.5.2020.

<sup>46</sup> Madde 7/1: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”<[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf)> s.e.t. 11.5.2020.

*için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.*

Uluslararası hukuk ve iç hukukumuzda yer alan bu açık düzenlemeler karşısında, toplum sağlığını koruma veya başka herhangi bir gerekçeye dayanarak, suçun kanuni tanımında yer aldığı şekilde “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yer karantina altına alınmadan*”, sadece bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için alınan bir kısım tedbirlere aykırı davranışlar nedeniyle inceleme konumuz olan suçun oluştuğunu kabul edip faili cezalandırmak, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almayı amaçlayan ceza hukukunun güvence fonksiyonunun<sup>47</sup> temel prensiplerinden biri olan “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ancak, şunu da ilave etmek gerekir; “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına ilişkin tedbirler*” dışında kalan tedbirlere aykırı davranan kişinin fiili inceleme konumuz olan suçu oluşturmamakla birlikte, bu kişi bulaşıcı hastalık taşıyor ise, hastalığı bilerek bulaştırmak suretiyle başkalarının ölümüne veya hastalanmasına neden olması durumunda, kastına ve fiilin işleniş şekline göre, kasten veya olası kastla öldürme yahut yaralama ya da (fail yaralama kastı ile hareket etmesine rağmen ölümün gerçekleştiği durumda) neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçları oluşabilecek; failin taksirle hastalığı bulaştırması durumunda, taksirle veya bilinçli taksirle öldürme yahut yaralama suçları oluşabilecektir. İnceleme konumuz kapsamında bulunmadığından, belirttiğimiz ihtimallere ilişkin olarak bu açıklamaları yapmakla yetineceğiz.

Fiilin, suç tipinde tanımlanışına göre suçlar; tek hareketli, çok hareketli, serbest hareketli, bağlı hareketli, seçimlik hareketli ve kesintisiz suçlar olarak

<sup>47</sup> Özgenç (2020a), s. 121.

tasnif edilmektedir<sup>48</sup>. İnceleme konumuz olan suçun tanımında, ne şekilde, yani hangi hareketlerle işleneceği hususunda bir özelleştirme yapılmadığından, bu suç serbest hareketli bir suçtur<sup>49</sup>. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, failin tedbirlere aykırı davrandığı anda tamamlanır; failin icrası devam ettiği sürece, başka bir deyişle failin tedbirlere aykırı davranışı sonlanıncaya kadar suç işlenmeye devam edilir. Bu kapsamda inceleme konumuz olan suçun kesintisiz (mütemadi) suç olduğunu söyleyebiliriz.

Suçun oluşması için, failin tedbirlere aykırı davranması yeterlidir; cebir, şiddet ve tehdit kullanması gerekmez. Şayet tedbirlere aykırı davranış dışında belirtilen fiiller de gerçekleştirilmiş ise, eylemin niteliğine göre, görevi yaptırmamak için direnme, kasten yaralama ve hakaret suçları oluşabilir<sup>50</sup>.

## 2. Manevi Unsur

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bulaşıcı hastalıktan dolayı hastalanan veya ölen belirli bir kişi yahut kişilerin bulunduğu yerin karantina alınmasına ve bu kapsamda uygulanacak tedbirlere karar verilmesinin ardından, alınan bu kararların başta valilik ve kaymakamlıkların resmi internet siteleri olmak üzere, yazılı ve görsel basın ile kolluk kuvvetleri tarafından bu tedbirlere uymakla mükellef olan kişilere duyurulması; karantina altına alınan yere girişi ve çıkışı engelleyecek gerekli tedbirler alınması sonrasında, alınan tedbirlere kasten aykırı hareket eden failin fiili bu suçu oluşturacaktır.

İnceleme konumuz olan suçun taksirle işlenmesi Kanun'da düzenlenmediği için, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla yetkili mercilerin aldığı karantina tedbirine aykırı davranmak suretiyle taksirle hareket eden kişinin fiili bu suçu oluşturmayacaktır<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Özgenc (2020a), s. 185-190; Koca/Üzülmez, s. 120-126.

<sup>49</sup> Çakmut, s. 548; Gerçekler, s. 1910-1911.

<sup>50</sup> Gerçekler, s. 1910.

<sup>51</sup> Gerçekler, s. 1911.

### 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık kanundaki tarife uygun fiilin, sadece ceza hukuku ile değil tüm hukuk düzeniyle çelişmesini, hukuk düzeninin söz konusu davranışa izin vermemesini ifade etmektedir<sup>52</sup>. Bir fiilin tipikliği aynı zamanda hukuka aykırılığı yönünden bir karine oluşturmaktadır; diğer bir ifade ile suçun kanuni tanımına uygun tipik olan fiilin, hukuka aykırı olduğu varsayılır. Şayet olayda fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeni varsa, hukuka aykırılık karinesi ortadan kalkar ve fiil hukuka uygun sayılır<sup>53</sup>. Ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir hukuk kuralının varlığı nedeniyle, fiilin suç sayılmasını engelleyen, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkaran özel durumları hukuka uygunluk nedenleri olarak tanımlayabiliriz<sup>54</sup>. Tüm suçlar için şartları mevcutsa uygulama alanı bulabilecek hukuka uygunluk nedenleri; Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler bölümünde düzenlenmiş olan görevin ifası, meşru savunma, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması nedenleridir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu açısından Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağını incelediğimizde; *“ilgilinin rızası”* hukuka uygunluk nedeni Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinde; *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun korumayı amaçladığı sağlıklı yaşam hakkının, suçun mağduru olan toplumu oluşturan bireylerin mutlak surette tasarruf edebilecekleri haklardan olmadığı açıktır. Bu nedenle, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni, bu suç açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

*“Hakkın kullanılması”* hukuka uygunluk nedeni de Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinde *“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”*

<sup>52</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (1997) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Baskı, İstanbul, Beta, s. 1-2; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu ve diğerleri, s. 101; Demirbaş, s. 264; Koca/Üzülmez, s. 262.

<sup>53</sup> İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu ve diğerleri, s. 100-101; Demirbaş, s. 264.

<sup>54</sup> Toroslu, Nevzat (2005) Ceza Hukuku, Ankara, Savaş s. 98.



şeklinde düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğunu kabul edebilmek için; kişi tarafından hiçbir makamın aracılığına gerek olmaksızın doğrudan doğruya kullanılacak sübjektif bir hakkın mevcut olması ve bu hakkın tanınan sınırlar içinde kullanılması gerekir<sup>55</sup>. Failin, bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlarca alınmış olan tedbirlere aykırı davranmasına imkân tanıyan bir hakkın varlığının mevcut olduğunu kabul etmenin, toplumun genel sağlığını bulaşıcı hastalıktan korumak amacına hizmet eden bu suç açısından söz konusu olamayacağını değerlendiriyoruz; bu nedenle, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni de uygulama alanı bulamayacaktır.

“*Meşru savunma*” hukuka uygunluk nedeni Türk Ceza Kanunu’nun 25’inci maddesinde düzenlenmiş olup, bu düzenlemeye göre, failin kendisine veya bir başkasına ait bir hakka yönelik gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlediği fiillerden dolayı faile ceza verilmeyecektir. Bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlarca mevzuata uygun olarak alınan karantina tedbirlerinden kaynaklanabilecek haksız bir saldırı mümkün olamayacağından, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin inceleme konumuz olan suç açısından uygulama alanı bulması mümkün görünmemektedir.

“*Görevin ifası*” hukuka uygunluk nedeni Türk Ceza Kanunu’nun 24’üncü maddesinde; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, hukuk düzeninin kendisi ile çelişmezliğinin bir ifadesidir. Zira, hukuk düzeninin bir yandan belirli bir şekilde davranma görevi yükleyip, öte yandan verilen görevi yerine getirmeyi cezalandırması düşünülemez<sup>56</sup>. Maddede geçen “*kanun hükmü*” ifadesi idarenin düzenleyici işlemleri dahil tüm yazılı hukuk normları olarak anlaşılmalıdır<sup>57</sup>. Kanun hükmünün yerine getirilmesinde kişiye hukuk

<sup>55</sup> **Demirbaş**, s. 314-315; **Özgenç** (2020a), s. 324; **Koca/Üzülmez**, s. 286; **Akbulut, Berrin** (2019) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Adalet, s. 513.

<sup>56</sup> **Toroslu**, s. 99.

<sup>57</sup> **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2019) Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 283; **Toroslu**, s. 100; **Özgenç** (2020a), s. 331.

düzeninin tanıdığı yetki, aynı zamanda ilgili kişinin görevini oluşturduğundan, bu hukuka uygunluk nedenini “görevin ifası” olarak anlamak gerekir<sup>58</sup>. Kanun hükmünün yerine getirilmesi çoğu zaman kamu görevlilerinin görevi kapsamında bulunmakla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90’ıncı maddesinde; suçüstü halinde ilgilinin kaçma şüphesi veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması durumunda herkese tanınan yakalama yetkisinde olduğu gibi, şartları mevcutsa kamu görevlisi olmayanlar için de bu hukuka uygunluk nedenine dayanılabilecektir<sup>59</sup>.

Yetkili makamlarca karantina altına alma kararı verilirken, bu kararın yerine getirilmesinde görev almak üzere bazı kamu görevlilerine yetki verilebilir yahut bazı sağlık kurumlarında görevli personel ile halkın acil gıda ihtiyaçlarını karşılayacak fırın, market gibi yerlerde çalışanlara bir kısım karantina tedbirlerinden muafiyetler tanınabilir. Bu kapsamda olan kişiler açısından tedbirlere aykırılık söz konusu olamayacağından, hukuka aykırılık değerlendirmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Tedbirlerden muafiyet kapsamında olmayan kişiler, yazılı hukuk kuralları ile tevdi edilen bir görevi ifa ederken karantina tedbirlerine aykırı davranmışlar ise, bu durumda görevin ifası hukuka uygunluk nedeni, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Ancak, tedbirlerden muafiyet kapsamında olmayan kişilerin fiillerinin görevin ifası kapsamında değerlendirilebilmesi için, kendilerine yazılı hukuk kuralları ile tevdi edilen görevin ifasının, tedbire aykırı davranarak toplum sağlığını tehlikeye düşürmelerine degecek önemde olması gerektiğini ve bu nedenle kapsamının dar yorumlanması gerektiğini değerlendiriyoruz. Karantina altında bulunduğu binanın önündeki yol üstünde bir kişinin kasten öldürme suçunu işlemekte olduğunu gören kişinin, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90’ıncı maddesinin kendisine verdiği görev ve yetkiye istinaden, faili yakalamak üzere binayı terk etmek suretiyle tedbire aykırı davranması örneğinde olduğu gibi, şartları mevcutsa görevin ifası hukuka uygunluk nedeni, bu suç açısından uygulama alanı bulabilecektir.

<sup>58</sup> Özgenç (2020a), s. 331-332; Koca/Üzülmez, s. 273; Akbulut, s. 478.

<sup>59</sup> Demirbaş, s. 277-278; Koca/Üzülmez, s. 273-274; Akbulut, s. 478.

## C. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 1. Teşebbüs

Suçta teşebbüse ilişkin hükümlerin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 35'inci maddesine göre; *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ... cezalandırılır.”* Gerek ani suçlara gerek mütemadi suçlara teşebbüs bu suçların tamamlanması anına kadar mümkündür<sup>60</sup>.

Fail, bulaşıcı hastalıklara ilişkin yetkili makamlarca alınan karantina tedbirine aykırı davrandığı anda suç tamamlanır. Mütemadi suç olduğunu yukarıda belirttiğimiz bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun teşebbüse elverişli olduğunu değerlendiriyoruz<sup>61</sup>. Örneğin, bulaşıcı hastalık nedeniyle karantina altına alınan bir ilçenin sınırlarının terk edilmesinin yasaklandığı bir durumda, karantina altına alınan bölgeyi terk etmek için icra hareketlerine başlayan fail, kolluk kuvvetleri tarafından yakalanması nedeniyle suçu tamamlayamaz ise, teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

### 2. İştirak

Türk Ceza Kanunu'nun iştirake ilişkin hükümleri inceleme konumuz olan suç açısından da uygulama alanı bulacaktır. Kasten işlenebildiğinde tereddüt bulunmayan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, müstakilen bir fail tarafından işlenebileceği gibi, bu suç açısından yetkili makamlarca karantinaya dair alınan tedbirlere aykırı davranma konusunda anlaşarak fiil üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle birlikte suç işleyen müşterek failler de cezalandırılacaktır. Örneğin, yaşadıkları mahalle bulaşıcı hastalık nedeniyle karantinaya alınan ve sokağa çıkma kısıtlamasına tabi tutulan mahalle sakini üç arkadaştan birinin otomobil temin ettiği, diğerinin bu aracı kullandığı ve üçüncü failin kolluk güçlerinin nerelerde tedbir aldığını öğrenerek bir plan dahilinde hareket etmek suretiyle araçla karantina altına

<sup>60</sup> Koca/Üzülmez, s. 125.

<sup>61</sup> Aynı görüş için bakınız: Gerçeker, s. 1911.

alınan bölgeyi terk ederek tedbirlere aykırı davrandıkları bir olayda, iştirak halinde hareket ederek fiilin işlenişi üzerinde hakimiyet kuran üç fail de bu suçtan cezalandırılacaktır.

Bununla birlikte bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmek de mümkündür; azmettirmede suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan faile suç işleme kararını verdirmek, yardım etmede ise, suçu işlemekte olan failin icrasının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, bulaşıcı hastalıklara ilişkin verilen karantina kararına istinaden yetkili makamların aldıkları tedbirlere uymama gibi fikri olmayan faile tedbirlere uymama kararını verdiren kişi, suçun fail tarafından işlenmesi veya en azından teşebbüs aşamasında kalması durumunda azmettiren olarak cezalandırılacaktır. Bununla birlikte, inceleme konumuz olan suçu işlemeye faili teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya tedbirlere aykırı davranma fiilinin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek şeklinde manevi yardımda bulunmak veya tedbirlere aykırı davranma fiilinin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak suretiyle suçun işlenmesine maddi yardımda bulunarak yardım eden sıfatı ile suça iştirak eden kişi de cezalandırılacaktır.

### 3. İçtima

Türk Ceza Kanunu “*Kaç fiil varsa o kadar suç; kaç suç varsa o kadar ceza vardır.*”<sup>62</sup> şeklinde ifade edilen “*gerçek içtima*” kuralını benimsemiştir. Suçların içtimayı ise istisnadır ve birden çok suç işlenmesine rağmen faile tek suçtan dolayı ceza verilmesi hallerini düzenleyen hükümlerle mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda, Türk Ceza Kanunu’nda “*Suçların içtimayı*” başlığı altında bileşik suç<sup>63</sup>, zincirleme suç<sup>64</sup> ve fikri içtima<sup>65</sup> düzenlenmiştir.

<sup>62</sup> TBMM Adalet Komisyonu’nun Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin 3.8.2004 tarih ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Raporu, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, 229.

<sup>63</sup> Madde 42: “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

<sup>64</sup> Madde 43/1: “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza,

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda karantina kapsamında yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırı davranarak aynı suç birden fazla kez işleyen fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Yetkili makamlarca karantina kapsamında birden fazla tedbir alındığı durumlarda, kolluk kuvvetlerince yapılan kontrol sırasında bu tedbirlere aykırı davrandığı tespit edilen failin her bir aykırı davranışının ayrı ayrı suç oluşturabileceği düşünülebilir. Ancak, doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına rağmen bu hareketlerin ortak bir değerlendirmeye tabi tutulması ve hukuki anlamda tek bir failin ve dolayısı ile tek bir suçun bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini değerlendiriyoruz.

Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış olan failin, hasta olduğunu bilerek veya bilmeyerek karantina tedbirine aykırı davrandığı sırada kasten veya taksirle başka kişilere hastalığı bulaştırması durumunda, bir fiille birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren fail, Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesinde düzenlenmiş olan farklı neviden fikri içtima kuralları çerçevesinde, en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır. Fail bulaşıcı hastalık taşıdığını bilerek karantina tedbirine aykırı davrandığı sırada, hastalığı bulaştırarak başka kişileri yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmiş ise, failin kastına göre kasten veya olası kastla öldürme, kasten veya olası kastla yaralama, (fail yaralama kastı ile hareket etmesine rağmen ölümün gerçekleştiği durumda) neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçları oluşabilecektir. Şayet fail, hasta olduğunu bilmesine ve tedbirlere aykırı davrandığında başka kişilere hastalığı bulaştırabileceğini öngörmesine rağmen, yaralama veya öldürme kastı taşımadan, karantina tedbirine aykırı hareketi sonucu hastalığı başkalarına bulaştırarak ölümlerine veya hastalanmalarına neden olur ise, aynı zamanda bilinçli taksirle öldürme veya yaralama suçları oluşabilecektir. Failin bulaşıcı hastalık taşıdığını bilmemesine

---

dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”

<sup>65</sup> Madde 44: “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

rağmen, en azından bu ihtimalin bulunduğunu öngörmesi gerekirken öngörmeyerek karantina tedbirine aykırı hareketi sonucu başkalarının hastalanmasına veya ölmesine neden olması durumunda taksirle öldürme veya yaralama suçları oluşabilecektir.

Belirtilen bu ihtimallerde oluşabilecek suçlar için Kanun'da öngörülen soyut cezalar ile Türk Ceza Kanunu'nun 195'inci maddesinde öngörülen soyut ceza karşılaştırılarak, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı fail cezalandırılacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72 ve 73'üncü maddelerinde bulaşıcı hastalıklara karşı alınacak karantina tedbiri dahil, bir kısım idari tedbirlere yer verilmiş, aynı Kanun'un 282'nci maddesinde ise; *"Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, filleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzelli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası"* verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden hareketle, bir fiil hem Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282'nci maddesi kapsamında bir kabahat hem de inceleme konumuz olan suçu oluşturuyorsa, TCK'nın 195'inci maddesinde düzenlenen yaptırım uygulanacak, fail kabahatten dolayı cezalandırılmayacaktır<sup>66</sup>. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282'nci maddesinde yer alan bu düzenleme mevcut olmasaydı dahi, Kabahatler Kanunu'nun *"İçtima"* başlıklı 15'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan; *"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."* düzenlemesinden hareketle de aynı sonuca varmak mümkün olurdu.

#### D. YAPTIRIM

Türk Ceza Kanunu'nun 195'inci maddesinde bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu işlediği mahkemece sabit görülen failin iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

<sup>66</sup> Kangal, s. 449.

Türk Ceza Kanunu'nun 50'nci maddesine göre; bu suçtan mahkemece hükmedilecek bir yıl ve kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına ve maddede gösterilen diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 51'nci maddesine göre; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması durumunda, inceleme konumuz olan suçtan verilecek bir yıl ve daha kısa süreli hapis cezası ertelenebilir. Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. Denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesine göre; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması ve sanığın kabul etmesi şartı ile mahkemece bu suçtan verilecek bir yıl ve daha kısa süreli hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur; denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davrandığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

İnceleme konumuz olan suça ilişkin yapılan yargılama sonucunda hükmedilen hapis cezasının şartları mevcutsa seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi, ertelenebilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin mümkün olmasının yanı sıra, bu suç için Kanun'da öngörülen hapis cezasının üst sınırının üç yıldan az olması ve istisna tutulan suçlardan olmaması nedeniyle henüz kovuşturma safhasına geçmeden, soruşturma safhasında Cumhuriyet savcısı tarafından "*kamu davasının*

*açılmasının ertelenmesine karar”* verebilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Kamu davasını açmada takdir yetkisi” başlıklı 171’inci maddesine göre; Cumhuriyet savcısı, bu suçtan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Cumhuriyet savcısının, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Şüpheli, erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir; erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde ise kamu davası açılır.

## SONUÇ

Anayasanın 56’ncı maddesi kapsamında toplumun genel sağlığını korumakla görevli olan Devletin, bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında aldığı tedbirlerin etkili ve caydırıcı olabilmesi için, hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde kamu gücü kullanarak tedbirlerin uygulanmasını sağlaması; alınan tedbirlere aykırı davranılması durumunda ilgili mevzuat çerçevesinde yaptırım uygulayabilmesi gerekir. Kamu sağlığının sadece idare hukukuna özgü tedbirlerle korunması yetersiz kaldığından, daha etkili ve caydırıcı olarak kamu sağlığının korunması için hayati önemi haiz bazı hukuki değerler ceza hukukunun koruma alanına girmektedir. Bu kapsamda, Kanun Koyucu tarafından atfedilen öneme binaen, kamu sağlığının ceza hukuku normları ile de korunması gerektiği değerlendirilmesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı Üçüncü Kısımının “*Kamu Sağlığına Karşı Suçlar*” adını taşıyan Üçüncü Bölümünde yer alan diğer suçlarla birlikte inceleme konumuz olan suç düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesinin başlığı, bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırı tüm fiillerin bu madde kapsamında olduğu izlenimi verecek şekilde kaleme alınmış olmakla



birlikte, bu suç açısından ceza hukukunun ilgi alanına giren fiil “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymama*” fiilidir; bu fiil dışında kalan, bulaşıcı hastalıklara karşı alınan başka tedbirlere uymama fiilleri Türk Ceza Kanunu’nun 195’inci maddesi kapsamında suç olarak düzenlenmemiştir.

Yetkili makamlarca alınan karantina kararlarında bulaşıcı hastalıktan dolayı hastalanan veya ölen belirli kişi yahut kişiler olduğuna yer verilmesi gerekir. Belli bir kişinin bulaşıcı hastalık taşıdığı veya bulaşıcı hastalık nedeniyle öldüğü tespit edilmeden, herhangi bir yer karantina altına alınmış olsa bile, bu kapsamda alınan tedbirlere uyulmaması Türk Ceza Kanunu’nun 195’nci maddesindeki suçu oluşturmayacaktır. Aksine bir uygulama evrensel ceza hukuku ilkesi olan “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte, Türk Ceza 195’inci maddesinin lafzından hareketle bu suçun oluşabilmesi için öncelikle; belirli bir yerin karantina altına alınması ve bu yerin bulaşıcı hastalık taşıyan veya bulaşıcı hastalıktan ölen belirli kişinin “*bulunduğu yer*” olması arandığından, bu hususa özellikle dikkat edilerek karantina kararı verilmelidir.

Doktrinde ağırlıklı olarak, “*karantina altına almaya dair tedbirlere*” karar vermeye yetkili makamın, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 69’uncu maddesine göre “*sıhhat memurları*” olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşün yanı sıra, yetkili mercinin Sağlık Bakanlığı veya mülki idare amirleri olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Bulaşıcı hastalık bulunan yere giriş çıkışın engellenmesi olarak ifade edilebilecek bir idari tedbir olan karantinanın, Anayasa’nın 19’uncu maddesinde ifadesini bulan “*kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı*” ile doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek ve cebren icra edilmesi gereken idari bir tedbir niteliğindeki karantina kararı verilmesinin “*sıhhat memuru*” gibi idari otorite niteliğini haiz olmayan belirsiz bir mercie verildiğinin kabul edilmesi yerine, bu kararın bir idari otorite tarafından alınması gerektiği açıktır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 3’üncü ve 64’üncü maddelerine göre ülke çapında etkili olan bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda gösterilen tedbirleri almaya Sağlık Bakanlığının

yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, çok geniş bir coğrafyada spesifik olarak mahallelerin, köylerin ve hatta apartmanların karantina altına alınmasına merkezi yönetim tarafından karar verilmesinin uygulamada çeşitli güçlükler ve sakıncalar doğuracağı açıktır. Bu tür durumların önlenmesi için Anayasa'nın 126'ncı ve İl İdaresi Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre “*yetki genişliği ilkesi*” kapsamında, Sağlık Bakanlığına bulaşıcı hastalıklarla mücadele için tanınan bir kısım yetkilerin il sınırları içinde yetki genişliği ilkesi çerçevesinde kullanılabileceğini ve valinin kendi yetkisindeki coğrafi bölgede karantina kararı vermeye yetkili makam olduğunu değerlendiriyoruz. Ancak, şunu da ilave etmek gerekir; “*suçun konusunu*” oluşturan karantina tedbirlerine karar verecek mercii muğlak bırakmak uygulamada çeşitli hukuki problemlere neden olabilecek, karantina kararının yetkisiz makam tarafından verilmesi sonucunda suçun maddi unsur yönünden oluşmaması sonucu doğabilecektir. Bu nedenle, belirlilik ilkesi kapsamında, karantina kararını vermeye yetkili olan idari otoritenin yoruma yer vermeyecek şekilde, mevzuatımızda açıkça belirlenmesi gerektiğini değerlendiriyoruz.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut, Berrin** (2019) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Adalet.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2020) Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Savaş.
- Atay, Ender Ethem** (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan.
- Bayzit, Tuğba**, Lexpera, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, <<https://blog.lexpera.com.tr/bulasici-hastalıklara-iliskin-tedbirlere-aykiri-davranma-sucu-tck-m-195/>> s.e.t. 9.9.2020.
- Çağlayan, Ramazan** (2018) İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Adalet.
- Çakmut Yenerer, Özlem** (2014) “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, Prof.Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C: 1 s. 543-553.
- Demirbaş, Timur** (2019) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1997) Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Baskı, İstanbul, Beta.
- Erem, Faruk** (1993) Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara, Seçkin.
- Gerçekler, Hasan** (2018) Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Ekin.
- İçel, Kayıhan/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, S. Fatih/Ünver Yener** (1999) Suç Teorisi, İstanbul, Sebat.
- Kangal, Zeynel T.** (2019) “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma”, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, C: V, İstanbul, On İki Levha.

- Kasapoğlu Turhan, Mine** (2019) “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, s. 1 – 40.
- Kaymaz, Seydi**, İndependent Türkçe, “Salgın hastalıklarla mücadelede mevzuatımız yeterli değildir.”, <<http://www.indyturkish.com/node/150986/t%C3%BCrkiyedensesler/salg%C4%B1nhastal%C4%B1klarla-m%C3%BCcadelede-mevzuat%C4%B1m%C4%B1z-yeterli-de%C4%9Fildir>> s.e.t. 23.3.2020.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2019) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Önok, R. Murat** (2020) “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, Anayasa Hukuku Dergisi, C: 9, S: 17, s. 147-185.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2019) Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özgenç, İzzet** (2020a) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özgenç, İzzet** (2020b) (1. Bölüm Editörü) Türkiye Bilimler Akademisi, “Covid-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal Veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan/Çıkabilecek Hukuki Sorunların Tespiti İle Bunların Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu”, <<http://www.tuba.gov.tr/files/images/2020/salg%C4%B1n%20hukuk/T%C3%9CBA%20Hukuk%20Raporu.pdf>> s.e.t. 13.9.2020.
- Sarıyıldız, Gülden**, TDV İslâm Ansiklopedisi, “Karantina”, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/karantina>> s.e.t. 25.3.2020.
- Toroslu, Nevzat** (2005) Ceza Hukuku, Ankara, Savaş.
- Turhan, Engin** (2020) “Salgın Dönemlerinde Ortaya Çıkabilecek Ceza Sorumlulukları - Korona Tecrübesi” Ceza Hukuku Dergisi, C: 13, S: 1, s. 197 – 222.
- Yayla, Yıldızhan** (2009) İdare Hukuku, İstanbul, Beta.

## 19. VE 20. YÜZYILDA OSMANLI HUKUK SİSTEMİNİN IRAK'TA UYGULANMASI\*

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM\*\*

### ÖZET

Irak coğrafyası tarih boyunca önemli medeniyetlere ev sahipliği yapmış, zengin doğal kaynakların yer aldığı bu topraklar üzerinde sürekli iktidar çatışmalarına sahne olmuştur. Bu coğrafyada yaşayan topluluğun farklı etnik yapı ve farklı dinlere mensubiyetlerden oluşması, bu özelliklerin çeşitli bahanelerle kullanılmak suretiyle dış müdahalelere maruz kalmasına yol açmış, tarihte bu olaylara tanıklık etmiş ve söz konusu olgu varlığını halen devam ettirmektedir. Dış müdahaleler genellikle emperyal devletlerin mutat politikalarını oluşturmuş, bu uygulamanın başta gelen aktörlüğünü özellikle İngiltere üstlenmiş, meseleye XX. Yüzyılda petrol kaynaklarının kullanılması, yararlanılması amaç ve iştahı bu ülkeyle birlikte diğer devletlerin de devreye girmesiyle karmaşık bir yapıya dönüşmüştür. Bu anlamdaki çıkar çatışması bölgedeki istikrarsızlıkları ve sürekli kaotik bir yapının oluşmasına yol açmış, çatışmanın yoğunluğu günün şartlarına ve yerel otoritelerin güç ve şekillenmesine bağlı olarak da bölgedeki ülkelerin oluşumuna ve parçalanmasına varacak bir ölçüye kadar ulaşmıştır. Tarihsel miras, toplumsal yapıdaki farklılıklar halklar arasındaki ortak noktalardan ziyade ön plana çıkarılmak suretiyle çatışma bazen alevlenmiş, yoğunluğu artmış, etnisite ve dini, mezhepsel mensubiyete bağlı olarak insanlık dramlarının yaşanmasına yol açmıştır. Bölgenin söz konusu kaderi Irak'ta da yaşanmış, sömürgeci devletlerin müdahalesi farklı şekil ve yoğunlukta devam etmektedir. Bölgede egemenliğini yüzyıllarca sürdüren Osmanlı İmparatorluğu döneminde bu tür olumsuzluklar en az yaşanmış hatta dönemin hukuki düzeni yardımıyla pax ottomana olgusu bölgede İmparatorluğun güçlü olduğu dönemde en üst seviyede uygulanabilmiştir. İmparatorluğun gücündeki zayıflama ve çöküş süreci bölgenin kaderi ve dramında asli etken olmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Hukuk Sistemi, Tanzimat Fermanı, Irak Eyaletleri Anayasacılık Hareketi, Musul Eyaleti, Mirî Rejimi.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.735388 - Geliş Tarihi: 10.05.2020 - Kabul Tarihi: 13.01.2021.

\*\* Karabük Üniversitesi, Kamu Yönetimi ve Siyasal Bilimleri, azim\_2006@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4614-9316.

## THE PRACTICE OF THE OTTOMAN LEGAL SYSTEM IN IRAQ IN THE 19<sup>th</sup> AND 20<sup>th</sup> CENTURIES

### ABSTRACT

Having been home to important civilizations throughout history, the geography of Iraq has been the scene of constant power struggle due to its rich natural resources. The fact that the communities living in this geography consist of diverse ethnic groups affiliated with different religions has led their exposure to foreign interventions with various excuses. Witnessed many times throughout the history, today the interventions in question still continue. Foreign interventions generally constituted the usual policies of the imperial states and the leading actor of these operations has been Britain. The issue has become more complex following the insatiable appetite of some countries for oil resources in the 21st century. Conflict of interests in this regard has led to instability and chaos in the region. The intensity of the conflict has reached a level that may lead to the formation and fragmentation of the countries in the region depending on the conditions of the day and the power and shaping of the local authorities. By bringing the cultural heritage and differences in the social structure to the forefront rather than the common values shared by the communities, the conflict has been flared up increasing its intensity and thus, human tragedies based on ethnicity, religious and sectarian affiliations have become unavoidable. The intervention of the colonialist states continues in different forms and intensities in Iraq, which has shared the same fate with the region. During the period of the Ottomans, which dominated the region for centuries, such negativities were least experienced, and even owing to the legal order of the period, the phenomenon of the Pax Ottomana occurred at the highest level when the Ottoman state were powerful in the region. The decline in the power of the Ottomans has been a major factor in the fate and drama of the region.

**Keywords:** Ottoman Legal System, Tanzimat Edict, Iraqi States Constitutional Movement Page, Mosul Province, Miri Regime.

## GİRİŞ

Irak, Osmanlı Devleti 1533 yılında başlayan İrakeyn Seferi sonucu 1946 yılında Basra'nın Bağdat Beylerbeyliği'ne bağlanmasıyla Osmanlı topraklarına katılmıştır<sup>1</sup>. Yaklaşık 400 sene Osmanlı idaresinde kalan Irak coğrafyası kuşkusuz Orta Doğu'nun kaderini çizen önemli ülkelerden birisidir. 1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği rejim değişikliği nedeniyle enerjisini ülke sorunlarını çözmek için harcarken küresel güçler de Orta Doğu politikalarını Irak merkezli olarak yeniden biçimlendirmeye başlamıştır. Almanya, İngiltere, Fransa ve ABD Kürt Federal Devleti'ni kurma çabası içine girmiştir<sup>2</sup>.

Safevî Hükümdarı Şah İsmail'in 16. yüzyılda Anadolu'da uyguladığı mezhepsel yayılma politikası ve Osmanlı Devleti'nin sınırlarına kadar ilerleyerek toplumsal yapısını tehdit etmesi, Osmanlı'nın fetih yönünü Batı'dan Doğu'ya çevirmesine neden olmuştur. Şah İsmail'in mezhepsel olarak başlatmış olduğu fetih politikası, Irak toprakları olan Bağdat ve Musul'un büyük bölümünün kontrol altına alınmasıyla sonuçlanmıştır. Şah İsmail'in bu girişimin altında yatan temel neden, Osmanlı hâkimiyetinde bulunan İpek Yolu'nun kontrolünü ele geçirmektir. Osmanlı bu niyeti zamanında iyi okumuş, Yavuz Sultan Selim'in Çaldıran Zaferi sonrasında Musul, Erbil ve Kerkük Osmanlı topraklarına katılarak Kuzey Irak'ta tekrar hâkimiyet sağlanmıştır<sup>3</sup>.

Osmanlı adına bu olumlu gelişmelerin hemen ardından 1516-1517'de zayıflayan ve yıpranan Memluk Devleti bozguna uğratarak Suriye, Filistin ve Mısır Osmanlı topraklarına katılmıştır. Fakat Irak coğrafyasının ortası ve güney toprakları olan Basra ve Bağdat gibi önemli şehirler hâlâ Safevî Devleti'nin elinde bulunmaktaydı. Bölgenin büyük bölümünün Osmanlı kontrolüne girmesi ancak Kanuni'nin Irak Seferi'nden (1534) sonra,

<sup>1</sup> **Mantran, Robert** (1999) Irak Maddesi, C:19, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.93.

<sup>2</sup> **Hacıtahtiroğlu, Kürşad** (2014) "Küreselleşmenin Siyasal Etkileri, Göç ve Ukrayna-Rusya Krizi", Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:16, S:2, s.270.

<sup>3</sup> **Büyüктаş, Canan Kuş** (2020) "Safevî Hükümdarı Şah I. Abbas'ın Osmanlı Devleti'nin Hindistan Ticaretindeki Rolünü Engelleme Faaliyetleri", İran ve Turan Tarihi Araştırmaları Dergisi, S:4, s.104; **Gündüz, Tufan** (2010) Şah İsmail Maddesi, C:38, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.253-255.

Basra'nın, Irak'ın güneyinde kalan Bağdat Beylerbeyliği sancağı altına girmesiyle mümkün olmuştur. Bu şekilde Irak, Bağdat Beylerbeyliği adıyla Osmanlı eyaletlerinden birisi olmuş ve Uzun Süleyman Paşa (Eski Diyarbakır Valisi) ilk valisi olarak atanmıştır<sup>4</sup>.

Bağdat'ta büyük nüfuz sahibi olan Bekir Subaşı'nın ayaklanması ve valilik görevinde bulunan Yusuf Paşa'nın öldürülmesi, 1619 yılına kadar bölgede devam eden istikrarın bozulmasına neden olmuştur. Dolayısıyla istikrarın bozulması, Safevî Devleti'nin bölgedeki baskısını artırmasına neden olmuş ve sonuç olarak Irak'ta Musul ile Basra dışındaki tüm topraklar Osmanlı hâkimiyetinden çıkmıştır. 1637 yılında Bağdat Seferi'ne çıkan IV. Murat bir yıl sonra 1638'de Bağdat'ı geri almıştır. 1639'da yapılan Kasr-ı Şirin Antlaşması'yla Irak, Irak-ı Acem bölgesi hariç olmak üzere yeniden Osmanlı egemenliğine girmiştir. Bu tarihten sonra "*Bağdat Fatihî*" unvanını alan IV. Murat Şii nüfusu güneye sürerek Anadolu'daki Türkmen boylarını bölgeye yerleştirme politikası uygulamıştır. Bu politikanın temel sebebi oluşabilecek Şii baskısını engellemektir.

IV. Murat döneminde, İslam dünyası için sembol isim hâline gelen İmam-ı Azam Efendi'nin türbesi ve diğer taraftan farklı dinî gruplar için önemli olan birçok resim ve figürün tamir edildiği görülmektedir. IV. Murat'ın toplumun dinî değerlerine karşı bu hassas tutumu Osmanlı Devleti'nin bölgede kalıcı olabilmesi için atılan toplumu birleştirici önemli adımlar olmuştur. Osmanlı'nın IV. Murat döneminde bölgedeki yönetim stratejisi, eyalet sistemi olarak belirlenmiş ve Bağdat'a bir paşa vali tayin edilerek Bağdat merkezî otoriteye bağlanmıştır. Ancak Osmanlı Devleti özellikle 1683'ten sonra Batı'daki (Haçlı) ittifak devletlerine karşı giriştiği uzun ve zorlu savaşlar merkezden uzak kalan diğer eyaletlerde olduğu gibi Bağdat Eyaleti'nde de otorite boşluğuna ve yönetim krizlerine neden olmuştur. Sonuç olarak 1694'te Arapların Basra'yı ele geçirmesi ve hemen arkasından Arap bedevilerinin ve göçebe olarak yaşayan Kürtlerin Halep ile

<sup>4</sup> Halaçoğlu, Yusuf (1991) Bağdat- II. Osmanlı Dönemi, C:4, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.433.



Bağdat arasındaki ticaret yollarına saldırımları Osmanlı Devleti adına bölgede ticari ve siyasi güç kaybına neden olmuştur<sup>5</sup>.

1704'te Hasan Mustafa Paşa Bağdat Beylerbeyliği'ne atanmıştır. Hasan Paşa'nın ölümünden sonra, oğlu olan Genç Ahmet Paşa'nın Basra ve Bağdat Valiliğine atanması Irak eyaletleri için yeni bir dönem sayılmaktadır. Çünkü 19 yıl süren baba ve oğul yönetimi Irak halkının Osmanlı otoritesini tanıması adına bölgede istikrar ve huzur ortamının yeniden tesis edilmesini sağlamıştır<sup>6</sup>.

Irak'ta Osmanlı-İran mücadelesi 1770'lerin sonlarına kadar devam etmiş, oluşan bu istikrarsız ortam Büyük Süleyman Paşa'nın Basra, Bağdat ve Zor Eyaletlerine vali olarak tayin edilmesiyle son bulmuştur. Süleyman Paşa uzun süren görevi sırasında bölgede kontrolü yeniden sağlayarak bölgenin tarım ve ticarete gelişmesine büyük katkı sağlamıştır<sup>7</sup>.

Süleyman Paşa'nın (1802) vefatıyla Irak Eyaletlerinin merkezî otoriteyle ilişkileri zayıflayarak kopma noktasına gelmiş, dolayısıyla bu sıkıntılı süreç ile Avrupa'da yaşanan sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler Osmanlı Devleti içinde yeni düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Merkezî otoriteyi sağlama çabasında olan dönemin padişahı II. Mahmut ve İstanbul hükûmeti için de bu durum ciddi bir tehdit hâline gelmiştir<sup>8</sup>.

19. yüzyıl başında Osmanlı merkezî yönetimi içinde sözü geçen devlet adamlarından birisi olan Halet Efendi'nin referansı ile Irak valisi olarak görevlendirilen Davut Paşa 1831 yılına kadar Irak Eyaletlerinde güven ve huzur ortamını yeniden tesis etmiştir. Davut Paşa tarafından kurulan imalathaneler ve sanayi tesisleri, tarım ve ticarete sağlanan gelişmeler Irak Eyaletlerini Osmanlı için Doğu'da gülen yüz hâline getirmiştir. Ancak Davut Paşa yönetiminde güçlenen Irak Eyaletleri zamanla merkezî otorite için bir

<sup>5</sup> **Matthee, Rudi** (2018) "1600-1700 Yıllarında Araplar, Türkler ve İranlılar Arasında Basra Şehri", Çev: İlker Külbilge, Cihannüma, Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi, S: 4/1, s.189.

<sup>6</sup> **Halaçoğlu**, s.445.

<sup>7</sup> **Yenidünya, Süheyla** (2009) "XIX. Yüzyıl Başlarında Osmanlı Devleti'nin Bağdat'ta Kölemen Hâkimiyetini Kaldırma Teşebbüsleri", Türk Dünyası Araştırmaları, S:182, s.2.

<sup>8</sup> **Halaçoğlu**, s.446.

tehdit hâline gelmiştir. Bu durum üzerine Halep Valisi Rıza Paşa, Sultan II. Mahmut tarafından Irak Eyaletinde yönetimi ele almak için gönderilmiştir. Bağdat'ta ortaya çıkan veba salgını ve Rıza Paşa'nın kuşatması, şehrin bu zamana kadar kazanmış olduğu idari ve ekonomik bütün kazanımların yok olmasına neden olmuştur. Yönetimi ele geçiren Ali Rıza Paşa'nın 16 yıllık yönetimi ve daha sonra gelen yöneticiler sayesinde Irak Eyaletleri 1920'li yıllara kadar Osmanlı merkezi otoritesine bağlı kalmıştır<sup>9</sup>.

### I. OSMANLI'DA ŞER'İ VE ÖRFİ HUKUK

Osmanlı Devleti'nin yönetim şekli monarşidir. Fakat Osmanlı Devleti'nde padişahın yetkilerine İslam dinî tarafından sınırlama getirilmiştir. Bu bakımdan devletin hukuk sistemini, şer'i ve örfi hukuk oluşturmuştur. Padişah, monarşinin karakterine uygun şekilde yasama ve yürütme erklerini elinde bulunduran ve dinen bu güçleri kullanma yetkisine sahip olan tek kişidir. Yalnız padişahın bu yetkilerini tek başına değil de kurumsallaşmış bir yargı teşkilatı ile kullandığı görülmektedir<sup>10</sup>.

İslam Hukuku halifeyi devletin başı olarak kabul eder. Bu bakımdan yasama, yürütme ve yargı erkleri halifenin elinde toplanmıştır. Halife, hukuk sınırları içinde bu erkleri kullanır. Diğer taraftan yargı erklerini kullanma tasarrufu (baş hâkim sıfatı ile) ilk defa Hz. Ömer döneminde merkez dışındaki bölgelere kadılar atanarak kullanılmaya başlanmıştır. Osmanlı içinde de bu sitem eyaletlerde kadılar ile uygulanmıştır<sup>11</sup>.

Osmanlı İmparatorluğu'nda padişah, İslam Hukuku'ndaki şekliyle halifenin sahip olduğu benzer yetkileri kullanmaktadır. Dolayısıyla Osmanlı padişahı da yasama, yürütme ve yargı erkini kullanan yegâne kişi olmuştur. Geniş bir perspektiften bakıldığında yargı kuvvetini, sadece padişahın bizzat

<sup>9</sup> Ciminoglu, İrfan, İstanbul Gazetesi, "Osmanlı Döneminde Irak", <<http://www.istanbulgazetesi.com.tr/osmanli-doneminde-irak-makale,73377.html>> s.e.t. 01.02.2020.

<sup>10</sup> Yurtseven, Yılmaz / Şahin, Gamze Nur (2016) "Klasik Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, s.159.

<sup>11</sup> Yenidünya, s.3.

yargılama yapma yetkisi şeklinde değerlendirmek yanlış olur. Aynı zamanda bu erk düzenleme ve denetleme yetkisini de ifade eder. Zira Osmanlı padişahlarının da bu sebeple yargı kuvvetinin gereklerini tam olarak yerine getirdikleri görülür. Osmanlı padişahları şer'i konularda tek başlarına yargı yetkilerini kullanmaktan kaçınmışlardır. Bunun içindir ki şer'i konularda yetkilerini kadılar marifetiyle kullanmışlardır. Dolayısıyla şer'i konular kadılara bırakılmışken padişahlar daha çok örfi hukuk konusunda yargılama yetkilerini kullanmışlardır. Diğer yandan padişahlar örfi hukuku kullanma mercii olması hasebiyle yine bu alandaki hukuki sorunları yeni kurallar da koyarak çözüme eğilimi gösterirler. Bu eğilim sonunda verilen ceza, ölüm cezasıdır ve içeriği de siyasidir. Bu ceza “*katl*” olarak adlandırılmaktadır. Katl cezasının genellikle İslam Hukuku'na uygun olarak kullanıldığı görülmektedir, ancak farklı dönemlerde padişahlar tarafından hukuksuz biçimde kullanıldığı da bilinmektedir<sup>12</sup>.

Padişahın yargı yetkisini direkt olarak kullandığı başka bir durum ise cezaların infazı konusudur. Ayrım yapılmadan bütün cezaların infaz kararı padişah tarafından verilmektedir. Bazı durumlarda bu yetkinin vezirlere devredildiği ancak ağır cezalarda ise bizzat padişah tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Padişahın yargı yetkisini İslam Hukuku'na uygun şekilde yerine getirilebilmesi için devletin yerel birimlerine merkezden kadılar atanmaktaydı. Kadılar aynı zamanda, padişah vekili sıfatıyla davalara bakar ve hüküm verirlerdi. Kadıların kararları kesin hüküm niteliği taşımaktaydı. Padişah adına bu kadar önemli kararlar verebilen kadıların görev ve yetkileri yargı erki dâhilinde değerlendirilmekte ve kadıların ilgili her türlü tasarruf, yani azil ve özlük işleri de yargı erkini kullanan padişahın görev ve sorumluluğundaydı. Kadıların denetlenmesi için bir denetim mekanizması bile kurulmuştur. Padişah adına bu işlemleri yürütmek ve denetlemek için son söz yine padişahın olmak üzere kazaskerlik kurumu görevlendirilmiştir<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Yurtseven / Şahin, s.160.

<sup>13</sup> Halaçoğlu, s.448.

İslam Hukuku'nda Osmanlı padişahlarının af yetkisi de bulunmaktadır. Örfi hukukta sınırsız olan bu af yetkisi şer'i hukukta sadece tazir<sup>14</sup> cezaları için geçerli olmaktadır. Bazı durumlarda kadıların verdiği hükümler; Kur'an, sünnet veya icma'a uygun değilse yeniden incelenmesi, hatta bozulması uygun görülmüştür. Düzeltmesi talep edilen kararlar Divanühümayunda yeniden görüşülerek hükmü veren kadı veya başka bir kadı tarafından yeniden sonuca bağlanabilmektedir<sup>15</sup>.

Padişahlar yargı yetkilerini; Divanühümayun, veziriazam ve kazasker divanları marifetiyle kullanılmıştır. Bu kurullar duruma göre ilk derece Temyiz veya İstinaf Mahkemesi gibi çalışmışlardır<sup>16</sup>.

## II. OSMANLI'DA ANAYASA HAREKETLERİ

Anayasa hareketleri Batılı toplumlar için etkinliği artan burjuva sınıfının ve sivil toplum örgütlerinin menfaatleri doğrultusunda devlet otoritesinden hukuki güvenceler altında birtakım taleplerde bulunma temeline dayanmaktaydı. Aslında Batı'da bu tür reflekslere anayasanın temelleri, fikir akımları ve doğal haklar açısından bakıldığında görülmektedir<sup>17</sup>.

Osmanlı cephesinden anayasal faaliyetler ele alındığında ilk gelişmeler sırasıyla; Sened-i İttifak, Tanzimat ve Islahat Fermanı ile başlamıştır. Anayasa faaliyetlerinin Avrupa cephesinden farkı ise, hiçbirinin halktan gelen talepler doğrultusunda gerçekleşmemiş olmasıdır. Bu nedenle Batı'nın dayatması sonucundan ya da parçalanmış imparatorluk yapısını ayakta tutabilme girişimlerinden öteye geçememiştir. Kısacası toplumsal bir hareket değildir.

<sup>14</sup> İslam-Osmanlı Hukuku içinde yer alan üç tip ceza şekline biri olarak tarif edilmektedir. Tazir; had ve kısas cezaları ile cezalandırılmayan, suç sayıldığı hâlde cezaları tespit edilmemiş olan, Allah'a veya kişiye karşı işlenen suçlarda verilen cezalardır. Dikkat edilmelidir ki tazir, bir suç değil cezadır. Daha ayrıntılı bilgi için bk. **Başoğlu, Tuncay** (2011) Ta'azir Maddesi, C:40, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.198-202.

<sup>15</sup> **Cin, Halil /Akyılmaz, Gül** (2011) Türk Hukuk Tarihi, Konya, Sayram Yayınları, s.106.

<sup>16</sup> **Mumcu, Ahmet** (2017) Divan-ı Hümayun, Ankara, Phoenix Yayınları, s.22-27; **Yurtseven / Şahin**, s.196-198.

<sup>17</sup> **Özkiraz, Ahmet / Hamdemir, Berkan** (2009) "Anayasacılık Hareketleri, Kapitalizm ve Osmanlı", Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi, C:11, S:2, s.68.

Aksine anayasa faaliyeti sayılan bu girişimler padişah tarafından sanki tebaaya (halka) sunulan lütuf şeklinde gösterilmiştir<sup>18</sup>.

Sadık Rifat Paşa Tanzimat Fermanı için, kanunlarla devlet arasında çok önemli birtakım ilişkilerden bahseder ve devletin bekasının ve devamlılığının yöneticilerin yasalara uymasına bağlı olduğunu belirtir<sup>19</sup>. Sadık Rifat Paşa'nın Osmanlı için, hukuk devletinin ilk fikir babası olduğu söylenebilir. Ona göre Tanzimat, dinî kurallara bağlı olmayan ve dinî grupların ya da ilmiye zümresinden bağımsız, daha çok Batı hukuk sistemlerine dayanan yasama girişimlerinin temelini oluşturmaktadır<sup>20</sup>.

Padişahın yetkileri, Osmanlı klasik döneminde mutlak değildi. Şer'i ve örfi esaslarla sınırlandırılmaktaydı. İslam Hukuku Divanıhümayun, İlmiyye, Seyfiyye ve Kalemiyye gibi sınıflar eliyle işletilmekteydi. Divanıhümayun yapısı itibarıyla bir kuruldan çok daha öte bir yapıya sahiptir. Divanıhümayun da kurula bağlı olan kalemleri, yani bürokratik teşkilatıyla devletin en büyük organıydı<sup>21</sup>. Önceki dönemde din merkezli sınırlama varken son dönemde pozitivist hukuk temelinde bir sınırlama görülmektedir<sup>22</sup>.

Osmanlı için yeni bir anayasal zeminin hazırlanmasında Yeni Osmanlılar<sup>23</sup> entelektüel birikime sahip olarak görülmekteydi. Çünkü bu aydın kişiler Batı'da yetişmiş son nesildi. Bu aydınlardan birisi olan Namık Kemal, Osmanlı siyasal hayatına “*halk hâkimiyeti*” kavramını sokabilmek için

<sup>18</sup> **Akyılmaz, S. Gül** (2015) Siyasi Tarih, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.188.

<sup>19</sup> **Mardin, Şerif** (1986) “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri”: (Çeviren: Şeniz Gönen), Kalaycıoğlu, Ersin/ Sarıbay, Ali Yaşar (Editörler), Türk Siyasal Hayatının Gelişimi, İstanbul, s. 303-304.

<sup>20</sup> **Akyılmaz** (2015), s.188.

<sup>21</sup> **Mumcu**, s.20.

<sup>22</sup> **Okumuş, Ejder** (2017) Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat, 3.Baskı, İstanbul, İnsan Yayınları, s. 311-317.

<sup>23</sup> 1865 yılında ortaya çıkan, Osmanlı milliyetçiliğini savunan, Montesquieu ve Rousseau gibi Fransız Devrimi'nin zeminini hazırlayan düşünürlerin fikirlerini benimsemiş, Osmanlı'nın ilk anayasasını ve parlamenter sistemini geliştirmiş devlet adamlarıdır. Namık Kemal, Mehmed Bey, Reşat Bey, Menâpîrzâde Nuri Bey, Ayetullah Bey, Refik Bey başlıca kurucuları arasında yer almaktadır.

büyük çaba göstermiştir. Arzuladığı anayasal yapı içinde “*kuvvetler ayrılığı*” ilkesini merkeze alarak tatbik etmeye çalışmıştır<sup>24</sup>.

Londra’da bulunduğu dönemlerde edebiyatçı ve gazeteci olan Ali Suavi İngiliz Parlamentosunu merak ederek Parlamentonun çalışmalarını yakından izlemiştir. Bu bakımdan Ali Suavi’nin çalışmaları ve sivil toplum yaklaşımları İngiliz Parlamentosunun izlerini taşımaktadır<sup>25</sup>. Zira Ali Suavi’nin iyi bir gözlemci olduğunu ve izlenimlerinin kuvvetli olduğunu söylemek pek mümkündür. Ali Suavi için “gerçek demokrasi”, kanunlar hazırlanırken bütün düzenleyici işlemlerin yanında din ve görgü kurallarının da dikkate alınması, insanların menfaatleri için kullanılması gereken bir hükûmet şekliydi<sup>26</sup>. Ancak bu olumlu atmosfer içinde Yeni Osmanlı Hareketinin başarı öyküsü olarak gösterilen Kanunuesasi, ilan edildikten çok kısa bir süre sonra II. Abdülhamit tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Kısa bir süre sonra anayasanın tekrar ilan edilmesini talep eden Jön Türk Hareketi, bu süreçte sesini duyurmak isteyen muhalif aydınların sesi olmayı başarmıştır. Bu aydınların bulunduğu ortak fikir, Batılılaşmanın gerekli olduğudur. Lakin bu gerekliliğin sınırları konusunda görüş ayrılıkları da bulunmaktadır. Fikir ayrılıklarının başında ise merkezîyetçilik ve ademi merkezîyetçilik konuları gelmektedir. Ahmet Rıza merkezîyetçi iken Jön Türk Prens Sabahaddin ise çalışma programında ademimerkezîyet ifadesini kullanmaktadır<sup>27</sup>.

### III. OSMANLI DEVLETİNDE MİRÎ REJİMİ

Osmanlı Devleti’nin Kuzey Suriye ve Kuzey Irak’ta uyguladığı idare tarzı, Anadolu’nun tabii coğrafyasına ve tarihî zemine uygundur. Osmanlı Devleti, hâkim olduğu bölgelerin coğrafi, sosyal ve ekonomik özelliklerine göre iki çeşit idare tarzı uygulanmıştır. Bunlar; Mirî rejim ve Salyane idare tarzıdır. Dolayısıyla coğrafi ve tarihî şartlardan dolayı Osmanlı Devleti, Suriye

<sup>24</sup> **Mardin**, s.406.

<sup>25</sup> **Sayar, Ahmed Güner** (2013) Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması, 5.Baskı, İstanbul, Ötüken Neşriyat, s.299.

<sup>26</sup> **Mardin**, s. 422.

<sup>27</sup> **Akyılmaz, S. Gül** (1998) Birinci Jön Türk Hareketi’nin (Yeni Osmanlılar Cemiyeti) İdeolojisine Bir Örnek: Namık Kemal ve Diğerleri, Ankara, Akçağ Yayıncılık, s. 434.

ve Irak'a hâkim olduğunda merkezî otoriteyi sağlamaya yardımcı olan mirî sistemi uygulamıştır. Mirî sistem; devletin doğrudan vergi aldığı, asker çıkardığı ve merkezin kültürünü hâkim kılan sistemdir<sup>28</sup>.

### A. MİRÎ REJİM VE ÖZELLİKLERİ<sup>29</sup>

19. yüzyıl içinde Osmanlı hukuk sisteminin Irak coğrafyası üzerindeki etkilerini daha iyi anlayabilmek için Irak Eyaletleri olan Musul, Bağdat ve Basra üzerinde uygulanan toprak düzenine de göz atmak gerekmektedir. Çünkü toprak düzeni de hukuk düzeni gibi değişim geçirmiş ve ortaya tapu ve mülkiyet sorunları çıkmıştır. Özellikle Osmanlı Devleti cephesinden bu sorunların çözümüne yönelik çabaları görebilmek önemlidir. Ağırıklı olarak bu konu için Osmanlı arşiv kayıtları kaynak oluşturmuştur<sup>30</sup>.

#### 1. Mirî Sisteme Dâhil Olan Vilayetlerde Tımar Sistemi

Sanayi öncesi klasik tarım toplumu özelliklerini yaşayan Osmanlı Devleti'nin idari, ekonomik ve sosyal temelleri, kendisinden önceki devletlerde olduğu gibi, tımar sistemine dayanmaktaydı. Devlet arazisini işleten kimseler, bunun karşılığında devletin vereceği birtakım resmî görevleri yapmakla mükellefti. Çiftlikleri işletenler askerî, şehirdeki devlet işletmelerini tasarrufunda bulunduranlar da birtakım resmî görevleri yapmakla yükümlüydüler. Devlet arazisini işleten kimselere "Reâyâ" denilmektedir. Bu kişiler bugünkü devlet memuru statüsünde bulunmaktaydılar. Reâyâ olabilmek için devlete karşı isyan etmemek, casusluk yapmamak, adam

<sup>28</sup> **Öztürk, Mustafa** (2016) "Osmanlı Mirî Rejiminin Suriye ve Irak'ta Uygulanmasının Sonuçları", Akademik Bakış Dergisi, C:9, S:18, s.2-3.

<sup>29</sup> Osmanlı Devleti'nin iktisadi düzeninden hareketle Osmanlı mirî rejiminin uygulandığı bölgeler tespit etmiş ve bunun Misakımillî ile olan münasebetlerini bu tarihî, iktisadi ve sosyal zeminin günümüze ve geleceğimize nasıl bir katkısı olur düşüncesiyle tartışılmıştı. Bugün bu tarihî ortak geçmişi tekrar gözden geçirmekte fayda olduğu düşünülmektedir. **Öztürk, Mustafa** (1996) Osmanlı Mirî Rejiminin Misakımillî ile Münasebeti, Ankara Genelkurmay ATASE, Beşinci Askerî Tarih Semineri Bildirileri, İstanbul, Yapı Kredi Bankası Yayınları, s.186-192.

<sup>30</sup> **Marufoğlu, Sinan** (1998) Osmanlı Döneminde Kuzey Irak, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık, s.1.

öldürmemek, hırsızlık, eşkıyalık yapmamak ve dine küfretmemek gibi şartlar aranmaktaydı. Tarım toplumu özelliklerinin yaşandığı bu dönemde, bir çiftlik tasarruf etmek, devletin himayesinde olmak demekti ki, bu çok önemli bir teşvik unsuru sayılmaktaydı. Tımar, belli şartların sağlanması hâlinde babadan oğula geçebilirdi. Böylece tımar işleten kimseler, etnik kökenine bakılmadan zaman içinde devletle bütünleşmiş oluyordu<sup>31</sup>.

## 2. Osmanlı Vilayetlerinde Mirî Mukataa Sistemi

Zirai işletmelerin dışında kalan, daha çok şehir ve kasabalarda olan ticari (bâc-1 bazar, darphane, boyahane, tamga, debbağhane vb.) işletmelerin, merkezin hazine gelirlerine esas olmak üzere belli kişilere veya bir kesime verilmesine “*mukataa*” denirdi<sup>32</sup>.

Mukataa kelimesi, mülkiyeti devlete veya vakıflara ait arazilerin parsellere ayrılarak özel şahıslara veya kurumlara kiralanan parçalar için yapılan kira sözleşmesini ve ödenen kirayı ifade etmek üzere “Mukataa-i zemîn” veya “Mukataalı” gibi tabirler anlamında da kullanılmıştır. Mukataa ayrıca “Vergi mükellefinden üretimin hacmine göre alınan öşür, haraç gibi vergilerin sabit bir tutar olarak belirlenmiş olması” anlamında da kullanılıyordu<sup>33</sup>.

Mukataalar iltizam ve emanet şeklinde işletiliyordu. İltizam süresi de 1-2 yıl arasında değişmekteydi. İltizamı; devletin, genellikle belirli bir mekânla sınırlı kanuni veya şer’î vergi unsurlarından olan mukataayı vergilendirmeyi rekabete açık, özellikle de müzayede ile tespit edilen ve bir bölümünün peşin ödenmesi istenilen ve belirli bir yıllık bedel karşılığında sınırlı bir zaman (tahvil) için kârı ve zararı kendine ait olmak üzere kabul edecek mültezimlere güvenilir bir kefaletle devretmesi usulüdür. Bir mukataanın bir kişi veya

<sup>31</sup> **Cin, Halil** (1965-1966) “Osmanlı Toprak Hukukunda Mirî Arazinin Hukuki Rejimi ve Bu Arazinin TMK. Karşısındaki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 22-23, S: 1-4, s.749; **Cin, Halil** (1992) Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3.Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınları, s.51; **Öztürk** (2016) s. 2-3.

<sup>32</sup> **Genç, Mehmet** (2006) Mukataa, C:31, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.129; **Öztürk** (2016), s.3.

<sup>33</sup> **Öztürk** (2016), s.3.



ailenin üzerinde yıllarca kalmasının mümkün olmaması feodalleşme eğilimlerinin engellenmesine yönelik olduğu söylenebilir<sup>34</sup>.

## B. VİLAYETLERDE DEFTER TUTULMASI

Mirî rejime dâhil vilayetlerin muhasebe defterleri tutulurdu. Bu defterler bir çeşit vilayet bütçesi niteliğindedir. Vilayetteki bütün gelir ve giderler bu deftere kaydedilir ve merkez tarafından onaylanırdı<sup>35</sup>. Vilayet gelir ve giderlerinin tutulması ve sıkı bir şekilde takibi, merkezî otoritenin korunması ve güçlendirilmesi için önemli görülmekteydi<sup>36</sup>.

## C. ATANAN VALİ VEYA SANCAK BEYLERİ

Mirî rejime dâhil vilayetlere atanan vali veya sancak beyleri asker kökenliydi. Her sancak beyi, bağlı olduğu beylerbeyinin sancağı altında sefere katılır ve kendi askerlerini komuta ederdi. Klasik Osmanlı sistemi olarak bilinen bu sistem aslında sanıldığı gibi bütün Osmanlı vilayetlerinde uygulanmamıştır. Daha çok merkezden uzak olan taşra bölgelerinde uygulanmıştır. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nin hâkim olduğu, asker çıkardığı, vergi aldığı ve vilayetlerin halklarıyla bütünleştiği bölgeler Osmanlı Devleti'nin sınırlarını oluşturmaktaydı. Aşağıda değinileceği gibi, bu sınırlar Anadolu'nun tabii coğrafyasının sınırlarıdır. Osmanlı mirî rejiminin sınırlarını ise tımar sisteminin uygulandığı vilayetler oluşturmaktadır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Genç, Mehmet (2000) İltizam, C:22, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.154.

<sup>35</sup> Cin (1965-1966), s.752-753; Öztürk (1996) s.3.

<sup>36</sup> Karadağ, Haydar / Şit, Mustafa (2016) "Osmanlı Devleti'nde Toprak Mülkiyetinin İktisadi Sistemler Açısından Değerlendirilmesi", Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:4, s.47; Öztürk (2016) s.3.

<sup>37</sup> Öztürk (2016), s.4.

#### IV. İRAK'TA MİRÎ REJİMİNİN<sup>38</sup> UYGULANMASI

1523 yılında Musul, 1534'te de Bağdat'ın ve daha sonra da bir bütün olarak Irak'ın Osmanlı Devleti'nin egemenliğine girmesinden sonra Irak; Musul, Bağdat ve Basra olmak üzere üç eyalete ayrılmıştır. Burada Musul mirî, Bağdat duruma göre salyâneli ya da mirî ve Basra salyâneli rejime dâhil edilmişlerdir<sup>39</sup>. 1587'de eyalet hâline getirilen Musul'un sancakları; Musul Paşa Sancağı, Erbil, Nusaybin, Sincar, Bâcvân, Ağca Kal'a, Zaho ve Eski Musul<sup>40</sup> olarak belirlenmişti. İlerleyen süreçte yani 1653'e gelindiğinde ise Musul Eyaleti'nin yeni sancakları; Musul Paşa Sancağı, Kerkük, Tikrit, Bâcvânlık (Bâcvânlu) ve Huden (Hârûn)-Bâne sancakları olarak kayıtlara geçirilmiştir<sup>41</sup>.

Dolayısıyla Musul Sancağı'nın, mirî rejimi ve idari taksimatının da sancak durumuna göre yapıldığı görülmektedir. Sancak Beyleri asker kökenli kişilerdir ve Sancak Beyliklerinin bütününde Osmanlı vergi uygulamalarının geçerli olduğu görülür. Yani mirî mukataalar, iltizam ya da emanet usulleri geçerlidir<sup>42</sup>. Musul'da bu şekilde Osmanlı ordusu için hazır asker çıkarılıyor, vergi ödeniyor ve merkezde hâkim olan kültürü bünyesinde barındırıyordu. Sonuç olarak Irak'ın kuzeyini kaplayan Musul Eyaleti Osmanlı mirî sistemine dâhil edilir<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Devlet hazinesine ait olan topraklara mirî arazi denir. Selçuklu ve Osmanlı dönemlerinde kullanılmaya başlanan bu terim, günümüzde “devlet arazisi” olarak adlandırılır. Kelimenin sözlük anlamı da “Hükûmetin, hazinenin malı olan” demektir. Ancak bu arazilerin intifa yani kullanım hakkı gerçek ve tüzel kişiliklere ihale edilebilir. Devlet, mirî arazinin intifa hakkını özel veya tüzel kişilere verdiği takdirde intifa süresi boyunca araziyi kullanamaz. Mirî arazide gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu haklar şunlardır: Arazinin kullanımı, tüketim veya araziden yararlanma şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı zamanda Mirî araziler Osmanlı Devleti döneminde görülen ve kullanım amaçlarına göre ayrılan arazi türleridir ve bazı çeşitleri bulunmaktadır. Bunlar; Havass-ı Hümayun, Paşmaklık, Malikâne, Yurtluk, Ocaklık, Mukataa şeklinde sınıflandırılmıştır.

<sup>39</sup> **Gündüz, Ahmet** (2003) Osmanlı İdaresinde Musul 1523-1639, Elazığ, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Merkezi Yayınları, s.35.

<sup>40</sup> **Gündüz**, s. 38.

<sup>41</sup> **Gündüz**, s. 42.

<sup>42</sup> **Öztürk** (2016), s.3.

<sup>43</sup> **Öztürk** (1996) s.3-4.

17. yüzyılda Musul Eyaleti'nde üç tane vezir bulunmaktaydı. Tuğlu Vezirliği'nin 680.000 has akçesi<sup>44</sup> bulunmaktaydı. Sancaklarında ise vilayet sınırları içinde 9.000 cebelü asker<sup>45</sup> Osmanlı ordusu için yetiştirilmekteydi<sup>46</sup>. Rakka Sancağı'nda 38 zeamet ve 215 tımar vardı<sup>47</sup>. Musul'da zaim ve tımar erbabının toplam olarak 490 neferi bulunmakta olup bunların getirmekle yükümlü oldukları cebelülerle birlikte sayıları 2.000'e ulaşıyordu. Bağdat'ta zeamet ve tımarların sayısı ise 980'i buluyor ve cebelülerle birlikte 4.500'ü bulan bir kuvvet oluşturunuyordu<sup>48</sup>. Şehrizol'un<sup>49</sup> zaim ve tımarlıları 500 nefer olup çıkarabilecekleri cebelü asker sayısı ise 3.000 idi<sup>50</sup>. Basra ve Lahsa vilayetleri salyâneli olduğundan tımar olmadığı görülür. Dolayısıyla mirî rejimin, Irak halkını Osmanlı Devleti ile fiziksel olarak birleştirdiği, aidiyetlik bağı ile de devlet ile bütünleştirdiği söylenebilir. Bu sayede başta devlet kaynaklarını işletenler olmak üzere sivil bürokrasi devletle bütünleşme imkânı bulmuştur. Aslında oluşan iktisadi ve sosyal düzen Irak bölgesinin Osmanlı merkezî yönetimi ile zorunlu bir kader birliğini gerekli kıldığını söylemek mümkündür.

<sup>44</sup> Osmanlı Devleti'nin ilk zamanlarından itibaren bastırılan ve kullanılan gümüş para birimine denmektedir. İlk akçe Bursa'da Orhan Gazi tarafından 1327 yılında bastırılmıştır. İlk dönemlerde bu paranın üzerine basılı bir tarih bulunmazken Padişah I. Bayezid ile birlikte akçeler üzerine tarih basılma uygulamasına geçilmiştir.

<sup>45</sup> **Açıknel, Ali** (2018) "1722-23'te Sivas Eyaletinde Cebelü Bedeli Uygulaması", Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, S:13/2, s.115.

<sup>46</sup> Evliya Çelebi Seyahatnamesi, 340.

<sup>47</sup> **Sahillioğlu, Halil** (1990) "Osmanlı Döneminde Irak'ın İdari Taksimatı", (Çeviren: Mustafa Öztürk), Belleten, C:54, S:211, s.1247.

<sup>48</sup> **Sahillioğlu**, s.1248.

<sup>49</sup> Şehrizol'u Irak sınırları içinde kalan Süleymaniye'nin doğusunda ve İran sınırında oldukça yüksek ancak geçit veren bir dağlık bölgeye yerleştirmektedir. Osmanlı dönemi kaynaklarında Şehrizol zor geçilebilen bir geçidin adı olarak zikredilmektedir. Ancak bu geçit kuzeyde mümbit bir ovaya açılmaktadır. Daha fazla bilgi için bk., **Mehdi, İlhan** (1993) "16. yüzyılda Şehrizol Vilayeti", Orta Doğu Teknik Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, [https://www.academia.edu/10084068/XVI\\_Yy\\_Sehrizol\\_Vilayeti](https://www.academia.edu/10084068/XVI_Yy_Sehrizol_Vilayeti) s.e.t. 20.05.2020.

<sup>50</sup> **Sahillioğlu** s.1249.

## V. 19. YÜZYILDA İRAK VİLAYETLERİNDE TOPRAK DÜZENİ

Osmanlı Devleti'nde içinde mülk ve mirî topraklar büyük bir öneme sahiptir. Arazi Kanunu (1858) ile Tanzimat Dönemi'nde mülk ve mirî topraklar, toprak hukuku esasına göre bir araya getirilmeye çalışılmış ve başarılı da olunmuştur<sup>51</sup>. Bu kanun, Tanzimat'tan sonra yapılan en özgün, en yerli kanundur. Batı hukukunun bu düzenleme üzerinde doğrudan ya da dolaylı bir etkisi bulunmaz<sup>52</sup>. Bu kanunname Tanzimat Dönemi'nde hayata geçirilen belki de en başarılı çalışmadır<sup>53</sup>. Arazi Kanunu Ahmet Cevdet Paşa tarafından hazırlanmış ve 132 maddeden meydana gelmiştir. Kanun, önce bir komisyon tarafından hazırlanmış ve Meclis-i Tanzimat'a gönderilerek padişah onayıyla yürürlüğe girmiştir<sup>54</sup>. Arazi Kanunu Osmanlı Devleti'nin (yıkılana kadar) toprak sistemini ayrıntılı biçimde ele almış, toprak hukukunda birliği sağlamıştır<sup>55</sup>. Aynı zamanda 17. yüzyıldan beri ayanlar tarafından el konulan topraklar üzerindeki mülkiyet hakkını güvence altına almış, mirî toprakların özel mülke dönüştürülmesini kolaylaştırmıştır<sup>56</sup>. Diğer taraftan bu kanun, devlete ait toprakları vergilendirmek, gelirlerini kontrol altında tutmak ve toprak üzerinde devletin otoritesini sağlamak amacıyla çıkarılmıştır. Bu yönüyle Arazi Kanunu, Tanzimat sonrası kanunlaştırma hareketleri içinde en başarılı olanıdır denilebilir. Nitekim bu yönüyle bazı küçük yeniliklerle Cumhuriyet Dönemi'ne kadar uygulanabilmiştir<sup>57</sup>.

19. yüzyılda Osmanlı Devleti'nde bütün alanlarda yaşanan değişim ve dönüşüm süreci taşra vilayetleriyle birlikte Irak vilayetlerini de önemli ölçüde

<sup>51</sup> **Aydın, Mehmet Akif** (1991) Arazi Kanunnamesi, C.3, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, s.346.

<sup>52</sup> **Yetkin, Aydın** (2013) "Osmanlı Devleti'nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:6, S:24, s. 405.

<sup>53</sup> **Barkan, Ömer Lütfi** (1980) Türkiye'de Torak Meselesi Toplu Eserleri I, İstanbul, Gözlem Yayınları, s.293.

<sup>54</sup> **Barkan, Ömer Lütfi** (1940) Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi, Tanzimat I, İstanbul, Maarif Matbaası, s.332.

<sup>55</sup> **Şahin, Cemile** (2012) "Osmanlı Toprak Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", The Journal of Academic Social Science Studies, C:5, S:6, s. 438.

<sup>56</sup> **Çavdar, Tevfik** (2008) Türkiye'nin Demokrasi Tarihi, 4.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, s.27.

<sup>57</sup> **Aydın, s.347.**

etkilemiştir. II. Mahmut'un 1831 yılında Bağdat Valisi Davut Paşa'yı askerî güç kullanarak görevden alması Irak Eyaletlerinde Osmanlı merkezî otoritesinin yeniden tesis edilmesini sağlamıştır<sup>58</sup>. Lakin Kuzey ve Güney Irak'ta kalan bölgelerde özellikle Arap ve Kürt aşiret emirliklerinin kaldırılması hemen mümkün olmamıştır. Davut Paşa'dan (askerî güç kullanılarak görevden alınmıştır) sonra Valiliğe atanan Ali Rıza Paşa, Musul'da ilk önce Celili Aşireti'nin hâkimiyetine son vermiş, daha sonra da bölgede türeyen Kürt emirliklerini kontrol altına almıştır. 1834'te Ravenduz'da bulunan Soran, 1839'da da İmadiye'de nüfuz elde eden Behdinan Emirliklerine son vermiş ve Musul Bölgesini Osmanlı merkezî hükûmetine bağlamıştır. Basra Eyaleti'nde ise özellikle Mentifik bölgesinde Arap aşiretlerinin oluşturmuş olduğu hâkimiyet (yarı bağımsız) yine bölgede çıkarları bulunan rakip Arap aşiretlerinin desteği ile sona erdirilmiştir. 1850 yılında bölgede en son vali olarak görev yapan Bağdat Valisi Mehmet Necip Paşa'nın da Süleymaniye'deki Baban Emirliği'ne son vermesi, Bağdat başta olmak üzere Irak vilayetlerinin tamamen Osmanlı merkezî idaresine bağlanmalarını sağlamıştır<sup>59</sup>.

Tanzimat reform hareketleri, özellikle yaşanan askerî olaylar nedeniyle Irak vilayetlerinde daha az veya daha geç etki göstermiştir. Bundan dolayı Tanzimat serüveni Bağdat, Basra ve Şehrızor için 1843, Musul için ise 1847 yılında başlayabilmiştir. Çünkü aradan geçen yıllarda Irak Eyaletleri ancak merkezî otoriteye bağlanabilmiştir. Bu coğrafyada Tanzimat reformlarının ilk etkisi ise "*Tımar Sistemi*" üzerinde kendisini göstermiştir. Tımar kaldırılmış, devlet toprakları mukataalar şeklinde İltizam Sistemi ile ekilip kiraya verilmeye başlanmıştır. Ancak 1850 yılına kadar Irak vilayetlerindeki askerî müdahale ve yeni yapılanma çalışmaları, mevcut toprak düzeni üzerinde 19. yüzyıl sonlarına kadar uzanan tapu ve mülkiyet sorunlarına neden olmuştur.

<sup>58</sup> 1831 senesinde Davut Paşa'nın görevden alınmasına neden olan gelişmelerin başında 1820 senesinden itibaren İstanbul'dan gelen uyarılara kulak asmaması, keyfi olarak Bağdat'ta para basması, devletin koyduğu gümrük tarifelerine riayet etmemesi, Rusya Savaşı sırasında hazineye yardım etmemesi ve daha da önemlisi 1830'da para tahsili için gönderilen elçi Sadık Efendi'yi katletmiş olması idi.

<sup>59</sup> **Marufoğlu** (1998) s.70.

Bu sorunların en başında da terk edilmiş topraklar, sahte hüccet (belge/senet) ile mülkiyet edinme, tapu dağıtımında meydana gelen usulsüzlükler ve yabancıların mülk edinmesi konuları bulunmaktadır<sup>60</sup>.

### A. TERK EDİLMİŞ TOPRAKLAR SORUNU

Irak vilayetlerinin Osmanlı egemenliğinde bulunduğu dönemlerde nüfusun %90'a yakın bölümü kırsalda yaşamaktaydı. Bu duruma bağlı olarak toplumsal yapıyı, yerleşik veya göçebe yaşam tarzını benimseyen Kürt ve Arap aşiretler tayin ediyordu. Bu iki yaşam tarzını benimsemiş aşiretler arasındaki çekişmeler, özellikle göçebe aşiretlerin yerleşik aşiretlere saldırıları Tanzimat sonrası atanan Osmanlı valilerini uğraştıran önemli sorunların başında geliyordu. Çünkü bu sorun çoğu zaman yerleşik köylülerin topraklarını terk etmesine neden olurken kırsalda yaşayan nüfus için göç ve istikrarsız bir hayat anlamına gelmekteydi. Örneğin 1859'da Musul'a bağlı olan sadece Süleymaniye Sancağı'nda 340 mirî köy ile 29 mezranın terk edildiği bilinmektedir<sup>61</sup>. Dolayısıyla bu durum, vergi gelirleri üzerinde büyük kayıp yaratırken zaman içinde boşalan topraklara aşiretlerin el koyması tapu ve mülkiyet sorunlarını beraberinde getirmiştir<sup>62</sup>.

Tanzimat sonrasında boşalan bu toprakları iktisadi kazanç hâline dönüştürebilmek için göçebe aşiretlere tapu verilerek, yani mirî arazideki tasarruf hakkı verilerek yerleşik hayata geçmeleri sağlanmıştır<sup>63</sup>. Hatta Osmanlı Devleti tarafından iktisadi hayata kısa zamanda katılması mümkün görülmeyen bazı topraklar için birtakım teşvik niteliğinde kolaylıklar verildiği de görülmektedir. 1857 yılında İstanbul'dan Şehrizer Valisi'ne gönderilen bir yazı ile Erbil, Altın Köprü ve Kifri kazaları ile diğer nahiyelerinin mirî toprak

<sup>60</sup> Marufoğlu, Sinan (2013) "19. Yüzyılda Irak Vilayetlerinde Toprak Düzeni, Tapu ve Mülkiyet Sorunları", Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S:9, s. 238.

<sup>61</sup> Marufoğlu (2013), 239-240.

<sup>62</sup> Marufoğlu (1998), s.70.

<sup>63</sup> BOA,İ.M.Val, 16890, 17 Safer 1274 (1857).

şartları incelenmiş buraya tapu verilerek yerleştirilen aşiretlerden 5 yıl süreyle aşar vergisi alınmaması talep edilmiştir<sup>64</sup>.

Özetle Osmanlı Devleti iktisadi temelde terk edilmiş topraklar sorununu çözebilmek için göçebe aşiretleri son derece başarılı şekilde kullanmıştır. Bu sayede boşalmış ve terk edilmiş köyleri tarımsal kalkınma için yeniden ekonomiye kazandırmış, diğer taraftan terk edilmiş toprak yapısından kaynaklı oluşabilecek tehlike unsurlarına karşı direnebilecek aşiretleri bu topraklara yerleştirmiştir. Dolayısıyla bir taşla iki kuş vurulmuş; iktisadi kazanç sağlanmanın yanında yerleşik hayata geçmeyen aşiretlerin saldırılarının da azaldığı görülmüştür<sup>65</sup>.

## B. SAHTE HÜCCET VE SENETLER İLE MÜLKİYET SORUNU

Tapu ve mülkiyet konulu sorunlar, Tanzimat sonrası, Osmanlı'nın Irak Eyaletlerinde başını ağrıtan diğer önemli sorun olarak dikkat çekmektedir. Nitekim bu sorun; sahipleri vefat etmiş, soyları tükenmiş ya da başka nedenlerle terk edilmiş toprakların birtakım kişi ve gruplar (aşiret) tarafından sahte belge ve senetlerle yeniden sahiplendirilmesine dayanmaktadır<sup>66</sup>. Özellikle devlet ve vakıf arazileri üzerinde düzenlenen bu sahte belgeler merkezî otoritenin ne denli zayıflamış olduğunun bir kanıtı sayılmaktadır. Sonuç itibarıyla devlet bu soruna sessiz kalmamış ve Meclis-i Ahkâm-ı Adliye eliyle Irak toprakları için kapsamlı bir Layiha<sup>67</sup> çıkarmıştır (1685)<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Bu bağlamda 1870 yılında Mithat Paşa, göçebe Şammar Al Cerba Aşireti Şeyhi, Şeyh Ferhan'a Arapça bir yazı göndermiştir. Yazının içeriğinde Şeyh ve aşireti için göçebelikten yerleşik hayata davet bulunmaktadır. Mithat Paşa söz konusu mektupta; Tikrit'ten Musul sınırına kadar uzanan Dicle nehri havzasını Al Şammar Aşireti'ne tahsis etmek istediğini, burada da Al Şammar Sancağı'nın kurulmasını ve mutasarrıflığını da kendisine vermeyi düşündüklerini bildirmiştir. Benzer bir teklif daha önce Mentifik Aşireti'ne yapılmış ve aşiret Basra ve Bağdat arasında bulunan bir bölgeye yerleştirilmiştir. Daha fazla bilgi için bk., **Marufoğlu** (1998), s.56-59.

<sup>65</sup> BOA,İ.M.Val, 16890, 17 Safer 1274 (1857).

<sup>66</sup> **Marufoğlu** (2013), s. 241.

<sup>67</sup> Osmanlı Devleti'nde zaman zaman devlet görevlilerinin ülke meseleleri ile ilgili olarak hazırlayıp tespit ve çözümlerini ifade ettikleri belgelere denilmektedir. Bir bakıma kanun

Özellikle haraci, öşri ve vakıf topraklarda meydana gelen bu tür sahte mülkiyet sorunları için Layiha'nın 1'inci bendinde; Bağdat ve Şehrızor topraklarının haraci topraklar olduğu belirtilmektedir. Sahiplerinin mülkiyetinde olmasına rağmen zamanla toprak sahiplerinin ölmesi ve soylarının tükenmesi nedeniyle mirî topraklar hâline geldiği tespiti yapılmıştır. Layiha'nın 11'inci bendinde, sahte hüccet ve senetler ile bu topraklarda meydana gelen mülkiyet sorunlarına değinilirken kişiler tarafından el konularak mülk edinildiği, aslında tasarruf yetkisinin ise devlete ait olduğu ve hükûmet tarafından mültezim olarak verildiği belirtilen önemli konular arasında bulunmaktadır. Ayrıca sahte senet ve belgelerle "*Beytü'l-mal'a*" ait bu toprakların haksız ve asılsız işlerle yağmalandığı açık şekilde vurgulanmaktadır. Tabii vakıf arazisi ve mülkiyet haklarına yönelik bütün iddiaların bir komisyon kurularak incelenmesi gerektiğine (Layiha'nın 12'nci maddesine göre) vurgu yapılmaktadır<sup>69</sup>.

Layiha'nın 13'üncü bendinde ise bu haklara sahip olan toprak sahiplerinden soyları devam ettiği sürece meşru hakları karşılığında tarla, bağ ve bahçe hasılatından kanunda belirlenen oranda bir "*akar*" payı verilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak tapu resmi, toprağı işletmeyi bırakma ve el

tasarısı gibi düşünülebilir. Bkz, Viktionary, "layiha", <https://tr.m.wiktionary.org/wiki/lahiya>, s.e.t. 10.02.2020.

<sup>68</sup> BOA,İ.M.Val, 16890, 17 Safer 1274 (1857).

<sup>69</sup> Komisyonunda mülkiyet hakkı iddia edenler için; ellerinde bulunan hüccet ve senetlerin incelenip tetkik ve tasarruf süreleri araştırılıp tahkik edilerek bunlardan gerek silsile ve soylarını takip ederek kendilerine veraset yolu ile intikal ve gerek şu suretle gerçek eski sahiplerinden satın alma yolu ile 100 150 senelik meşru hüccet ve senetleri gösterip veya bu şekilde eski tasarruf haklarını ispat edenler için "şimdiye kadar taraflarından *akar*'ı alınan yerlerin, müstakil bir deftere kaydedilerek, kendileri tarafından bizzat veya çiftçi getirilerek, onları çalıştırarak imar ve ihya edeceklerine dair taahhüt vererek, gerek kendileri gerek mülkiyetleri geçecek soylarından olan evlat ve vereselerinin atıl bırakmadan imar edecekleri müddetçe bir defaya mahsus ruhsat verilmesi, terk ve atıl bırakıldığı takdirde 13'üncü bent hükmünce yalnız *akar*'ını almak üzere, ellerinden alınması ve diğer taliplere tefvîz ve ihale olunması" talep edilmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz, **Marufoğlu** (1998), s.240-242; **Cin** (1955-1966), s.755.



değiştirme gibi konularda tapu kanunu<sup>70</sup> hükümlerine uygun şekilde devam eder, denilmektedir. Mirî hükümde geçen toprakların tapu kaydı ile sahibi tarafından başkasına devredilmesi ancak verilecek akr maddesinin tapu senedinin altında açıklanması ve kaydedilerek yazılması koşuluna başlanmıştır<sup>71</sup>.

Hak iddiasında bulunanların Layiha'nın 15'inci maddesine göre iddialarını ispatla yükümlü oldukları belirtilmektedir<sup>72</sup>. Layiha'nın 16'ncı bendinde vakıf topraklarına değinilerek oluşturulan söz konusu komisyon tarafından dağıtılan vakıf toprakları incelendikten sonra, ekilip biçilenin devam etmesi ancak ekilmeyip sadece "akr" ödemesi alınan zirai vakıf arazilerinin ise Layiha'nın 13, 14 ve 15'inci bent hükümlerine göre diğer akr sahipleri için uygulanan muameleye maruz bırakılmaları talep edilmiştir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Osmanlılar arazi hususunda şer'i hukukla örfî hukuku bir arada başarılı uygulamıştır. Zamanla tımar sisteminin bozulması yeni bir arazi kanununu gerekli kılmıştır. Tanzimat ile birlikte arazi hukuku konusunda önemli değişiklik yapılmıştır. Bu sayede bölgelere göre farklılık gösteren arazi hukuku uygulamaları son bulmuş, ülke genelinde arazi politikalarında birliktelik sağlanmıştır. Osmanlı toprak düzenine ilişkin en önemli kaynak Muhasebe-i Vilâyet (Tapu Tahrir Defterleri) kayıtlarıdır. Devamında Osmanlı toprak düzenine ilişkin Nizamât Defterleri'nde yer alan, 1256 / 1840 tarihli ve 35 numaralı Kanun-ı Kalemiye ve 1274 / 1858 tarihli ve 40 numaralı Kanunname-i Arazi Defteri bulunmaktadır. Defterlerden birincisi, Tanzimat döneminde yapılan düzenlemelerin yer aldığı 1858 tarihli Osmanlı Arazi Kanunnamesi öncesi mevzuatı; diğeri yani ikincisi ise söz konusu Kanunname'yi ve bunun üzerinde daha sonra yapılmış olan değişiklikleri içermektedir. Aslında 1858 tarihi dikkate alındığında öncesi ve sonrasıyla yarım asırlık zaman dilimi içinde yapılan mevzuat değişikliklerinin takibi daha kolay olacaktır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz, **Ünal, Uğur** (2014) Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, Yayın No:135, İstanbul, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, s.103.

<sup>71</sup> **Marufoğlu** (1998), s.240-242.

<sup>72</sup> Lahiya'nın 13'üncü bendi gereğince "iddialarını ispat edemeyen, yalnız bir müddetten beri akr aldıkları gerekçesiyle veya birtakım mahkemelerden ve yabancılardan aldıkları zayıf ve geçersiz senetler göstererek iddiaya kalkışanlara ve uzun zamandan beri atıl ve boş bırakılıp yeniden mâl edilecek yerler için kayda değer senetler gösterilir ise de uzun zamanın geçmesi ve hakların kaybedilmesi nedeniyle bu tür kimselere kesin bir cevap verilerek diğer mirî topraklar hükmüne dâhil edilip onlara ve diğer talipleri ile birlikte imar ve ihyasına taahhüt verildiği takdirde kendilerine tefviz edilmesi" istenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz, **Marufoğlu** (1998) s. 240-242.

<sup>73</sup> **Marufoğlu**, (1998), s. 240-242.

### C. TAPULARIN DAĞITILMASI SORUNU

Musul Valisi olarak görev yapan Vecihi Paşa döneminde, yani Tanzimat sonrası devletin görevlendirdiği memurlar tarafından toprak sahiplerine tapu verilmesi kararı alınmıştı<sup>74</sup>. Burada amaçlanan Musul ve kazalarında bulunan mirî arazilerin (zirai faaliyet bakımından) düzensizliğine son verebilmektir. Dolayısıyla halkın elinde bulunan veya boş bırakılan arazilere tapu verilmesi kararı alınmıştır.

Ancak tapu düzenlemesi için gerekli senetlerin İstanbul'dan getirilmesinin zaman alacak olması; bölge halkının kültürel durumu ve tapu senetlerine rağbet etmeyecekleri düşüncesi söz konusu tapu senetlerinin geçici olarak düzenlenip daha sonra İstanbul'dan gelecek doğru senetler ile değiştirilmesi yönünde Vali tarafından Meclisten talepte bulunulmuştur. Bu talep, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye tarafından kabul edilmemiş, gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: Tapu düzenlemesinde istisna tutulan bölgeler olmadığı için, yani Osmanlı toprak düzenine tabi olduğundan valilerin bu konuda tasarruf yetkisinin olmadığı, söz konusu toprakların tapusuz dağıtılmasında tasarruf yetkisinin kullanılmasının ayrılıkçı bir tutum oluşturacağı sert şekilde bildirilmiştir. Ayrıca Irak'ta bulunan topraklar için tapuların bir anda dağıtılması mümkün olmayacağından toprak sahiplerine tapuların peyderpey dağıtılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Yazının devamında bu toprakların sınır ve miktarını bildiren mazbata defterlerinin tutulması, toprak üzerinde tasarruf hakkı bulunmayan veya kaydı bulunan ancak uygun olmayan senet sahiplerinin taleplerine itibar edilmemesi gerektiği hususları belirtilmiştir<sup>75</sup>.

Tanzimat ile başlatılan ve Irak'ta Vecdi Paşa tarafından yürütülen tapu dağıtım faaliyetleri Mithat Paşa'nın valiliği (1869-1872) döneminde hızlanarak devam ettirilmiştir. Bölgenin uzak oluşu ve tapuların birer nüshasının Defterhaneye kaydedilmek ya da arşivlenmek üzere merkeze zorunlu olarak gönderilmesi birtakım aksamalara neden olmuştur. Bu nedenle

<sup>74</sup> BOA, İ.M.Val, 3069, 24Cemaziye'l-ahir1264(1848).

<sup>75</sup> BOA, İ.M.Val, 3069, 24Cemaziye'l-ahir1264(1848).

ilk başta İstanbul'dan verilen tapu senetleri 1870 yılından sonra Bağdat Valiliği tarafından verilmeye başlanmıştır<sup>76</sup>.

Kerkük Sancağı eskiden beri Musul ve Bağdat Valileri arasında nüfus ve sınır bakımından çekişmelere sahne olmuştur. Nitekim bu kısır çekişmeler tapu dağıtım sürecinde de devam etmiştir. Bağdat Valiliği tarafından uygulanmış olan tapu dağıtımı Kerkük topraklarında da uygulanmak istenmiştir. Ancak Musul Valiliği bu duruma itiraz ederek devreye girmiştir. Gerekçe olarak Kerkük topraklarının pek çoğunun mevcut sahiplerine veraset ile intikal ettiğini, bu toprakların büyük kısmının doğal yağış, diğer bir kısmının da su kanalları ile kendileri tarafından sulanmakta olduğunu; yağış ile sulanan topraklardan 10/1 öşür, su kanalı ile sulanan topraklardan da 5/1 humus vergisi alındığını bildirmiştir. Bu konuya itirazlarına gerekçe olarak, Musul Vilayeti İdare Meclisine yazı gönderilmiş ve bahsedilen konular ile diğer itiraz nedenleri sıralanmıştır. İtirazı inceleyen Şura-yı Devlet, bu konuyla ilgili olarak; Kerkük Sancağı'ndaki toprak sahiplerinin ihtiyaç duydukları toprakların ellerinde kalmasına, ihtiyaç fazlası toprakların da müzayede ile taliplerine satılması yönünde Musul ve Bağdat Valiliklerine tebligat yapılmasına karar vermiştir<sup>77</sup>.

1865 yılında Irak Vilayetleri için çıkarılan Toprak Layihası ile yapılan tapu dağıtımı işlemi; iltizam ve emanet usulü uygulanmak suretiyle (toprakların ihale yoluyla işletilmesi usulü) ilerleyen süreçte devam ettirilmiştir. Bu tarihten sonra da toprakların ihalesi ve paylaşılması konulu sorunlar devam etmiş, benzer sorunlar mirî topraklar üzerinde de ortaya çıkmıştır. Hatta toprak paylaşımı sorunlarının giderek artması, 1892 yılında Bağdat Valiliği tarafından mirî topraklar üzerinde hak iddiasıyla açılan bütün davaların reddedilmesine neden olmuştur<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> BOA, Bağdat Ayn.Def, 851, s.137, 4 Cemaziye'l-ahir 1288 (1871).

<sup>77</sup> BOA, Şur.Dv, 3149, 24Ağustus1297 (1878).

<sup>78</sup> Bu konu ile alakalı 1892 senesinde Şura-yı Devlet tarafından Meclis-i Vükelaya gönderilen bir yazıda; "Hitta-i Irakıyye'de Cânib-i Mirî'den mazbut olarak her sene icâr-u müzâraâ suretiyle tâliplerine ziraat ettirilmekte bulunan arâzi hakkında vuku bulacak hak arama davasına bakılmaması" talep edilmiştir. BOA, Şur.Dev, 5645, 16 Zi'l-hicce 1309(1892).

## D. YABANCILARIN MÜLK EDİNME SORUNU

Tanzimat reformları sonrasında merkezden atanan valiler, terk edilmiş toprak sorunlarıyla büyük enerji harcarken Irak vilayetlerinin şehir merkezlerinde de daha başka mülkiyet sorunları ortaya çıkmaya başlamıştır. Yeni sorunun adı Tanzimat ile Osmanlı tebaası sayılan gayrimüslim tüccarların edindiği mülkler olmuştur.

19. yüzyılda Irak vilayetleri üzerinden yapılan tarım ticareti giderek büyümüştür. Özellikle Tanzimat sonrası yabancı tüccarlar “cizye” vergisinden kurtulmak ve bazı imtiyazlardan yararlanabilmek için gayrimüslim Osmanlı tebaası Irak vilayetlerine gitmiş ve bu bölgede nüfuzlarını artırmaya başlayan İngiliz ve Fransızların himayesine geçmeye başlamışlardır. Rahatsız edici olan bu durum nedeniyle 1840 yılında Bağdat Valiliği İngiltere ve Fransa Konsolosluklarından Osmanlı tebaası olan gayrimüslim tüccarların kayıtlarını istemiştir. Bunun üzerine farklı meslek gruplarına haiz tüccar listesi İngiliz ve Fransız Konsoloslukları tarafından Bağdat Valiliğine iletilmiştir<sup>79</sup>.

İngiliz ve Fransız Konsolosluklarından gelen bilgiler ışığında 1840 yılında Bağdat Valiliği, İstanbul’a bir yazı gönderir ve bu listede belirtilen kişilerin Bağdat’ın sayılı tüccarlarından olduklarını, hangi niyetle bu şekilde himaye edildiklerinin bilindiğini belirtmişlerdir. Aynı yazıda bu durumun kabul edilemez olması nedeniyle gerekenin yapılması konusunda merkezden talimat beklenildiği ifadeleri de yer almaktadır<sup>80</sup>.

Irak’ta tüccar sınıfı içinde İran’dan gelenler de bulunmaktaydı ve bunların büyük kısmı Yahudilerle evlenerek Osmanlı tabiiyetine girmişlerdi. Zamanla bu tüccarlar kendilerinden cizye vergisi talep edildiğini bahane

<sup>79</sup> Bu talep üzerine İngiltere Konsolosu, himayelerinde bulunan tüccar, sarraf, simsar, mahzenci, kapıcı ve kâtip gibi mesleklerle mensup 15 Yahudi, 14 Hristiyan ve 2 Ermeni’nin yanı sıra hamalbaş, vekil ve özel hizmetçi olarak Konsoloslukta istihdam edilen 4 Müslüman ile birlikte toplam 35 kişinin isimlerini; Fransız Konsolosluğu aynı konu ile ilgili yazmış olduğu raporda, 2’si Ermeni, 3’ü Katolik Ermeni, 5’i Keldani, 3’ü Süryani ve 4’ü de Yahudi taifelerinden olmak üzere toplam 17 sarraf ve tüccarın ismini bildirmiştir. Bu listede bulunan kişilerin hangi maksatla Konsoloslukların himayesinde çalıştırıldığı aşikârdır ve durum aynı şekilde İstanbul’a Bağdat Valiliği tarafından rapor edilmiştir. Daha fazla bilgi için bk., BOA, İ.Mes.Müh, 1840, 28 Ramazan 1257(1840).

<sup>80</sup> BOA, İ.Mes.Müh, 1840, 28 Ramazan 1257(1840).

ederek İran Maslahatgüzarına sığınmışlar ve İran vatandaşı sıfatıyla İran'dan medet ummuşlardır<sup>81</sup>.

Osmanlı Devleti'nin, 1847 yılında yabancıların mülk edinmesi ile ilgili Bağdat Valiliğine gönderdiği yazıda; söz konusu kişilerin Osmanlı tebaası ile evlenerek Osmanlı topraklarında yabancılara yasak olan emlak ve mülk edindikleri, Osmanlı tabiiyetini kabul edip mükellef oldukları için cizye vergisi ödemek zorunda oldukları bildirilmiştir. Ya da yabancı tabiiyetine geçerek edinmiş oldukları emlak ve mülkleri değeri üzerinden Osmanlı tebaalarına devretmeleri gerektiği İran Maslahatgüzarına bildirilmiştir. Bu uygulamanın Irak'ta bulunan gayrimüslimler için de geçerli yasal zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Vergiden kaçmak ve mülk edinmek için uygulanan bu yöntem Bağdat içinde Müslüman tüccarlardan büyük tepki görmüştür. Devam eden şikâyetler sonucunda yabancı devletlerin vatandaşlığına girmiş olan gayrimüslimlerin, Osmanlı tebaası olmaktan çıkarılması kararı alınmıştır. Diğer vilayetlerde olduğu gibi Irak vilayetlerinde de bu kişilerin yabancı sayıldığı, bu hüküm gereği gayrimenkul satın alamayacakları ve cizye vergisi vermeleri gerektiği kararı verilmiştir<sup>82</sup>.

## VI. TANZİMAT'IN MUSUL'DA UYGULANMASI ÜZERİNE BİR TAHLİL

3 Kasım 1839'da, Tanzimat'ın ilanı Osmanlı hukuk sistemi için yeni bir dönemin ilk ışıkları anlamına gelmekte idi. Ferman bütün Osmanlı'da tebaa anlayışından toplum anlayışına yeni bir kapı aralamıştır. Herkesin can, mal, ırz ve namus güvenliği kanunla güvence altına alınmış, askerlik ve vergi işleri bir düzen içinde "*kanun üstünlüğü*" temeline dayandırılmıştır. Dolayısıyla Musul'da gerçekleşen idari, mali, askerî ve adli konularda toplum hayatına getirilen bütün düzenlemelerin Tanzimat'ın getirdiği yenilikler olduğu

<sup>81</sup> BOA, İ.Hrc, 2205, 4 Şaban 1264 (1847).

<sup>82</sup> 1847 senesinde Bağdat valisine gönderilen bir yazıda "Bağdat ve havalisinde bulunan tebaa-yı ecnebiye elinde olan emlak-ü arazinin yine tebaa-yı Saltanat Saniiye'ye devredilmesi ve bundan sonra ecnebi tebaasına bir güne emlak" satılmaması talep edilmiştir. BOA, İ.Mes.Müh.965, 17 Ramazan 1264(1847).

rahatlıkla söylenebilir<sup>83</sup>.

Osmanlı toplum hayatında pek çok düzenlemenin yaşandığı Tanzimat'ın taşra üzerinde uygulama alanı bulması Osmanlı coğrafyasının diğer eyaletlerinde de kullanılmasını sağlamıştır. Bu bakımdan 1843 yılında Şehrizor ve Bağdat'ta hayata geçirilen Tanzimat uygulamalarının, Musul'da 5 yıl sonra 1848 yılında ancak uygulanabildiği görülür. Tanzimat'ın ilk dönem uygulamaları için Osmanlı Devleti'nin özellikle Doğu ve Güney topraklarında merkeze ve merkezleşme politikalarına büyük tepkiler verilmiştir. Özellikle yılların birikimi olan sorunlar buralarda patlak vermeye başlamış; Cizre, Hakkâri ve Diyarbakır Eyaletlerinde yeni yönetimin gelmesinden hemen sonra Bedirhan Bey liderliğinde isyan başlatılmıştır<sup>84</sup>. İsyanın bastırılmasının ardından Diyarbakır ve Hakkâri eyaletleriyle Van ve Muş Sancakları birleştirilerek Kürdistan Eyaleti adında yeni büyük bir eyalet kurulmuştur<sup>85</sup>. Bu eyalete vali olarak bölgeyi yakından tanıyan Musul Valisi Esat Paşa atanmış, Musul için ise Belgrat Muhafızı olan Vecihi Paşa tayin edilmiştir<sup>86</sup>.

Musul'un 1834'te merkeze bağlanması, beraberinde isyanları ve iç karışıklıkları getirmiştir. 1848'den itibaren Tanzimat'ın uygulanmasıyla iktisadi, sosyal ve kültürel pek çok değişim ortaya çıkmıştır. Bu değişimi doğru şekilde topluma anlatabilmek için Musul Valiliğine Mehmet Vecihi Paşa tayin

---

<sup>83</sup> Marufoğlu, (1998) s. 248.

<sup>84</sup> Bedirhan Bey isyanının sebepleri üzerinde yapılan son bir akademik çalışma için bk. Mehmet Alagöz, *Old Habits Diehard, a Reaction to the Application of Tanzimat: Bedirhan Bey's Revolt*, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003. Bu çalışmada, Bedirhan İsyanının aslında milliyetçi bir isyan olmadığı ve Tanzimat'ın merkezleşme uygulamalarına karşı bir tepki olarak doğduğu anlatılmaktadır. Ayrıca bk. Çadircı, Musa (1994) "Tanzimat'ın Uygulanması ve Karşılaşılan Güçlükler (1840-1856)", Mustafa Reşit Paşa ve Dönemi Semineri Bildirileri, TTK.(Ankara 13-14 Mart 1985), Ankara, s.101-102. Başbakanlık Osmanlı Arşivinde bulunan 609 numaralı Ayniyat Defteri, tamamen bu isyanla ilgili belgelerden oluşmaktadır.

<sup>85</sup> Çadircı, Musa (1997) *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı*, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.195.

<sup>86</sup> Aktepe, Münir (1999) *Vakanüvis Ahmed Lûtfi Efendi Tarihi*, VIII, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, s.1253.

edilmiştir<sup>87</sup>. 3 Mart 1848 tarihinde Paşa Kapısı'nda ahaliye ferman okunarak Musul'da Tanzimat Devri resmen başlatılmıştır<sup>88</sup>. Musul'da Tanzimat uygulamalarının en önemli yönü “*Musul Eyalet Meclisi*”nin oluşturulmasıydı. Çünkü Müslümanların temsilcisi sayılan Müslüman azaların varlığı dışında Hristiyan halk olan Keldani, Yakubi ve Katolik cemaatlerinin temsilcileri de Meclis azası olarak tayin edilmişti<sup>89</sup>. Daha önemlisi, oluşturulan bu Meclisin yönetimde direkt söz sahibi olmasıydı. Aynı zamanda bu Meclis, gerek Tanzimat'ın Irak bölgesinde uygulanmasında gerek mülki, adli ve mali işlerin karara bağlanmasında önemli görevler üstlenmekteydi<sup>90</sup>.

Vecihi Paşa'nın yoğun girişimleriyle toplanan Musul Eyalet Meclisi,

<sup>87</sup> Mülki idareye vâkıf olan Vecihî Mehmed Paşa'nın bulunduğu görevler için bk. Mehmet Süreyya, IV, 603-4. Vecihi Paşa, Musul'daki ilk müşahedelerini ve yaptıklarını bir rapor hâlinde Meclis-i Vâlâ'ya bildirerek bu konularda ayrıntılı bilgiler vermiştir: Vecihi Paşa, yolculuk esnasında konakladığı mahallerde halktan ve fukaradan karşılıksız yiyecek, yem vb. türünden hiçbir şey talep edilmeden her şeyin para karşılığında satın alındığını ve daha önceki uygulamalardan dolayı halkın bunu garipsediğini ifade etmektedir. Vecihi Paşa, her kim olursa olsun karşılıksız hiçbir şey vermemelerini, böyle bir istek durumunda, bunun oğlu dahi olsa hemen kendisine ihbar edilmesini halka öğütleyerek aşar vergisinin artık onda bir oranında alınacağını da beyan etmişti. Paşa ayrıca, bir önceki yılda meydana gelen kıtlık kuraklık ve mütegalibenin zulmünden dolayı ahalinin perişan ve bazı köylerin tamamen boşalmış olduğunu kaydetmektedir (BOA., İ.MV., 2981, Lef6).

<sup>88</sup> BOA., İ.MV 2981, Lef 2, 22 Ca 1264/27 Nisan 1848; İ.MV 7115, 10 N 1267/9 Temmuz 1851; Cevdet

Zabtiye 3398, 29 Ra 1264/5 Mart 1848. Bir diğer arşiv vesikasında ise, Musul'un Nisan 1848 tarihinden itibaren Tanzimat dairesine alındığı ve bütün tebaanın can, mal ve ırz güvenliğinden emin olarak yaşadıkları ifade edilmektedir (BOA, Sadaret Mektûbî (A. MKT) 170/12, 27 S 1265). Ancak İngiliz seyyah J. Ross'un 20 Mart 1848 tarihli mektubunda, “Tanzimat'ın Vecihi Paşa tarafından Musul'da tatbikine başlandığı” belirtildiğine göre, ilk verilen 3 Mart 1848 tarihi doğru olmalıdır (Bk. Janet Ross (Ed.), *Letters From The East* by Hanry James Ross 1837-1857, s.147). Sinan Marufoğlu ise, Hicri tarihin karşılığını, sehven 1847 olarak vermiş ve böylece bir yıllık bir fark ortaya çıkmıştır Bk. **Marufoğlu** (2013), s.35.

<sup>89</sup> Teşkil edilen Musul Vilâyet Meclisi; üçü gayrimüslim ve dördü Müslim âzâ ile birlikte tahrirat ve emvâl başkâtipleri, naib, müftü, nakibü'l-eşraf kaymakamı, defterdar ve vali olmak üzere toplam on üç üyeden oluşmaktaydı (BOA, İ.MV 2981, Lef 3 ve 6, 22 Ca 1264/27 Nisan 1848; A.MKT 170/12).

<sup>90</sup> Eyalet meclislerinin kuruluş ve işleyişi için bk. **Çadırcı, Musa** (1985) *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Ülke Yönetimi*, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi C:6, İstanbul, İletişim Yayınları. s.218-224.

Osmanlı eyaletlerinde Tanzimat sonrası bir ilk olarak halka açık şekilde aşar müzayedesi ve ihalesi yapmıştır. Ayrıca kazalara sandık eminleri ve diğer memurları tayin ederek halkın güvenini kazanmak adına her fırsatta Tanzimat nimetlerini sergilemiştir<sup>91</sup>. Diğer yandan eyaletteki nüfus tespiti, vergi tahsilatı ve askere alma konuları da toplum hassasiyeti için son derece önemli sayılan konulardır. Bu bakımdan bu konularla ilgili bağlı kazalarda nüfus nazırları ve kayıt memurları görevlendirilmiştir<sup>92</sup>. Ayrıca Tanzimat usulünün kazalarda yaşayan halka iyi anlatılması ve kaza meclislerinin işlemesi ve düzenlenmesi<sup>93</sup> için burada yaşayan halkın ileri gelenleri ve kocabaşılar<sup>94</sup> vilayet merkezine çağrılarak yeni düzenlemelerin bütün vilayet ve kazalara tesir etmesi amaçlanmıştır. Tabii halkın desteğini almadan sadece bir nevi İmparatorluk'un ayakta kalması için yapılan bu girişimler Musul'daki İngiliz ve Fransız Elçiliklerini de memnun etmektedir. Zira bu memnuniyet vatandaşları adına yazıya dökülerek ifade bulmuştur<sup>95</sup>.

Tanzimat ile Kuzey Irak bölgesinde yer alan Musul Eyalet sınırları içinde ilk defa uygulanan “*Eyalet Meclisleri*” beklenen başarıyı maalesef sağlayamamıştır. Bir taraftan Merkeziyetçi yapı, diğer taraftan mahalli halkın yönetime dolaylı da olsa katılma isteği gibi zıt özellikler barındıran bir

<sup>91</sup> BOA., İ.MV., 2981, Lef 2 ve 6.

<sup>92</sup> BOA, C. Dah, 13239, 23 L 1264/22 Eylül 1848. Tanzimat reformlarının Musul Eyaleti'nde tatbik başlandığı bir sırada yapılan nüfus sayımında (1849) Musul'da; Dohuk, Sincar ve Tel'afet nahiyeleriyle birlikte, 13557 hanede, 21.197 İslam nüfus, 6867 reâyâ (Hristiyan) nüfus ve 3389 Yezidi olmak üzere toplam 31.453 nüfus yaşamaktaydı. Ancak burada verilen 31453 rakamı sadece yetişkin erkekleri içermektedir. Dolayısıyla Musul'un gerçek nüfusu bunun haylice üzerindeydi. Bk. **Polat, Hasan Ali** (2019) Hurşit Paşa 31 Mart 1325 İhtilalinin Tarihçesi, İstanbul, Yarn Yayını, s.219.

<sup>93</sup> Musul Eyalet Meclisinin teşkilinden kısa bir süre sonra, azalarının usulüne göre tayin edilerek kaza meclislerinin de kurulması yoluna gidildi (BOA., İ.MV 3255, 24 L 1264/23 Ekim 1848).

<sup>94</sup> Kocabaşı tabiri; muhtarlık teşkilâtının ihdasından önce Hristiyan köylerin âyanı, kurulduktan sonra ise muhtarı olarak görev yapan kişiler için kullanılırdı (Ayrıntılı bilgi için bk. **Özcan, Mert** (1995) “XVIII. ve XIX. yy. da Osmanlı İmparatorluğu'nda Kocabaşı Deyimi, Sicilleri ve Kocabaşılık”, XVI.CİEPO Sempozyumu'na sunulan bildiri metnidir, Prof. Dr. Hakkı Dursun Yıldız Armağanı, s.401-407.

<sup>95</sup> BOA., İ.MV 2981, Lef 4 ve 5.



deneyim olmuştur. Dolayısıyla halk tarafından özlenen ve beklenen demokratikleşme yolunda bir kazanım yaratmamış olmasına rağmen mahallî idareler açısından önemli bir tecrübe olmuştur<sup>96</sup>.

Toplum hayatını ilgilendiren neredeyse her alanda hazırlanmış ve uygulamaya alınan düzenlemeler, Tanzimat'ın toplum için önemli bir kazanım olduğunun kanıtıdır. Musul için Tanzimat yenilikleri usul ve düzene göre uygulanmak üzere mülki ve mali işler için pek çok düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemeler ve matbu nizamnameler dönemin valisi Aşkar Paşa'ya merkezden iletilerek kanun çerçevesinde uygulanması istenmiştir<sup>97</sup>. Biraz daha ileri gidilecek olursa bunlara ilaveten yeni ceza kanunnameleri ve gümrük tarifeleri<sup>98</sup> de eklenerek Tanzimat kazanımlarının toplumun her alanına uygulanması hedeflenmiştir.

Musul'un da içinde yer aldığı özel alanlar<sup>99</sup> Tanzimat'ın tatbik edildiği alan içerisine sokuldukça yeni oluşturulan genel vergi düzeni de genişletilmiş oluyordu. Bu bakımdan Tanzimat uygulamalarının diğer önemli bir yönü de vergi tahsili konusunda yapılan uygulamaların kurallara bağlı yeni bir düzene sokulmasıdır. Dolayısıyla fazla vergi tahsili en önemli şikâyet konularının başını çekmekteydi. Musul Eyaleti'nde halktan fazla vergi alınması, alınan

<sup>96</sup> **Ortaylı, İlber** (2000) *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahallî İdareleri (1840-1880)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.45; Burada merkezî hükümet, taşra temsilcilerini tamamen dışlayacak güçte olmadığından bu şekildeki bir merkezileştirmede halkın temsilcilerini de bu yeni sisteme dâhil etmeyi hedeflemişti. **Akyıldız, Ali** (2000) "Osmanlı Merkez ve Taşra Teşkilâtlarının Yeniden Yapılanma Süreci (1836-1856)", *Türk Kültürü İncelemeleri Dergisi*, S:3, s.90.

<sup>97</sup> BOA., İ.MV 3255, 24 L 1264/23 Ekim 1848.

<sup>98</sup> Bu tarihte gümrük tarifeleri henüz yenilenmediğinden yeni tarifelerin yolanmasına kadar gümrük vergisinin diğer yerlerde olduğu gibi Musul'da da %8 hesabıyla alınması kararlaştırılmıştı (BOA., İ.MV 3255, 24 L 1264/23 Ekim 1848).

<sup>99</sup> Tanzimat'ın henüz uygulanmadığı müstesna bölgelerden biri olan Musul'da özel nitelikli değişik vergiler bulunmaktaydı. Bu tür müstesna bölgeler, Osmanlı Devleti topraklarına katıldıktan sonra da eski vergi düzenlerini sürdürmüşler, eskiden verdikleri vergileri vermeye devam etmişlerdi. Nitekim Tanzimat'la öşür oranı %10 olarak tespit edildiği hâlde, müstesna bölgelerdeki eski oranlar devam etmekteydi. **Şener, Abdüllâtif** (1990) *Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi*, 1. Baskı, İstanbul, İşaret Yayınları, s.178.

fazla vergilerin zimmete geçirilmesi konularında sıkı takip yapılacağı<sup>100</sup>ve kazalara yüklenen vergilerin yeniden düzenlenerek tahsil edileceği konularının Musul valisi ve defterdarı tarafından bildirilmesi çok değerli gelişmelerdir. Dolayısıyla Tanzimat'ın toplum ve devlet hayatına kazandırmış olduğu olumlu uygulamalar olarak düşünölmelidir.

Bütün girişimlere rağmen Tanzimat reformları üzücüdür ki Musul ve çevresinde beklenen daha doğrusu merkez tarafından istenen olumlu sonuçları vermemiştir. Bu durumun birden çok sebebi bulunmaktadır:

Yetişmiş yönetici ve bürokratların sayıca azlığı, çok geniş bir alana uygulanacak Tanzimat reformlarının etkisini ve başarısını düşürmüştür<sup>101</sup>. Diğer yandan kötü yönetim, yolsuzluk ve suiistimal Osmanlı toprakları içinde en önemli idari problemler arasında yer almaktaydı. Tabii araçların menfaatlerini de unutmamak gerekir. Çünkü halk ile mahallî yani yerel hükümetler arasında aracılık faaliyeti yürüten şahısların kendi menfaatlerini ön planda tutmaları yapılan ıslahat uygulamalarının etkisini azaltmıştır<sup>102</sup>. Tanzimat reformlarının tatbikini engelleyen başka bir unsur da Vecihi Paşa'nın belirttiği gibi; Musul, Şehrızor, Kerkük ve Süleymaniye gibi Kuzey Irak halkının gayrimedeni yani medeniyetten uzak, dışa kapalı bir hayat sürmeleridir. Bu yaşam tarzında aşiretlerin etkisi büyüktür. Onun içindir ki bu alanlarda ıslahatların uygulanması oldukça zor ve uzun zaman almakta idi<sup>103</sup>. Tanzimat Dönemi reform hareketlerini engelleyen eylemlerden bir diğeri ise göçebe yaşayan aşiretlerin eşkıyalık hareketleri ve asayişi bozmaları olmuştur. Bu göçebe aşiretler yapılacak ıslahat girişimlerini daha baştan engelledikleri gibi idari ve mali düzenlemelerden sonuç alınmasına da engel

<sup>100</sup> Musul'a bağlı diğerkazalar vergilerinin dahi bundan böyle fukaranın hoşnudiyeti ilkesine göre düzenleneceği ve Zaho civarında halktan alınan fazla verginin sahiplerine iadesi için bk. BOA, Sadaret-Mektûbî, Mühimme (A. MKT. MHM) 43/25, 25 Ra 1268/18 Ocak 1852.

<sup>101</sup> Akyıldız, s.90.

<sup>102</sup> BOA, Ayniyat Defteri 851, s.33, 12 M 1285/5 Mayıs 1868.

<sup>103</sup> Vecihi Paşa, "Musul Eyaleti'nin diğeryerler gibi medeniyet dairesinde olmayıp ekseriyetle çadırlarda yaşayan konargöçer urban ve aşiretlerden oluştuğunu ifade ederek daha işin başında Tanzimat uygulamalarının zorluğuna işaret etmişti (BOA, Cevdet Zabtiye 3398, 29 Ra 1264/5 Mart 1848).

olmaktaydılar<sup>104</sup>. Bu sıkıntılar merkez tarafından fark edilmiş ve bu amaçla göçebe yaşayan aşiretlerin yerleşik yaşama geçirilmesi için birtakım çalışmalar yapılmıştır. Ancak yeterli ve etkili bir sonuç mümkün olmamıştır<sup>105</sup>.

Tanzimat'ın ilanı İmparatorluk sınırları içinde olumlu karşılanmış<sup>106</sup>, merkezde yani içte ise halk arasında büyük ses getirmiştir. Tanzimat'ın getirdiği reformlara her kesim kendi penceresinden bakmaktaydı. Müslüman halkın gayrimüslim reayaya tanınan haklardan rahatsızlık duymaktaydı. Bu bakımdan menfaatleri bozulan ulema, ayan ve taşra idarecileri tarafından sürekli tahrik edilirken Hristiyan cemaatler Tanzimat'ın getirmiş olduğu “eşitlik” anlayışı nedeniyle reform hareketlerine genel olarak olumlu bakmışlardı.<sup>107</sup> Dolayısıyla rahatı ya da menfaati her noktada bozulan Müslüman kesim ve bazı zümreler, Tanzimat'a mesafeli durmuş ya da karşı safta yer alarak reform hareketlerin başarıya ulaşmasını farklı şekillerde engellemiştir. Ayrıca kanun önünde eşitlik, kanun üstünlüğü vb. kavramlar önem kazanırken toplumsal tabakalar arasında çatışmalar meydana gelmiş ve derin görüş ayrılıkları oluşmuştur.

Musul Eyaleti'nde ve vilayetlerinde bulunan Müslüman tebaa<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Tanzimat döneminde özellikle Musul ve çevresinde Arap ve Kürt aşiretlerinin saldırıları, buralardaki kontrolü zedeleyecek derecedeydi. Bu dönemde bilhassa Aneze ve Şammar Aşiretlerinin eşkıyalık hareketleri asayiş ve düzeni alt üst etmişti. Bk. **Saydam, Abdullah** (1993) “Tanzimat Devrinde Halep ve Musul Dolaylarında Aşiretlerin Yol Açtıkları Asayiş Problemleri”, On dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, S:8, s.245.

<sup>105</sup> Nitekim Tanzimat Döneminde, bölgedeki göçebe aşiretleri denetim altına alma ve yerleşik hayata geçirme çabaları başarısızlıkla sonuçlanmış; özellikle aşiret reislerine maaş bağlanarak kendilerine birtakım idari görevler verilmesi, aşiret halkını vergi verme ve askere gitme konusunda ikna edememişti (Musa Çadircı, “Tanzimat'ın Uygulanması ve Karşılaşılan Güçlükler (1840-1856)”, s.102- 103).

<sup>106</sup> **Bilsel, Cemil** (1999) Tanzimat'ın Harici Siyaseti, Tanzimat, II, İstanbul, MEB Yayınları, s. 662-664.

<sup>107</sup> **İnalçık, Halil** (2004) “Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri”, Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi, S:112, s.624; **Tanör, Bülent** (2004) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s.94.

<sup>108</sup> Tanzimat'ın Musul'da tatbikine başlanılmasından kısa bir süre önce, 1844 yılında, Fransa Konsolosluk tercümanının kiliseye benzer bir ev yaptırma teşebbüsü üzerine Müslüman ahali ayaklanmış ve neticede ev yıkılmıştı. Ecnebi konsolosların sık sık vilayet işlerine karışması da şüphesiz halkın bu hareketi üzerinde etkiliydi. Osmanlı temsilcileri, Fransız

Tanzimat reformlarına karşı yukarıda belirtildiği gibi çeşitli şekillerde tepkiler vermişlerdir. Verilen bu tepkiler, vilayetlerde bulunan kolluk kuvvetlerinin yapısını bozmuş, dolayısıyla toplum asayişinin de bozulmasına neden olmuştur. Tanzimat ve getirdiği yeniliklerin Musul halkı için şaşırtıcı olduğu kadar beklenmeyen ya da istenmeyen bir yanının da olduğu söylenebilir. Ayrıca her zümre Tanzimat'ın reformlarına kendi penceresinden bakmaktaydı. Zira gayrimüslim tebaa dışında pek mutlu görünen bir kesim de bulunmuyordu. Özellikle ticaretle uğraşan gayrimüslim zengin kesim, ekonomik tedbirlerden ötürü iyimser bir havada bulunuyordu. Daha önce de belirtildiği gibi gayrimüslim reaya eşit haklara sahip olmak gelenekçi Musul'un Müslüman ahalisi için kabul edilmesi pek kolay bir durum değildi<sup>109</sup>.

Tanzimat reformlarından sonra sosyal, ekonomik ve kültürel tabloyla bağlantılı olarak Musul'un kuzey bölgelerinde yaşayan Hristiyan halka (reaya) karşı Kürt aşiretlerinin saldırıları daha da artmıştı<sup>110</sup>. Çıkar ve hesapları bozulan ulema, ayan ve tarikat (şeyh) liderleri ise bu tür saldırıları desteklemiş, kutuplaşan Müslüman toplumunu Hristiyan halka karşı kışkırtmıştır. Hristiyan topluluklar ise Tanzimat'ın reformlarıyla "eşitlik" ilkesini bağlamında uğradıkları haksızlıklara direnmeye çalışmışlardır. Nitekim uğradıkları haksızlıklar karşısında güvendikleri tek merci Musul'daki İngiliz, Fransız ve Rus Konsolosları olmuştur. Bu konuda çok hassas olan Hristiyan tebaanın en küçük sorunda konsolosların İstanbul'da bulunan

---

yetkililere "bölgenin nezaketinden dolayı müdahil olanları tecziye konusunda fazla bir şey yapamadıklarını" ifade ederek ahalinin bu özelliğini bir bakıma teyit etmişti. **Kaynar, Reşat** (1991) Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat C:7, S:19, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.589-590.

<sup>109</sup> **Shields** (2000) *Mosul Before Iraq*, State University of New York Press, s.26.

<sup>110</sup> Zira, Kürtlerin Nesturilere yaptığı baskı ve zulmün men'i için Nesturilerin yaşadığı İmadiye ve bazı kazaların Musul Sancağı'na ilhaki konusu Meclis-i Vâlâ'ya havale edilmiş, ancak bu uygulamanın daha önce yapıldığı belirtildikten sonra, saldırıların önlenmesi hususu Bağdat Valisi ve Musul Mutasarrıfına havale edilmişti (BOA, Sadaret Mektûbî, Umum Vilâyât (A.MKT.UM) 147/43, 18 S 1270; Sadaret Mektûbî Kalemî, Nezaret ve Devair (A.MKT.NZD) 98/63, 4 S 1270; A.MKT. NZD 105/36, 18 Ra 1270). Kürtlerin Hristiyanlara karşı düşmanca tutumları daha sonraki dönemlerde de devam etmiş ve bu durum, bölgede asayişin bozulmasında en büyük sebeplerden biri olmuştur.

sefirlerini devreye koyarak vilayetin iç işlerine müdahale etmesi çok sık rastlanan bir durum hâline gelmiştir<sup>111</sup>. Bütün bu sıkıntılara rağmen Tanzimat reformlarının Hristiyan halk (reaya) için eskiye nazaran çok daha rahat ve huzurlu bir ortam oluşturduğu kesindir<sup>112</sup>. Zira gayrimüslimler için artık ikinci sınıf vatandaş, azınlık gibi tabirler geride kalmıştır. Batı'nın baskısı ve dağılma sürecinde olan Osmanlı'nın toplum yapısını ayakta tutma adına atılan bu yenileşme adımlarının onlar (gayrimüslim) için artık geriye dönüşü yoktur.

Son tahlilde Musul vilayeti için Tanzimat reformlarının ve aslında yarattığı çatışma ortamının Irak'ın diğer bölgeleri nazarında çok daha az şiddette olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü sosyal ve kültürel yapısı Osmanlı ile bütünleşmiş toplumsal yapı içinde lüzumu dâhilinde yapılan idari değişiklikler, aşiret reislerini ve yerel güçleri kontrol etmede çok büyük sıkıntılara neden olmamıştır<sup>113</sup>. Dolayısıyla bölge eşrafi, ayanlar, aşiret reisleri ve din uleması Tanzimat reformları ve uygulamaları sonunda bir şekilde nüfuz ve güçlerini daha da artırmışlardır.

<sup>111</sup> Bazı örnekler için Bk. BOA, Hariciye Nezareti Mektubi Kalemî (HR.MKT) 27/64, 15 Za 1265/2 Ekim 1849; A.MKT.UM 189/56, 19 B 1271/7 Nisan 1855; A.MKT.UM 310/69, 7 Ş 1274/23 Mart 1858; İrade Hariciye 12152, 29 C 1281/29 Kasım 1864.

<sup>112</sup> 1857 tarihinde Musul'da meydana gelen bir tanassur (Müslümanlıktan Hristiyanlığa geçme) hadisesi bu bağlamda değerlendirilebilir: Bu tarihte, aslında Hristiyan iken 35 sene önce Müslümanlığı kabul eden Musullu bir şahıs, karısı ve çocuğuyla birlikte tekrar Hristiyanlığa geçmişti. Söz konusu olayda, Papa tarafından Musul'da görevlendirilen papazın da methali olduğu saptanmıştı. Osmanlı Hükümetinin bahsedilen kişi için vermiş olduğu karar, bu konuda genel uygulamayı da gözler önüne sermektedir. Hükümetçe alınan ve Musul Vilayeti'ne iletilen kararda; bu gibilerin can ve mallarına zarar gelmeden daha önce yaşadıkları yerin dışında, hadise çıkmayacak bir yere nakilleri öngörülmüştü. Oysa tanassur ve diğer türlü din değiştirmeler yasaktı ve ölüm cezası gerektiren bir suçtu. Ancak Tanzimat döneminde bu kurala pek uyulmadığı görülmektedir. Aynı tarihlerde buna benzer din değiştirme olaylarının sıkça yaşandığı muhtemeldir. Zir, şeklen ihtida etmiş olan cemaatler, Tanzimat'ın verdiği özgürlük havasıyla gerçek inançlarını bu şekilde açıklamaya başlamışlardı. **Ortaylı, İlber** (1994) "Tanzimat Döneminde Tanassur ve Din Değiştirme Olayları", Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1994, s.483.

<sup>113</sup> **Sluglett, Peter** (1991) al-Mawşil" (Since 1900), The Encyclopedia of Islam (EI), New Edition, E.J. Brill, Leiden, VI, 901.

## VII. TANZİMAT VE İRAK'TAKİ İDARİ YAPILANMADA İSTİKRAR SÜRECİ

II. Mahmut hükümdarlığının son yıllarında ayan ve yerel güçleri (hanedanları) etkisiz hâle getirmeyi başarmış ve taşrayı merkezî otoriteye bağlı hâle getirmiştir. Bu dönemde Irak topraklarında Şehrızor, Musul, Bağdat ve Basra olmak üzere dört eyalet bulunmaktaydı<sup>114</sup>. Yine Osmanlı'nın genel toprak yapısı, yani sınırları incelendiğinde İmparatorluk bünyesinde toplamda 29 eyaletin olduğu görülmektedir. Tanzimat reformlarının 1848 yılında Musul Eyaleti içinde uygulanmaya başlanması ve hemen arkasından Irak toprakları nazarında acilen idari düzenlemeler yapılması için bazı gereksinimler doğmuştur. Bu düzenlemelerden birincisi, 1850 yılında merkezi Kerkük olan Süleymaniye ve Revanduz Sancaklarını da içine alan yeni Şehrızor Eyaleti kurularak Musul ve Bağdat'a bağlanmasıdır<sup>115</sup>.

Yine bu zaman diliminde, Musul'un teşkilat yapısında gerçekleştirilen idari düzenlemelerin biraz karışık olduğu görülmektedir. 1849 yılında Hakkâri Eyaleti kurulduktan sonra, Musul Eyaleti'nin sınırları küçülmüştür. Bu nedenle Hakkâri Valiliği, yetkili merci olmak ve askerî bakımdan Bağdat ile olan bağlarını sürdürmek koşuluyla Mayıs 1851 yılında Musul'un "*mutasarrıflık*" (valilik) unvanıyla Mehmet Hilmi Paşa kontrolüne verilmiştir<sup>116</sup>. Aslında bu kabulde Musul'un Hakkâri tarafından ilhak edilmesi

<sup>114</sup> Akbal, Fazıl (1951) "1831 Tarihinde Osmanlı İmparatorluğu'nda İdarî Taksimat ve Nüfus", Belleten, C:15, S:60, s.627.

<sup>115</sup> Oluşturulan bu eyaletin başına, 55 bin kuruş maaşla Rıza Paşa vali olarak tayin edilmiş, ayrıca mal müdürü ve diğer memurlar da atanmıştı (BOA, İ.Dah, 12777, 8 N 1266/18 Temmuz 1850; Birken, s.206-207, 223). Bu şekilde merkezi Kerkük olan ve 1850'de oluşturulan Şehrızor Eyaleti, daha önce bahsedilen, Süleymaniye taraflarında ve İran sınırına yakın bir yerde bulunan Eski Şehrızor ile karıştırılmamalıdır. Yeni Şehrızor Eyaleti, eski eyaletin batısını kapsıyordu (Birken, s.204).

<sup>116</sup> BOA, A.MKT. NZD 33/66, 2 B 1267/3 Mayıs 1851; A.MKT. NZD 34/17, 11 B 1267/12 Mayıs 1851. Bu karar üzerine Musul, kısmen Hakkâri ve kısmen de Bağdat'ın idaresi altına girmiş oluyordu (S.H. Longrigg, Four Centuries of Modern Iraq, Oxford 1925, s.280; Darkot, VIII, 743; Sarah D. Shields, MosulBeforeIraq, s.38). Shields ve Longrigg, Musul'un Bağdat'a mutasarrıflık olarak bağlanmasını 1850 tarihiyle vermektedir ki, doğru tarih 1851'dir. Bu tarihten önceki idari duruma bakıldığında; Kerkük ve Süleymaniye Livalarının Musul'dan bağımsız olarak Bağdat ve Şehrızor Vilayetlerine bağlı olduğu, Musul'un ise

idari yönetim bakımından rahatlatılacağı tezine dayanmaktadır<sup>117</sup>. Çünkü daha önce gerek idari gerekse kültürel bakımdan Hakkâri yönetimiyle iyi ilişkiler içinde bulunmaktaydı.

Bu çerçevede 1851 yılı sonunda Musul ve Şehrizor Eyaletleri mutasarrıflık (vali) statüsü ile Bağdat'a bağlanması<sup>118</sup> konusu Meclis-i Valâ'da<sup>119</sup> görüşülmüştür<sup>120</sup>. Daha sonraki süreçte 1852'nin hemen başında

müstakil bir eyalet hâlinde bulunduğu görülmektedir (Sahillioğlu, s.1252). 1851 yılına kadar "vezir" unvanını taşıyan Musul valileri, bundan sonra "mutasarrıf" unvanını taşımışlardır (Devlet Salnâmesi 1268, s.74).

<sup>117</sup> BOA, Divân-ı Hümâyûn (Beylikçi) Kalemî (A.DVN) 68/84, 27 B 1267/28 Mayıs 1851.

<sup>118</sup> 1847'de 6. Ordu'nun teşkil edilmesi ve bu şekilde İran'a karşı askeri harekâtlar için önemli bir merkez ve üs hâline gelmesi, Bağdat'ın konumunu diğer Irak vilayetlerine göre daha da güçlendirmişti. Böylece Musul da Bağdat'a karşı eski konumunu kaybetmişti. Bağdat valilerinin Musul ve Şehrizor'a kendi hâkimiyetlerini kabul ettirerek nüfuzlarını bütün Irak'a yayma politikası ise sıkça rastlanan bir durum idi. 1851'de, Musul'un kısmen ve Şehrizor'un Bağdat'a bağlanmasına rağmen 1855 Haziranı'nda Bağdat Valisinin "...merbutiyet-i kadîme ve münasebet-i mevkîyesi cihetiyle Şehrizor Eyaleti'nin eskiden olduğu gibi, Bağdat'a ilhakını..." istemesi, Bağdat valilerinin Musul'la birlikte Şehrizor üzerinde de tam bir hâkimiyet sağlama isteğinden kaynaklanıyordu. Zira Bağdat Valisi "Buranın mukataa yapılmasını veya emaneten kendi uhdesine verilmesini istiyor ve bunun (belki de hükûmeti ikna yöntemi olarak) mali, mülki ve askerî açılarından pek çok faydalar sağlayacağını belirtiyordu. Meclis-i Valâ ve Meclis-i Hass-ı Vükelâ'da konu görüşülerek emaneten idareye onay verilmiş ve Şehrizor ve valisinin, 1851'deki karara istinaden zaten Bağdat Eyaleti ve valisinin idaresi altında bulunduğu teyit edildi. Şehrizor Valisi Ali Paşa'ya, Bağdat'a bağlı olduğunun bir kez daha hatırlatılacağı da ayrıca belirtildi (BOA, A.MKT.UM 197/90, 23 N 1271; A.MKT.MHM 79/73, 9 Ra 1272).

<sup>119</sup> 1838'de, II. Mahmut döneminde Mustafa Reşit Paşa tarafından kurulan danışma meclisine verilen isimdir. Osmanlı yönetim kademesi içerisinde şekilsel de olsa Batı meclislerinin benzeri ilk bürokratik yapılanma olduğu söylenebilir. Çünkü bu mecliste söz almak isteyenler isimlerini yazdırarak bu sırayla konuşurlardı ve oturumların tamamı kaydedilmekteydi. Meclisin üyeleri atama ile görev alırken başlıca görevleri arasında padişah fermanlarından düzenli hukuk metinlerine geçilmesi, ceza kanunlarının düzenlenmesi, askerlik kanunu, arazi kanunu ve eyalet meclisleri nizamnamesi gibi toplumsal yaşamı etkileyecek pek çok alanda kanun ve tüzük de bu meclis tarafından hazırlanmış ve uygulanmıştır. Ayrıca 1839 Tanzimat reformlarından sonra idari konularda bir bakıma istinaf mahkemesi olarak da çalıştığı görülmektedir. Diğer taraftan Tanzimat-ı Hayriye kavramı ilk defa bu meclisin kuruluş metninde kullanılmıştır. En önemli nokta son sözün daima padişah tarafından söylenmesiydi.

<sup>120</sup> BOA, İ. MV 8892, 14 S 1268/9 Aralık 1851.

Ocak ayında Musul'un, Hakkâri'den koparılarak Şehrizer'a ilhak edilmesi düşüncesiyle Meclis-i Vâlâ'ya havale edilmiştir. Bu hassas konu hakkında sırasıyla Irak, Hicaz ve Anadolu Orduları subaylarına görüş yazıları sunulmuştur<sup>121</sup>. Gelen görüşler Meclis-i Vâlâ'da tartışmaya açılmıştır. Sonuç olarak Musul Eyaleti'nde mali ve mülki işler daha önce yürütüldüğü şekilde kalmıştır. Ancak eyaletin dağlık ve doğu kısmında yer alan taiflerin (Davudiye, Akra, Dohuk ve Zaho kazalarıyla Zibar ve Aşâir-i Erbaâ vb. yerleşim yerleri) mülki ve asayiş bakımından idaresi Hakkâri valisine bırakılmıştır. Yine Musul'un batısı ve çöl kısmında kalan köyler ile Tel'afer ve Şeyhan kazalarının mülki idaresi, asayiş ve aşiret sorunlarının çözümü Bağdat ve Şehrizer valilerinin idaresine verilmiştir<sup>122</sup>. Temelde bu düzenlemelerin tamamı aslında idari yönden asayişin sağlanmasına yönelik yapıldığını söylemek mümkündür. Müzakere sonunda Meclisten çıkan kararların tebliğ edilmesi ve gereğinin yapılması Bağdat Valisi Namık Paşa ile Musul Mutasarrıfı (Valisi) Hilmi Paşa ve Maliye Nezaretine yazılı olarak iletilmiştir<sup>123</sup>.

Yapılan bu idari düzenlemelerin Musul'u toprak parçası olarak Doğu ve Batı diye ikiye ayırdığı görülmektedir. Diğer taraftan yönetsel anlamda ise hem idari hem de mülki bakımdan Bağdat, Şehrizer ve Hakkâri Eyaletleri arasında üçe bölünmüştür<sup>124</sup>. Bu taksimattan maksat, Tanzimat reformlarının birer parçası olan vergi tahsili, asker toplama ve idari yönetim gibi kaygıların giderilmesi olarak düşünülmektedir. Aynı zamanda bölgedeki asayiş

<sup>121</sup> Bu düzenlemede, doğudaki Akra ve Davudiye kazalarının Hakkâri'ye, Musul ve mülhakatının ise Şehrizer'a ilhakı veya Hakkâri valisinin Musul'a nakli ve Musul Mutasarrıfı Hilmi Paşa'nın da kaymakamlık unvanıyla Hakkâri'ye nakli gibi değişik alternatifler üzerinde durulmuştur (BOA, Sadâret Mektûbî, Meclis-i Vâlâ Kalemi (A.MKT.MVL.) 49/21, 11 Ra 1268/4 Ocak1852).

<sup>122</sup> BOA, İ.Dah 15458, 16 B 1268/6 Mayıs 1852; A.MKT.UM 99/100, 3 Ş 1268/23 Mayıs 1852; A. MKT.

UM 118/23, 8 Ra 1269/20 Aralık 1852. Aynı kararda, Hakkâri valisinin Musul'da oturması teklifi; Hakkâri Eyaleti'nin İran hududunda ve nazik bir mahalde bulunması ve böyle bir durumda valinin diğer yerlerle ilgilenmesinin zorlaşacağı gerekçesiyle uygun görülmemiştir.

<sup>123</sup> BOA, A.MKT.MVL 53/19, 3 Ş 1268/23 Mayıs 1852; A.MKT.NZD 55/5, 3 Ş 1268/23 Mayıs 1852

<sup>124</sup> BOA, A. MKT.UM 118/23, 8 Ra 1269/20 Aralık 1852.



sağlamak, mevcut saldırıları durdurmak ve daha da önemlisi Tanzimat kazanımlarını (can, mal, namus vb.) toplumsal yapıya tatbik yoluyla korumak olduğu söylenebilir. Bu duruma örnek vermek gerekirse Kürtlerin Hristiyan gruplara karşı saldırıları ve bazı aşiretlerin asayişi bozması gibi durumlar neticesinde Van Eyaleti'ne bağlı İmadiye kazası ile birtakım nahiye ve köylerin Musul'a bağlanması gerekli olmuştur<sup>125</sup>. Bu itibarla uygulamaların altında yatan temel amacın Tanzimat'ın ilan sebeplerinden birisi olan taşraya karşı merkezî otoriteyi sağlamak olduğu çok açıktır.

Musul'un idari yapısı üzerindeki denemeler bu kadarla sınırlı kalmamıştır. 1855'te mutasarrıflık unvanıyla Van Eyaleti kanatları altına alınmış ve 1861'e kadar bu yapısını korumuştur. 1861'in sonuna doğru Musul da (Şehrizor ve Basra gibi), valilikten kaymakamlığa çevrilerek, yani statü kaybına uğrayarak Bağdat idaresine girmiştir<sup>126</sup>. Musul, Şehrizor ve Basra'nın hızla ve zamanlama olarak aynı anda Bağdat yönetimine devredilmesi, Irak'ta yapılmak istenen reform ve ıslahat çalışmalarında aslında Bağdat Valisi Namık<sup>127</sup> Paşa'nın hareket kabiliyetini artırmak ve işini kolaylaştırmak için olduğu açıktır. Ancak bu şekilde, yapılması planlanan yeniliklerde etkinlik sağlanacak ve tek merkezden kontrol imkânı doğacaktır. Namık Paşa'nın başlatmış olduğu ıslahat hareketleri sonraki dönemde Bağdat Valisi olan Mithat Paşa (1869-72) yönetimiyle daha üst seviyeye çıkararak toplum yapısı içinde daha fazla alana nüfus etmiştir<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> BOA, A.MKT.NZD 98/63, 4 S 1270/ 6 Kasım 1853; A.MKT.NZD 105/36, 18 Ra 1270/19 Aralık 1853; A.MKT.UM 163/26, 4 Z 1270/ 28 Ağustos 1854.

<sup>126</sup> Nitekim 1865'te, Şehrizor, Süleymaniye ve Revanduz kaymakamlıkları ile birlikte Musul'un da bağlı olduğu eyalet Bağdat idi (Devlet Salnamesi 1283, s.78; Birken, s.179, 207, 222).

<sup>127</sup> İki kez Bağdat valiliği görevine getirilen Mehmet Namık Paşa zamanında, 1860'lı yıllarda Irak Eyaletlerinde birçok reform gerçekleştirilmiş, mukataa gelirlerinin doğrudan hazineye aktarılması, miri arazinin urbana satılarak onların yerleşik hayata geçirilmesi, çeşitli idari ve arazi düzenlemeleri, aşiretlerin ıslah ve tedibi ile devlete bağlanması gibi ıslahatlarla bu bölgede devletin nüfuzunun tesis edilmesini sağlamıştı. **Kurşun, Zekeriya** (1998) Necid ve Ahsa'da Osmanlı Hâkimiyeti, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.5. Namık Paşa'nın bulunduğu görevler ve kısa biyografisi için bk. **Süreyya, Mehmet** (1996) Sicill-i Osmanî Osmanlı Ünlüleri IV, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 39-40.

<sup>128</sup> **Birken**, s.179, 207, 222.

Tanzimat reformlarının yekpare olarak tek elden yürütülmesine yönelik anlayış yapısı merkezîyetçiliğin mahallî, yani yerelde uygulanması şeklinde yorumlanabilir. Bu süreçte Bağdat valisinin tek yetkili merci olarak seçilmesi ve merkezden yapılan yazışmaların doğrudan muhatabı olması merkezî düzenlemelerin öneminin anlaşılması açısından etkili olmaktadır<sup>129</sup>. Çünkü biraz geriye doğru bakıldığında Musul, Şehrîzor ve Basra mutasarrıflarına daha önce tek tek yazılar gönderilmekteydi. Hâliyle bu durum da bürokrasinin ağır işlemesine neden olmaktaydı. Son düzenleme ile artık vergiler hızlı toplanırken Irak coğrafyasının imar, iskân ve siyasal düzeninin yeniden kurulması daha kolay ve hızlı gerçekleştirilmiştir.

### VIII. BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI, MİLLÎ MÜCADELE DÖNEMİNDE SURİYE VE İRAK'TAKİ GELİŞMELER

Irak, Suriye ve Anadolu topraklarının I. Dünya Savaşı'ndan sonra işgal edilmesinin ardından direniş için Anadolu'da 1919'da "*Kuvayımîllîye Teşkilatı*" ve "*Suriye-Filistin Müdafaa-i Kuvva-yı Osmaniye Heyeti*" kurulmuştur. Heyetin başındaki kişi Özdemir Bey takma ismini kullanan Ayıntap<sup>130</sup> komutanı Ali Şefik Bey, yardımcıları ise Halep Heyet-i Merkeziye Başkanı Hilal Bey ve Erkan-ı Harp Reisi Namık Bey'dir. Teşkilat çok az bir zaman içinde alanını genişleterek büyümüş ve başta Şam, Halep, Humus, Hama, Beyrut ve Kuneytara'da irtibat büroları açmıştır<sup>131</sup>.

Bu dönemde Türk ve Arap milliyetçileri Fransızlara karşı ortak bir mücadele örneği vererek iş birliği yapmışlardır. Tabii bu ortak tavır içine Türk ve Suriyeli direnişçilerin yanında zaman içinde Iraklı direnişçiler de yer almıştır. 2 Temmuz 1920'de Kilis'te Kefergani köyünde düzenlenen bir antlaşma ile Türkiye, Irak ve Suriye'nin işgalden kurtulması ve düşmanla

<sup>129</sup> BOA, A.MKT.UM 559/65, 29 L 1278; A.MKT.NZD 422/17, 30 Za 1278.

<sup>130</sup> Ayıntap olarak bilinen eski kent, bugünkü Gaziantep'in 12 km. kuzeybatısına düşen Dülük köyü ile Karahöyük köyü arasında bulunduğu belirtilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz., <https://www.google.com/search?q=Ay%C4%B1ntab+neresi&oq=Ay%C4%B1ntab+neresi&aqs=chrome..69i57j0.6417j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8> s.e.t.07.02.2020.

<sup>131</sup> Umar, Ö. Osman (2004) Osmanlı Yönetimi ve Fransız Manda İdaresi Altında Suriye (1908-1918), Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, s.428.

beraber mücadele edilebilmesi için Suriye, Türkiye ve Irak'ın eşit sayıda üye vermesiyle ortak bir meclis oluşturulması kararları alınmıştır<sup>132</sup>. Görüş birliğine varılan diğer konular arasında:

1. Kilis'te bulunan Kuvayimillie için Suriye'ye ağır silah, top ve mühimmat verilmesi,
2. Suça karışanların yakalandıklarında diğer tarafa teslim edilmesi,
3. Hamam-Katma-Kilis ve Ayıntap gibi bölgelerde cereyan eden düşman hareketliliği konularında bilgi akışı sağlanması,
4. Vatana ihanet edenlerin karşılıklı teslimi,
5. Silah ve mühimmat nakli için kullanılan Halep demir yolunun Fransız ve Ermenilerin kullanımına kapatılması konusu<sup>133</sup>,
6. Tarafların irtibatını sağlayabilmek için İrtibat Subaylığının kurulması,
7. En önemlisi de antlaşmanın gizliliği ve tarafların bu hassas konulara riayet etmeleri konularında mutabık kalınmıştır<sup>134</sup>.

Suriye ve Irak bölgelerinde düşman karşısında ortak hareket edilmesi, Türkler ve Araplar arasında yükselen iş birliği İngiliz ve Fransızları endişeye sevk etmiştir.<sup>135</sup> Öyle ki ABD dahi bu durumdan rahatsızlık duymuş, olan biteni anlayabilmek için bölgeye gözlemci göndermiştir. Gözlemci olarak bölgeye gönderilmiş olan H. Engert 28 Şubat 1920'da gözlemlerini

<sup>132</sup> Öztürk (2016), s.9.

<sup>133</sup> Gerçekten Halep-Maraş demir yolu, Kilis'in batısındaki Damrık Dağı civarındaki Okçu İzzeddinli Aşireti'nin milis kuvvetleri tarafından 1920 Şubatı'ndan itibaren sürekli olarak tahrip ediliyor, Halep'ten Maraş'a asker ve mühimmat nakli engelleniyordu. Hatta 1920 Şubatı'nda Maraş'a giden bir tren havaya uçurulmuş, bazı Fransız askerleri esir alınmış, bunun üzerine bölgeye gönderilen bir Fransız birliği, Damrık Dağı'nın batı yakasında Hisar köyü civarında bozguna uğratılmıştır. Geniş bilgi için bk. Öztürk, Mustafa (2005) "İzziye Kazasının Kuruluşu ve Millî Mücadeledeki Yeri", Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Tarih Araştırmaları Dergisi, C:24, S:37 (Prof. Dr. Yücel Özkaya Özel Sayısı), s. 29-45.

<sup>134</sup> Genelkurmay ATASE Arşivi, Kls. No 594, Dosya No: 8-141, F. 33-10'dan zikreden Umar (2004), s.442-443.

<sup>135</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Umar (2004), s. 427-443.

raporlayarak “*Türkler ve Araplar Fransa’ya karşı ortak davranış hâlinde dirler. Arap ordusunda eski Türk subayları var. Fransız ordusu bütün bu işlerden bıkmış, huzursuzdur. Fransız subaylarının çoğu Suriye’den ayrılmaya hazır durumdadır. Çünkü Cezayirli ve Senegallilerden kurulu birliklerine güvenmemektedirler.*”<sup>136</sup> ifadelerini tarihe düşmüştür.

Aslında bütün bu olup bitenin temelinde 1919 yılında yapılan Sivas Kongresi’nde alınan kararlar yatmaktaydı. Türk Cephesi’nde Suriye ile bu kadar yakın münasebet kurulmasına Kazım Karabekir Paşa başından beri karşı çıkmıştır.

Gerekçesini “*Sivas görüşmelerinde sınırlar çizilmiştir, bunun dışında faaliyette bulunmak doğru değildir. Açık talimatların Fransızların eline geçmesi sakıncalıdır.*” maddesine dayandırmaktadır. Bu düşünceler karşısında Mustafa Kemal ise millî sınırlar içinde (Misakımillî) Türk ve Arapların ayrılmaz bir bütün olduğunu ifade etmiştir<sup>137</sup>. Zira Mustafa Kemal’in Türk ve Arap birliğine bu kadar önem vermesi aslında zihninde Misakımillî sınırları içinde bölgesel bir federasyon fikrinin bulunmasından kaynaklanmaktadır<sup>138</sup>.

Birinci Dünya Savaşı sonrası Irak’ta da benzer gelişmeler görülmektedir. Bu sefer de İngiltere ve Fransa benzer bir antlaşma ile Irak’ın geleceğini İngiltere’nin inisiyatifine bırakmıştır. Neticede İngilizler 1915’te Basra’dan başlattıkları harekât ile Bağdat içlerinden Kûtu’l-Amare’ye kadar gelmişlerdir. Türk ordusu 29 Nisan 1916 tarihinde büyük gayretle İngilizlere ağır kayıplar verdirdiler (5 general, 500 subay ve 13.000 asker esir düşmüştür)<sup>139</sup>. Ancak bu zafer sadece İngilizleri kısa süreliğine durdurabilmiş, 1917’de Bağdat’a girmelerine engel olamamıştır. Bölgede Selman-ı Pak ve Kûtu’l-Amare Savaşları sırasında yerel halk ve Arap aşiretleri İngilizlere karşı

<sup>136</sup> Umar (2004), s.433-434.

<sup>137</sup> Umar (2004), s.435.

<sup>138</sup> TBMM Gizli Celse Zabıtları I, s. 2-3’ten nakleden Umar (2004), s. 439.

<sup>139</sup> Kûtu’l-Amâre ile ilgili olarak Başbakanlık Arşiv belgeleri yakın bir geçmişte yayımlanmıştır. Bkz. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü- *Arşiv Belgelerine Göre Kûtü’l-Amâre Zaferi*, İstanbul 2016,131

büyük direniş göstermişlerdir.<sup>140</sup> Örneğin Kûtu'l-Amare'de Müntefik Aşiret Reisi Uceymi Bey<sup>141</sup> Millî Mücadele'ye Urfa bölgesinde büyük katkılar sağlamıştır<sup>142</sup>.

Bağdat'a giren İngilizler akabinde Musul vilayetine de girmişlerdir. Benzer şekilde yerli halk Osmanlı'nın yanında yer alarak direniş göstermiştir. Öyle ki Irak'ın manda altına girdiği dönemlerde (1923) Süleymaniye Valisi Şeyh Mahmud ayaklanma başlatacak cesaret gösterebilmiştir. İngilizler 15 Şubat ile 30 Nisan 1923 tarihleri arasında Şeyh Mahmud'a kara ve hava harekâtı düzenlediler. Bu harekât Irak'taki İngiliz Kuvvetleri Komutanı Üs Mareşal Sir Salmon'un Londra'daki üstlerine bir rapor yazmasına neden olmuştur<sup>143</sup>. Bu harekât aynı zamanda Kürdistan bölgesinde bulunan Türk

<sup>140</sup> Bu husus bazı çevreler tarafından Arap ve Kürt aşiretlerinin bölgede İngilizlere karşı Osmanlı Devleti'nin yanında yer almalarını Türklere yapılmış bir lütuf olarak göstermeleri, art niyetli maksatlarla izah edilebilir. Bölge halkının ismi bizde mahfuz olan iki-üç aşireti hariç, bütün aşiretler Osmanlı Devleti'nin yanında yer almışlardır, bu doğrudur, bunda şaşacak bir şey yoktur. Çünkü bu vatan sadece Türklerin değil onların da vatanıdır. Söz konusu aşiretlerin bu mücadeleye katılmaları da gayet tabii olup katılmamaları gayritabii olurdu.

<sup>141</sup> Arşiv Belgelerine Göre Kûtü'l-Amâre Zaferi, s.67.

<sup>142</sup> Uceymi Bey'e Paşalık unvanı verilerek Türk vatandaşlığına geçirilmiş ve 1932 yılında Bakanlar Kurulunun Kararı ve Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Paşa'nın imzasıyla Urfa'nın Germüş köyü kendisine temlik edilmiştir. Bk., Arşiv Belgelerine Göre Kûtü'l-Amâre Zaferi, 383.

<sup>143</sup> Raporda ilgili şu ayrıntılar bulunmaktadır: “Şubat ortalarına doğru Güney Kürdistan'ın her tarafında din ve aile yönüyle büyük bir nüfuz sahibi olan Süleymaniye Valisi Şeyh Mahmud'un Türklere lehindeki ifsadatının yalnız tezeyüd değil hatta yeni bir esasa istinaden gelişmekte olduğu” belirtilmektedir. “Şeyh Mahmud, martta Kerkük'e taarruz için bir plan tertip etmiştir. Aynı zamanda Irak'ta bir genel isyan çıkarmak maksadıyla kutsal şehir Necef'in Şii ulemasıyla irtibata geçmiştir. Keza Kürdistan'da Türk Çete Kumandanı Özdemir Bey adına hareket eden bir propagandacı zabıt olan Remzi Bey ile Köy Sancak'ın geri alınması için bir ittifak yapmıştır. Bundan başka Simko ve diğer şahıslarla beraber Ankara'ya gönderilecek bir beyannameyi imzalamış ve bu beyannameye Türk hükümeti kendisini Kürdistan hükümdarı olarak tanımayı kabul ettiği takdirde Türklere yardım vaadinde bulunmuştur.” bilgileri bulunmaktadır. Raporun devamında “burada meydana gelecek bir isyan Süleymaniye ile sınırlı kalmayacak ve Kerkük ve Köy Sancak'a yapılacak bir taarruz Irak'ın her tarafında endişe verici bir tesir yapacağı” ifadeleri yer almaktadır. Bu rapor 1924 yılında Genelkurmay Başkanlığı tarafından tercüme edilmiştir. Çeviri yazısı için bk. Umar

çetesi kumandanı Özdemir Bey'in Musul'a yapmış olduğu çok önemli ve tarihe geçen bir harekât olmuştur<sup>144</sup>. Sonuç olarak İngiltere'nin olası bir tehdit karşısında Kuzey Irak'ta Türkiye'ye sempati duyan Şeyh Mahmud'a karşı karadan ve havadan büyük bir operasyon düzenlemek kaydıyla gelişmelerin önüne geçtiği görülmektedir.

## SONUÇ

Her bölgenin etkileşim içinde olduğu ve sonunda mutlaka birleştiği bir veya birden fazla doğal coğrafi alan bulunmaktadır. Osmanlı içinde bu alanlardan belki de en önemli olanı Irak'ın kuzey bölgelerini oluşturan coğrafyadır.

19. yüzyılda Osmanlı hukuk sisteminde meydana gelen köklü değişimler Irak coğrafyası üzerinde de farklı etkilere neden olmuştur. Bu etkiler daha çok Irak'ın eyaletlerinde Musul, Bağdat ve Basra üzerinde uygulanan toprak rejimi üzerinde kendisini göstermiştir. Çünkü Osmanlı Devleti'nde toprak düzeni de hukuk düzeni gibi değişim geçirmiş ve ortaya birtakım sorunlar çıkmıştır. Osmanlı Devleti bu sorunların çözümüne yönelik önemli adımlar atmıştır. Bu adımlardan belki de en önemli olanı Tanzimat kapsamında yapılan arazi düzenlemeleri olmuştur.

Aynı yüzyılda Irak vilayetlerinde Tanzimat öncesi ve sonrasında oluşan toprak rejiminde tapu ve mülkiyet sorunları öne çıkan konular olmuştur. Zira bu sıkıntılı konular üzerinde Tanzimat sonrası büyük değişimler meydana gelmiştir. Tımar sisteminin kaldırılması, beraberinde göçebe Kürt ve Arap aşiretlerinin neden olduğu terk edilmiş topraklar sorununu ortaya çıkarmıştır. Bu duruma bağlı olarak sahte hüccet ve senetle topraklar üzerinde hak iddiaları ve mülkiyet edinme meselesi çözülmesi gereken diğer önemli sorunlar hâline dönüşmüştür. 19. yüzyılda Irak vilayetlerinde topraklar için

---

Ö. Osman (2003) "1923'te Şeyh Mahmud'la Özdemir Bey'e Karşı Kuvvâ-yı Berriye ve Havaiyyenin Müşterek Harekâtı", *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, S:145, s.133-150.

<sup>144</sup> Harekâtın safhaları hakkında geniş bilgi için bk. **Türkmen, Zekeriya** (2001) "Özdemir Bey'in Musul Harekâtı ve İngilizlerin Karşı Tedbirleri (1921-1923)", *Atatürk Araştırma Dergisi* C:27, S:49, s.68.

dağıtılan tapular ile yabancıların mülk edinme meselesi yine çözüm bekleyen önemli sorunlar arasında yer almıştır.

Osmanlı Devleti, bütün bu sorunların çözümüne yönelik 1865 yılında Irak toprakları için detaylı Layiha çıkarmıştır. O yıllarda bile hak sahibi kişilerin haklarının korunabilmesi ve yabancıların mülk edinmeleri konularında Irak valilerine uyarılarda bulunulmuş, gerekli bütün talimatlar verilmiş ve yasal zemin oluşturulmuştur.

Bütün bunlar; Tanzimat'ın getirmiş olduğu şeklen Batılılaşma ve bunun neticesinde girilen kanunlaştırma hareketleri Osmanlı'nın resmen bir hukuk devleti hüviyeti kazanmaya başladığının kanıtı olarak gösterilebilmektedir. Tüm bu çabalar sonunda yine de Osmanlı Devleti sınırları içinde insan hakları kavramının çağımız koşullarına uygun olmadığı iddia edilse de ancak dönemin çağdaş sayılan devletleri ile karşılaştırıldığında yine o dönemin kabul gören ölçütlerinin çok da gerisinde olmadığı görülmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Açıkkel, Ali** (2018) “1722-23’te Sivas Eyaletinde Cebelü Bedeli Uygulaması”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, S: 13/2, s.113-140.
- Akbal, Fazıl** (1951) “1831 Tarihinde Osmanlı İmparatorluğu’nda İdarî Taksimat ve Nüfus”, Belleten, C:15, S:60, s.617-628.
- Aktepe, Münir** (1999) Vakanüvis Ahmed Lûtfî Efendi Tarihi, VIII, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları.
- Akyıldız, Ali** (2000) “Osmanlı Merkez ve Taşra Teşkilâtlarının Yeniden Yapılanma Süreci (1836-1856)”, Türk Kültürü İncelemeleri Dergisi, S:3, s.57-92.
- Aydın, Mehmet Akif** (1991) Arazi Kanunnamesi, C.3, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.
- Akyılmaz, S. Gül** (2015) Siyasi Tarih, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Akyılmaz, S. Gül** (1998) Birinci Jön Türk Hareketi’nin (Yeni Osmanlılar Cemiyeti) İdeolojisine Bir Örnek: Namık Kemal ve Diğçerleri, Ankara, Akçağ Yayıncılık.
- Alagöz, Mehmet** (2003) OldHabitsDiehard, a Reactiontothe Application of Tanzimat: Bedirhan Bey’sRevolt” (Basılmamış Yüksek Lisans), “Bedirhan Bey İsyanı” bk. BOA. 609 numaralı Ayniyat Defteri, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü- Arşiv Belgelerine Göre Kütü’l-Amâre Zaferi, 2016, İstanbul.
- Barkan, Ömer Lütfi** (1980) Türkiye’de Torak Meselesi Toplu Eserleri I, İstanbul, Gözlem Yayınları.
- Barkan, Ömer Lütfi** (1940) Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi, Tanzimat I, İstanbul, Maarif Matbaas.



**Başoğlu, Tuncay** (2011) Ta'azir Maddesi, C:40, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.

**Bilsel, Cemil** (1999) Tanzimat'ın Harici Siyaseti, Tanzimat, II, İstanbul, MEB Yayınları.

**Birken, Andreas** (1976) Die Provinzen des Osmanischen Reiches, Weisbaden.

BOA, A. MKT.UM 118/23, 8 Ra 1269/20 Aralık 1852.

BOA, A.MKT.MVL 53/19, 3 Ş 1268/23 Mayıs 1852; A.MKT.NZD 55/5, 3 Ş 1268/23 Mayıs 1852.

BOA, A.MKT.NZD 33/66, 2 B 1267/3 Mayıs 1851; A.MKT. NZD 34/17, 11 B 1267/12 Mayıs 1851.

BOA, A.MKT.NZD 376/62, 1 Ca 1278; A.MKT.UM 515/76, 8 Ca 1278.

BOA, A.MKT.NZD 98/63, 4 S 1270/ 6 Kasım 1853; A.MKT.NZD 105/36, 18 Ra 1270/19 Aralık 1853; A.MKT.UM 163/26, 4 Z 1270/ 28 Ağustos 1854.

BOA, A.MKT.UM 197/90, 23 N 1271; A.MKT.MHM 79/73, 9 Ra 1272.

BOA, A.MKT.UM 523/15, 5 C 1278; A.MKT.UM 384/39, 9 C 1278; Musul Vilâyeti Salnâmesi 1325, 4.def'a,

BOA, A.MKT.UM 559/65, 29 L 1278; A.MKT.NZD 422/17, 30 Za 1278.

BOA, Ayniyat Defteri 851, s.33, 12 M 1285/5 Mayıs 1868.

BOA, Bağdat Ayn.Def, 851, s.137, 4Cemaziye'l-ahir1288(1871).

BOA, C. Dah, 13239, 23 L 1264/22 Eylül 1848

BOA, Cevdet Zabtiye 3398, 29 Ra 1264/5 Mart 1848.

BOA, Divân-ı Hümâyûn (Beylikçi) Kalemi (A.DVN) 68/84, 27 B 1267/28 Mayıs 1851.

BOA, Hariciye Nezareti Mektubi Kalemi (HR.MKT) 27/64, 15 Za 1265/2 Ekim 1849; A.MKT.UM 189/56, 19 B 1271/7 Nisan 1855; A.MKT.UM 310/69, 7 Ş 1274/23 Mart 1858; İrade Hariciye 12152, 29 C 1281/29 Kasım 1864.

BOA, İ. MV 8892, 14 S 1268/9 Aralık 1851.

BOA, İ.Dah 15458, 16 B 1268/6 Mayıs 1852; A.MKT.UM 99/100, 3 Ş 1268/23 Mayıs 1852; A. MKT.UM 118/23, 8 Ra 1269/20 Aralık 1852

BOA, İ.Dah, 12777, 8 N 1266/18 Temmuz 1850

BOA, İ.Hrc, 2205, 4 Şaban 1264 (1847).

BOA, İ.M.Val, 3069, 24 Cemaziye'l-ahir 1264 (1848).

BOA, İ.Mes.Müh, 1840, 28 Ramazan 1257 (1840).

BOA, İ.Mes.Müh.965, 17 Ramazan 1264 (1847).

BOA, İ.MV 2981, Lef 3 ve 6, 22 Ca 1264/27 Nisan 1848; A.MKT 170/12.

BOA, İrâde Meclis-i Mahsus (İ.MM) 1011, 15 R 1278/10 Ekim 1861; A.MKT.UM 513/45, 1 Ca 1278; A.MKT.UM 550/45, 25 N 1278; A.MKT.NZD 376/62, 1 Ca 1278; A.MKT.NZD 422/17, 30 Za 1278

BOA, Sadaret Mektûbî, Umum Vilâyât (A.MKT.UM) 147/43, 18 S 1270: ; Sadaret Mektûb Kalemi, Nezaret ve Devair (A.MKT.NZD) 98/63, 4 S 1270; A.MKT. NZD 105/36, 18 Ra 270

BOA, Sadaret-Mektûbî, Mühimme (A. MKT. MHM) 43/25, 25 Ra 1268/18 Ocak 1852.

BOA, Sadâret Mektûbî, Meclis-i Vâlâ Kalemi (A.MKT.MVL.) 49/21, 11 Ra 1268/4 Ocak 1852.

BOA, Şur.Dev, 5645, 16 Zi'l-hicce 1309 (1892).

BOA, Şur.Dv, 3149, 24 Ağustos 1297 (1878).

BOA, İ.M.Val, 16890, 17 Safer 1274 (1857).

BOA., İ.M.Val, 16890, 17 Safer 1274 (1857).

BOA., İ.MV 2981, Lef 2, 22 Ca 1264/27 Nisan 1848 ; İ.MV 7115, 10 N 1267/9 Tem. 1851

BOA., İ.MV 2981, Lef 4 ve 5.

**Büyüктаş, Canan Kuş** (2020) “Safevî Hükümdarı Şah I. Abbas’ın Osmanlı Devleti’nin Hindistan Ticaretindeki Rolünü Engelleme Faaliyetleri”, İran ve Turan Tarihi Araştırmaları Dergisi, S:4, s.94-116.

**Cin, Halil** (1965-1966) “Osmanlı Toprak Hukukunda Mirî Arazinin Hukuki Rejimi ve Bu Arazinin TMK. Karşısındaki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 22-23, S: 1-4, s.745-798.

**Cin, Halil, Osmanlı** (1992) Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınları.

**Cin, Halil / Akyılmaz, Gül** (2011) Türk Hukuk Tarihi, Konya, Sayram Yayınları.

**Ciminoğlu, İrfan**, İstanbul Gazetesi, “Osmanlı Döneminde Irak”, <http://www.istanbulgazetesi.com.tr/osmanli-doneminde-irak-makale,73377.html>. s.e.t.05.02.2020.

**Çadırcı, Musa** (1985) Tanzimat’ın Uygulanması ve Karşılaşılan Güçlükler (1840-1856).

**Çadırcı, Musa** (1985) Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Ülke Yönetimi, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, C:6, İstanbul, İletişim Yayınları.

**Çadırcı, Musa** (1997) Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.

**Çadırcı, Musa** (1994) “Tanzimat’ın Uygulanması ve Karşılaşılan Güçlükler (1840-1856)”, Mustafa Reşit Paşa ve Dönemi Semineri Bildirileri, TTK. (Ankara 13-14 Mart 1985), Ankara.

- Çakar, Enver** (2003) 16. Yüzyılda Haleb Sancağı (1516-1566), Elazığ, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Merkezi Yayını.
- Çavdar, Tefik** (2008) Türkiye'nin Demokrasi Tarihi, 4.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi.
- Genç, Mehmet** (2006) Mukataa, C:31, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.
- Genç, Mehmet** (2000) İltizam, C:22, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.
- Gündüz, Ahmet** (2003) Osmanlı İdaresinde Musul (1523-1639), Elazığ, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Merkezi Yayınları.
- Gündüz, Tufan** (2010) Şah İsmail Maddesi, C:38, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.
- Hacıtıroğlu, Kürşad** (2014) "Küreselleşmenin Siyasal Etkileri, Göç ve Ukrayna-Rusya Krizi", Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:16, S:2, s.259-284.
- Halaçoğlu, Yusuf** (1991) Bağdat- II. Osmanlı Dönemi, C:4, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.
- Hurşid, Mehmed [PAŞA]** (1997) Seyâhatnâme-i Hudûd, Çevrimyazı: Alâattin Eser, İstanbul.
- Mehdi, İlhan** (1993) "16. yüzyılda Şehrizol Vilayeti", Orta Doğu Teknik Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, [https://www.academia.edu/10084068/XVI\\_Yy\\_Sehrizol\\_Vilayeti](https://www.academia.edu/10084068/XVI_Yy_Sehrizol_Vilayeti) s.e.t. 20.05.2020.
- İlk Devlet Salnamesi, 1283
- İnalcık, Halil** (2004) "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri", Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi, S: 112, s.603-690.
- Kahraman, Abdülkadir** (2008) "Irak'ın Geçmişi, Geleceği, Bugünü ve Geleceği Üzerine Muhtemel Senaryolar", (Yüksek Lisan Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Karaman, Yücel Dağlı/Ali, Seyit/Dankoff, Robert** (2001) Evliyâ Çelebi Seyahatnâmesi, Topkapı Sarayı Kütüphanesi Bağdat 305 Numaralı Yazmasının Çevirisi: 4. Kitap, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.
- Karadağ, Haydar-Şit, Mustafa** (2016) “Osmanlı Devleti’nde Toprak Mülkiyetinin İktisadi Sistemler Açısından Değerlendirilmesi”, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:4, s.45-65.
- Kaynar, Reşat** (1991) Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat C:7, S:19, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Kurşun, Zekeriya** (1998) Necid ve Ahsa’da Osmanlı Hâkimiyeti, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Longrigg, S.H.** FourCenturies of Modern Iraq, Oxford 1925, Darkot, Sarah D. Shields, MosulBeforeIraq).
- Mantran, Robert** (1999) Irak Maddesi, C:19, İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi.
- Mardin, Şerif** (1986) “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri”: (Çeviren: Şeniz Gönen), Kalaycıoğlu, Ersin / Sarıbay, Ali Yaşar (Editörler), Türk Siyasal Hayatının Gelişimi, İstanbul.
- Marufoğlu, Sinan** (1998) Osmanlı Döneminde Kuzey Irak, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayınevi. İstanbul. Al-Irak fi al-Vesaik al-Osmaniyye, Dar Al-Shorok, Amman 2006.
- Marufoğlu, Sinan** (2013) “19. Yüzyılda Irak Vilayetlerinde Toprak Düzeni, Tapu ve Mülkiyet Sorunları”, Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S:9, s. 235-248.
- Marufoğlu, Sinan** (1998) Osmanlı Döneminde Kuzey Irak (1831-1914), İstanbul.
- Matthee, Rudi** (2018) “1600-1700 Yıllarında Araplar, Türkler ve İranlılar Arasında Basra Şehri”, Çev: İlker Külbilge, Cihannüma, Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi, S:4/1, s.155-193.

- Mert, Özcan** (1995) XVIII. ve XIX. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Kocabaşı Deyimi, Seçimleri ve Kocabaşılık İddiaları”, Ankara.
- Mumcu, Ahmet** (2017) Divan-ı Hümayun, Ankara, Phoenix Yayınları.
- Okumuş, Ejder** (2017) Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat, 3.Baskı, İstanbul, İnsan Yayınları.
- Ortaylı, İlber** (1994) “Tanzimat Döneminde Tanassur ve Din Değişirme Olayları”, Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1994, s.481-487.
- Ortaylı, İlber** (2000) Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahallî İdareleri (1840-1880), Türk Tarih Kurumu, Ankara.
- Otacı, Cengiz** (2004) Hukukun Laikleşme Serüveni, İstanbul, Birey Yayınları.
- Özcan, Mert** (1995) “XVIII. ve XIX. yy. da Osmanlı İmparatorluğu'nda Kocabaşı Deyimi, Sicilleri ve Kocabaşılık”, XVI.CİEPO Sempozyumu'na sunulan bildiri metnidir, Prof. Dr. Hakkı Dursun Yıldız Armağanı, s.401-407.
- Özkiraz, Ahmet / Hamdemir, Berkan** (2009) “Anayasacılık Hareketleri, Kapitalizm ve Osmanlı”, Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi, C:11, S:2, s.59-78.
- Öztürk, Mustafa** (1996) Osmanlı Mirî Rejiminin Misâk-ı Millî ile Münasebeti, Ankara Genelkurmay ATASE, Beşinci Askerî Tarih Semineri Bildirileri, İstanbul, Yapı Kredi Bankası Yayını.
- Öztürk, Mustafa** (2005) “İzziye Kazasının Kuruluşu ve Millî Mücadeledeki Yeri”, Ankara Üniversitesi DTCF. Tarih Araştırmaları Dergisi C:24 S:37 (Prof. Dr. Yücel Özkaya Özel Sayısı), s.29-45.
- Öztürk, Mustafa** (2016) “Osmanlı Mirî Rejiminin Suriye ve Irak'ta Uygulanmasının Sonuçları” Akademik Bakış Dergisi, C:9, S:16, s.1-15.
- Peter Sluglett** (1991) “al-Mawşil” (Since 1900), The Encyclopedia of Islam (EI), New Edition, E.J. Brill, Leiden.

- Polat, Hasan Ali** (2019) Hurşit Paşa 31 Mart 1325 İhtilalinin Tarihçesi, İstanbul, Yarıncılık.
- Sahillioğlu, Halil** (1990) “Osmanlı Döneminde Irak’ın İdarî Taksimatı”, (Arapçadan çeviren: Mustafa Öztürk), TTK- Belleten, C:54, S:211, s.1233-1257.
- Sayar, Ahmed Güner** (2013) Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması, 5.Baskı, İstanbul, Ötüken Neşriyat.
- Saydam, Abdullah** (1993) “Tanzimat Devrinde Halep ve Musul Dolaylarında Aşiretlerin Yol Açtıkları Asayiş Problemleri”, On dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, S:8, s.243-256.
- Süreyya, Mehmet** (1996) Sicill-i Osmanî Osmanlı Ünlüleri IV, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Şahin, Cemile** (2012) “Osmanlı Toprak Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, The Journal of Academic Social Science Studies, C:5, S:6, s. 434-461.
- Şener, Abdüllâtif** (1990) Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, 1. Baskı, İstanbul, İşaret Yayınları.
- Tanör, Bülent** (2004) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.
- TBMM Gizli Celse Zabıtları II, Ankara 1980.
- Türk Tarih Kurumu** (1994) MUSTAFA Reşit Paşa ve Dönemi Semineri Bildirileri, 1. Baskı (Ankara: 1985), Ankara.
- Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Sabah Sözlük, Cebelü nedir? Cebelünün Görevleri, <https://www.sabah.com.tr/sozluk/tarih/cebelu-nedir-cebelunun-gorevleri> s.e.t.06.02.2020
- Türkmen, Zekeriya** (2001) “Özdemir Bey’in Musul Harekâtı ve İngilizlerin Karşı Tedbirleri (1921-1923)”, Atatürk Araştırma Dergisi, C:27, S:49, s.49-79.

- Umar, Ömer Osman** (2003) “1923’te Şeyh Mahmud’la Özdemir Bey’e Karşı Kuvvâ-yı Berriye ve Havaiyyenin Müşterek Harekâtı”, *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, S:145, s.133-150.
- Umar, Ö. Osman** (2004) *Osmanlı Yönetimi ve Fransız Manda İdaresi Altında Suriye (1908-1918)*, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını.
- Ünal, Uğur** (2014) *Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu*, İstanbul, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın No:135.
- Vak’a-nüvis Ahmed Lûtfî Efendi Tarihi (1999), (Yay. Haz. Münir Aktepe), İstanbul.
- Vikisözlük, lahiya, <https://tr.wiktionary.org/wiki/lahiya> s.e.t.10.02.2020).
- Yurtseven, Yılmaz / Şahin, Gamze Nur** (2016) “Klasik Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S:1, s.159-206.
- Yenidünya, Süheyla** (2009) “XIX. Yüzyıl Başlarında Osmanlı Devleti’nin Bağdat’ta Kölemen Hâkimiyetini Kaldırma Teşebbüsleri”, *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, S:182, s.2-44.
- Yetkin, Aydın** (2013) “Osmanlı Devleti’nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C:6, S:24, s. 380-413.



## İSLAM-OSMANLI EŞYA HUKUKUNDA MÜŞTEREK MALIN TAKSİMİ\*

Arş. Gör. Naci ÇEVİK\*\*

### ÖZET

İslam-Osmanlı eşya hukukunda mülkiyeti kazanma yollarından biriyle ya da en az iki malın ayrılması mümkün olmayacak bir şekilde birbirine karışması suretiyle meydana gelen müşterek mülkiyet, belli bir mal varlığı üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkına sahip olmaları anlamına gelmektedir. Bu kapsamda müşterek olarak bir mala sahip olan pay sahipleri o malın belli bir bölümü üzerinde hisseleri oranında malik olmayıp, pay sahiplerinin mülkiyet hakkı malın tamamı üzerinde kendi hissesi oranındadır. Müşterek mülkiyeti sona erdiren sebepler ise söz konusu malın yok olması, istimlâk edilmesi, cebri satışı ya da malın fiziki yapısının veya menfaatlerinin taksim edilmesidir. Dolayısıyla müşterek mülkiyeti sona erdiren sebeplerden taksimin eşyanın fiziki yapısının paylaşılması ve bu eşyadan elde edilen menfaatlerin bölüştürülmesi şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür. Öte yandan müşterek malın taksim edilebilmesi için bölünebilir olması ve taksim işlemi sırasında pay sahiplerinin mülkiyetinde olması gerekmektedir. Keza usulüne uygun ve adil olarak yapılan taksim işlemi taraflar açısından bağlayıcı nitelikte olup, bundan rücu etmek mümkün değildir.

Literatürde her ne kadar İslam-Osmanlı eşya hukukunda müşterek malın paylaşılması hususunda fazlaca bir çalışma olmasa da ilgi çekici bir kısım çalışma bulunmaktadır. Bununla birlikte bu çalışmalarda konu teorik açıdan İslam hukuku çerçevesinde ele alınıp incelenmiştir. Bu çalışmayı öncekilerden farklı kılan husus ise konuyu İslam hukuku hükümleri çerçevesinde ele alıp incelemenin yanı sıra Osmanlı uygulamasına da yer vermesidir. Bu sebeple çalışmamızda müşterek malın taksimi hususunu bütüncül bir şekilde ele alıp konuya ilişkin İslam hukuku teorisi incelendikten sonra Osmanlı uygulamasından bazı örnekler verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Müşterek Mal, Müşterek Mülkiyet, Malik, Taksim, Hisse.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.695846 – Geliş Tarihi: 28.02.2020 – Kabul Tarihi: 16.10.2020.

\*\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, nacicevik@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1758-2276.

## DISTRIBUTION OF JOINT GOODS IN THE ISLAMIC-OTTOMAN THINGS LAW

### ABSTRACT

Joint ownership, which occurs in one of the ways of gaining ownership in Islamic-Ottoman property law or by mixing at least two properties in a way that cannot be separated, means that more than one person has the right to property on a certain property. In this context, shareholders who have a jointly owned property do not own a certain portion of that property in proportion to their shares, and the ownership right of the shareholders is in proportion of their shares over the entire property. The reasons that terminate joint ownership are the disappearance, expropriation, forced sale or distribution of the physical structure or interests of the property in question. Therefore, it is possible to examine the division into two as dividing the physical structure of the goods and dividing the interests obtained from this item for reasons that terminate joint ownership. On the other hand, the joint good must be divisible in order to be divided and it must be the property of the shareholders during the distribution process. Likewise, it is not possible to revoke this from the binding procedure for the parties, which is done properly and fairly.

Although there is not much work in the literature regarding the distribution of common property in Islamic-Ottoman property law, there are some interesting studies. In these studies, the subject has been handled and analyzed in the framework of Islamic law from a theoretical perspective. What makes this study different from the previous ones is that it includes the Ottoman practice as well as examining the subject within the framework of the provisions of Islamic law. For this reason, in our study, some examples from the Ottoman practice are given after considering the issue of the division of the common property in a holistic manner and examining the Islamic law theory.

**Key words:** Joint Property, Joint Ownership, Owner, Distribution, Share.

## GİRİŞ

İnsanın diğer insanlarla olan ilişkileri hukukun konusu olduğu gibi, insanın eşya ile olan ilişkisi de hukukun konusunu oluşturmaktadır. Zira insanın eşya ile arasında kurmuş olduğu bağ, doğrudan ya da dolaylı olarak başkalarını da ilgilendirebilmektedir. Dolayısıyla bireysel, sosyal ve ekonomik hayatın devamlılığı, düzeni ve gelişimi açısından insan ile eşya arasındaki bağın hukuki temellere oturtulması zorunluluk arz etmektedir. Doğası gereği eşyaları sahiplenme ve mülk edinme arzusu insanın fitratında olduğundan insan hayatı için zaruri olan eşyaların paylaşımı, mülk edinilmesi, üzerinde tasarruf edilmesi ve nihayetinde bu tasarrufun mahiyeti tarih boyunca tartışma konusu olmuştur. Bu kapsamda tarih boyunca her toplumda eşya ve mülkiyete ilişkin hukuki esaslar benimsendiği gibi İslam hukuku da bu konuyla ilgili olarak orijinal esaslar benimsemiştir<sup>1</sup>. Keza Osmanlı Devleti de hukukun diğer alanlarında olduğu gibi eşya hukuku sahasında da esasen İslam hukukunu tatbik etmiş olduğundan İslam hukukundaki mülkiyet anlayışı, Osmanlı hukukunda da hemen hemen aynı şekilde kabul edilip uygulanmıştır<sup>2</sup>.

Sözlük anlamı olarak “bir şeye hâkim olma ve onu ele geçirme” anlamlarına gelen mülkiyet hakkı, hukuki bir engel bulunmadığı sürece sahibine eşya üzerinde tasarruf yetkisi verdiği halde aynı eşya üzerinde başkalarının tasarrufunu engelleyen bir hâkimiyet hakkıdır<sup>3</sup>. İslam hukukçularına göre maddi bir varlığa sahip olan eşyalar mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceği gibi maddi bir varlığa sahip olmamakla birlikte maddi varlığa sahip eşyalardan yararlanma anlamına gelen menfaatler de mülkiyetin konusunu oluşturabilirler. Günümüz eşya hukukunda olduğu gibi

<sup>1</sup> **Yaka, Zeki** (2014) “İslam Hukukunda Zilyedlik ve Mülkiyet Arasındaki Farklar”, Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 36; **Özdemir, Recep** (2019) “İslam Hukukuna Göre Mülkiyet ve Mülkiyetin Temellendirilmesi”, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y: 11, S: 31, s. 260.

<sup>2</sup> **Cin, Halil** (1992) Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, s. 9.

<sup>3</sup> **Türk Hukuk Kurumu** (1991) Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, s. 255.

İslam-Osmanlı hukukunda da prensip itibariyle mütemmim cüzler, teferruat ve her çeşit semere mülkiyetin kapsamına dâhildir<sup>4</sup>. Bununla birlikte İslam hukukçuları mütemmim cüz ve teferruat tabirlerini kullanmak yerine “zevâid” ibaresini kullanmayı tercih etmişlerdir<sup>5</sup>.

Öte yandan eşya üzerindeki mutlak hakların en güçlüsü olan mülkiyet hakkı, günümüz hukuk literatüründe daha çok Roma hukuku temeline dayanan ve bazı Batı dillerinde “property” ya da “propriété” kelimeleriyle ifade edilen terimin karşılığı olup, mülkiyetin bu anlamda İslam hukukunda tek kelimele bir karşılığı bulunmamaktadır. Fıkıh terminolojisinde aynı hakları ifade etmek üzere kullanılan “milk” kavramı ise günümüz hukukundaki mülkiyet hakkını da kapsayan bir üst kavram olup, bu anlamda mülkiyetin İslam hukukundaki tam karşılığı ise “milkü’l ayn ve’l-menfaa, el-milkü’l-kâmil, el-milkü’l-mutlak, el-milkü’t-tâm” terimleriyle ifade edilmektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkı milkin en önemli örneği olduğundan, bir üst kavramın mutlak kullanılmasının da onun en mükemmel türüne yorumlanacağı kaidesinden hareketle yalnızca milk ya da milkü’l-ayn tabirleri ile de mülkiyet hakkı ifade edilebilir<sup>6</sup>.

Diğer taraftan İslam hukuku mülkiyetin kazanılması ve kullanılmasıyla ilgili olarak ahlaki açıdan önemli yenilikler getirmiş olmakla birlikte özel mülkiyetin temeline de dokunmamıştır<sup>7</sup>. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de yer alan çeşitli ayetler ve Hz. Peygamber’in bazı söz ve uygulamaları İslam hukukunda

<sup>4</sup> “Vücutta bir şeye tâbi olan, hükümde dahi ana tâbi olur.”, “Tâbi olan şeye ayrıca hüküm verilemez.”, “Bir şeye malik olan kimse anın zaruriyetinden olan şeye dahi malik olur.”, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (MAA), m. 47-49.

<sup>5</sup> **Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 673; **Ali Haydar Efendi** (2014) Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, C. I, (Çeviren: Gündoğdu, Raşit/Erdem, Osman) İstanbul, Gül Neşriyat, s. 142; **Aydın, Mehmet Akif** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 337; **Türkmen, Ali** (1996) İslam Eşya Hukuku, Samsun, s. 28.

<sup>6</sup> **Hacak, Hasan** (2005a) “İslam Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 2, s. 100-101; **Hacak, Hasan** (2006a) “Mülkiyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 31, s. 543.

<sup>7</sup> **Armağan, Servet** (2015) İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, 8. Baskı, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, s. 174-178.

özel mülkiyetin meşruluğunun dayanağı olarak gösterilebilir. Bu kapsamda Kur'an'da mülkiyet ile ilgili olarak yer alan ayetler incelendiğinde bu ayetlerin bir bütünlük teşkil edecek şekilde birbirine bağlı ve bütünlük içerisinde mülkiyetin Allah'a<sup>8</sup>, topluma<sup>9</sup> ve özel kişilere<sup>10</sup> ait olabileceğini belirten nitelikte olduğu görülmektedir. Zira her şeyi yoktan var eden Allah, aynı zamanda yarattığı her şeyin gerçek anlamda sahibidir. Bununla birlikte İslam inancına göre imtihan için bu dünyada bulunan insan, bu imtihanın bir parçası olarak Allah tarafından yaratılmış olan şeylerin bir kısmına sahip ve malik olabilecektir. Öte yandan İslam hukukunun asli kaynaklarından ikincisi olan Hz. Peygamber'in sünnetinde ise doğrudan özel mülkiyete ilişkin bir hadis bulunmamakla birlikte, zekâta ve mirasa ilişkin hadislerden yola çıkarak özel mülkiyetin Hz. Peygamber'in sünneti ile de desteklendiğini söyleyebiliriz<sup>11</sup>. Zira Müslümanlar tarafından verilecek zekâtın nasıl ve ne oranda olacağı ile ilgili hükümlerin yer aldığı bu hadislerden zekâtla yükümlü olmanın şartının da öncelikle bir mala malik olmak olduğu anlaşılmaktadır. Keza miras paylarından söz edilen bir diğer hadiste ise ölen kişinin geride bıraktığı malvarlığının mirasçıları arasında Kur'an-ı Kerim'de belirtilen oranlara uygun olarak paylaşılmasından söz edilmekle birlikte kişinin ölümünden sonra geride mirasçılarına intikal edecek bir malvarlığının bulunması için öncelikle sağlığında o malvarlığına malik olması gerekmektedir. Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki Hz. Peygamber,

<sup>8</sup> “(Onlara) ‘Göklerde ve yerde olanlar kimindir?’ diye sor. ‘Allah’ındır.’ de.”, En'am, 4/12; “Musa kavmine dedi ki: Allah'tan yardım isteyin ve sabredin. Şüphesiz ki yeryüzü Allah'ındır. Kullarından dilediğini ona varis kılar.”, Araf, 7/128, **Karaman, Hayrettin/Özek, Ali/Dönmez, İbrahim Kâfi/Çağrı, Mustafa/Gümüş, Sadrettin/Turgut, Ali** (2014), Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meâli, 27. Baskı, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

<sup>9</sup> “Hor görülüp ezilmekte olan o kavmi (Yahudileri) de, içini bereketle doldurduğumuz yerin doğu taraflarına ve batı taraflarına mirasçı kıldık.”, Araf, 7/137; “Andolsun Zikir'den sonra Zebur'da da: ‘Yeryüzüne iyi kullarım varis olacaktır.’ diye yazmıştık.” Enbiya, 21/105.

<sup>10</sup> “Yetimin malına, rüşüne erinceye kadar, ancak en güzel bir niyetle yaklaşın. Verdiğiniz sözü de yerine getirin. Çünkü verilen söz, sorumluluğu gerektirir.”, İsra, 17/34; “Ey iman edenler! Allah'a ve ahiret gününe inanmadığı halde malını gösteriş için harcayan kimse gibi, başa kakmak ve incitmek suretiyle, yaptığınız hayırlarınızı boşa çıkarmayın.”, Bakara, 2/264.

<sup>11</sup> **Müslim**, “Zekât”, 1,7; **Müslim**, “Feraiz”, 2.

sahibinin izni olmadan başkasına ait mala el uzatılmaması gerektiği ilkesini sık sık vurguladığı gibi meşru müdafaa şartları içerisinde malını korumaya çalışırken öldürülen kişinin de şehit mertebesinde sayılacağını haber vermiştir<sup>12</sup>.

İslam-Osmanlı hukukunda mülkiyet hakkı çeşitli açılardan farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Bu kapsamda konusu bakımından mülkiyet hakkı ayn, deyn, ve menfaat mülkiyeti olmak üzere üçe ayrılır. Rakabe mülkiyeti adı da verilen ayn mülkiyeti, bir şeyin bizzat kendisine, dolayısıyla o şeyin kullanma ve yararlanma hakkına da sahip olmak anlamına gelmektedir<sup>13</sup>. İslam hukuku literatüründe esasen ayn mülkiyeti başkasına ait olan bir malın yalnızca yararlanma hakkına sahip olmaya menfaat mülkiyeti adı verilmekte olup, mülkiyetin bu türü kira, ariyet, vakıf ve vasiyet gibi hukuki işlemlerden biriyle kurulabilir<sup>14</sup>. Deyn mülkiyeti ise İslam hukukunda kişinin başkalarından olan alacak haklarına verilen isimdir. Öte yandan sahibine bağışladığı yetkiler bakımından mülkiyet hakkı kâmil (tam) ve nâkıs (eksik) mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda bir malın ayn mülkiyeti ile birlikte menfaat mülkiyetine de sahip olmaya tam mülkiyet adı verilirken, malın yalnızca ayn mülkiyetine ya da yalnızca menfaat mülkiyetine sahip olunmasına ise eksik mülkiyet adı verilmektedir. Son olarak İslam-Osmanlı hukukunda hak sahiplerinin sayısına göre mülkiyet hakkı müstakil mülkiyet ve müşterek mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir malın mülkiyetine bir kişinin tek başına sahip olması halinde müstakil mülkiyet söz konusu olduğu halde malın mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olması halinde ise müşterek mülkiyet söz konusu olur<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> **Buhari**, “İlim”, 9, 37; **Müslim**, “İman”, 226.

<sup>13</sup> **Çalış, Halit** (2007) “Rakabe”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 34, s. 427-428; **Fendoğlu, Hasan Tahsin** (1994) Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya, Mimoza, s. 144-145.

<sup>14</sup> **Hacak, Hasan** (2004) “Menfaat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 29, s. 131-134.

<sup>15</sup> **Ekinci, Ekrem Buğra** (2017) Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk, 5. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 475-478; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2016) İslam Hukuku: Umumi ve Hususi Hükümler, 2. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 443-445; **Avcı, Mustafa** (2018) Türk

İslam-Osmanlı eşya hukukunda müşterek malın paylaşılması hususunda öğretide fazlaca bir çalışma olamamakla birlikte ilgi çekici bir kısım çalışma bulunmaktadır. Bu bağlamda “İslam Fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu (İştirak ve Müşterek Araziler Örneği)”<sup>16</sup> isimli makalede müşterek malın taksimi hususu İslam hukuku teorisi açısından ele alınıp incelendikten sonra paylaşımı yapılacak müşterek mal üzerindeki mütemmim cüz, teferruat ve semerelerin durumu irdelenmektedir. Öte yandan “İslam Hukukunda Müşterek Mülkiyet”<sup>17</sup> isimli yüksek lisans tezinde İslam hukukunda müşterek mülkiyeti meydana getiren sebepler, paydaşların müşterek maldaki tasarrufları ve müşterek mülkiyeti sona erdiren sebepler teorik açıdan bir bütün olarak ele alınıp incelenmektedir. Yine “İslam Hukukunda Muhâye’e”<sup>18</sup> adlı yüksek lisans tezinde müşterek mülkiyet ve müşterek mülkiyetin taksimi hakkında genel bilgiler verildikten sonra müşterek maliklerin zaman sıralaması ya da parça belirlemek suretiyle müşterek maldan yararlanma usulü hakkında anlaşmaları anlamına gelen muhâye’e hakkında İslam hukuku teorisi ele alınıp incelenmektedir. “İslam-Osmanlı Eşya Hukukunda Müşterek Mülkiyetin Taksimi” ismini verdiğimiz bu çalışmayı öncekilerden ayıran husus ise konuyu yalnızca İslam hukuku çerçevesinde teorik olarak ele alıp incelemek yerine Osmanlı Devleti uygulamasının da tebarüz ettirilmeye çalışılmasıdır.

Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle İslam-Osmanlı hukukunda müşterek mülkiyetin tanımını yaparak kuruluşu ve sona ermesi hakkında bilgi vereceğiz. Sonrasında ise müşterek mülkiyeti sona erdiren sebeplerden taksim hususunu ele alıp inceleyeceğiz. Çalışmamız esnasında müşterek mülkiyet ve

---

Hukuk Tarihi, 7. Bası, Konya, Atlas Akademi, s. 509-513; Aydın (2014), s. 337-341; Cin/Akgündüz, s. 674-677; Hacak (2006a), s. 545-546; Fendoğlu, s. 44.

<sup>16</sup> Sağlam, Hadi (2012) “İslam Fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu (İştirak ve Müşterek Araziler Örneği)”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 2, s. 365-415.

<sup>17</sup> Çelen, Cevdet (2010) “İslam Hukukunda Müşterek Mülkiyet” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

<sup>18</sup> Kâhya, Özlem (2009) “İslam Hukukunda Muhâye’e” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

müşterek mülkiyetin taksimi hususunda bir taraftan İslam hukuku teorisini incelerken, diğer taraftan ise Osmanlı uygulamasından örnekler vereceğiz.

## I. İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA MÜŞTEREK MÜLKİYET

Bu başlık altında müşterek mülkiyetin tanımı yapılarak müşterek mülkiyeti meydana getiren sebepler, müşterek maliklerin mal üzerindeki tasarrufları ve müşterek mülkiyeti sona erdiren nedenler üzerinde durulacaktır.

### A. GENEL OLARAK

İslam hukuku literatüründe “şirket-i milk” kavramıyla ifade edilen müşterek mülkiyet; satın alma, hibe, vasiyeti kabul veya miras gibi mülkiyeti kazanma yollarından biriyle ya da birden fazla malın ayrılması mümkün olmayacak bir biçimde birbirlerine karışarak birleşmesi suretiyle en az iki kimsenin bir mal üzerinde birlikte malik olmalarıdır. Mülkiyetin bu çeşidinde belirli mal üzerinde 1/3, 1/4, 1/5 gibi belirli oranda bir hisseye sahip olan şahıs, o malın tamamında payı oranında mülkiyet hakkına sahip olur. Bu sebeple malın müşterek maliklerinden herhangi birisi mal üzerinden kendi hissesi kadar bir yer veya parçayı belirleyerek yalnızca ona malik olamaz. Müşterek mülkiyete konu teşkil eden mal üzerinde pay sahiplerinin belirli orandaki paylarına müşâ’, söz konusu malda bulunan ve malın tamamını kapsayan paya ise hisse-i şâyi’ a adı verilmektedir<sup>19</sup>.

İslam hukukçuları müşterek mülkiyeti çeşitli açılardan farklı sınıflandırmalara tabi tutmuşlardır. Bu kapsamda müşterek mülkiyetin oluşumunda pay sahiplerinin irade ya da fiillerinin olup olmamasına göre

<sup>19</sup> MAA, m. 138-139; m. 1060; **Ali Haydar**, C. I, s. 145; **Cin/Akgündüz**, s. 676; **Ekinci** (2017), s. 477; **Ekinci** (2016), s. 444; **Aydın** (2014), s. 341; **Çelen**, s. 59; **Bilmen**, **Ömer Nasuhi** (t.y.) Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. VII, İstanbul, s. 65; **Karaman**, **Hayrettin** (2012) Mukayeseli İslam Hukuku, C. III, İstanbul, İz Yayıncılık s. 51; **Kahveci**, **Nuri** (2015) Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Hikmet Yayınevi, s. 278; **Hacak**, **Hasan** (2006b) “ Müşâ’ ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 32, s. 151-152.



müşterek mülkiyet, şirket-i ihtiyâriye ve şirket-i cebriye olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Günümüz eşya hukukundaki müşterek mülkiyet kavramının İslam-Osmanlı hukukundaki tam karşılığı olan şirket-i ihtiyâriye, pay sahiplerinin kendi fiil ya da iradeleri sonucu meydana gelen ortaklık türüdür. Pozitif hukukumuzda elbirliği mülkiyeti şeklinde ifade edilen şirket-i cebriye ise pay sahiplerinin kendi fiil ya da iradeleri sonucu değil de başka bir sebebe bağlı olarak ortaya çıkan ortaklık şeklindedir. Şirket-i cebriye birden fazla malın ayrılması mümkün olmayan bir şekilde birbirine karışması veya bir malvarlığının miras yoluyla birden fazla mirasçıya intikal etmesi şeklinde ortaya çıkabilir<sup>20</sup>.

Müşterek mülkiyete konu olan malın eşya veya alacak hakkı olması bakımından müşterek mülkiyet, şirket-i ayn ve şirket-i deyn olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şirket-i ayn, iki veya daha fazla kişinin belirli ve fiziki bir varlığa sahip olan eşya üzerinde ortak malik olmalarıdır. Şirket-i deyn ise iki veya daha fazla kişinin bir başkasının zimmetinde bulunan alacağa ortak olmalarına verilen isimdir<sup>21</sup>.

Bu çerçevede İslam hukukunda müşterek mülkiyetin tanımı ve özelliklerinin pozitif hukukumuzla benzerlik gösterdiği söylenebilir. Öte yandan çalışmamızın bir sonraki başlığı altında İslam-Osmanlı eşya hukukunda müşterek mülkiyeti oluşturan sebepler hakkında bilgi vermekte yarar vardır.

## B. MÜŞTEREK MÜLKİYETİN KURULUŞU

İslam-Osmanlı eşya hukukunda müşterek mülkiyet; satım sözleşmesi, bağışlama, miras, vasiyet, sadaka, ganimet ve iki ya da daha fazla malın ayrılması mümkün olmayan şekilde karışması veya birleşmesi gibi yollardan biriyle meydana gelmektedir. Günümüz hukukunda mülkiyeti nakledici

<sup>20</sup> MAA, m. 1045, 1060-1064; **Ali Haydar Efendi** (2014) *Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, C. III, (Çeviren: Gündoğdu, Raşit/Erdem, Osman) İstanbul, Gül Neşriyat, s. 141-144; **Cin/Akgündüz**, s. 676; **Aydın** (2014), s. 341; **Avcı**, s. 513; **Kahveci**, s. 278.

<sup>21</sup> MAA, m. 1066-1068; **Ali Haydar**, C. III, s. 145-146; **Kahveci**, s. 278; **Çelen**, s. 60; **Kâhya**, s. 18.

sözleşmelerden olan satım sözleşmesi İslam-Osmanlı hukuk literatüründe “bey’ ” kavramı ile ifade edilmiştir. Sözlük anlamı olarak “mübadele” anlamına gelen bey’, bir hukuk terimi olarak da sözlük anlamı ile bağlantılı olarak “malı mal ile değiştirmek” anlamına gelmektedir. Satım sözleşmesinde alıcı, tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişinin aynı malı ortaklaşa satın almaları da mümkündür. Böylece iki veya daha fazla kişinin ortaklaşa aldıkları mal üzerinde malı satın alan alıcılar arasında müşterek mülkiyet meydana gelmektedir<sup>22</sup>.

Müşterek mülkiyetin kurulması yollarından biri olan bağışlama ise İslam-Osmanlı hukuk literatüründe “hibe” olarak isimlendirilmiş olup, bu kapsamda kişinin maliki olduğu bir malvarlığını henüz hayatta iken karşılıksız olarak bir başkasına temlik etmesine hibe adı verilmiştir. Bağışlamanın kurucu unsurları icap ve kabul olmakla birlikte kendisine bağış yapılan taraf, bağışlanan şeyi teslim almadıkça bağışlama işlemi gerçekleşmiş sayılmaz. Keza bağışlamada kendisine bağış yapılan taraf bir kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişinin de birlikte bağışı kabul etmeleri mümkündür. Böylelikle kendilerine yapılan bağışı kabul ederek bağışlanan malı teslim alan kişilerin söz konusu malı teslim aldıkları anda müşterek mülkiyet ortaya çıkmış olur<sup>23</sup>.

Öte yandan müşterek mülkiyeti meydana getiren sebeplerden biri olan miras sözlük anlamı olarak “bir şeyin bir kişi veya topluluktan diğerine geçmesi, başkasından kalan, tevarüs edilen şey” gibi anlamlara gelmekte olup, hukuk terimi olarak ise ölen bir kişinin (muris) geride bıraktığı malvarlığının akıbetini düzenleyen kurallar topluluğudur<sup>24</sup>. Murisin geride bıraktığı

<sup>22</sup> MAA, m. 105; **Ali Haydar**, C. I, s. 134-135; **Bardakoğlu, Ali** (1992) “Bey’ ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 6, s. 13-14; **Bilmen, Ömer Nasuhi** (t.y.) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kâmusu, C. VI, İstanbul, s. 14; **Cin/Akgündüz**, s. 645-646; **Kahveci**, s. 186-187; **Çelen**, s. 60-61.

<sup>23</sup> MAA, m. 833, 837-838; **Ali Haydar Efendi** (2014) Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. II, (Çeviren: Gündoğdu, Raşit/Erdem, Osman) İstanbul, Gül Neşriyat, s. 374-386; **Bardakoğlu, Ali** (1998) “Hibe”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 17, s. 421-423; **Bilmen, Ömer Nasuhi** (t.y.) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kâmusu, C. IV, İstanbul, s. 501; **Cin/Akgündüz**, s. 651; **Ekinci** (2017), s. 523; **Ekinci** (2016), s. 522-523.

<sup>24</sup> **Aktan, Hamza** (2005) “Miras”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 30, s. 143; **Cin/Akgündüz**, s. 541; **Avcı**, s. 465.

malvarlığına tereke adı verilmekte olup terekenin kapsamına dâhil olan ve olmayan mal ve haklarla ilgili olarak İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı mevcuttur. Şafii ve Hanbeli mezheplerine mensup hukukçulara göre murisin geride bıraktığı mal ve hakların tamamı terekeye dâhil olduğu halde Malikiler hakların terekeye dâhil olması için bölünebilir olması şartını ararlar. Buna karşın Hanefi mezhebine mensup hukukçulara göre ise kira, ariyet gibi hukuki işlemlerden doğan menfaatler; velâyet, vekâlet, hidâne<sup>25</sup> gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar; şüf'a<sup>26</sup> hakkı ile şart muhayyerliği, görme muhayyerliği gibi doğrudan hukuki işlemin tarafı olan şahsın kişisel tercihleriyle ilgili muhayyerlikler terekeye dâhil değildir. Ancak ayıp muhayyerliği ve vasıf muhayyerliği gibi kişisel tercihlerle ilgili olmayıp doğrudan mal ile ilgili olan muhayyerlikler ise terekeye dâhil olup mirasçılara intikal eder. Öte yandan irtifak hakları şahıstan ziyade mala bağlı bir hak olduğundan, ölenin lehinde tahakkuk eden diyet ve diğer alacak hakları da zimmete sabit olan bir hak olarak kabul edildiği için tereke kapsamına dâhil sayılır<sup>27</sup>. Bu bağlamda Osmanlı uygulamasında Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine ait görüşlerin uygulamaya da yansıdığını söyleyebiliriz<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Küçük çocukların yetkili bir kimse tarafından belirli bir süre için gözetim ve terbiye edilmesi anlamına gelen "hidâne" hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Bardakoğlu, Ali** (1998) "Hidâne", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 17, s. 467-471; **Kıyık, Mustafa Harun** (2016) "Aile İçi Eğitim Açısından İslam Hukukunda Hidane", Yurt, Mehmet Emin/Bayraktutan Osman (Editörler), Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Uluslararası Aile İçi Eğitim Çalıştayı, Iğdır, s. 143-178.

<sup>26</sup> Satım sözleşmesi veya benzeri bir akitle alınmış taşınmaz veya taşınmaz mahiyetindeki özel mülkiyete konu bir malı alıcıya mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkı olan "şüf'a" hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Dönmez, İbrahim Kâfi** (2010) "Şüf'a", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 39, s. 248-252; **Yıldırım, İlyas** (2018) "Şüf'a-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanununun Merkezli Bir Mukayese", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 31, s. 317-336.

<sup>27</sup> **Aydın** (2014), s. 300; **Cin/Akgündüz**, s. 552; **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s. 463; **Aktan** (2005), s. 144; **Avcı**, s. 466; **Bilmen, Ömer Nasuhi** (t.y.) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kâmusu, C. V, İstanbul, s. 209 vd.

<sup>28</sup> "*Medîne-i Hazret-i Ebî Eyyûb el-Ensârî -dâme fî rıdvânî'l-Bârî-'de Otakçıbaşı mahallesi sâkinlerinden olup bundan akdem fevt olan İbrahim b. Turgud nâm müteveffânın verâseti sulbiye kebire kızları Fâtıma ve Torbayışe ve Bâşe nâm hâtulnara münhasıra olup ba'dehû*

Müşterek mülkiyeti meydana getiren sebeplerden birisi olan vasiyet sözlük anlamı olarak; “bir işin yapılmasını bir kimseye ismarlamak, sipariş vermek, bağlamak, bitişirmek” gibi anlamlara gelmektedir. Vasiyet bir hukuk terimi olarak ise kişinin sahibi olduğu belli bir mal ya da menfaati ölümünden sonra geçerli olmak üzere bir şahsa veya hayır cihetine karşılıksız olarak bağışlamasını ifade etmektedir. Bu çerçevede hukuki açıdan gerekli şartları bünyesinde bulundurmamak kaydıyla lehine mal veya menfaat vasiyet edilen tarafın birden fazla kişiden oluşması mümkündür. Dolayısıyla geçerli bir vasiyet ile birden fazla kişi lehine vasiyette bulunulması ve böylelikle vasiyete

*kable'l-kısme merkûme Bâşe Hâtun dahi müteveffât olup verâseti sadrî kebîr oğlu İshak Halife b. ( ) ile sadrî kebîre kızı Âşîr nâm hâtuna münhasıra olduğu şer'an zâhir ve müte'ayyin olduktan sonra merkûm İshak Halife husûs-ı âti'z-zikri da'vâya kendi tarafından asâleten ve karındaşı mersûme Âşîr Hâtun tarafından vekili olup nehc-i şer'iyi-yi mu'teber üzere şer'an vekâleti sâbite olmağla vekâleten meclis-i şer'-i şerîf-i lâzîmüt-teşrifde işbu râfi'ül-kitâb İsa b. Budak nâm kimesne husûs-ı câ'iz-zikre kendi kibelinden asîl ve zevcesi mezbûre Fâtîma Hâtun cânibinden vekîl-i şer'isi olmağla muvâcehesinde bi'l-asâle ve bi'l-vekâle üzerine takrîr-i da'vâ edip müteveffâ-yı evvelin muhalefâtından olup mahalle-i mezbûrede vâkî lede'l-cîrân ma'lûmetü'lhudûd olan menzil irs-i şer'le mezbûretân Fâtîma ve Torbayşe'ye ve vâlide ve müteveffâ-yı mersûmeye intikâl etmişken mezbûre Fâtîma Hâtun ve zevci merkûm İsa otuz sene mikdârı cümle menzili zabt ve tasarruf etmişlerdir, hâlen vâlidemiz vefât etmekle menzil-i mezbûrdan üç sehîmden bir sehîm hisse bana ve kız karındaşım merkûme Âşîr Hâtun'a intikâl etmeğın hisse-i mersûmenin icâre-i mislini asâlet ve vekâlet ve verâset-i mahkiyem hasebiyle merkûmân Fâtîma Hâtun ve zevci İsa'dan taleb ederin mezbûr İsa'dan suâl olunup ( ) dedikde gibbe's-suâl mezbûr İsa cevâbında fi'l-vâkî menzil-i merkûmda bu kadar zamân müteveffât-ı mezbûre muvâcehesinde sâkini olduğumuz mukarrer lâkin müteveffât-ı mezbûre hâl-i hayâtında ücret-i şer'î olmamağla bizden bir şey da'vâ etmemişdir deydü hâlen şeyhülislâm ve müftî'l-enâm sellemehû's-selâm hazretlerinden yedinde olan fetvâyı şerîfesini ibrâz ve mezbûr İshak Halife mahzarında kırâ'at olundukda mazmûn-ı şerîfnde Zeyd fevt olup kebîre kızları Hind ve Zeyneb ve Âişe'yi terk e[t]dikde tereke[-i] Zeyd'den olan bir mülk menzilde Hind zevci Amr ile birkaç sene sâkin olup hâlen Zeyneb ve Hatice bizim hissemizde sâkin oldun deydü Amr'dan ücret talebine şer'an kâdir olur mu deydü istiftâ olundukda cevâb-ı bâ-savâblarında olmazlar deydü buyrulmağın ber müceb-i fetvâ-yı şerîf mezbûr İshak Halife bi-vech mu[â]razadan me[n]' olunup mâ hüve'l-vâkî bi'l-ibtigâ ketb olundu.” **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2011) İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havâss-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (H. 1065-1066 / M. 1655), C. 27, İstanbul, İSAM, s. 256-257, Hüküm No: 287 [58b-1].*

konu olan malın vasiyetten yararlanacak olan kişilere intikali ile müşterek mülkiyet kurulmuş olur<sup>29</sup>.

Keza gönüllü olarak ya da dini bir vecibeyi yerine getirmek üzere ihtiyaç sahiplerine yapılan maddi yardım anlamına gelen sadaka da bazı İslam hukukçuları tarafından müşterek mülkiyeti oluşturan sebeplerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Diğer taraftan sözlük anlamı olarak “bir şeyi zorluk çekmeden elde etmek” anlamına gelen ganîmet, İslam hukuku literatüründe “Müslümanların savaş yoluyla gayrimüslimlerden ele geçirdikleri her türlü mal ve esirler” şeklinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte bazı İslam hukukçuları ganîmeti yalnızca savaşan düşman askerlerinden ele geçirilen menkul mallardır şeklinde tanımlamışlardır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ganîmet üzerinde ele geçirildiği andan itibaren mülkiyet hakkı sabit olduğu halde Hanefi mezhebine mensup hukukçulara göre ise mülkiyet hakkının sabit olması için öncelikle dârüislam (İslam ülkesi) topraklarına ulaşmak gerekir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki İslam hukukçularının görüş ayrılığında olduğu husus ganîmet üzerinde mülkiyetin nerede ve ne zaman tesis edileceğine ilişkin olup, her halükârda mülkiyetin oluşacağı hususunda İslam hukukçuları ittifak etmişlerdir. Dolayısıyla ganîmet üzerinde mülkiyetin sabit olmasıyla birlikte meydana gelen mülkiyet türü müşterek mülkiyet olup, savaşa katılan gazilerin tamamının ele geçirilen mallar üzerinde payları söz konusu olur. Bununla birlikte Hanefilere göre gazilerin mülkiyet haklarının sabit olabilmesi için zilyetliğin İslam ülkesinde de devam etmesi gerektiğinden, savaşa katıldığı dârülharpte iken ölen askerlerin ganîmetten pay almaları mümkün olmadığı gibi bunların paylarının ayrılarak mirasçularına intikal ettirilmesi de söz konusu değildir. Keza Hanefi mezhebine mensup hukukçulara göre ganîmet malları taksim edilirken

<sup>29</sup> MAA, m. 1063; **Ali Haydar**, C. III, s. 144; **Cin/Akgündüz**, s. 542-544; **Aydın** (2014), s. 305-306; **Avcı**, s. 481-482; **Cin/Akyılmaz**, s. 465; **Arı**, **Abdüselam** (2012) “Vasiyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 42, s. 552-554; **Bilmen**, C. V, s. 115 vd.

<sup>30</sup> MAA, . 835; **Ali Haydar**, C. III, s. 377-378; **Duman, Ali** (2008) “Sadaka”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 35, s. 383-384; **Çelen**, s. 63-64.

piyadelere birer, süvarilere ise ikişer hisse verildiği gibi komutan da gazilerden biri olarak ganimetten pay alır<sup>31</sup>.

Birden fazla malın birbirinden ayrılması mümkün olmayacak veya ayrılması çok zor ve masraflı olacak şekilde birbirine karıştırılması durumunda ortada bir karıştırma veya birleşme ya da İslam-Osmanlı hukuk literatüründeki ismiyle halt ve ihtilât-ı emvâl var demektir. Bu durumda karıştırılan ya da birleşen malları birbirinden ayırmak mümkün olmadığından halt ve ihtilât-ı emvâl kaçınılmaz olarak mülkiyeti kazanma yollarından biri olmaktadır. Bununla birlikte karıştırma ve birleşme ile ortaya çıkan malın mülkiyetinin kime ait olacağı karışan veya birleşen malların değerine ya da müşterek mülkiyetin mümkün olup olmamasına göre değişiklik gösterebilmektedir. Birden fazla taşınmazın kimsenin müdahalesi olmaksızın bir araya gelmesi halinde değeri fazla olan taşınmazın maliki, değeri az olanın bedelini ödeyerek ortaya çıkan malın müstakil mülkiyetine sahip olur. Taşınırlarda ise iki farklı durum söz konusudur ki bunlardan ilkinde göre birden fazla kişiye ait buğday veya mısır gibi cins malların birbirine karıştırılması halinde olduğu gibi müşterek mülkiyet imkânı varsa karışan malların malikleri meydana gelen mala kendi payları oranında müştereken sahip olurlar. Ancak bir tavuğun bir inciye yutması durumu gibi ortaya çıkan karıştırma veya birleşme hallerinde ise değeri fazla olan malın sahibi, az olanın değerini ödeyerek ona da sahip olur<sup>32</sup>.

İslam eşya hukuku ve Osmanlı uygulamasında müşterek mülkiyetin oluşumuna ilişkin verdiğimiz bu bilgilerin ardından ortakların müşterek mal üzerindeki tasarruf haklarından da söz etmekte fayda vardır.

<sup>31</sup> Erkal, Mehmet (1996) “Ganimet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 13, s. 351-354; Bilmen, Ömer Nasuhi (t.y.) Hukuk-ı İslamiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. III, İstanbul, s. 337, 397; Ekinci (2016), s. 270-271; Ekinci (2017), s. 292-293; Çelen, s. 66-67.

<sup>32</sup> MAA, m. 902, 1060-1061; Ali Haydar, C. II, s. 510-511, C. III, s. 141-143; Aydın (2014), s. 346; Cin/Akgündüz, s. 679; Ekinci (2016), s. 447-448; Ekinci (2017), s. 479-480.

### C. MÜŞTEREK MALDA PAY SAHİPLERİNİN TASARRUFLARI

Müstakil mülkiyete konu olan bir eşyaya yalnızca bir kişi sahip olduğu halde müşterek mülkiyete konu teşkil eden bir eşyanın birden çok maliki bulunmaktadır. Bununla birlikte müşterek olarak bir mala sahip olan pay sahipleri o malın belli bir bölümü üzerinde hisseleri oranında malik olmayıp, pay sahiplerinin mülkiyet hakkı malın tamamı üzerinde kendi hisseleri oranındadır. Bu nedenle bir malın müstakil mülkiyetine sahip olan şahıs o mal üzerinde dilediği gibi tasarruf edebildiği halde, müştereken bir mala sahip olan ortakların o mal üzerinde tasarruf yetkileri bazı kısıtlamalara tabidir. Bu kapsamda müşterek mülkiyete konu olan bir malvarlığı üzerinde müşterek maliklerden her biri kendi paylarına ilişkin olarak bazı tasarrufları tek başlarına yapabildikleri halde bir kısım tasarrufları ise sınırlandırılmıştır. Nitekim müşterek malın tamamını ilgilendiren tasarruflar ise pay sahiplerinin ittifakıyla mümkündür<sup>33</sup>.

Müşterek malikler uzlaşmak suretiyle müşterek olarak sahibi oldukları malı birlikte satabilecekleri gibi ortaklardan her birisi sahibi olduğu hisseyi diğer ortakların muvafakatine ihtiyaç duymaksızın pay sahiplerinden birine veya bir başkasına satabilir<sup>34</sup>. Ancak önemle belirtmek gerekir ki müşterek

<sup>33</sup> MAA, m. 1069; **Ali Haydar**, C. III, s. 147; **Hacak** (2006b), s. 151; **Cin/Akgündüz**, s. 676; **Ekinci** (2017), s. 477; **Ekinci** (2016), s. 444; **Aydın** (2014), s. 341; **Kâhya**, s. 19; **Türkmen**, s. 36.

<sup>34</sup> “Vilâyet-i Anadolu’da Arabkir Sancağı’na tâbi’ Eğin nâm kasaba sükkânından olan Kumru v. Ahî nâm Ermeni meclis-i şer’i hatîr-i lâzımı’t-tevkîrde işbu bâ’isü’l-kitâb Hortik v. Umurcan nâm Ermeni mahzarında bi’t-tav’î’s-sâf ikrâr ve takrîr-i kelâm edüp silk-i mülkümde münselik olup kasaba-i mezbûrede vâki’ bir tarafı Mehmed Bey mülkü ve bir tarafı Ramazan Çelebi mülkü ve bir tarafı Yusuf Bey mülkü ve bir tarafı tarik-ı hâs ile mahdûd ve mümtâz olan mülk menzilimi babam hâlik-i mezbûrdan karındaşım Ahî nâm Ermeni ile ale’l-istirâki’s-sevîy müşterek olduğumuz mülk menzilden ve mülk bağdan nısf hissemi mezbûr Kumru’ya [Hortik’e] iki yüz aded riyaîli guruşa ve bir kaftan bin akçe kıymetli ve bir çuka ferâceye bey’-ı bâtt-ı sahîh-i şer’î ile bey’ edüp kabz-ı semen-i ma’dûd, mezbûru mahâllinde kabz, taslît eyledim. Ol dahi vech-i mübeyyen üzre istirâ ve teslîm[tesellüm] eyledi. Ba’de’l-yevm zikrolunan menzil ve bağlar mezbûr Hortik[‘in] mülk-i müşterâsıdır. Keyfê mâ yeşâ ve yahtâr mutasarrîf olsun dedikde mukırr-ı merkûmun ikrâr-ı meşrûhunu el-mukarru lehu’l-mezbûr Hortik bi’l-muvâcehe tasdîk ve bi’l-müşâfehe tahkik edecek mâ hüve’l-vâki’ bi’t-taleb ketb olundu.”, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul

mülkiyetin konusu gayrimenkul ise diğer ortakların şuf'a hakkı vardır<sup>35</sup>. Keza müşterek mülkiyetin birden fazla malın karıştırılması ya da birleşmesi ile oluşması halinde ortaklardan biri kendi payını diğerlerine satabildiği halde diğer ortakların rızası olmaksızın üçüncü kişilere satması hukuken caiz değildir<sup>36</sup>.

Diğer taraftan müşterek mülkiyete konu teşkil eden bir malın maliklerinden birinin kendi hissesini bağış, rehin veya kiraya verip veremeyeceği ya da pay sahiplerinin kendi hisseleri üzerinde vakıf kurup kuramayacağı konularında İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır. Özellikle Hanefiler ortaklardan birinin müşterek maldaki hissesini bağış, rehin veya kiraya verip veremeyeceği ya da kendi payı ile vakıf kurup kuramayacağı noktasında söz konusu hisselerin müstakil bir biçimde teslimi mümkün olmadığından ve işlemin sonucu yalnız bu hisseyi değil malın tamamını ilgilendirdiğinden diğer mezheplerden farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Buna karşın Maliki, Şafii ve Hanbeli mezhepleri ise genel olarak ortaklardan birinin kendi payını rehin veya kiraya vermesini, bağışlamasını ya da vakfetmesini hukuki açıdan caiz görmüşlerdir<sup>37</sup>.

Bu kapsamda Hanefiler pay sahiplerinden birinin müşterek maldaki hissesini bağış olarak vermesini malın paylaşılması mümkün değilse zaruretten dolayı kabul ederler<sup>38</sup>. Ancak paylaşılması mümkün olan müşterek malın öncelikle paylaşılıp sonra bağışlayana düşen hisselerin

---

Kadı Sicilleri 52 Hasköy Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1023-1081 / M. 1615-1670), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, s. 75, Hüküm No: 68 [29-2].

<sup>35</sup> “Bir menzilin ikişer sehmi Zeyd ve Hind’in, iki sehmi Amr’ın bir sehmi Bekir’in olup mezbûrlar bu vechile a’le’-iştirâk malikler iken Amr, menzilden hissesini semen-i ma’lûme Beşir’e bey’ ve teslim eylese Hind ve Bekir hisse-i merkûmeyi şufa ile ne vechile alurlar? El-cevab: Berâber.”, **Çatalcalı Ali Efendi/Demirtaş, H. Necati** (2014) Açıklamalı Osmanlı Fetvaları: Fetâvâ-yı Ali Efendi, cild-i sâni, 1. Baskı, İstanbul, Kubbealtı, s. 362.

<sup>36</sup> MAA, m. 215, 1088; **Ali Haydar**, C. I, s. 211-212, C. III, s. 165-166; **Hacak** (2006b), s. 151; **Bilmen**, C. VII, s. 69; **Kâhya**, s. 19.

<sup>37</sup> **Hacak** (2006b), s. 151.

<sup>38</sup> “Karındaşlar olan Zeyd ve Amr birbirine muttasıl olup kâbil-i kısmet olmayan üç göz değirmene a’le’-iştirâk malikler iken Zeyd, ol değirmenlerden hisse-i şâyiâsını Amr’a hibe ve teslim eylese hibe-i mezbûre sahih olur mu? El-cevab: Olur.”, **Çatalcalı/Demirtaş**, s. 234.



bağışlanana teslim edilmesi gerektiği görüşündedirler<sup>39</sup>. Bununla birlikte Maliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerine mensup hukukçulara göre ise taksimi mümkün olsun ya da olmasın pay sahiplerinin müşterek maldaki hisselerini diğer pay sahiplerinden birine ya da üçüncü kişilere bağışlamaları mümkündür<sup>40</sup>.

Öte yandan Maliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre müşterek malın taksime elverişli olsun ya da olmasın rehin olarak verilmesi de mümkündür. Çünkü bu mezheplere mensup hukukçulara göre bir malın rehin verilmesinden maksat, gerektiğinde rehin malın satılmasıyla alacaklının alacağına ödenmesidir. Dolayısıyla müşterek malın satılması da mümkün olduğundan rehin olarak verilmesi de caizdir. Buna karşın Hanefilik mezhebinde müşterek malda pay sahiplerinden birinin kendi hissesini diğerlerinden ayırıp alacaklıya teslim etmesi mümkün olmadığından rehin olarak da verilmeyeceği kanaati hâkimdir<sup>41</sup>.

İslam-Osmanlı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde müşterek mülkiyetle malik olunan bir malı ortaklardan birinin kendi payını diğerlerine kiraya vermesi İslam hukukçularının tamamına göre caiz olduğu halde, üçüncü şahıslara kiraya verilmesi hususunda ise görüş ayrılığı vardır. Zira Hanefi ve Hanbeli mezheplerine mensup hukukçulara göre ortaklardan birinin müşterek maldaki hissesini üçüncü şahıslara kiralaması caiz değildir. Çünkü menfaatin teslimi mümkün olmadığından söz konusu hissenin de üçüncü kişilere teslim edilmesi mümkün değildir. Ancak bu hissenin diğer ortaklara kiraya verilmesi halinde hissenin teslimi mümkün olduğu için kiralaması da mümkün olur<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> “*Hind, kâbil-i kısmet olan menzilinün nısfını şâyian zevci Zeyd’e hibe ve şâyian teslim eylese hibe-i mezbûre sahih olur mu? El-cevab: Olmaz.*”, Çatalcalı/Demirtaş, s. 236.

<sup>40</sup> MAA, m. 55; Ali Haydar, C. I, s. 79-81; Hacak (2006b), s. 152; Ekinci (2017), s. 477; Ekinci (2016), s. 444; Bilmen, C. IV, s. 244; Kâhya, s. 21.

<sup>41</sup> Ali Haydar, C. II, s. 164; Hacak (2006b), s. 151-152; Hacak, Hasan/Çalış, Halit (2007) “Rehin”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 34, s. 539; Kâhya, s. 20-21.

<sup>42</sup> MAA, m. 429; Ali Haydar, C. I, s. 432-433; Hacak (2006b), s. 151; Çelen, s. 72-73; Türkmen, s. 36; Kâhya, s. 20.

Öte yandan müşterek bir malın vakfı hususunda Hanefi mezhebine mensup hukukçular arasında da görüş ayrılığı vardır. Zira İmam Muhammed vakıfta teslimi şart koştuğundan müşterek maldaki hissenin vakfedilebilmesi için söz konusu malın taksime elverişli olmaması gerekmektedir. Çünkü müşterek malın taksimi mümkün ise öncelikle taksim işleminin gerçekleştirilip sonrasında pay sahibinin kendi hissesini vakfetmesi gerekir. Buna karşın Ebu Yusuf, taksimi mümkün müşterek maldaki hissenin de vakfedilebileceği kanaatindedir<sup>43</sup>. Taksimi elverişli olmayan müşterek maldaki hissenin vakfı ise Hanefilere göre ittifakla caizdir<sup>44</sup>. Bununla birlikte Malikiler taksimi mümkün olan müşterek maldaki hissenin vakfını caiz gördükleri halde, taksimi mümkün olmayan müşterek maldaki hissenin vakfını ise caiz görmezler. Buna karşın Şafii ve Hanbeli mezheplerine mensup İslam hukukçuları ise taksimi mümkün olsun ya da olmasın müşterek maldaki hissenin vakfedilmesini sahih kabul ederler<sup>45</sup>.

İslam-Osmanlı eşya hukukunda müşterek maliklerden her birinin müşterek maldaki hissesi diğer maliklerin elinde vedia<sup>46</sup> hükmünde olup pay sahiplerinin birbirlerine karşı sorumlulukları vedia akdi çerçevesinde

<sup>43</sup> "... menzil-i mezkûr kâbil-i kısmet olup ve hazret-i İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybâni mezheb-i şerîfleri üzere ba'zı meşâyih-i kirâm katlarında kâbil-i kısmet olan akâr-ı müşâ'in müşâ'an vakfı câiz olmamağla vakf-ı mezbûrdan rüçû' ve menzil-i mezkûrdan hisse-i mezkûremi mülkûme istirdâd ederim, mütevellî-i mezbûrun kasr-ı yedine tenbih olunmak matlûbundur dedikde mütevellî-i mezbûr cevâb-ı bâ-savâba şürû' edip gerçi akâr-ı müşâ' kâbil-i kısmetin müşâ'an vakfı ba'zı meşâyih-i kirâm katında câiz değildir, lâkin fâzıl-ı samadânî Ebû Yusuf eş-şehîr bi'l-imâmı sâni hazretleri mezheb-i şerîfleri üzere ba'zı meşâyih-i müteahhîrîn-i kirâm katında kavli müftâ-bih üzere câizdir deyü ...", **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 79 Davud Paşa Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1196-1197 / M. 1782-1783), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, s. 175-177; Hüküm No: 141 [20M/b-2].

<sup>44</sup> **Akgündüz, Ahmet** (1996) İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, 2. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 196-197; **Hacak** (2006b), s. 152; **Çelen**, s. 74-75; **Kâhya**, s. 103-105.

<sup>45</sup> **Akgündüz**, s. 196-197; **Çelen**, s. 74-75; **Kâhya**, s. 105.

<sup>46</sup> Korunması amacıyla bir başkasına bırakılan mal ve bu malı bırakmak üzere yapılan akit anlamına gelen "vedia" hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Yıldırım, Mustafa** (2012) "Vedia", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 42, s. 596-598.

değerlendirilir<sup>47</sup>. Öte yandan müşterek bir malda pay sahiplerinden birinin kendine ait hisseyi karz<sup>48</sup> ya da ariyet<sup>49</sup> olarak üçüncü kişilere verebileceği hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır<sup>50</sup>.

İslam-Osmanlı hukukunda pay sahiplerinin müşterek mal üzerindeki tasarruf yetkilerine ilişkin olarak verdiğimiz bu bilgilerin ardından müşterek mülkiyeti sona erdiren halleri incelemekte yarar vardır.

#### D. MÜŞTEREK MÜLKİYETİN SONA ERMESİ

İslam-Osmanlı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde müşterek mülkiyet bazı hukuki işlem veya olayların sonucunda meydana geldiği gibi sona ermesi için de bazı hukuki işlem veya olayların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kapsamda müşterek mülkiyet ortaklardan biri veya bir kaç için sona ermiş olabileceği gibi müşterek ortaklık tamamen de ortadan kalkmış olabilir. Pay sahiplerinden biri veya bir kaçının müşterek mal üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermişse, bu ortak veya ortakların ortaklıktan ayrıldığı kabul edilir. Binaenaleyh satım ya da bağışlama sözleşmesi gibi mülkiyeti nakledici nitelikteki bazı hukuki işlemler müşterek maliklerden biri ya da bir kaç için mülkiyet hakkını sona erdirebileceği gibi vakıf malını vakfeden, ölüm de ölen ortak açısından müşterek maldaki mülkiyet hakkını sona erdiren sebeplerdir.

Bununla birlikte müşterek malın yok olması, istimlâk<sup>51</sup> edilmesi, cebri satışı<sup>52</sup> ya da malın kendisinin veya menfaatlerinin taksimi müşterek

<sup>47</sup> MAA, m. 1087; **Ali Haydar**, C. III, s. 164-165; **Türkmen**, s. 36.

<sup>48</sup> Geri ödenmek üzere verilen mal ya da birine ödünç/borç verme anlamına gelen “karz” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Apaydın, H. Yunus** (2001) “Karz”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 24, s. 520-525; **Şener, Mehmet** (1989) “İslam Hukukunda Karz-ı Hasen”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 6, s. 391-403.

<sup>49</sup> Bir süre kullanmak üzere bir kimseye karşılıksız olarak verilen mal anlamına gelen “âriyet” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Gözübenli, Beşir** (1991) “Âriyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 3, s. 379-380.

<sup>50</sup> **Hacak** (2006b), s. 152; **Kâhya**, s. 19.

<sup>51</sup> Özel mülkiyete tabi gayrimenkul bir malın kamu yararı amacıyla bedeli ödenerek kamulaştırılması anlamına gelen “istimlâk” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Aktan, Hamza** (2001) “İstimlâk”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 23, s. 364-366.

maliklerin tamamı için müşterek maldaki mülkiyet haklarının sona ermesine yol açan, dolayısıyla müşterek mülkiyeti sona erdiren sebeplerdir. Keza müşterek maliklerin uzlaşarak müşterek malı hep birlikte satmaları, bağışlamaları, vakfetmeleri ya da sadaka olarak vermeleri de müşterek mülkiyeti sona erdiren sebeplerdendir<sup>53</sup>.

Biz de çalışmamızın bundan sonraki bölümünde müşterek mülkiyeti sona erdiren sebeplerden taksim hususunu ele alıp inceleyeceğiz.

## II. İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA MÜŞTEREK MÜLKİYETİN TAKSİMİ

İslam-Osmanlı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde müşterek mülkiyetin taksimi bir eşyanın ayn adı verilen maddi yapısının taksimi ve malın maddi yapısı aynen kalmakla birlikte bu maldan elde edilen menfaatlerin taksimi olmak üzere iki şekilde olmaktadır<sup>54</sup>. Bununla birlikte klasik İslam hukuku kaynaklarında “taksim” kavramı ile esasen kastedilen müşterek malın maddi yapısının paylaşılması olup, menfaatlerin taksimi ise “muhâyee” kavramı ile ifade edilmektedir.

### A. MÜŞTEREK MALIN TAKSİMİ

Bu başlık altında taksimin tanımını yapılarak hukuki niteliği, hukuki dayanağı, taksim çeşitleri, taksim için gerekli şartlar ve taksim işleminin hükümleri üzerinde durulacaktır.

<sup>52</sup> Maliki ve Hanbeli mezheplerine göre taksime elverişli olmayan müşterek malda ortaklardan bir veya bir kaçının malın satılmasını istemesine karşın diğerlerinin buna yanaşmaması üzerine müşterek malın cebri satış yoluyla satılması ve bedelinin pay sahiplerine bölüştürülmesi mümkündür. Borcunu ödemekten imtina eden kişinin hacze kabil mallarının, alacaklının talebiyle, mahkeme kararıyla satışı anlamına gelen “cebri satış” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Atar, Fahrettin** (1990) *İslam İcra ve İflas Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, s. 155 vd.

<sup>53</sup> **Cin/Akgündüz**, s. 676-677; **Karaman**, C. III, s. 52-54; **Avcı**, s. 513; **Çelen**, s. 82 vd.

<sup>54</sup> **Çelen**, s. 82.

## 1. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Sözlük anlamı olarak “ayırarak, paylaşarak, paylaştırmak, bölüşmek, bölüştürmek ve dağıtmak” gibi anlamlara gelen taksim bir İslam hukuku terim olarak ise müşterek mallarda ortakların paylarının belirli hale getirilmesi ya da Mecellenin de ifadesiyle şayi hisselerin tayin edilmesidir. Bu kapsamda klasik İslam hukuku literatüründe pay anlamında “kısm, miksem, kasım” kelimeleri kullanılırken müşterek malı paylaşan kişi anlamında ise “kassam, kâsım” kelimeleri kullanılmıştır<sup>55</sup>.

İslam hukukçuları arasında ihtilafı bir mesele olmakla birlikte hukuki niteliği itibariyle taksim, müşterek maldaki payları birbirinden ayırmaktan (ifraz) ve birini öbürü ile değiştirmekten (mübadele) ibarettir. Nitekim neticesi itibariyle müşterek mal üzerinde şayi olan hisselerin ayrılmasına yol açan taksim işlemi bu yönüyle bir ifrazdır. Bununla birlikte müşterek malda pay sahiplerinin mülkiyet hakkı malın tamamı üzerinde kendi hissesi oranındadır. Bu sebeple taksim işlemi sonucunda her bir ortak kendi payına düşen hisseden diğer ortakların vazgeçmelerine karşılık, onlara düşen hisselerdeki mülkiyet hakkından feragat etmektedir. Dolayısıyla bu cihetten bakıldığında taksim işleminin mübadele özelliği taşıdığı söylenebilir<sup>56</sup>.

Müşterek mülkiyete konu teşkil edip, ortaklar arasında paylaşılacak malın misli<sup>57</sup> ya da kıyemi<sup>58</sup> oluşuna göre de taksim işleminin ifraz ve

<sup>55</sup> MAA, m. 1114; **Ali Haydar**, C. III, s. 201-202; **İbrahim Halebî** (t.y.) Mevkûfât Mültekâ Tercümesi, c. IV, (Şerheden: Mehmed Mevkûfâti, Sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu), İstanbul, Sağlam Kitabevi, s. 25; **Aktan, Hamza** (2002) “Kısmet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 25, s. 497-498; **Sağlam**, s. 370; **Çelen**, s. 83; **Kâhya**, s. 22-23.

<sup>56</sup> MAA, m. 1116; **Ali Haydar**, C. III, s. 203-204; **Kâhya**, s. 24; **Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır** (1997) Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu, C. III, (Hazırlayan: Sıtkı Gülle), İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 253.

<sup>57</sup> Çarşı ve pazarda birimleri arasında değer farkı olmayacak şekilde benzerleri bulunan mal anlamına gelen “misli mal” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Hacak, Hasan** (2001) “Misli”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 30, s. 187-188; **Cin/Akgündüz**, s. 671; **Aydın** (2014), s. 334-335; **Ekinci** (2017), s. 474.

<sup>58</sup> Çarşı ve pazarda benzeri olmayan ya da benzeri olmakla birlikte birimleri arasında değer farkı olan mal anlamına gelen “kıyemî mal” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Gözübenli**,

mübadele yönleri farklılık gösterebilir. Zira misli mallar ölçülebilen, tartılabilen veya bu hükümde olan şeylerden oluştuğundan pay sahipleri karz veren kişi konumunda olup müşterek malın taksimi ile verdiğini aynıyla geri almış gibi kabul edilir. Bu sebeple İslam hukukçularının ekserisine göre misli mallarda ifraz özelliği mübadeleye göre daha ağırdır. Buna karşın hayvan, elbise veya gayrimenkul gibi kıyemi mallarda ise misli malların aksine mübadele yönü daha baskındır. Çünkü bu çeşit malların birimleri arasında farklılık bulunduğundan taksim işlemi ile müşterek maliklere düşen payların kendi haklarının aynı olduğunu düşünmek mümkün değildir<sup>59</sup>.

Müşterek malın taksimi işlemi ifraz özelliği taşıyor ise bu durumda ortaklardan birinin, diğer ortakların bulunmadığı bir zamanda kendi hissesini alması caiz olduğundan müşterek malın misli olması halinde pay sahiplerinden her biri diğerlerinin yokluğunda taksimi gerçekleştirebilir. Keza ortaklardan birinin taksimden imtina etmesi halinde mahkeme kararı ile bu ortağın taksime zorlanması da mümkündür. Yine birden fazla kişi misli bir malı birlikte satın alıp aralarında taksim ettikten sonra her birisinin kendisine düşen hisseyi almış olduğu fiyattan daha fazlasına satması caizdir. Keza ifraz niteliğindeki taksim işlemlerinde yalnızca ayıp muhayyerliği söz konusu olur<sup>60</sup>.

Taksim işleminin mübadele yönünün daha ağır olması halinde ise müşterek maliklerden birinin diğer maliklerin yokluğunda müşterek maldan kendi hissesini alması mümkün değildir. Pay sahiplerinden herhangi birisinin taksimden imtina etmesi durumunda ise aynı cins mallarda taksime cebredilmesi mümkün olduğu halde farklı türden mallarda taksimden kaçınan pay sahibinin taksime zorlanması mümkün değildir. Keza mübadele özelliği taşıyan bir taksimde ortaklardan birinin kendisine düşen hisseyi kâr elde ederek satması da caiz değildir. Bununla birlikte mübadele niteliğindeki taksim işlemlerinde paylaşılacak kıyemi mallar farklı cins iseler ayıp, şart ve

**Beşir** (2002) “Kıyemî”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 25, s. 540-541; **Cin/Akgündüz**, s. 671; **Aydın** (2014), s. 334-335; **Ekinci** (2017), s. 474.

<sup>59</sup> **MAA**, m. 1117-1118; **Ali Haydar**, C. III, s. 204-205; **Elmalılı**, C. III, s. 254-255; **Halebi**, C. IV, s. 25.

<sup>60</sup> **Halebi**, C. IV, s. 25; **Ali Haydar**, C. III, s. 204; **Kâhya**, s. 26.

görme muhayyerlikleri taksime dâhil olduğu halde aynı tür malların taksiminde ise ayıp muhayyerliğinin taksime dâhil olacağı hususunda İslam hukukçuları arasında ittifak olmakla birlikte diğer iki muhayyerliğin ise taksim kapsamında olup olmadığı konusu tartışmalıdır<sup>61</sup>.

## 2. Hukuki Dayanağı

İslam-Osmanlı eşya hukukunda ortaklığı sona erdiren sebeplerden birinin oluşması ya da pay sahiplerinden birinin kendi hissesinden tek başına yararlanmayı istemesi sonucu uygulanan taksim işleminin hukuki dayanağını Kur'an-ı Kerim'de yer alan çeşitli ayetler ve Hz. Peygamber'in sünneti oluşturmaktadır.

Nisa suresinde yer alan “(Mirastan payı olmayan) yakınlar, yetimler ve yoksullar miras taksiminde hazır bulunurlarsa bundan onları da rızıklandırın ve onlara güzel söz söyleyin.”<sup>62</sup> şeklindeki ayette her ne kadar yalnızca miras taksiminden söz edilse de bu hüküm yalnızca miras taksimine mahsus olmayıp bütün müşterek malların taksimini kapsamaktadır. Keza bir başka ayette ise ganimetlerin paylaşılması ile ilgili olarak “İki ordunun birbiri ile karşılaştığı gün (Bedir Savaşında) kulumuza indirdiğimize inanmışsanız, bilin

<sup>61</sup> **Halebî**, C. IV, s. 26; **Ali Haydar**, C. III, s. 205-206; **Kâhya**, s. 26-27; “... huzûrlarında ‘akd meclis-i şer’i nebevi ettikde müteveffa-yı mezbûr Savran oğlu Pavlı Harlanbi oğlu sağır Mihlaki beynelerinde nefsiyet üzere müşterek mahalle-i mezbûrede vâki’ etrâfi erbâ’sı Kara Veysel hanesi ve Nakurlu oğlu ve pazarlı oğlu bağçeleri ve tarik-i ile mahdûddur terbi’ en beşyüz zirâ’ bir bâb mülk menzillerini ikdamlarda milleti merkûme beyinlerine bi’t-terâzi nişfiyet üzere taksim ve ifrâz ve ta’yîn hudûd eylediklerinden merkûm Kara Veysel hanesi ve Ankorlu oğlu ve Pazarlı oğlu bağçeleri ve tarik ile mahdûd bir odalı üçyüz elli zira’ arsa ma’a arsa haneye müteveffa-yı mezbûr Savran oğlu Pavlı vereseleri hisselerine ve Savran oğlu vereseleri hanesi ve tarik ile mahdûd yüz elli zira’ bir odalı hane merkûm Mahlaki’nin müstekillen hissesine isâbet ile her birileri hisse-i müfrezesini bi’l-asâle ve bi’l-vesâya aht ve zabt eyledikleri ba’de’l-beyân yedine taksim meşrûh üzere ... (?) oldukları meclis-i ma’kûd mezkûrda şifâhen mahâllinde lede’ş-şuhûd takrîr ve tasdik eylediklerini kâtib-i mûma-ileyh mahâllinde ketb ve tahrîr ve meb’an meb’ûs e’imme-i sa’ire ile meclis-i şer’i gelüb alî vukû’ inhâ ve takrîr eylediği bi’l-iltimâs huzûr âlilerine i’lâm olundu. (15 Cemaziyevvel 1320/20 Ağustos 1902)”, **Aydın, Münevver** (2019) “185 Numaralı Denizli Şer’iyye Sicil Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (1875-1883)” (Yüksek Lisans), Afyon Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 578-579.

<sup>62</sup> Nisa, 4/8.

*ki ganimet olarak aldığınız herhangi bir şeyin beşte biri Allah'a, Resûlüne, onun akrabalarına, yetimlere, yoksullara ve yolculara aittir.*<sup>63</sup> şeklindeki hükümlerle aynı mülkiyetinin taksiminin meşruluğuna zımni olarak işaret edilmektedir. Çünkü söz konusu ayet ile savaşta ele geçirilen ganimetlerin beşte biri, geriye kalan beşte dördünden ayrılarak nasıl tasarruf edileceği hususu bildirilmiştir<sup>64</sup>.

Taksim işleminin hukuki meşruiyeti İslam hukukunun Kur'an-ı Kerim'den sonra ikinci sıradaki kaynağı olan Hz. Peygamber'in sünneti ile de sabittir. Nitekim Hz. Peygamber'e ait "*Cahiliye döneminde taksim edilmiş her mal, taksim edildiği şekil üzeredir. İslam döneminde yapılan taksimat, İslam'ın esaslarına göredir.*"<sup>65</sup> ve "*Her hak sahibine hakkını verin.*"<sup>66</sup> şeklindeki hadisler müşterek mülkiyetin taksiminin sünnetteki delillerini oluşturmaktadır. Keza Hz. Peygamber'in Hayber ve Huneyn'de alınan ganimetleri savaşa katılanlar arasında taksim etmesi ve sahabeler arasında mirasları paylaşması da taksimin sünnetteki hukuki dayanaklarındandır<sup>67</sup>.

Öte yandan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye<sup>68</sup> ve 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi<sup>69</sup> müşterek malın taksiminin Osmanlı hukukundaki yasal dayanakları arasında gösterilebilir.

### 3. Çeşitleri

İslam eşya hukuku hükümleri çerçevesinde taksimin çeşitleri açısından mezhepler arasında ihtilaf olmakla birlikte netice itibariyle mezheplerin her birindeki ayırım diğer mezheplerde yer alan ayrımlara ilişkin tüm hükümleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu kapsamda Osmanlı Devleti'nin de resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine mensup hukukçular taksimi kısmet-i cem ve kısmet-i tefrik şeklinde ikiye ayırıp her iki taksim türüne de ortakların rızasıyla ya da mahkeme kararıyla yapılmasına göre farklı hükümler bağlamışlardır. Hanbelilik mezhebine mensup hukukçular da Hanefiler gibi

<sup>63</sup> Araf, 8/41.

<sup>64</sup> Sağlam, s. 372; Çelen, s. 83.

<sup>65</sup> Ebu Davud, "Talak", 30; İbn Mace, "Feraiz", 14.

<sup>66</sup> Tirmizi, "Vesâyâ", 5; Ebu Davud, "Buyû", 88; İbn Mace, "Vesâyâ", 6.

<sup>67</sup> Sağlam, s. 372-373.

<sup>68</sup> MAA, m. 1114-1173.

<sup>69</sup> Arazi Kanunnamesi (AK), m. 15-18.



taksimi müşterek maliklerin rızalarının bulunup bulunmamasına göre rıza veya mahkeme kararıyla taksim şeklinde ikiye ayırıp incelemiştirlerdir. Bununla birlikte Maliki ve Şafii mezheplerinde taksim birbirinden farklı isimler altında üçe ayrılıp incelenmiştir. Bu çerçevede Malikiler taksimi kismet-i rıza, kismet-i kura ve kismet-i muhâye şeklinde isimlendirirlerken Şafiiler ise kismet-i ecza, kismet-i tadil ve kismet-i red olarak adlandırmışlardır<sup>70</sup>.

Bununla birlikte müşterek malın taksimi konusunda mezheplerin yapmış olduğu tasnifler de nazara alınarak taksim işleminin çeşitli açılardan farklı tasniflere tabi tutulması mümkündür. Bu kapsamda taksim; pay sahiplerinin iradeleri açısından kismet-i rıza ve kismet-i kaza şeklinde ikiye; müşterek malın paylaşılması sonucunda eşitlemeye ihtiyaç duyulup duyulmamasına göre kismet-i ecza, kismet-i tadil ve kismet-i red olmak üzere üç; paylaşılacak malın bir ya da birden fazla olması açısından kismet-i cem ve kismet-i tefrik olmak üzere ikiye ayrılır.

#### a. Pay Sahiplerinin İradeleri Açısından Taksim

Pay sahiplerinin iradeleri açısından müşterek malın taksimi kismet-i rıza ve kismet-i kaza olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Müşterek maliklerin tamamının talebi ya da içlerinden bir kısmının istemesi diğerlerinin de buna muvafakat etmesi sonucunda pay sahiplerinin rızasıyla yapılan taksim işlemine kismet-i rıza adı verilir. Bu durumda taksim işlemi mahkemeye intikal etmeden tarafların uzlaşmasıyla yapılabileceği gibi ortakların hepsinin talebi ve rızasıyla hâkim tarafından da akdedilebilir<sup>71</sup>. İslam-Osmanlı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde karşılıklı rıza ile yapılan taksimin bu türü bir çeşit sözleşme olarak kabul edildiğinden her sözleşmede olduğu gibi bunun da unsurları icap ve kabuldür. Müşterek malikler arasında çocuk veya akıl hastası gibi eksik eda ehliyetine sahip kişilerin olması halinde bunların veli ya da vasileri taksim işlemi gerçekleştirir. Bununla birlikte eksik eda ehliyetine sahip pay sahiplerinin veli ya da vasileri yoksa hâkim tarafından tayin edilen

<sup>70</sup> Çelen, s. 85; Kâhya, s. 28.

<sup>71</sup> MAA, m. 1121; Ali Haydar, C. III, s. 208; Bilmen, C. VII, s. 58; Cin/Akgündüz, s. 676; Sağlam, s. 372; Karaman, C. III, s. 52; Çelen, s. 85.

vasinin nezaretinde taksim yapılır<sup>72</sup>. Öte yandan aynı cins veya farklı cinsten mallar müşterek maliklerin rızası ile paylaşılabilirliği gibi müşterek malın misli veya kıyemi olmasının da kismet-i rıza üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Keza Hanefilere göre müşterek malın paylaşılması karşılıklı rıza ile yapıldıktan sonra bu taksim ortaklardan birine ya da hepsine zarar vermiş olsa bile taksim işlemi hukuki olarak geçerlidir<sup>73</sup>.

Müşterek maliklerden biri ya da bir kısmının müşterek malın taksimini talep etmesine karşın diğer pay sahiplerinin paylaşımından kaçınması halinde taksimi isteyen tarafın mahkemeye müracaat etmesi sonucu hâkim kararıyla gerçekleşen taksim çeşidine kismet-i kaza adı verilir. Bu durumda paylaşım işlemi hâkim veya görevlendirdiği bir kişi tarafından cebren yapıldığından kismet-i kaza yerine cebri taksim adı da kullanılmaktadır<sup>74</sup>. Kismet-i kaza yolu

<sup>72</sup> “Zeyd, fevtolub evlâd-ı sığârı ile evlâd-ı kibârını terkitdikde evlâd-ı kibâr, evlâd-ı sığâr için hâkime vasî nasbitdürüb kâbil-i kismet olan terekeyi kismet itdürmege kâdir olur mu? El-cevab: Olur.”, Çatalcalı/Demirtaş, s. 367.

<sup>73</sup> MAA, m. 1128; Ali Haydar, C. III, s. 218-219; Halebi, C. IV, s. 26; Aktan (2002), s. 498; Kâhya, s. 28-29.

<sup>74</sup> MAA, m. 1122; Ali Haydar, C. III, s. 208-209; Bilmen, C. VII, s. 58, 143; Halebi, C. IV, s. 26; Aktan (2002), s. 497; Cin/Akgündüz, s. 676-677; Karaman, C. III, s. 52; Sağlam, s. 374-375; “... mahmiye-i İstanbul’da Âbid Çelebi mahallesinde vâki’ iştirâken müteveffâ Derviş Mehmed Efendi veresesine müntakıl bir taraftan Merdümiye Medresesi arsası ve bir taraftan ve havâsı hissedârlardan sahibe-i arzuhâl Şerife Âişe Hatun mülkü ve tarafeyni tarik-ı âm ve hâs arsası mukâta’alı vakıf ve binâsı mülk bir bâb kürkçü dükkânı ve muttasıl oda ve manav dükkânını müstemil mahâll-i nizâ’ın üzerine varıp ceridede mastûrül-esâmi Müslimîn huzûrunda akd eylediği meclis-i şer’de mezbûre Şerife Âişe Hatun zâtı ba’de’t-târîfiş-şer’i kendi tarafından asâleten ve vâlidesi Şerife Sâliha Hatun tarafından vekile-i müsecclesi olmağla vekâleten er karındaşı ve şeriki Lütfullah ile vâlidesi ve hâl-i sığârında vasiyyesi Zeliha Hatun muvâcehesinde zikrolunan beynimizde müşterek olmağla müşâ’an tasarrufa mâni’ birbirimiz ile her bâr icâre nizâ’ı vâki’ olmağın şer’le keşif olunup kâbil-i kismet olduğu hâlde herkesin hissesi ifrâz ve kendiye tahsis olunmak matlûbumdur deyü da’vâ ve müdde’âsına mutâbık bir kit’a fetvâ-yı şerife ibrâz edip ve lâkin mezbûr Lütfullah ve vasiyyesi merkûme Zeliha zikrolunan dükkânlar evvelen kâbil-i taksim ve sâniyen mümkinül-intifâ’ değildir deyü nizâ’ ve kismetinden tereddüd ve imtinâ’ etmeğın mi’ârân-ı mezbûrân zikrolunan dükkânları ba’de’l-mesâha mecmû’u tûlen ve arzen bi-hesâb-ı terbi’i altmış altı buçuk zirâ’ olup otuz bir zirâ’ı işbu kürkçü dükkânına tahsis ve bâki yirmi iki buçuk zirâ’ oda ile on üç zirâ’ manav dükkânı başka ifrâz olundukda kâbil-i kismet ve hisselerden intifâ’ mümkündür deyü haber verdikleri ecilden ber-müceb-i fetvâ-yı şerife

ile müşterek mülkiyetin taksim edilebilmesi için pay sahiplerinden biri veya bir kısmının mahkemeye başvurması ve müşterek malın taksime elverişli mallardan olması gerekir<sup>75</sup>. Osmanlı Devleti uygulamasında hâkim, taksim edilecek müşterek malın ekonomik değerinin tespitinde ve fiziki olarak taksime elverişli olup olmadığı hususunda bilirkişiden istifade etmiştir. Bu kapsamda bilirkişiler yalnızca müşterek malın ekonomik değerini ve taksime elverişli olup olmadığını tespit ile görevli olmayıp, taksime elverişli bulunan malın nasıl bölüştürülebileceği hususunda da görev ifa etmişlerdir<sup>76</sup>. Öte yandan mahkeme kararı ile paylaşılacak malın misli ya da kıyemi olmasının taksim üzerinde herhangi bir etkisi olmamakla birlikte söz konusu malların farklı türden olması halinde ise hâkimin tarafları taksime zorlaması caiz değildir<sup>77</sup>. Ayrıca müşterek malın cebren paylaşılması ortakların hepsine zarar veriyorsa kısmet-i kaza mümkün olmamakla birlikte taksimi talep eden

---

*taksîm ve mukaddemâ verese-i mezbûrûn beyninde bâ-hüccet-i şer'îye taksîm olunan menzilden herbirinin hisselerine isâbet eden sihâm-ı mu'ayyeneye tatbîk ve kat'â li'n-nizâ' mezbûr Lütfullah cânibi tercih olunmağın zikrolunan kürkcü dükkânı köşebaşında mevki'î şerif ve mu'teber ve revâc ve rağbeti gayriden ezyed ve evfer olmağla hisse-i mu'ayyenesi'çün temyîz ve ifrâz olunup bâkî zikrolunan oda ve manav dükkânı müşâ'an müdde'îye-i mezbûre Şerife [13a] ile müvekkile ve vâlidesi merkûme Şerife Sâliha Hatun hisselerine kalmağla asâleten ve vekâleten kabûl etmeğın vech-i meşrûh üzere tarafeynin hisselerine had ta'yîn ve beynlerine alâmet-i fâsıla vaz' olunduğunu ...”*, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 73 Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163 / M. 1749-1750), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, s. 143-144, Hüküm No: 86 [12b-3].

<sup>75</sup> AK, m. 15; “*Zeyd-i müteveffânın veresesinden Hind ve Zeyneb terekeden olub kısmet olunduğu takdirde herkes hissesiyle intifa' mümkün olan menzil ve bağçeyi hâkime kısmet itdürüb hisselerini almak istediklerinde sâir verese mücerred: 'Birkaç sen a'le'l-iştirâk tasarruf eyledik!' deyu kısmetden men'e kâdir olurlar mı? El-cevab: Olmazlar.*”, **Çatalcalı/Demirtaş**, s. 369.

<sup>76</sup> **Kılınç, Ahmet** (2019) Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 174-178.

<sup>77</sup> MAA, m. 1129-1130; **Ali Haydar**, C. III, s. 219-223; **Bilmen**, C. VII, s. 142; **Halebî**, C. IV, s. 26; **Aktan** (2002), s. 497.

ortak veya ortaklara fayda sağladığı halde diğerlerine zarar veriyorsa hâkim taksime hükmedebilir<sup>78</sup>.

#### b. Eşitlemeye İhtiyaç Duyulup Duyulmaması Açısından Taksim

Müşterek mülkiyetin taksimi sonucunda ortaklara düşen hisseler bazen şekil ve kıymet bakımından birbirine eşit olduğu halde bazen de bu denklik sağlanamayabilir. Şayet taksim işlemi sonucunda ortaklar arasında eşitlik sağlanamamışsa müşterek malın kendi içerisinde uygulanan bazı işlemlerle ya da dışarıdan bazı ilaveler yapılması suretiyle müşterek maliklere düşen paylar denkleştirilmeye çalışılır. Dolayısıyla paylaşırma sonucunda eşitlemeye ihtiyaç duyulup duyulmamasına göre taksim kısmet-i ecza, kısmet-i tadil ve kısmet-i red olmak üzere üçe ayrılır.

Müşterek malın taksimi neticesinde ortaklara düşen payların hem şekil hem de kıymet bakımından birbirine eşit olduğu taksim çeşidine kısmet-i ecza adı verilmektedir. Kısmet-i ecza esasen misli mallarda söz konusu olmakla birlikte aynı türden kıyemi malların da bu şekilde paylaşırılması mümkündür. Kısmet-i eczanın uygulanabileceği bir müşterek malın taksimi sırasında ortaklardan biri paylaştırmadan kaçınacak olursa, kaçınan tarafa bir zararı dokunmadığı sürece cebren taksime karar verilebilir<sup>79</sup>.

Öte yandan müşterek malın taksimi neticesinde ortaklara düşen payların niteliği itibarıyla aralarında bir farklılık olmamakla birlikte değerleri açısından birbirinden farklı olması durumuna kısmet-i tadil adı verilir. Örneğin suya veya yola yakınlık, verimlilik ya da parçalardan birinin findıklık değerinin ise cevizlik olması gibi sebeplerle parçaları arasında farklılık bulunan arazilerin taksiminde kısmet-i tadil söz konusu olur. Kısmet-i tadil adı verilen bu tür taksimde müşterek malın niteliği bakımından eşit paylara bölünmesinden ziyade değerine göre birbirine denk parçalara bölüşürülmesi amaçlanır. Taksimin bu türünde de pay sahipleri açısından bir zarar söz

<sup>78</sup> MAA, m. 1139-1141; **Ali Haydar**, C. III, s. 230-233; **Bilmen**, C. VII, s. 142-143; **Kâhya**, s. 29-30.

<sup>79</sup> **Kâhya**, s. 30-31.

konusu değilse imtina eden pay sahiplerinin taksime zorlanmaları mümkündür<sup>80</sup>.

Diğer taraftan müşterek malın taksiminde paylar arasında eşitlik sağlanamayıp değer bakımından arada farklılık bulunduğu için, değerce fazla olan pay veya payları alan ortak veya ortakların diğerlerine söz konusu malın dışında başka bir mal vermek ya da aradaki farkı ödemek zorunda olduğu taksim türüne kısmet-i red adı verilir. Bununla birlikte bu tür taksim satış sözleşmesine benzediğinden müşterek malın taksiminden imtina eden pay sahiplerinin taksime icbar edilmesi mümkün değildir<sup>81</sup>.

### c. Müşterek Malın Bir ya da Birden Fazla Olması Açısından Taksim

Paylaştırılacak müşterek malın bir ya da birden fazla olması bakımından taksim, kısmet-i cem ve kısmet-i tefrik olmak üzere ikiye ayrılır.

Kısmet-i cem, birden fazla müşterek malın kısımlara ayrılarak paylaştırılan malların her cüzünde şayi olan hisselerin ayrılan kısımlarda toplanmasıdır. Örneğin üç kişi arasında ortak olan dokuz koyunun her birine üçer tane düşecek şekilde paylaştırılması kısmet-i cemdir. Zira ortaklardan hepsinin de her koyun üzerinde üçte bir oranında hissesi olmakla birlikte diğer koyunlardaki bu şayi hisseler taksim sonucu kendi paylarına düşen üç koyun üzerinde toplanmaktadır<sup>82</sup>. Bununla birlikte kısmet-i cem yoluyla taksim işleminin yapılabilmesi için müşterek malların parçalarının birbirine benzer olması gerekmektedir. Bu sebeple ölçülüp tartılabilen misli mallar ile değerleri arasında farklılık bulunmayan ya da önemsenmeyecek derecede az bir farklılık olan aynı türden mallar taksimin bu çeşidine konu olabilirler<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> **Kâhya**, s. 31.

<sup>81</sup> **Halebî**, C. IV, s. 30; **Kâhya**, s. 31.

<sup>82</sup> “*Sebeb-i tahrîr-i kitâb budur ki Üveys b. Musa Şeyh meclis-i şer‘de ve karındaşı Babacık? mahzarında ikrâr-ı sahîh ile ikrâr edip dedi kim işbu Dimitri b. Nikola ile biz müşâ‘-ı müşterek koyun keçi aldık idi el-hâletü hâzihi üleşdik yüz yirmi üç re’s mezkûr Dimitri payına düşdü ve yüz yirmi üç re’s bizim hissemize düşdü dedikte Dimitri tasdik ettikten sonra talebiyle deftere sebt olundu.*”, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2008) İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919-927 / M. 1513-1521), C: 1, İstanbul, İSAM, s. 223, Hüküm No: 332 [59a-2].

<sup>83</sup> MAA, m. 1115; **Ali Haydar**, C. III, s. 202; **Halebî**, C. IV, s. 26-27; **Aktan** (2002), s. 498.

Öte yandan kıymetleri birbirine eşit olmayan menkul ya da gayrimenkul müşterek malların taksimi, malın her cüzüne şayi olan ortaklık hisselerinin malın belli kısımlarına tayin edilmesiyle yapılır. Kısmet-i tefrik adı verilen bu tür taksim işlemi pay sahiplerinin rızası ile yapılabileceği gibi mahkeme kararıyla yapılması da mümkündür. Kısmet-i tefrik işlemi misli ya da kıyemi olması fark etmeksizin yalnızca farklı türden mallar için söz konusu olup, ortaklar arasında mutabakat sağlanmadığı müddetçe aynı cinsten olmayan mallar bir bütün olarak değerlendirilip taksim edilemez<sup>84</sup>.

#### 4. Şartları

Taksim işleminin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için müşterek mal, müşterek malikler ve müşterek malı paylaştıran kişinin taşıması gerekli olan bazı şartlar vardır. Bu kapsamda müşterek mal taksim edilirken müşterek maliklerin taksim anında hazır bulunmaları<sup>85</sup> ya da vekillerini göndermeleri<sup>86</sup>, bazı taksim işlemlerinde pay

<sup>84</sup> MAA, m. 1115; **Ali Haydar**, C. III, s. 202-203; **Halebi**, C. IV, s. 26-27; **Aktan** (2002), s. 498.

<sup>85</sup> AK, m. 15-17; “Zeyd ve Amr, a’le’l-ıştirāk bir menzilde malikler iken Zeyd, âhar diyara gütse Amr, Zeyd veya vekili hâzır değil iken menzili kadıya kısmet itdirmeye kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz.”, **Çatalcalı/Demirtaş**, s. 367; “... یشترāken ve şāyi’an taht-ı tasarruflarımızda olup lâkin menzil ve bağ-ı mezkûrlar kâbil-i kısmet ve her birimiz hisselerimiz ile intifâ’ mümkün olduğuna binâen menzil-i mezkûr kısmet-i âdile ile ber-vech-i âti taksim olunmak murâdımdır dedikde vekil-i merkûm el-hâc İbrahim Edhem Bey dahi cevâbında menzil-i mahdûd-ı mezkûr ve bağ müdde’i-i merkûm ile sagîr-i mezbûrun یشترāken ve şāyi’an tasarruflarında olduğunu ikrâr ve menzil ve bağ-ı mezkûru kâbil-i taksim olup her biri hissesiyle intifâ’ mümkün olduğunu halifetân-ı mezbûrân ve ber-vech-i muharrer taksim olunduğu sûretde cânib-i vakfa dahi muzır olmayıp evlâ [ve] intifâ’ olduğunu hâzırûn-ı merkûmün ihbâr ve taksimini dahi câbi-i vekil-i hâzır-ı merkûm bi’l-vekâle re’y etmeğin halifetân-ı mezbûretân ma’rifetleriyle evvelâ menzil- mezkûrun ...”, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 94 Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257 / M. 1835-1841), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, s. 255-257; Hüküm No: 210 [58b-1].

<sup>86</sup> AK, m. 15-17; “... leh ve aleyhimde vukû’ bulmuş ve bulacak bi’l-cümle da’vâlarımı âid olduğu mahkeme-i şer’iyye ve nizâmiye ve cezaiyede müdde’i ve müdde’â-aleyh ve mu’teriz ve mu’terezun-aleyh sıfatlarıyla muhâkeme ve muhâsama ve redd-i cevâba ve ikâme-i şühûd ve istimâ’-ı şühûda ve taleb-i tahlif ve istihlâfa ve kendi imzâsıyla her nev’ evrâk-ı de’âviyi tanzim ve takdim ve tebliğ ve tebellüğe ve mezkûr arâzilerin taksime ve sâdir olacak evrâk ve i’lâmâtı ahz ve tebliğ ve tebellüğe ve ahkâmlarının tenfiz ve icrâsına ve l’hâsil husûs-ı

sahiplerinin rızalarının aranması ve bazı taksim çeşitlerinin ise ortakların zararına yol açmaması gerekir<sup>87</sup>.

Diğer taraftan taksime konu teşkil eden müşterek malın ayn olması, taksim anında pay sahiplerinin mülkü olması ve bölünebilir ya da diğer bir deyişle taksime elverişli mallardan olması gerekmektedir<sup>88</sup>. Keza paylaştırılacak mal arazi ise sınırlarının kesin ve net olarak belirtilmesi,

---

*mezkûrun mütevakkıf olduğu umûrun küllisine tarafımdan mûmâ-ileyh Safvet Efendi'yi vekâlet-i âmme-i mutlaka-i sahiha-i şer'iyeye ile vekil ve nâ'ib-i menâb nasb u ta'yin eylediğimde ol dahi vekâlet-i mezkûreyi ber-mûceb-i muharrer kabûl ve hizmet-i lâzimesini kemâ-yenbağî edâ ve ifâya ta'ahhüd ve iltizâm eyledi dedikde gıbbe't-tasdîkiş-şer'î mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu. (15 Cemaziyelevvel 1320/20 Ağustos 1902)", Çetintaş, Hatice (2019) "808/1757 Numaralı Bartın Şer'iyeye Sicil Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi" (Yüksek Lisans), Karabük Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 319.*

<sup>87</sup> Halebi, c. IV, s. 27; Kâhya, s. 33.

<sup>88</sup> AK, m. 15; MAA, m. 1182-1183; "Zeyd, fevtolub annesi Hind ve li-eb karındaşı Zeyneb-i sağîreyi terkitdikde ancak bir odası olub kısmet olunduğu takdirde Hind ve Zeyneb hisseleriyle intifa' mümkün olmayub ikisi dahi mutazzarrır olsalar Hind, Zeyneb'in vasisi Amr'a 'Odayı kısmet ve hissemi ifraz itdürürüm!' dimege kâdire olur mu? El-cevab: Olmaz.", Çatalcalı/Demirtaş, s. 368; "... her ne kadar mütevellî ve mutasarrıf ve müste'cir-i merkûmûnun rızaları yoğise de mücerred fırın-ı mezkûr verâsında kâin müvekkilem mezbûrenin âhar vakıfdan tasarrufunda olan yalının selâmlık bağçesi tarafından nısfî müvekkilem mezbûrenin hisse-i memlûkesi'çün ve nısf-ı âharı dahi vakıf için cebren ifrâz ve taksîm olunmak bi'l-vekâle matlûbumdur dedikde evvelâ fırın-ı mezkûrda her birinin hissesi kısmet muhtemel olmayan şüyû' ile şâyi'a olduğundan nasîbleriyle intifâ' maksûd-ı bâkî ve mümkün olur mertebe kâbil-i kısmet olmayıp tarafeyne zararı müştemil ve her vechile taksîmi vakf-ı şerîfe muzır olacağı zâhir ve mi'mârân-ı mezbûrân ve sâir bi-garaz ehl-i vakf [vukûf] ihbârlarıyla mütehakkık olduğuna binâen mütevellî ve mutasarrıf ve müste'cir-i merkûmûn kısmete râzı olmadıklarını mevlânâ-yı mûmâ-ileyhim mahâllinde ketb ü tahrîr ve ma'an meb'ûs ümenâ-i şer'le bi't-terâzî dâ'ihânelerinde ma'kûd meclis-i şer'-i şerîfe gelip tarafeyn ve vâkıf-ı mûmâ-ileyh Mustafa Efendi tarafından vekil-i mürseli Mehmed Efendi hazır oldukları hâlde tasdiklerine mukârin alâ-vukû'ihî inhâ ve takrîr etmeleriyle bu sûretde ber-muktezâ-yı şerî'at-i garrâ taksîmi vakfa muzır olup kâbil-i kısmet dahi değil iken cebren taksîme kâdir olmadığı vekil-i mezbûra tefhîm olunduğu ...", Yılmaz, Coşkun (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 90 İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (H. 1242 / M. 1826-1827), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, s. 161-162; Hüküm No: 105 [23a-1].

mirasçılara miras kalan mallardan ise taksime başlayabilmek için murisin ödenmemiş borcunun olmaması gerekir<sup>89</sup>.

Bu kapsamda hâkim müşterek malı paydaşlar arasında bölüştürerek şayi hisseleri bizzat belirli hale getirebileceği gibi bu görevi kâsım veya kassâm adı verilen resmi görevliye ya da bilirkişiye de tevdi edebilir. Öte yandan Osmanlı Devleti uygulamasında kassâm, miras davalarında bizzat dava mahalline giderek gerekli tahkikatı yapıp ihtilâf hakkında bir neticeye vardıktan sonra davayı hükme bağlayan ve mirasçılar arasında terekeyi taksim eden görevliye verilen isimdir<sup>90</sup>. Bu çerçevede pay sahiplerinin rızaları ile gerçekleştirilen taksim işleminde ortakların bizzat kendileri, velileri ya da görevlendirdikleri üçüncü bir kişi kâsım olabilir. Mahkeme kararı ile cebren yapılan taksim işlemlerinde ise hâkim paylaştırmayı bizzat yapabileceği gibi görevlendirdiği bir kişi aracılığıyla da yürütebilir. Bu bağlamda Osmanlı uygulamasında hâkim, müşterek malın taksimi işlemlerini bilirkişi vasıtasıyla yürütmüştür. Hâkim tarafından görevlendirilen bilirkişiler, müşterek malın ekonomik değerinin tespiti ya da fiziki olarak taksime elverişli olup olmadığı gibi hususlarda görev ifa etmişlerdir<sup>91</sup>. Keza taksime elverişli olduğu tespit

<sup>89</sup> “*Medyünen fevtolan Zeyd’in verese-i edâ-i deyn olunmadan tereke-i Zeyd’i inkisâma kâdir olurlar mı? El-cevab: Edâ-i deyn takdîm olunur.*”, Çatalcalı/Demirtaş, s. 365; MAA, m. 1123, 1125, 1130-1131; Ali Haydar, C. III, s. 210-215; Aktan (2002), s. 498; Kâhya, s. 33; Çelen, s. 88.

<sup>90</sup> Öztürk, Said (2001) “Kassâm”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 24, s. 579; Avcı, s. 157; Ekinci (2017), s. 377.

<sup>91</sup> Kılınç, s. 174-178; “... bi’l-irsi’ş-şer’i verese-i mezkûresine isâbet ve intikâl edip lâkin müşterek olmağla intifâ’i kalil olduğundan gayri harâba müşrif olup menzil-i mezbûr verese beyninde tevzî’ ve taksîm olunması sığâra dahi evlâ ve enfa’ ve kâbil-i kısmet olmağın hâlâ taraf-ı şer’den menzil-i mezbûrun üzerine varılıp hâssa mimarları ve ehl-i vukûf kimesneler ma’rifetleriyle menzil-i mezbûr tashih-i mezbûr üzere beynimizde tevzî’ ve taksîm ve hisselerimiz ifrâz ve âlâmât-ı fâsıla vaz’ıyla muhtâr kılınmak bi’l-asâle ve bi’l-vesâye ve bi’l-vekâle matlûbumuzdur deyip bir kıt’a fermân-ı âli ibrâz etmeleriyle imtisâlen-leh savb-ı şer’-i enverden Mevlânâ el-Hâc Mehmed Efendi b. Ahmed irsâl olunup ol dahi hâssa mi’mârlarından Osman Halife b. Süleyman ve İbrahim Halife b. Mustafa ile menzil-i mezbûra varıp zeyl-i vesikada muharrerül-esâmi Müslimin ile mu’âyene ve müşâhede eylediklerinde fi’l-hakika menzil-i mezbûr ber-vech-i muharrer kâbil-i kısmet olduğu âyân olmağla...”, Yılmaz, Coşkun (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 59 Rumeli Sadâreti



edilen müşterek mallarda taksim işlemi kura ile yapılabileceği gibi belirlenen payların pay sahiplerine dağıtımı da bilirkişilerce yapılabilmektedir<sup>92</sup>. Öte yandan hâkim tarafından taksim işlemi yapmakla görevlendirilen kişinin hür, akıllı ve adil olması gerektiği gibi taksim işlemi amacına uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan matematik ve benzeri bilimlerde de bilgi sahibi olması lazımdır<sup>93</sup>.

### 5. Hükümleri

İslam-Osmanlı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde taksim işleminden sonra pay sahiplerinden her biri kendi payına müstakil olarak sahip olur ve bu hisse üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Böylece eşya üzerindeki müşterek mülkiyet sona ererek müstakil mülkiyete dönüşmüş olur. Öte yandan taksim edilen mal arazi ise, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe arazi üzerindeki bina ve ağaçlar da taksime tâbidir. Keza paylaşılan akara ait irtifak hakları da taksim kapsamında değerlendirilir<sup>94</sup>.

Diğer taraftan muhayyerlik sebeplerinden herhangi birini bünyesinde barındırmayan taksim işlemi adilane ve usulüne uygun olarak yapıp yürürlüğe girdikten sonra pay sahipleri açısından bağlayıcı nitelikte bir akit

---

Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H. 1115-1116 / M. 1704), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, s. 481-483; Hüküm No: 503 [122b-1].

<sup>92</sup> **Kılınç**, s. 178; “... *menzil-i mezkûr mâ-beynlerinden kısmet-i âdile ile taksîm olunmasını taleb eyleriz dediklerine binâen hâssa mi'mârlarından fahrü'l-akrân Kabil Çavuş b. Abdülmennan nâm kimesne ile ve ehl-i vukûfdan cem'-i gafir ile menzil-i mezkûrun üzerine varılıp menzil-i mezkûrun cümle binâsı kısmet-i sahiha ile takvîm olunup ve cümle arâzisi mesâha olunup cümlesi iki hisse olunup her bir hissede iki kız şerik olmak münâsib görülmeğün menzil-i mezkûrun cânib-i cenûbisinde olan cümle evleri, binâlar ile bahçede incir ağacına ve şeftâli ağacına ve bir cânibi dahi kenîfe varınca bir hisse olup ve cânib-i kıblesinde vâki' olan köşk ile önünde bahçe zikr olunan hisse müntehi olunca bir hisse olup kur'a olundukda cânib-i cenûb[un]da vâki' olan Hadice ile Rahime'nin nasiblerine düşüp ve cânib-i kıblesinde vâki' olan hisse dahi Âişe ile Nesli'nin nasiblerine düşükdü vâki'u'l-hâl bi't-taleb alâ-vukû'ihî ketb olunup yed-i tâlibe vaz' olundu ki lede'l-hâce kâşif-i mâ-cerâ ola.”, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 44 İstanbul Mahkemesi 191 Numaralı Sicil (H. 1000-1027 / M. 1591-1617), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, s. 99-100; Hüküm No: 56 [13b-1].*

<sup>93</sup> **Halebi**, C. IV, s. 26; **Kâhya**, s. 32-33; **Çelen**, s. 88.

<sup>94</sup> MAA, m. 1162-1163, 1165; **Ali Haydar**, C. III, s. 249-252.

olup, bundan rücu mümkün değildir<sup>95</sup>. Bununla birlikte kısmet-i rıza ile gerçekleştirilen paylaştırmanın uygulanması esnasında yapılan kura çekiminde kuraların çoğunun belirlenmesine karşın sahibi belirlenmeyen en az iki hisse kalmışsa ortaklardan birinin taksim işleminden rücu etmesi mümkündür. Çünkü bu tür taksimde önemli olan ortakların taksim işlemine razı olmalarıdır. Ancak kısmet-i kaza yoluyla yapılan taksim işlemlerinde hâkimin tarafları paylaşımaya zorlama yetkisi olduğundan pay sahiplerinin taksimden rücu etmeleri mümkün değildir<sup>96</sup>.

Öte yandan taksim işleminden sonra taraflara düşen hisselerden herhangi birinin ayıplı olduğunun ortaya çıkması halinde ayıplı hissenin sahibi olan taraf akdin feshini talep edebilir. Keza mahkeme kararıyla yapılan paylaşım işlemlerinde gabn-i fahiş<sup>97</sup> olması halinde taksim işleminin adil yapılmaması sebebiyle feshedilmesi mümkündür<sup>98</sup>. Nitekim Osmanlı Devleti uygulamasında bilirkişiler aracılığıyla müşterek malın taksimi esnasında gabn-i fahiş yapıldığı veya taksimin adilane bir şekilde yapılmadığı iddiaları araştırılmış ve gerektiğinde taksim işlemi adil şekilde tekrarlanmıştır<sup>99</sup>.

Müşterek malın ortaklar arasında taksim edilmesinden sonra bu malın tamamının ya da bir kısmının mala ortak olmayan başka bir kimseye ait olduğunun ortaya çıkmasına istihkak adı verilir. Malın taksimi ile meydana gelen hisselerden biri veya bir kaçının ortak olmayan bir şahsa ait olduğunun

<sup>95</sup> AK, m. 16; MAA, m. 1127, 1157; **Ali Haydar**, C. III, s. 215-218, 245; “*Zeyd-i müteveffânın vereseşi terekeden bir bağçeyi rızaları ile kısmet-i adile ile iktisâm itdüklerinde bağçede olan havz vereseden Amr’ın hissesine isâbet eylese sâir verese nâdimler olub: ‘Havz beynimizde iştirâk üzere iktisâm idelim!’ dimege kâdir olurlar mı? El-cevab: Olmazlar.*”, **Çatalcalı/Demirtaş**, s. 370.

<sup>96</sup> MAA, m. 1158; **Ali Haydar**, C. III, s. 245-246.

<sup>97</sup> İki taraflı akitlelerde edimler arasındaki denksizliğin aşırı olması anlamına gelen “gabn-i fahiş” hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Bardakoğlu, Ali** (1996) “Gabn”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 13, s. 268-273.

<sup>98</sup> MAA, m. 1160; **Ali Haydar**, C. III, s. 246-247; “*Zeyd ve Amr a’le’l-iştirâk malik oldukları kâbil-i kısmet olan emlâki iktisâm itdüklerinden sonra Zeyd, istifai hakka ikrar itmeden: ‘Hissemde gabn-i fâhiş olmuştur!’ deyu da’vâ ve gabn-i fâhişi isbât idicek ol emlâki kısmet-i âdile ile kısmet itdürmege kâdir olur mu? El-cevab: Olur.*”, **Çatalcalı/Demirtaş**, s. 371.

<sup>99</sup> **Kılınc**, s. 182.

ortaya çıkması durumunda yapılan taksim bozulmayıp, hissesinin başkasına ait olduğu ortaya çıkan ortak veya ortakların zararı giderilir<sup>100</sup>. Buna karşın taksimden sonra paylaştırılan malın tamamının bir başkasına ait olduğunun ortaya çıkması taksim işleminin feshine yol açar. Keza terekenin mirasçılar arasında bölüştürülmesinden sonra murisin dağıtılan terekeye denk bir borcu olduğunun ortaya çıkması da taksimin feshini gerektirir<sup>101</sup>.

Diğer taraftan ortakların tamamının muvafakati ile kısmet-i rıza ya da kısmet-i kaza yoluyla yapılan taksim işleminin ikâle<sup>102</sup> yoluyla feshedilmesi de mümkündür. Böylece pay sahipleri söz konusu malı taksimden önce olduğu gibi aralarında müşterek olarak kullanabilirler<sup>103</sup>.

## B. MÜŞTEREK MENFAATLERİN TAKSİMİ (MUHÂYEE)

Bu başlık altında muhâyeenin tanımı yapılarak hukuki niteliği, hukuki dayanağı, çeşitleri, şartları ve sonuçları üzerinde durulacaktır

### 1. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Sözlük anlamı olarak “birden fazla kişinin belirli bir durum üzerinde uzlaşmaları” ya da “tarafardan her birinin vaat ettiğini hazır ve elverişli hale getirmesi” demek olan muhâyee İslam hukuku terimi olarak ise zaman sıralaması ya da mekân belirlenmesi suretiyle müşterek maliklerin söz konusu maldan yararlanma usulü hakkında anlaşmaları anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle birden fazla kişinin birlikte malik olduğu mal ya da malların

<sup>100</sup> “Zeyd-i müteveffânın vereseşi tereke-i Zeyd-i iktisâm itdiklerinde vereseden Amr’ın hissesine şu kadar eşya isâbet idüb kabziddikden sonra Bekir ol eşyaya müstahuk çıkub ba’de’l-isbat ve’l-hukm eşyayı Amr’dan alsa Amr hissesiyle diğer vereseşe terekeden makbuzlarından mürâcaata kâdir olur mu? El-cevab: Our.”, **Çatalcalı/Demirtaş**, s. 372.

<sup>101</sup> MAA, m. 1161; **Ali Haydar**, C. III, s. 247-249; **Halebi**, C. IV, s. 31.

<sup>102</sup> Bağlayıcı ve feshi kabil bir akdi bozmayı konu edinen ikâle akdi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Aybakan, Bilal** (2000) “İkâle”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 22, s. 14-16.

<sup>103</sup> MAA, m. 1179; **Ali Haydar**, C. III, s. 246.

müşterek mülkiyet devam ettiği sürece hissedarlar arasında nasıl kullanılacağını düzenleyen sözleşmeye muhâyee adı verilmektedir<sup>104</sup>.

Niteliği bakımından muhâyeenin bir akit olduğu hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği olmakla birlikte bu akdin hükümleri açısından ne tür bir akit olduğu konusu tartışmalıdır. Bu kapsamda bazı İslam hukukçularına göre pay sahipleri sahibi oldukları şeyi hisselerden elde edecekleri menfaati diğer paydaşlarla değiştirdiklerinden dolayı muhâyee bir tür kira akdi niteliğindedir. Nitekim kira sözleşmelerinde kira bedelinin nakit para olması zorunlu değildir. Keza muhâyee akdini ayların değişimini ifade etmesi açısından trampaya benzetmek mümkün olmamakla birlikte tarafların hem kiralayan hem de kiracı durumunda olmaları sebebiyle trampaya benzediği söylenebilir. Nitekim klasik İslam hukuku eserlerinde yer yer başka akit tipleriyle ilişki ve benzerliklerine temas edilmekle birlikte genellikle ivazlı olduğu ve bu sebeple icâre hükümlerinin uygulanması gerektiğinin belirtilmesi muhâyeenin kira sözleşmesine benzediği yaklaşımını desteklemektedir. Buna karşın bazı İslam hukukçularının da belirttiği üzere bu akit bütün hükümleri bakımından kira sözleşmesi gibi değildir. Zaman itibariyle muhâyeenin mübadele yönü, mekân itibariyle muhâyeenin ise ifraz yönü dikkate alınarak birincisinde sürenin belirli olması şart koşularken ikincisinde süre tayini gerekli görülmemiştir. Ancak süre tayini hükmünden bağımsız olarak incelendiğinde her iki türün bir yönüyle ifraz, diğer yönüyle mübadele olduğu söylenebilir<sup>105</sup>.

## 2. Hukuki Dayanağı

Müşterek mülkiyete konu teşkil eden malların taksiminde asıl olan ortakların rızası ya da mahkeme kararıyla malın aynen paylaşılmasıdır. Ancak taksime elverişli olmayan ya da paylaşılması halinde önemli ölçüde değer kaybına uğrayan mallar gibi bazı müşterek malların ise taksimden

<sup>104</sup> Dönmez, s. 509-510; Bilmen, C. VII, s. 155; Halebî, C. IV, s. 32; Ali Haydar, C. III, s. 259; Karaman, C. III, s. 53; Türcan, Talip (2000) “İslam Hukukundaki Muhâyee ve Türk Hukukundaki Devre Mülk Kurumları Arasında Bir Mukayese”, Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 7, s. 83-84.

<sup>105</sup> MAA, m. 1178-1179; Ali Haydar, C. III, s. 264-265; Dönmez, s. 510-511; Kâhya, s. 54-57; Türcan, s. 93.

ziyade devamı daha yararlı olabilir. Bu kapsamda müşterek mülkiyetin aynen devam etmesine karşın müşterek maldan yararlanma hakkının paylaşılması anlamına gelen muhâyeenin meşruluğu İslam hukukunun asli kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber'in sünnetine dayanmaktadır. Nitekim Kur'an'da yer alan ve Salih Peygamber ile kavmi arasındaki su kullanımında meydana gelen ihtilafın çözümünü haber veren ayetlere<sup>106</sup> göre suyun Salih Peygamber'in devesi Mucize ile kavmi arasında nöbetleşe kullanılması emredilmiştir. İslam hukukçularına göre suyun kullanım hakkının paylaşılmasına ilişkin olan bu uygulama, İslamiyet öncesi toplumlara ait olmakla birlikte söz konusu ayetin nesh edildiğine dair herhangi bir delil olmadığından, menfaatlerin taksimi işlemi (muhâyee) İslam-Osmanlı eşya hukukuna göre de mümkündür. Keza Bedir Savaşında Hz. Peygamber'in develerden her birini üç kişi arasında paylaşması ve onların da dönüşümlü olarak bu develere binmeleri muhâyeenin sünnetteki delili olarak gösterilebilir<sup>107</sup>.

Öte yandan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1174-1191. maddeleri muhâyeenin Osmanlı Devleti uygulamasındaki yasal dayanağı olarak gösterilebilir.

### 3. Çeşitleri

İslam-Osmanlı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde muhâyee akdi çeşitli açılardan farklı tasniflere tabi tutulmuştur. Bu kapsamda muhâyee; zamana ya da mekâna bağlılığı açısından zamanen muhâyee ve mekânen muhâyee olmak üzere ikiye ayrılırken, tarafların iradesine bağlı olup olmamasına göre rızaen muhâyee ve kazaen muhâyee olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Müşterek maliklerden her birinin eşit veya payıyla orantılı bir süre için aralarında ortak olan malın tamamından sırayla istifade etmelerine zamanen muhâyee adı verilir. Örneğin iki kişinin müşterek malik oldukları arsayı bir yıl

<sup>106</sup> “Salih: İşte (mucize) bu dişi devedir; onun bir su içme hakkı vardır, belli bir günün içme hakkı da sizindir, dedi.”, Şuarâ, 26/155; “Onlara, suyun aralarında paylaşıldığını haber ver. Her biri kendi içme sırasında gelsin.”, Kamer, 54/28.

<sup>107</sup> Dönmez, s. 510; Sağlam, s. 372; Çelen, s. 91-92; Kâhya, s. 43-46.

birinin diğer yıl bir değerinin kullanması ya da ortakların sahibi oldukları evi sırayla kullanmaları zamanen muhâyee olarak kabul edilir<sup>108</sup>. Müşterek mülkiyetin devam etmesi kaydıyla ortaklardan her birinin payıyla orantılı olacak şekilde müşterek malın bir kısmından istifade etmesine ise mekânen muhâyee denilir. İki kişinin müşterek maliki oldukları dört odalı bir evin odalarını ikişerli paylaşarak her birini ortaklardan birinin kullanması mekânen muhâyee akdine örnek olarak verilebilir<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> MAA, m. 1176-1178; **Ali Haydar**, C. III, s. 262-2654; **Halebî**, C. IV, s. 32-33; **Dönmez**, s. 510; **Karaman**, C. III, s. 53; **Türcan**, s. 89-90; “Mahmiye-i İstanbul’da Çelebioğlu Mahallesi sükkânından Mehmed Çelebi b. Ahmed nâm kimesne meclis-i şer’-i şerif-i enverde li-ebeveyn kız karındaşı Sâliha’nın zevci ve tarafından husûs-ı âti’l-beyâna vekil olduğu nehc-i şer’î ve tarik-i mer’î üzere şer’an sâbit olan Mehmed Bey b. Abdurrahman nâm kimesne muvâcehesinde takrîr-i kelâm ve bast-ı merâm edip ashâb-ı hayrâtdan merhûm Koca Mustafa Paşa Vakfı müstagalâtından olup mahalle-i mezkûrede vâkî’ ma’lûmü’l-hudûd hâriciye ve dâhiliyede büyü-tü adideyi müştemil menzilin üç hisseden bir hissesi benim ve iki hissesi kız karındaşım müvekkile-i mezkûrenin taht-ı tasarrufumuzda olup menzil-i mezkûr vakıf olmağla mütevellî-i vakf-ı mezbûr taksime izin vermediğinden gayri hisselerimiz mikdârı taksime benim dahi rızâm olmayıp ve muhâyee-i mekâniye mümkün olmamağla muhâyee-i zamâniye ile her birimiz hisse mikdârı sâkin olmak lâzım gelmeğın her bir senede dört ay ben ve sekiz ay karındaşım müvekkile-i mezkûre sâkine olmak üzere vekil-i mezkûr ile kavlı ü ittifâk edip ...”, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 60 Bab Mahkemesi 92 Numaralı Sicil (H. 1120-1121 / M. 1709), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, s. 500-501, Hüküm No: 563 [82b-1].

<sup>109</sup> MAA, m. 1176, 1179; **Ali Haydar**, C. III, s. 262-263, 265; **Halebî**, C. IV, s. 32-33; **Karaman**, C. III, s. 53; **Dönmez**, s. 510; **Türcan**, s. 90; “... menzil-i mezbûr kâbil-i kısmet olmağla tevliyetim hasebiyle kız karındaşım mezbûre Havva ile beynimizde muhâyee bi’l-mekân vechi üzere taksim olunmak matlûbundur dedikde gıbbe’t-tasdikî-ş-şer’î mi’mârân-ı mezbûrân menzil-i mezbûru mesâha eylediklerinde tûlen ve arzen bi-hesâbı terbi’î beş yüz kırk iki zirâ’ binâlı arsa ve üç bin altı yüz yetmiş sekiz zirâ’ arsa-i hâliyeden mezbûrân el-Hâc Hürrem Çelebi ve Havva’dan herbirine ikişer yüz yetmiş birer zirâ’ binâlı arsa ve bin sekiz yüz otuz dokuzar zirâ’ arsa-i hâliye isâbet ettiği zâhir ve müte’ayyen olmağın dâhiliyede vâkî’ tahtânî üç bâb oda ve sofa ve hamam ve câmekân odası ve sofanın köşesinde vâkî’ direkden cunba üçüncü parmaklıktan doğru kal’a duvarı ve bende vaz’ olunan alâmete muntehi oluncaya değin sağ cânibde vâkî’a hadîka mezbûr el-Hâc Hürrem Çelebi’ye hisse ta’yin olunup ve hâriciye-i menzil-i mezbûr ma’a arsa-i hâliye ve dâhiliyede vâkî’ matbah ve köşk ve orta kapı ve sol tarafda vâkî’a bâki hadîka mezbûre Havva’ya hisse ta’yin ve tahsis olundukda herbiri muhâyee bi’l-mekân vechi üzere kabz ve kabûl etmeğın ...”, **Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 57 İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108 / M.

Müşterek maliklerin ortak oldukları maldan nasıl yararlanacaklarını serbest iradeleriyle belirlemelerine rızaen muhâyee adı verilip, bu tür muhâyee akdinde taraflar müşterek malın kullanım şeklini özgür iradeleriyle diledikleri gibi belirleyebilirler. Nitekim bu kullanım şekli müşterek malın zamanen veya mekânen kullanılması şeklinde olabilir<sup>110</sup>. Bununla birlikte muhâyee akdinin müşterek maliklerden birinin talebi üzerine mahkeme kararıyla (kazaen) kurulması da mümkündür. Bu durumda kismet-i kazada olduğu gibi taraflardan biri muhâyee talep ettiği halde diğeri bundan imtina etmektedir. Muhâyee talep eden tarafın mahkemeye müracaat etmesi sonucu hâkim imtina eden tarafı muhâyeeye zorlamaktadır<sup>111</sup>.

#### 4. Şartları

Muhâyee akdinin tarafları müşterek malikler olup bunların İslam hukuku hükümleri çerçevesinde ivazlı akitlerde aranan ehliyeteye ilişkin şartları taşımaları gerekmektedir. Buna göre gayri mümeyyiz küçük veya akıl hastası gibi eda ehliyetine hiç sahip olmayan kişilerin yapmış oldukları muhâyee akdinin geçerliliği yoktur. Bununla birlikte Hanefi ve Maliki mezheplerine mensup hukukçulara göre ayırtım gücüne sahip küçük veya sefih gibi eksik eda ehliyetine sahip kişilerin yapmış oldukları muhâyee akitleri ancak veli ya da vasilerinin onayıyla geçerli olur. Şafii ve Hanbeli mezheplerinde ise eksik eda ehliyetliler tarafından yapılan hukuki işlemler geçerli sayılmadığı için bu kişilerin muhâyee akdi yapabilmeleri için bülûğa ulaşmaları şarttır<sup>112</sup>.

Muhâyee akdinde tarafların müşterek olarak menfaatine sahip oldukları mal ya da mallardan zaman veya mekân açısından yapılan paylaşıma göre yararlanmaları söz konusudur. Dolayısıyla muhâyee işlemi müşterek malın

1695-1697), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, s. 119-120, Hüküm No: 44 [15b-1].

<sup>110</sup> Dönmez, s. 510; Kâhya, s. 72; Türcan, s. 91.

<sup>111</sup> MAA, m. 1181-1183; Ali Haydar, C. III, s. 265-266; Elmalılı, C. III, s. 450; Dönmez, s. 510; Kâhya, s. 74 Türcan, s. 91-92; "Hind ile Zeyneb'in a'le'l-iştirâk mâlike oldukları oda kâbil-i kismet olmamağla Hind, Zeyneb'e: 'Odada muhâyeeen sâkine olalım' didikde Zeyneb râziye olmayub 'Ancak ben sâkin olurum!' dimege kâdire olur mu? El-cevab: Olmaz.", Çatalcalı/Demirtaş, s. 368.

<sup>112</sup> Dönmez, s. 510; Kâhya, s. 48-49.

aynen devam etmesiyle birlikte, kendisinden yararlanılması mümkün olan ortak mallarda mümkün olur. Buna göre muhâyee ölçü, tartı veya tane ile satılan misli mallarda değil ancak kıyemi mallarda söz konusu olabilir. Çünkü misli mallar aynaları devam ettiği müddetçe kendilerinden yararlanılması mümkün olmayan mallar olduğu halde kıyemi mallar ise aynaları devam etmekle birlikte kendilerinden istifade edilmesi mümkün olan mallardır<sup>113</sup>.

## 5. Hükümleri

İslam eşya hukuku hükümleri çerçevesinde muhâyee akdi sonucunda taraflar; mekânen muhâyee yapmışlarsa müşterek malın kendi hisselerine düşen kısmına, zamanen muhâyee yapmışlarsa kendi sıraları geldiğinde müşterek malın tamamını kullanma hakkına sahip olurlar. Buna karşın mezhepler arasında farklı görüş bulunmakla birlikte Osmanlı Devleti'nin de resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine mensup hukukçular muhâyee akdinin bağlayıcılığı hususunda akdin rızaen veya kazaen kurulmasına göre farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bu kapsamda muhâyee akdi pay sahiplerinin rızaları ile meydana gelmişse, ortaklardan birinin tek tarafı olarak muhâyeyi feshetme yetkisi vardır<sup>114</sup>. Ancak pay sahiplerinden birisi müşterek malı kullanma hakkını bir başkasına kiraya vermişse kira sözleşmesi sona erene kadar ortaklar muhâyee akdini feshedemezler<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> MAA, m. 1175; **Ali Haydar**, C. III, s. 262; **Halebî**, C. IV, s. 32; **Elmalılı**, C. III, s. 443-444; **Türcan**, s. 87.

<sup>114</sup> “... biz sene-i mezbûre Recebi'l-ferdi guresinden i'tibâren evvelen ben müstakillen bir sene ve sâniyen mezbûre Âişe Hatun kezâlik müstakilleten bir sene zabtetmek üzere mütevelliyeye-i hâzıra-ı mezbûrenin izniyle kur'a-i şer'iyeye olunarak bâ-i'lâm akd-i muhâyee etmişdik el-hâletü hâzihî biz beynimizde bi't-terâzî fesh-i akd-i muhâyee-birle ben menzil-i mahdûd-ı mezkûrda olan nısf hisse-i şâyi'âmî hüsn-i rızâ ve tayyib-i hâtırım ve ferâğ-ı mu'teber-i kat'î ile sekiz yüz gurus bedel-i makbûz-ı müstehlek mukâbelesinde mezbûre Âişe Hatun'a ferâğ ve tefvîz ve teslim eylediğimde ol dahi tefevvüz ve kabûl ve mütevelliyeye-i hâzıra-ı mezbûre dahi tasarrufuna izin verip ol vechile menzil-i mahdûd-ı mezkûrun mecmû'u üzere Âişe Hatun'un dâhil-i havza-i tasarrufu ve hakk-ı müfevvaız olup benim kat'a alâka ve medhalim kalmamağla ...”, **Yılmaz** (editör), İstanbul Kadı Sicilleri 90, s. 208-209, Hüküm No: 146 [31b-2].

<sup>115</sup> MAA, m. 1188, 1190; **Ali Haydar**, C. III, s. 269-270; **Halebî**, C. IV, s. 34; **Bilmen**, C. VII, s. 159; **Türcan**, s. 93; **Kâhya**, s. 113 vd.



Öte yandan müşterek maliklerden birinin istemesine rağmen diğerinin imtina etmesi sonucu mahkeme kararıyla meydana gelen muhâyee akdini ise ortaklardan herhangi birisi yalnızca malın aynen taksimi ya da kendi hissesini satmak istemesi gibi makul bir gerekçeye dayanmak suretiyle feshedebilir. Aksi takdirde kazaen meydana gelen muhâyee akitlerinde ortakların tek taraflı olarak fesih yetkileri yoktur. Buna karşın ortaklar bir araya gelmek suretiyle kendi aralarında uzlaşarak mahkeme kararının aksine muhâyee akdini feshedip ortaklığı sürdürebilirler<sup>116</sup>.

Diğer taraftan müşterek maliklerden birisinin ya da her ikisinin ölümü halinde muhâyee akdi sona ermediği gibi muhâyee akdinden doğan tüm haklar ve borçlar mirasçılara intikal eder. Çünkü ortakların ölümü ile muhâyee akdinin sona ereceğinin kabul edilmesi halinde mirasçılarının tekrar muhâyee talebinde bulunmaları gerekeceğinden bunda hukuki yarar olmadığı kabul edilir<sup>117</sup>.

## SONUÇ

Tarih boyunca tüm toplumlarda eşya ve mülkiyete ilişkin hukuki esaslar benimsendiği gibi İslam hukuku da bu konuya dair orijinal esaslar getirmiştir. İslam hukuku ile eşyaya ve mülkiyete ilişkin olarak getirilen hükümler Osmanlı hukukunda da hemen hemen aynı şekilde kabul edilip uygulanmıştır<sup>118</sup>.

Bu kapsamda müşterek mülkiyet; satın alma, hibe, vasiyeti kabul veya miras gibi mülkiyeti kazanma yollarından biriyle ya da birden fazla malın ayrılması mümkün olmayacak bir biçimde birbirlerine karışarak birleşmesi suretiyle en az iki kimsenin bir mal üzerinde birlikte malik olmalarıdır. Dolayısıyla müstakil mülkiyete konu olan bir eşyaya yalnızca bir kişi sahip olduğu halde müşterek mülkiyete konu teşkil eden bir eşyanın birden çok maliki bulunmaktadır. Bununla birlikte müşterek olarak bir mala sahip olan

<sup>116</sup> MAA, m. 1189; **Ali Haydar**, C. III, s. 270; **Elmahlı**, C. III, s. 454; **Bilmen**, C. VII, s. 159; **Kâhya**, s. 113 vd.

<sup>117</sup> MAA, m. 1191; **Ali Haydar**, C. III, s. 270; **Kâhya**, s. 143-144.

<sup>118</sup> **Cin**, s. 9.

pay sahipleri o malın belli bir bölümü üzerinde hisseleri oranında malik olmayıp, pay sahiplerinin mülkiyet hakkı malın tamamı üzerinde kendi hissesi oranındadır. Bu nedenle bir malın müstakil mülkiyetine sahip olan şahıs o mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği halde, müştereken bir mala sahip olan ortakların o mal üzerinde tasarruf yetkileri bazı kısıtlamalara tabidir. Bu doğrultuda müşterek mal üzerinde pay sahiplerinden her biri kendi paylarına ilişkin olarak bazı tasarrufları tek başlarına yapabildikleri halde bir kısım tasarrufları ise sınırlandırılmıştır. Keza İslam-Osmanlı hukukunda müşterek malın yok olması, istimlâk edilmesi, cebri satışı ya da malın kendisinin veya menfaatlerinin taksim edilmesi suretiyle müşterek mülkiyet sona erdirilebilir.

İslam-Osmanlı eşya hukukunda müşterek mülkiyeti sona erdiren sebeplerden taksim bir eşyanın ayn adı verilen maddi yapısının taksimi ya da malın maddi yapısı aynen kalmakla birlikte bu maldan elde edilen menfaatlerin taksimi olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Ancak klasik İslam hukuku eserlerinde “taksim” kavramı ile esasen müşterek malın maddi yapısının paylaşılması kastedilmekte olup, menfaatlerin taksimi ise “muhâyee” kavramı ile ifade edilmiştir.

Öte yandan neticesi itibariyle müşterek mal üzerinde şayi olan hisselerin ayrılmasına yol açan taksim işlemi bu yönüyle bir ifraz niteliğinde olmakla birlikte söz konusu işlem sonucunda her bir ortak kendi payına düşen hisseden diğer ortakların vazgeçmelerine karşılık onlara düşen hisselerdeki mülkiyet hakkından feragat ettiğinden aynı zamanda mübadele özelliği de taşımaktadır.

Diğer taraftan müşterek malın taksimi; pay sahiplerinin iradeleri açısından kısmet-i rıza ve kısmet-i kaza şeklinde ikiye; müşterek malın paylaşılması sonucunda ortaya çıkan payların eşitlenmesine ihtiyaç duyulup duyulmamasına göre kısmet-i ecza, kısmet-i tadil ve kısmet-i red olmak üzere üçe; paylaşılacak malın bir ya da birden fazla olması açısından ise kısmet-i cem ve kısmet-i tefrik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Ayrıca müşterek malın taksim edilebilmesi için ayn olması, bölünebilir olması ve taksim işlemi sırasında pay sahiplerinin mülkiyetinde bulunması gerekir. Keza müşterek maliklerin taksim anında hazır bulunmaları ya da

vekillerini göndermeleri, bazı taksim işlemlerinde pay sahiplerinin rızalarının aranması ya da bazı taksim türlerinde ortakların zarara uğramaması taksimin şartlarındanndır.

Usulüne uygun ve adil olarak yapılan taksim işlemi taraflar açısından bağlayıcı nitelikte olup, bundan rücu mümkün değildir. Ancak ortakların rızası ile gerçekleştirilen taksimin uygulanması esnasında dağıtılmayan en az iki hisse kalmışsa ortaklardan birinin taksimden rücu etmesi mümkündür. Çünkü bu tür taksimde önemli olan pay sahiplerinin taksim işlemine razı olmalarıdır. Bununla birlikte mahkeme kararıyla gerçekleştirilen taksim işlemlerinde hâkimin tarafları paylaştırmaya zorlama yetkisi olduğundan pay sahiplerinin taksimden rücu etmeleri mümkün değildir.

Müşterek mülkiyete konu teşkil eden malların taksiminde asıl olan ortakların rızası ya da mahkeme kararıyla malın aynen paylaşılmasıdır. Ancak taksime elverişli olmayan ya da paylaşılması halinde önemli ölçüde değer kaybına uğrama ihtimali olan mallar gibi bazı müşterek malların devamı, taksim edilmesinden daha yararlı olabilir. Bu durumda müşterek mülkiyetin aynen devam etmesine karşın müşterek maldan yararlanma hakkının paylaşılmasına muhâyee adı verilmektedir.

Bu kapsamda İslam-Osmanlı hukukunda müşterek malın taksimi hususunu incelemeye çalıştığımız bu çalışma, elbette dar kapsamlı ve bazı eksiklikleri olabilecek bir çalışma olup, eşya hukukunun önemli konu başlıklarından olan müşterek mülkiyet ve taksimi hususu hukuk tarihi açısından çok daha geniş kapsamlı ve ayrıntılı çalışmalara konu olabilecek niteliktedir.

**KAYNAKÇA**

- Akgündüz, Ahmet** (1996) İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, 2. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Aktan, Hamza** (2001) “İstimlâk”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 23, s. 364-366.
- Aktan, Hamza** (2002) “Kısmet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 25, s. 497-498.
- Aktan, Hamza** (2005) “Miras”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 30, s. 143-145.
- Ali Haydar Efendi** (2014) Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. I-IV, (Çeviren: Gündoğdu, Raşit/Erdem, Osman) İstanbul, Gül Neşriyat.
- Apaydın, H. Yunus** (2001) “Karz”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 24, s. 520-525.
- Arı, Abdüsselam** (2012) “Vasiyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 42, s. 552-554.
- Armağan, Servet** (2015) İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, 8. Baskı, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- Atar, Fahrettin** (1990) İslam İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.
- Avcı, Mustafa** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 7. Bası, Konya, Atlas Akademi.
- Aybakan, Bilal** (2000) “İkâle”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 22, s. 14-16.
- Aydın, Mehmet Akif** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Aydın, Münevver** (2019) “185 Numaralı Denizli Şer’iyye Sicil Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (1875-1883)” (Yüksek Lisans), Afyon Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bardakoğlu, Ali** (1992) “Bey’ ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 6, s. 13-19.
- Bardakoğlu, Ali** (1996) “Gabn”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 13, s. 268-273.

- Bardakoğlu, Ali** (1998) “Hibe”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 17, s. 421-426.
- Bardakoğlu, Ali** (1998) “Hidâne”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 17, s. 467-471.
- Bilmen, Ömer Nasuhi** (t.y.) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. IV-VII, İstanbul.
- Cin, Halil** (1992) Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi.
- Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Çalış, Halit** (2007) “Rakabe”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 34, s. 427-428.
- Çatalcalı Ali Efendi/Demirtaş, H. Necati** (2014) Açıklamalı Osmanlı Fetvaları: Fetâvâ-yı Ali Efendi, cild-i sâni, 1. Baskı, İstanbul, Kubbealtı,
- Çelen, Cevdet** (2010) “İslam Hukukunda Müşterek Mülkiyet” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çetintaş, Hatice** (2019) “808/1757 Numaralı Bartın Şer’iyye Sicil Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi” (Yüksek Lisans), Karabük Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dönmez, İbrahim Kâfi** (2010) “Şüfa”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 39, s. 248-252.
- Duman, Ali** (2008) “Sadaka”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 35, s. 383-384.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2016) İslam Hukuku: Umumi ve Hususi Hükümler, 2. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2017) Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk, 5. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır** (1997) Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh Istılahları Kamusu, C. III, (Hazırlayan: Sıtkı Güllü), İstanbul, Ensar Neşriyat.

- Erkal, Mehmet** (1996) “Ganimet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 13, s. 351-354.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin** (1994) Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya, Mimoza.
- Gözübenli, Beşir** (1991) “Âriyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 3, s. 379-380.
- Gözübenli, Beşir** (2002) “Kıyemî”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 25, s. 540-541.
- Hacak, Hasan** (2005a) “İslam Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 2, s. 99-120.
- Hacak, Hasan** (2004) “Menfaat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 29, s. 131-134.
- Hacak, Hasan** (2001b) “Misli”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 30, s. 187-188.
- Hacak, Hasan** (2006a) “Mülkiyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 31, s. 543-548.
- Hacak, Hasan** (2006b) “ Müşâ’ ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 32, s. 151-152.
- Hacak, Hasan/Çalış, Halit** (2007) “Rehin”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 34, s. 538-542.
- İbrahim Halebî** (t.y.) Mevkûfât Mültekâ Tercümesi, c. IV, (Şerheden: Mehmed Mevkûfâti, Sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu), İstanbul, Sağlam Kitabevi.
- Kahveci, Nuri** (2015) Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Hikmet Yayınevi.
- Kâhya, Özlem** (2009) “İslam Hukukunda Muhâye’e” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Karaman, Hayrettin** (2012) Mukayeseli İslam Hukuku, c. III, İstanbul, İz Yayıncılık.
- Karaman, Hayrettin/Özek, Ali/Dönmez, İbrahim Kâfi/Çağrıçı, Mustafa/Gümüş, Sadrettin/Turgut, Ali** (2014), Kur’an-ı Kerim ve Açıklamalı Meâli, 27. Baskı, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

- Kılınç, Ahmet** (2019) Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kıyık, Mustafa Harun** (2016) “Aile İçi Eğitim Açısından İslam Hukukunda Hidane”, Yurt, Mehmet Emin/Bayraktutan Osman (Editörler), İğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Uluslararası Aile İçi Eğitim Çalıştayı, İğdır, s. 143-178.
- Özdemir, Recep** (2019) “İslam Hukukuna Göre Mülkiyet ve Mülkiyetin Temellendirilmesi”, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y: 11, S: 31, s. 259-291.
- Öztürk, Said** (2001) “Kassâm”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 24, s. 579-582.
- Sağlam, Hadi** (2012) “İslam Fıkıh Doktrininde Müşterek Mülkiyetin Taksiminde Muhdesatın Durumu (İştirak ve Müşterek Araziler Örneği)”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 2, s. 365-415.
- Şener, Mehmet** (1989) “İslam Hukukunda Karz-ı Hasen”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 6, s. 391-403.
- Türcan, Talip** (2000) “İslam Hukukundaki Muhâyee ve Türk Hukukundaki Devre Mülk Kurumları Arasında Bir Mukayese”, Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 7, s. 83-102.
- Türk Hukuk Kurumu** (1991) Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi.
- Türkmen, Ali** (1996) İslam Eşya Hukuku, Samsun.
- Yaka, Zeki** (2014) “İslam Hukukunda Zilyedlik ve Mülkiyet Arasındaki Farklar”, Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 35-52.
- Yıldırım, İlyas** (2018) “Şüfa-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanununun Merkezli Bir Mukayese”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 31, s. 317-336.
- Yıldırım, Mustafa** (2012) “Vedia”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 42, s. 596-598.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2008) İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919-927 / M. 1513-1521), C: 1, İstanbul, İSAM.

- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2011) İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havâss-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (H. 1065-1066 / M. 1655), C: 27, İstanbul, İSAM.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 52 Hasköy Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1023-1081 / M. 1615-1670), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 57 İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108 / M. 1695-1697), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 60 Bab Mahkemesi 92 Numaralı Sicil (H. 1120-1121 / M. 1709), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 73 Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163 / M. 1749-1750), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 44 İstanbul Mahkemesi 191 Numaralı Sicil (H. 1000-1027 / M. 1591-1617), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları, s. 99-100; Hüküm No: 56 [13b-1].
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 59 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H. 1115-1116 / M. 1704), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 79 Davud Paşa Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1196-1197 / M. 1782-1783), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 90 İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (H. 1242 / M. 1826-1827), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri 94 Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257 / M. 1835-1841), İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş Yayınları.



# **ÖZEL HUKUK**



## KONKORDATONUN TASARRUFUN İPTALİ DAVASINA ETKİSİ\*

Doç. Dr. Tolga AKKAYA\*\*

### ÖZET

Bu çalışmada konkordatonun tasarrufun iptali davasına etkisi incelenmiştir. Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen iptal sebeplerinden birinin var olması halinde, alacaklılar tarafından, borçlu ve lehine tasarruf yapılan üçüncü kişiye karşı açılır ve takip alacaklısına tasarrufa konu mal üzerine haciz koydurmak suretiyle alacağını tahsil etme imkânı verir. Konkordato ise borçlarını vadesi gelmiş olmasına rağmen ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçlunun, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmesi veya muhtemel bir iflâstan kurtulması için alacaklılarıyla yapacağı konkordato anlaşmasına dayalı bir cebri icra kurumudur. Mahkeme tarafından konkordato mühleti verilen borçlunun, konkordato mühletinden önce veya mühlet içinde mal ve hakları üzerinde yaptığı tasarrufların iptal davasına konu olup olamayacağı ve iptal şartları, konkordato ve iptal davasına ilişkin düzenlemeler birlikte ele alınarak değerlendirilmelidir. Konkordato ve iptal davasının kesiştiği alanlara ilişkin olarak incelenmesi gerekli başlıca sorunlar şu konu başlıklarıyla özetlenebilir: Borçlunun tasarruflarını konkordato mühletinden önce veya mühlet içinde yapmasının iptal sebeplerine etkisi, konkordato mühleti verilen borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarının iptale tâbi olup olamayacağı, konkordato mühletinin tasarrufun iptali davasına etkisi, iptal sürelerinin nasıl hesaplanacağı, iptal davası için aranan özel dava şartlarının konkordato mühleti verilen borçlu aleyhine açılan iptal davasında aranıp aranmayacağıdır. Bu çalışmada, var olan ve olması gereken hukuk bakımından, yukarıda belirtilen konu başlıklarına ilişkin tespit ve öneriler ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Tasarrufun İptali Davası, İptal Sebepleri, Konkordato, Konkordato Mühleti.

---

\* DOI:10.33432/ybuhukuk.826535 – Geliş Tarihi: 17.11.2020 - Kabul Tarihi: 08.12.2020.

\*\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, takkaya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6821-2841.

## THE EFFECT OF COMPOSITION OF CREDITORS ON THE ACTION FOR ANNULMENT

### ABSTRACT

In this study, the effect of composition of creditors on the case of annulment of legal transactions was examined. If there is one of the reasons for annulment regulated in Execution and Bankruptcy Act, the creditors filed against the debtor and the third party in favor of whom the legal transactions have been made, and the dept enforcement allows the creditor to collect the receivable by putting a seizure on the property subject to disposal. Composition of creditors, on the other hand, is a compulsory enforcement procedure based on a composition agreement to be made with the creditors for the debtor who is unable to pay his debts or is in danger of being unable to pay his debts or to get rid of possible bankruptcy. The regulations regarding composition of creditors and the annulment proceedings should be considered together in evaluating whether the debtor's dispositions made on property and rights before the composition deadline or within the deadline can be subject to the annulment action and the cancellation conditions. The main problems that need to be examined regarding the areas where composition and annulment proceedings intersect can be summarized with the following topics: The effect of the debtor's legal transactions before or within the composition period on the reasons for annulment; whether the debtor's legal transactions on assets can be subject to annulment; the effect of the composition period on the annulment of the legal transactions; how to calculate the annulment periods; whether the special case conditions for the annulment action are required for the annulment action filed against the debtor for which the composition deadline is given. In this study, the determinations and suggestions regarding the above-mentioned subject headings in terms of *de lege lata* and *de lege ferenda* presented.

**Keywords:** Action for Annulment, Reasons for Annulment, Composition of Creditors, Composition Period.

## GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanununa göre vadesi geldiği hâlde borçlarını ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato talep edebilir. Mahkeme, İİK'nın 286'ncı maddesinde belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ederse borçlu hakkında geçici mühlet kararı verir ve komiser görevlendirir. Geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurduğundan, konkordato mühletinin iptal davasına etkisi bakımından yapılan açıklamalar hem geçici hem de kesin mühlet dönemi için geçerlidir. Ayrıca konkordatonun tasdiki yargılamasının uzaması halinde de mühletin etkileri devam edeceğinden konkordato mühletinin etkisi konusundaki açıklamalar bu dönemi de kapsamaktadır.

Geçici mühlet içinde komiser tarafından borçlu hakkında hazırlanan rapor da dikkate alınarak konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir. Kesin mühlet içinde, alacaklılar toplantısının yapılmasından sonra, konkordato yeterli alacaklı çoğunluğu tarafından kabul edilir ve tasdik yargılaması sonunda konkordatonun şartlarının var olduğu tespit edilirse, mahkeme tarafından konkordato tasdik edilir veya tasdik koşulları oluşmadığından tasdik talebinin reddine karar verilir.

Konkordato talep eden borçlunun malvarlığı üzerinde İİK m. 277 vd. kapsamında iptale tâbi işlemleri söz konusu ise konkordato süreci ile iptal davası kesişebilir. Kendisine konkordato mühleti verilen borçlu tarafından mühlet verilmeden önce, mühlet içinde ve konkordatonun tasdiki talebinin kabul edilmesinden sonra yapılan tasarruf işlemlerinin, İcra ve İflâs Kanununun 277 ve devamında düzenlenen iptal davasına konu olup olamayacağı ve bu dönemler içinde borçlu tarafından yapılan tasarruflar iptal edilebilecekse hangi şartlarda iptalin mümkün olduğu konkordatonun özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Bu konuda ortaya çıkan başlıca sorunlar, borçlunun tasarruflarını konkordato mühletinden önce veya mühlet içinde yapmasının iptal sebeplerine etkisi, konkordato mühleti verilen borçlunun malvarlığı

üzerindeki tasarruflarının iptale tâbi olup olamayacağı, konkordato mühletinin tasarrufun iptali davasına etkisi, mühlet verilen borçlunun iptale tâbi tasarrufları bakımından İİK'da öngörülen iptal sürelerinin nasıl hesaplanacağı, iptal davası için aranan özel dava şartlarının konkordato mühleti verilen borçlu aleyhine açılan iptal davasında aranıp aranmayacağıdır.

Bu çalışmada konkordatonun iptal davasına etkisi konkordatoya tâbi alacaklar bakımından incelenmiştir. Konkordatoya tâbi olmayan ve konkordato mühleti içinde takip yasağı bulunmayan alacaklar, örneğin konkordato mühleti içinde komiserin onayıyla yapılan işlemde doğan alacaklar veya İİK m. 206 uyarınca birinci sırada yer alan imtiyazlı alacaklar, bakımından konkordato mühletinin iptal davasına bir etkisi bulunmamaktadır.

## I. KONKORDATO MÜHLETİNİN İPTAL SEBEPLERİNE ETKİSİ

### A. KONKORDATO MÜHLETİNDEN ÖNCE YAPILAN TASARRUFLAR

Konkordato mühleti verilmeden önce, borçlunun tasarruf yetkisinde herhangi bir kısıtlama bulunmadığından, borçlu malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunabilir, bu bağlamda rehin tesis edebilir, kefil olabilir, taşınır, taşınmaz malları ile işletmenin devamlı tesisatını üçüncü kişilere devredebilir veya ivazsız tasarruflar da bulunabilir. Başka bir deyişle, borçlu konkordato mühleti verilmeden önce alacaklının alacağını tahsil etmesini engelleyecek mahiyette ve alacaklılarına zarar verebilecek bazı tasarruf işlemleri yapabilir. Borçlunun tasarruf serbestisine sahip olduğu bu dönem içinde yapmış olduğu işlemler, İİK'nın 278 ve devamı maddelerinde düzenlenen iptal sebeplerinden birinin koşullarını taşımaktaysa, alacağını tahsil edemeyen alacaklı söz konusu tasarrufun iptali için dava açabilir<sup>1</sup>. Örneğin, borçlu konkordato mühletinden önce mutad ödeme vasıtası sayılmayacak bir şekilde ödeme yapar (İİK m. 279/1/b.2), vadesi gelmemiş bir borcunu öderse (İİK m. 279/1/b.3), mühletten önce üçüncü kişi lehine ivazsız tasarrufta bulunur veya kanun tarafından

<sup>1</sup> Tunç Yücel, Müjgan (2020) Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 174.

ivazsız tasarruf sayılan işlemlerden birini yaparsa örneğin taşınır veya taşınmaz bir malını akdin yapıldığı sırada ivaz olarak pek aşağı bir fiyatla satar ve üçüncü kişiye devrederse alacağını tahsil edemeyen alacaklı mühlet içinde de tasarrufun iptali davası açabilir<sup>2</sup>. Yine mühlet verilmeden önce alacaklısına zarar vermek kastıyla veya zarar verebileceğini öngörmesine rağmen yaptığı tasarruflar da iptal davasına konu olabilir<sup>3</sup>.

Borçlunun konkordato mühleti verilmeden önce yaptığı bazı tasarruflar ise iptal davası açılmasına gerek olmadan Kanundaki açık düzenlemeyle hükümsüz sayılmıştır. Kanuna göre “*Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür*”. Borçlunun konkordato mühleti verilmeden önce henüz doğmamış (müstakbel) bir alacağını üçüncü kişiye temlik etmesi ve alacağın konkordato mühleti içinde doğması halinde yapılan bu temlik hükümsüzdür. Borçlunun mühletten önce henüz doğmamış alacağını temlik etmesinin yasaklanması, alacaklılar arasında eşitliği sağlamaya hizmet eder. Belirtmek gerekir ki söz konusu tasarrufun hükümsüz sayılması, alacaklının borçlu ve lehine temlik yapılan üçüncü kişiye iptal davası açmasına engel değildir. Hükmün madde gerekçesine göre de söz konusu tasarruf için iptal davası açılabileceği, ancak iptal davası açılabilmesi için gerekli şartların (özellikle aciz belgesi) şartının somut olayda gerçekleşmeyebileceği düşünülerek işlemin hükümsüz sayılması yönünde düzenleme yapıldığı belirtilmiştir. Örneğin, borçlu alacaklılarına zarar verme kastıyla alacağını bir başkasına temlik eder ve borçlunun içinde bulunduğu mali durum ve zarar verme kastı, işlemin diğer tarafınca biliniyor veya bilinmesi gerektiğine dair açık emareler varsa temlik işlemi iptal edilebilir.

Borçlu konkordato mühletinden önce var olan (mevcut/doğmuş) bir alacağını üçüncü kişiye temlik etmişse, bu tasarruf İİK m. 297 uyarınca hükümsüz sayılmadığından başka bir deyişle geçerli olduğundan, İİK m. 277

---

<sup>2</sup> Tunç Yücel, s. 176.

<sup>3</sup> Erdönmez, Güray (2020b) Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 352 vd.

ve devamında düzenlenen iptal sebepleri mevcutsa her halde iptal davası açılabilir<sup>4</sup>.

Borçluya konkordato mühleti verilmiş olması, mühlet içinde tasarrufun iptali davası açılmasına engel değildir. Konkordato mühleti verilmesi, kural olarak takipleri durdurumaktaysa da dava açılmasına veya derdest davaların yürütülmesine engel değildir<sup>5</sup>. Bu nedenle borçlunun konkordato mühleti verilmeden önce yaptığı ve İİK m. 277 ve devamındaki hükümlere göre iptale tâbi işlemler için mühlet içinde tasarrufun iptali davası açılabilir veya daha önce açılan davaya devam edilebilir<sup>6</sup>. Bu dava sonucunda mahkeme tasarrufun iptaline karar verirse, tasarrufa konu olan mal veya hak borçlunun mülkiyetine dönmeyeceğinden, davacı alacaklı üçüncü kişiye karşı takip yaparak alacağını tahsil edebilir. Konkordato mühleti sadece kendisine mühlet verilen borçlu hakkındaki takipleri durduracağından, iptal davası aleyhine sonuçlanan üçüncü kişi aleyhine takip yapılması veya haciz talep edilmesi mümkündür<sup>7</sup>.

Konkordatonun tasdik edilmesi halinde ise mühletten önce yapılan tasarruflar için konkordatoya tâbi alacaklılar iptal davası açamaz. Borçlu tasdik edilen konkordatoya uygun olarak borcunu ödemeye devam ettiği müddetçe iptal davası açılmaz. Konkordato tasdik edildiğinden iptal davasının sonucundan alacaklının yararlanması mümkün değildir. Buna

<sup>4</sup> **Tunç Yücel**, s. 175.

<sup>5</sup> **Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray** (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 97; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2020) İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 493; **Muşul, Timuçin** (2017) İcra ve İflas Hukuku Esasları, 6. Baskı Ankara, Adalet Yayınevi, s. 834; **Öztek, Selçuk** (2007) İflâsın Ertelenmesi, İstanbul, Arıkan Basım, s. 102; **Atalı, Murat** (2018) “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, Editör: Özekes, Muhammet,7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Kanunlarında Getirilen Yenilikler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 99.

<sup>6</sup> **Erdönmez**, (2020b), s. 73, 354, 369; **Tunç Yücel**, s. 175; **Altay, Sümer/Eskiocak, Ali** (2018) Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 113. Yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, iflâsın ertelenmesi uygulamasında da iflâs erteleme süresi içinde iptal davası açılabileceği yönünde Bkz. **Ermenek, İbrahim** (2009) İflâsın Ertelenmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 365.

<sup>7</sup> **Tunç Yücel**, s. 178.



karşılık borçlu konkordatoya aykırı davranır, borcunu ödemez ve alacaklı tarafından yapılan icra takibi sonuçsuz kalırsa alacaklı iptal davası açabilir. Bu durumda iptale tâbi işlemler için kanunda öngörülen şüpheli döneme ilişkin sürelerin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı da değerlendirilmelidir. Konkordatoya başvurulmuş olması bizatihi borçlunun aciz halini gösterdiğinden işlemin iptale tâbi olup olmadığını belirleyen süreler geçici mühlet tarihinden geriye doğru hesaplanmalıdır. Buna göre geçici mühlet verilmesinden itibaren geriye doğru hesaplanan bir ve iki yıllık süreler içinde gerçekleşen işlemler iptal davasının konusu olabilir<sup>8</sup>. Konkordatoya tâbi alacaklı konkordato mühleti verilmeden borçlunun mallarını haczettirmiş olsa dahi tasdik kararıyla birlikte konkordatonun bağlayıcı hâle gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşüreceğinden (İİK m. 308/ç) hacze bağlanan geçici veya kesin aciz belgesi hükmü de ortadan kalkar. Bu nedenle şüpheli döneme ilişkin sürelerin hesaplanmasında geçici mühlet tarihi esas alınabilir. Buna karşılık konkordatonun tasdiki talebi reddedilirse (koşulları oluşmadığı için veya feragat nedeniyle) hacizler ayakta kaldığından, iptal davası açılmasına ilişkin süreler de bu haciz tarihinden geriye doğru hesaplanmalıdır.

Adi konkordatodan farklı olarak, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, Kanun sürelerin hangi andan itibaren hesaplanacağını açık olarak düzenlemiştir. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, borçlunun konkordatonun tasdikinden önce yaptığı işlemler 277-284'üncü maddelere göre iptale tâbidir. Bu durumda geçici konkordato mühletinin verildiği tarih, iptal davası açma sürelerinin hesaplanmasında haczin veya iflâsın açılmasının yerini tutar (İİK m. 309/k).

Sonuç olarak borçlunun konkordato mühleti verilmeden önce yaptığı bağışlamalar, ivazsız tasarruflar ve ivazsız tasarruf sayılan işlemler (İİK m. 278); borçlunun borca batık durumda olduğu zaman dilimi içinde bazı alacaklılarını kayırmaya yönelik tasarrufları, örneğin para veya mutat olmayan vasıtalarla yapılan ödemeler vb. (İİK m. 279) ile malvarlığı borçlarına

---

<sup>8</sup> Altay/Eskiocak, s. 338 vd.

yetmeyen (borca batık) bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler (İİK m. 280) hakkında Kanunun aradığı diğer şartlar da gerçekleşmişse mühletten önce açılan iptal davasına devam edilir veya mühlet içinde yeni bir iptal davası açılabilir. Konkordatonun tasdik edilmesi halinde ise borçlu konkordatoya uygun olarak borçlarını ödediği takdirde konkordatoya tâbi alacaklılar iptal davası açamaz. Konkordatoya tâbi olmayan İİK m. 206 birinci sıradaki alacaklar ile 6183 sayılı Kanuna tâbi amme alacakları için iptal davası açılabilir.

## B. KONKORDATO MÜHLETİ İÇİNDE YAPILAN TASARRUFLAR

Kendisine konkordato mühleti verilen borçlunun tasarruf yetkisi kural olarak mühlet içinde de devam eder. Kanuna göre “*Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Şu kadar ki, mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir*” (İİK m. 297/1). Kural olarak, mühlet içinde faaliyetlerine devam eden borçlu, mal ve hakları üzerinde tasarrufta bulunabilir. Borçlunun faaliyetlerine komiserin nezareti altında devam etmesi tasarruf yetkisinin kaldırılması sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte mahkeme, “*bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına*” veya “*borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine*” karar verebilir. Mahkeme bu yönde bir karar vermemişse ve İİK m. 297’de düzenlenen yasaklı işlemlerden biri söz konusu değilse, borçlu konkordato mühletini ticari faaliyetini ve borçlarını yapılandırmak üzere kullanabilir, mal ve hakları üzerinde tasarrufta bulunabilir ve bu kapsamda örneğin ihtiyaç duymadığı malvarlığı değerlerini piyasadaki rayiç fiyatları üzerinden satabilir<sup>9</sup>. Bu ihtimalde komiserin iznine veya mahkemenin onayına ihtiyaç olmaksızın borçlunun yapmış olduğu tasarruflar için İİK m. 278 ve devamındaki hükümlerin şartları da varsa iptal davası açılabilir. Bu bağlamda konkordato mühletinden önce veya sonra yapılan tasarruflar arasında bir farklılık yaratılması uygun değildir.

<sup>9</sup> Pekcanitez/Erdönmez, s. 85.

Kanuna göre mahkeme “*bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına*” karar vermiştir. Borçlu komiserin izni olmadan işlem yapmışsa, bu işlemler hükümsüz sayılmaz ancak komiserin izni alınmadığından borçlu ile tasarruf yapan üçüncü kişinin bu işlemde doğan alacağı konkordatoya tâbi olur<sup>10</sup>. Ayrıca borçlunun 297’nci maddeye aykırı davrandığını tespit eden mahkeme, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilir veya 292’nci madde çerçevesinde, komiserin talimatlarına uymadığını ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiğini tespit ederse resen borçlunun iflâsına karar verir. Komiserin izni alınarak yapılan işlemlerden kaynaklanan alacaklar ise konkordatoya tâbi olmaz ve alacaklı konkordato mühleti içinde takip yasağından etkilenmeksizin borçluya karşı icra takibi yapabilir<sup>11</sup>. Komiserin izni ile yapılan tasarruflar da şartları varsa, tıpkı borçlunun kendi yaptığı tasarruflar gibi İİK m. 278 ve devamındaki şartlar gerçekleşmişse iptal davasına konu olabilir. Mahkemenin kararıyla borçlunun bazı tasarruflarının komiserin iznine bağlanması ve borçlunun mühlet içinde alacaklılarının alacaklarını tahsil etmesini önleyecek nitelikteki (başka bir deyişle alacaklılarına zarar veren) tasarruflarına komiserin izin vermesi, bu işlemler aleyhine iptal davası açılmasını engellemez. Söz konusu tasarruf işleminin tarafı borçludur ve yapılan işlem borçlu ve lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi bakımından hukuki sonuç doğurur. Komiserin bu işleme izin vermesi işlemin maddi hukuk bakımından geçerli olup olmasını veya takip hukuku bakımından iptale tâbi olup olmasını etkilemez<sup>12</sup>.

Mahkeme “*borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine*” de karar verebilir. Bu durumda ise borçlunun işletmenin faaliyetlerini yürütme konusundaki tasarruf yetkisi kaldırılır ve onun yerine işlemleri komiser yapar. Bu durumda borçlunun tasarruf yetkisi kaldırılması

<sup>10</sup> Pekcantez/Erdönmez, s. 85.

<sup>11</sup> Pekcantez/Erdönmez, s. 89.

<sup>12</sup> Erdönmez (2020b), s. 390; Erdönmez, Güray (2020c) “Konkordato Mühleti Verilmesinin Alacaklılara Etkisi”, Editör: Özkes, Muhammet, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları, On İki Levha Yayıncılık, s. 36; Tunç Yücel, s. 179.

kararı ilân edileceğinden, borçlunun bu yasağa aykırı olarak bizzat yapmış olduğu hukuki işlemler geçersiz (batıl) sayılmalıdır.

Borçlunun mühlet içinde malvarlığının azalmasına veya borçlarının artmasına yol açabilecek bazı işlemleri ise mahkemenin iznini almadan yapması yasaklanmıştır. Kanuna göre borçlu “*mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır.*” (HMK m. 297/2). Buna göre borçlunun herhangi bir malvarlığı değeri üzerinde rehin tesis etmesi, taşınmazlarını ve işletmesinin devamlı tesisatını üçüncü kişiye devretmesi, takyit etmesi veya ivazsız tasarruflarda bulunması yasak olup mahkemeden izin almadan aksi yönde yapacağı işlemler hükümsüzdür. Dolayısıyla kanunda sayılmış olan ve mühlet içinde borçlunun alacaklılarına zarar verecek nitelikte malvarlığını azaltmaya yönelik bazı işlemleri hukuken geçersiz olduğundan hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Komiserin bu işleme izin vermesi hükümsüzlüğü ortadan kaldırmaz<sup>13</sup>. Buna karşılık mahkemenin izni ile yapılan bu tür işlemler veya konkordato mühleti içinde mahkemenin izni aranmayan işlemler ise hukuken geçerli olacaktır.

Bir görüşe göre, konkordato mühleti içinde mahkemenin izni gerekip de bu izin veya onay alınmadan yapılan işlemler maddi hukuk bakımından hükümsüz sayıldığından, bu işlemler iptal davasına konu olamaz. Bu işlemler için sadece hükümsüzlüğün tespitini talep etmek yeterlidir. Buna karşılık, konkordato mühleti içinde mahkemenin izni ve onayı ile yapılan işlemler ise geçerli olduğundan İİK m. 277 ve devamında düzenlenen iptal sebeplerinin gerçekleşmesi halinde iptal davasına konu olabilir<sup>14</sup>. Zira bu durumda

<sup>13</sup> Pekcanitez/Erdönmez, s. 85; Özbek, Selçuk/Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan/Kale, Serdar/Yeşilova, Bilgehan (2018) Yeni Konkordato Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 272.

<sup>14</sup> Erdönmez, Güray (2020a) “Konkordato Mühleti Alan Borçlunun Yaptığı Hukuki İşlemlere Karşı Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?”, Lexpera Blog,

mahkeme “*borçlunun taleplerini sadece konkordato süreci bakımından değerlendirerek*” izin verir ve izin bu işlemleri mutlak bir koruma altına almaz<sup>15</sup>.

Konkordato mühleti içinde mahkemenin izni ile yapılan işlemlerin iptale tâbi olup olmayacağı konusunda iki görüş bulunmaktadır. Konu özellikle İsviçre 2013 yılında İsviçre İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapıncaya kadar tartışmalı kalmıştır. Bir görüşe göre, borçlunun bir hukuki işlemi yapması için resmî bir makamın iznine ihtiyaç olan durumlarda, işleme mahkeme tarafından izin verilmesi, bu işlem nedeniyle alacaklıların zarar görmesi arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldırmaz. Mahkemenin işleme onay vermesi ile onaya konu işlemin iptale konu olmasının işlevleri farklıdır. Bazı işlemler için mahkemenin izninin aranması suretiyle alacaklılar başlangıçta korunurken, iptal davası ile bu davayı inceleyen mahkeme tarafından geriye dönük inceleme yapılarak yapılan işlemin alacaklılar bakımından gerçek etkisi incelenir<sup>16</sup>.

Bir başka görüşe göre (bu görüş İsviçre İcra İflâs Kanununda 2013 yılında yapılan değişiklikle kanun koyucunun da görüşü haline gelmiştir), mahkeme veya alacaklılar kurulu tarafından izin verilen işlemlerin daha sonra iptal davasına konu olması hukuki güvenliği ihlal eder. İsviçre İcra ve İflâs Kanununa göre, iptale tâbi olduğu kabul edilen işlemler, konkordato mühleti içinde konkordato mahkemesi veya alacaklılar kurulunun onayı ile yapılması halinde iptal edilemez (Art 285/3). Bu hüküm 1.1.2014 tarihinde yürürlüğe girmeden önceki eski düzenlemeye göre, konkordato mühleti içinde yetkili cebri icra organının (konkordato komiseri ve konkordato mahkemesi) onayı ile yapılan işlemler, daha sonra iptal davası açmak suretiyle iptal edilebilme riski altındaydı. Bu durum işlemin tarafı olan üçüncü kişi bakımından hukuki güvenliğe aykırı bir durum yaratmaktaydı. İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 285’inci maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesine göre, artık yetkili cebri icra organı tarafından yapılan işlemlerin iptal edilmeden ayakta kalabilmesi

<https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-muhleti-alan-borclunun-yaptigi-hukuki-islemlere-karsi-tasarufun-iptali-davasi-acilabilir-mi/> s.e.t. 02.09.2020; **Tunç Yücel**, s. 179.

<sup>15</sup> **Tunç Yücel**, s. 179.

<sup>16</sup> **Erdönmez** (2020b), s. 392.

güvence altına alınmıştır. Böylece konkordato mühleti içinde yapılan ve alacaklılar kurulu veya konkordato mahkemesi tarafından onaylanan işlemlerin tasarrufun iptali davasıyla iptali mümkün olmamaktadır<sup>17</sup>. Söz konusu işleme sadece komiserin onay vermesi ise işlemi iptale tâbi olmaktan kurtarmamaktadır<sup>18</sup>.

İsviçre’de önceki düzenleme döneminde, konkordato mühleti içinde, mahkeme söz konusu tasarruf işlemi alacaklıların lehine olması nedeniyle onayladığından tasarrufun iptali talebinin kabul edilme ihtimali düşük olsa dahi iptal davası açılabilmesinin işletmelerin yeniden yapılandırılması sürecinde arka planda hukuki güvenliği ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Konkordato mühletinin işlevi konusundaki geleneksel yaklaşım, bu sürenin borçlunun alacaklıları ile konkordato anlaşması yapmasına hizmet etmesi şeklinde ise de yeniden yapılandırma yaklaşımıyla daha da uzatılan konkordato mühleti içinde mahkemenin onayı ile yapılan işlemlerin iptal edilme tehlikesi altında olmasının ortaya çıkardığı hukuki belirsizlik, borçlunun işletmesinin yeniden yapılandırılmasının önünde engel olmaktadır<sup>20</sup>. Yapılan değişiklikle, borçlunun işletmesinin tamamının veya belirli bir bölümünün devri yoluyla, borçlunun mali durumunun yeniden yapılandırılması ve iyileştirilmesi için alınacak önlemlerin desteklendiği kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> **Maier, Philipp** (2017) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Herausgeber: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ Voc, Dominik, Schulthess Verlag, Art. 285, Rn. 19; **Kostkiewics, Jolanta Kren/Voc, Dominik** (2017) Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Auflage, Zürich, Orel Füssli, Art. 285, Rn. 45; **Erdönmez** (2020b), s. 391.

<sup>18</sup> **Umbah-Spahn, Brigitte/Bossart, Stefan** (2014) Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, Herausgeber: HUNKELER, Daniel, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 285, Rn. 10a, Art. 331, Rn. 4.

<sup>19</sup> **Umbah-Spahn**, Art. 285, Rn. 10a; **Erdönmez** (2020b), s. 392 vd.

<sup>20</sup> **Bauer, Thomas** (2017) Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bauer, Thomas/STAEHELIN, Daniel, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 298.

<sup>21</sup> **Vandebroek, Jos G. L/ Hunkelers, Daniel** (2017) “Übertragende Sanierung unter neuem Sanierungsrecht: Erste Erfahrungen mit «Prepacks»” SJZ 113, (s. 389-399), s. 395; **Müller**,

Konkordato mühleti içinde mahkemenin izni ile yapılan iŖlemlerin iptal edilme tehlikesi altında olmasının iki yönden hukuki belirsizliğe yol açığı ifade edilmektedir. Bir yandan İİK m. 297 uyarınca borunun mahkemeden izin almadan yaptığı iŖlemleri hükümsüz sayıp komiserin ve alacaklılar kurulunun olumlu grŖyle mahkemeden izin alarak yapmıŖ olduğu tasarruf iŖlemlerini geçerli sayarken diğer yandan bu iŖlemlerin iptale tâbi olduğunu kabul etmek eliŖki yaratmaktadır. Zira izin alınarak yapılan iŖlemler maddi hukuk bakımından geçerli ise de icra ve iflâs hukuku bakımından iptal edilme tehlikesi altındadır. İsviçre hukukundaki yeni hüküm, mahkemenin izniyle yapılan iŖlemler bakımından iptal riskini ortadan kaldırdığından hukuki güvenlik açısından daha uyumlu bir düzenleme içermektedir. Yine konkordato mühleti içinde komiserin izniyle yapılan hukuki iŖlemlerde de hukuki güvenlik bakımından belirsizlik ortaya çıkmaktadır. İİK m. 308/c uyarınca, mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiŖ borçlar, adi konkordatoda konkordato Ŗartlarına tâbi olmamasına ve malvarlığının terki suretiyle konkordatoda yahut sonraki bir iflsta masa borcu sayılmasına rağmen, iflâs tasfiyesinde veya konkordatunun yerine getirilmesinde bu iŖlemlerin iptale tâbi olup olmayacağı belirli değildir. Bu durumda komiserin izniyle borçlu iŖletmenin devamı amacıyla ve alacaklıların lehine olacak Ŗekilde yapılan tasarruf iŖlemleri iptal yaptırımı riskiyle karŖılaŖabilecektir. Bu nedenle İsviçre’de yapılan reformla konkordato mühleti içinde alacaklılar kurulu veya mahkemenin izni ile yapılan iŖlemlerin iptal davasına konu edilemeyeceği kanunda açıkça dzenlenmiŖtir<sup>22</sup>.

Kanımcı, bu grŖler Türk hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Yürürlükteki düzenlemeye göre, mahkemenin mühlet içinde borunun İİK m. 297/2 kapsamındaki tasarruflarına izin vermesi, bu iŖlemlerin İİK m. 278 ve devamındaki hükümlerin Ŗartlarını taŖıması halinde iptal davasına konu olamayacağı sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte mahkeme söz konusu tasarruflara izin vermeden önce komiserin ve varsa alacaklılar kurulunun grŖn de alacağından, olması gereken hukuk

---

Lukas/ Lind, Ronja (2019) “Fünf Jahre Neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde Und Entwicklungen”, EF 9, Expert Focus, (s. 637-643), s. 638.

<sup>22</sup> Bauer, s. 298; Müller/ Lind, s. 638.

bakımından mahkemenin izni ile yapılan işlemler hakkında iptal davası açılabilmesi imkânı İcra ve İflâs Kanununda yapılacak bir düzenlemeyle kaldırılmalıdır. Örneğin, konkordato mühleti içinde olan borçlu malvarlığı içinde yer alan bir taşınmazın satışına izin verilmesini talep ederse, mahkeme bağlayıcı olmasa da bu işlem hakkında karar vermeden önce komiserin görüşünü, ayrıca oluşturulmuş olması halinde alacaklılar kurunun görüşünü alır. Komiser, yapılacak devir işleminin borçlunun işletmesinin faaliyetlerinin devamı yönünden gerekli olduğunu veya söz konusu taşınmazın işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi için gerekli olmadığını (işletmenin mali durumunun iyileştirilmesi için her iki ihtimalde de satış ve devir gerekebilir) ve bu nedenle satışının uygun olduğunu ortaya koyan bir görüş sunar ve mahkeme de taşınmazın satış ve devrine izin verirse, artık bu işlemin olası bir iptal davasına konu olması, işlemin tarafı olan üçüncü kişi bakımından hukuki belirsizlik yaratır ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Konkordatoya ilişkin hükümlerin bütünü ve özellikle mühlet içinde komiserin izniyle yapılan işlemlerden doğan alacakların konkordatoya tâbi olmayacağı; zira ekonomik olarak zorluk içinde bulunduğu bir dönemde borçluyla işlem yapan alacaklıların kendileri için ticari risk olarak borçlunun zor zamanında projeye, daha tasdik öncesinde maddi ve mali destek vermiş kimseler olduğundan, adeta ödüllendirilmeleri uygun bulunmasına rağmen, diğer yandan borçluyla komiserin bilgisi ve mahkemenin izni dahilinde işlem yapan üçüncü kişiyi iptal davası riski ile karşı karşıya bırakmak menfaatler dengesi bakımından çelişki oluşturur. Örneğin, ana faaliyet konusu inşaat ve yap-sat olan bir müteahhitlik firmasının stoklarında yer alan taşınmazların satılması, bu işletmenin ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından elzemdir. Konkordato mühleti içindeki bu işletmenin stoklarındaki taşınmazların satılarak üçüncü kişiye devredilmesi halinde, satışa konu taşınmaz için ivaz olarak taşınmazın değeriyle orantısız bir satış bedeli kararlaştırıldığı veya alacaklılara zarar verme kastıyla yapıldığı gerekçesiyle yapılan işlem iptal davasına konu olabilecektir. Oysa mahkemenin konkordato mühleti içinde olan bir borçlunun ve konkordatoya tâbi alacaklılarının zararına olabilecek bir işleme izin vermesi beklenmemelidir. Mahkemenin izniyle yapılan işlemlerin İİK m. 278 ve devamı hükümlerine göre iptal edilebilmesi, lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi bakımından hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Konkordato



mühleti verilmesinin amacı, bir yandan borçlunun alacaklılarıyla anlaşarak borçlarını tasfiyesine imkân sağlamak ise diğer yandan borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam etmesini ve mümkünse konkordato projesinde yer alması halinde yeniden yapılandırılmasına olanak sağlamaktır. Bu bağlamda mahkemenin izniyle yapılan işlemlerin iptal riskiyle karşı karşıya bırakmak konkordato mühletinden beklenen faydanın sağlanmasına da engel olabilir.

Yürürlükteki düzenlemeye göre, konkordato mühleti içinde mahkemenin izniyle yapılan işlemler hakkında İİK m. 280 kapsamında iptal davası açılırsa yapılan tasarrufun alacaklıya zarar verip vermediği incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Örneğin, konkordato mühleti içinde olan borçlunun rehinli taşınır veya taşınmazını mahkemenin izniyle rehinli alacaklısına satmak suretiyle alacaklının kendisinden olan alacağını satış bedeliyle takas etmesi durumunda yapılan bu işlemin İİK m. 280 kapsamında iptal edilmemesi gerekir. Zira rehinli alacaklar konkordatoya tâbi olmadığı gibi konkordato mühleti verilmesi, adı alacaklar için faiz işlemesini durdururken rehinli alacaklara faiz işlemeye devam etmektedir. Borçlunun muaccel hale gelen rehinli borcu için taşınmazını rayiç bedelden rehinli alacaklıya satarak devretmesi ve bu satıştan doğan alacağını borcuyla takas etmesi diğer alacaklılarına zarar vermemekte, tam tersine taşınır veya taşınmazın piyasada rayiç fiyatla satılmasını sağladığı, yüksek temerrüt faizi işlemesini durdurduğu, imtiyazlı ve adi alacaklıların alacaklılarını cebri icra yoluyla tahsil imkanını azaltmadığı için alacaklıların lehine olmaktadır<sup>23</sup>. Rehlinli alacaklı konkordatoya tâbi olmadığı gibi iflâs sıra cetvelinde ilk sırada yer almakta ve rehinli alacaklı alacağını rehinden tamamen almadan imtiyazlı ve adi alacaklılara ödeme yapılmamaktadır. Buna karşılık, borçlu konkordato mühleti içinde adi alacaklılarından birine ödeme yaptıysa veya borç için üçüncü kişinin malı üzerine rehin konulmuşsa, bu durumda yapılacak bir ödeme İİK m. 280'in şartlarını taşıması halinde iptal edilebilir<sup>24</sup>. Yine Covid19 Pandemisi gibi nedenlerle yaşanan ciddi bir ekonomik durgunluk döneminde

<sup>23</sup> İsviçre hukukunda piyasa koşullarına uygun olmak kaydıyla borçlunun teminata bağlanmış bir borcu için yaptığı ödemelerin diğer alacaklıları zarara uğratmadığı ve iptale tâbi olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Erdönmez** (2020b), s. 317.

<sup>24</sup> **Erdönmez** (2020b), s. 317 vd.

konkordato mühleti içinde olan borçlunun taşınmazını rehinli alacaklıya satmak ve alacağını takas etmek suretiyle borcunu sona erdirmesi İİK m. 279 kapsamında para veya mutata ödeme vasıtası dışında kalan bir ödeme şekli olarak değerlendirilmemelidir. Kesin mühlet kararı verilmesi halinde İİK m. 294 uyarınca takasın mümkün olmadığı ileri sürülebilirse de takasa belirli şartlarda izin veren bu hüküm konkordatoya tâbi alacaklılar bakımından geçerli olup konkordato mühletinin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları İİK m. 295’de düzenlendiğinden ve bu hükümde takas yasağından bahsedilmediğinden, borçlunun rehinli alacaklısından konkordato mühletinin ilânından sonra doğan alacağı için yapılan takas işlemi geçerli kabul edilmelidir.

Konkordato mühleti içinde borçlu tarafından tedarikçilerine mühletten önce doğan alacaklar için ödeme yapması gerekebilir. Bu durumda yapılan bu ödemelerin her halükârda iptale tâbi olacağını kabul etmemek gerekir. Borçlu söz konusu ödemeleri yapmadan faaliyetlerini sürdüremiyorsa bu durum borçlunun faaliyetlerinin sona ermesine ve iflâsına yol açabileceğinden alacaklıların da aleyhine olacaktır. Bu nedenle komiserin izni ile yapılan bu ödemelere cevaz verilmesi<sup>25</sup> ve alacaklıların zarar görmesine neden olmamaktaysa iptal sebebi olarak değerlendirilmemesi gerekir.

Kanımcı konkordato mühleti içindeki borçlunun “*konkordatoya tâbi olmayan imtiyazlı alacaklılara*” ödeme yapması da İİK m. 280 kapsamında bir iptal sebebi sayılmamalıdır. İcra ve İflas Kanununa göre 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna tâbi imtiyazlı alacaklar ve İİK m. 206’nın birinci sırasında yer alan işçi alacakları konkordatoya tâbi değildir. Konkordato mühleti içinde İİK m. 206 birinci sırada yer alan işçi alacakları için takip yasağı da bulunmamaktadır. Ayrıca borçlunun iflâsı halinde veya konkordato talebinin reddedilmesi nedeniyle alacaklılar için sıra cetveli düzenlendiğinde öncelikle İİK m. 206 uyarınca imtiyazlı alacaklılar içinde

<sup>25</sup> **Atalay, Oğuz** (2018) “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, Editör: Özkes, Muhammet, 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Kanunlarında Getirilen Yenilikler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 127. Konuyu iflâs erteleme hükümleri açısından ele alan ve olası bir iflâs halinde tasarrufun iptali davası açılabileceğini kabul eden aksi yöndeki görüş için bkz. **Öztek**, s. 123.

ödeme yapılacağından bu alacaklar için yapılan ödemeler adi alacaklılar tarafından açılan iptal davasında iptal sebebi sayılmamalıdır. Özellikle işçilerin işletmenin faaliyetlerinde çalışmaya devam edebilmesi için gerekli bu ödemeler yapılmalıdır. Muaccel işçi alacakları için ödeme yapılması adi alacaklıların zarar görmesine yol açmaz. Buna karşılık imtiyazlı alacaklılar, sıra cetvelinde kendilerinden sonra gelen imtiyazlı ve adi alacaklılara yapılan ödemelerin iptali için dava açabilir<sup>26</sup>.

## II. KONKORDATONUN TASDİKİNİN İPTAL DAVASINA ETKİSİ

Mevcut düzenlemeye göre, konkordatonun tasdiki kararından sonra yapılan işlem ve tasarrufların iptal davasına konu olup olamayacağı ihtimallere göre değerlendirilmelidir.

Konkordato, kural olarak tasdik kararıyla bağlayıcı hale gelir ve konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmadan konkordato mühleti içinde doğan ve konkordatoya tabi olan bütün alacaklar için mecburi ve bağlayıcıdır (İİK m. 308/c, 1-2). Tasdik kararıyla birlikte mühlet kararı kaldırıldığından, konkordato mühletine bağlanan sonuçlar da ortadan kalkar. Bu kapsamda, borçlunun mal ve hakları üzerine konulan ihtiyati tedbirler kalkar ve borçlu bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilir. Mahkeme tasdik kararıyla birlikte konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edebilir (İİK m. 306/2). Kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği hakkında iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir. Bu durumda borçlu malvarlığı üzerinde kayyımın veya mahkemenin izni olmadan tasarrufta bulunabilir; başka bir deyişle bu tasarrufların geçerliliği kayyımın veya mahkemenin iznine bağlı değildir.

Konkordatoya tâbi alacaklarda, borçlunun tasdik kararından sonra yaptığı tasarruflar, İİK m. 277 ve devamındaki iptal sebepleri kapsamında olsa dahi borçlu projeye uygun olarak borcunu ödediği takdirde konkordatoya tâbi alacaklılar iptal davası açamaz. Zira bu durumda konkordato nedeniyle iptal

<sup>26</sup> Erdönmez (2020b), s. 338 vd.

davasının sonucundan yararlanılması mümkün değildir. Buna karşılık borçlu tasdik edilen konkordato projesini ihlal eder ve borcunu ödemezse alacağını tahsil edemeyen alacaklı iptal davası açabilir<sup>27</sup>.

Konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği kararlaştırılmışsa ve bu proje İİK m. 302 uyarınca alacaklılar toplantısında yeterli alacaklı çoğunluğuyla kabul edilmişse, tasdik kararı verilmiş olsa dahi mühletin etkileri, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği kesinleşme tarihe kadar devam eder (İİK m. 308/c, 1/c.2). Bu durumda mühletin etkileri devam ettiği için tasdik kararının kesinleştiği tarihe kadar yapılan işlemler bakımından konkordato mühleti içinde yapılan tasarruflar bakımından yaptığımız açıklamalar geçerlidir<sup>28</sup>.

Konkordato tasdik edilmezse mahkeme konkordato talebinin reddine karar verir ve bu karar 288 inci madde uyarınca ilân edilerek ilgili yerlere bildirilir. Borçlunun iflâsa tâbi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme, borçlunun iflâsına resen karar verir (İİK m. 308).

### III. KONKORDATONUN İPTAL DAVASINDAKİ ÖZEL DAVA ŞARTINA ETKİSİ

Borçluya konkordato mühleti verilmeden önce alacaklı tarafından tasarrufun iptali davası açılması halinde genel hükümler geçerlidir. Buna göre haciz yoluyla takipte alacaklılardan biri tarafından tasarrufun iptali davası açılabilmesi için elinde kesin veya geçici aciz belgesi bulunmalıdır (İİK m. 277/1/b.1). Bu durumda, alacaklının kural olarak öncelikle borçluya karşı takip başlatmış, takibi kesinleştirmiş ve kesin haciz talep etmiş olması gerekir. Kesin haciz neticesinde borçluya ait haczi kabil hiç mal bulunmazsa düzenlenen haciz tutanağı kesin aciz belgesi olarak kabul edilir, haczedilen mallar alacağı karşılamaya yeterli değilse haciz tutanağı geçici aciz belgesi olarak kabul edilir. Ayrıca borçlunun hacizli mallarının satışından elde edilen

<sup>27</sup> Altay/Eskiocak, s. 338.

<sup>28</sup> Bkz. yuk. “Konkordato Mühleti İçince Yapılan Tasarruflar” başlığı altındaki açıklamalar.

gelir alacağı ödemeye yetmediği takdirde de icra dairesi tarafından alacaklıya kesin aciz belgesi verilir. Elinde kesin veya geçici aciz belgesi bulunan alacaklı ise İİK m. 277 ve devamındaki iptal sebeplerine dayanarak borçlunun tasarruf işlemlerinin iptalini talep edebilir. Öğretide çoğunluk tarafından benimsenen ve Yargıtay tarafından da kabul edilen görüşe göre, alacaklının elinde aciz belgesi bulunması iptal davası için özel dava şartı niteliğindedir. Bu dava şartı eksikliğinin sonradan giderilebileceği de kabul edilmektedir. İflâsta iptal davası bakımından, zaten borçlunun iflâsına karar verilmiş olduğundan ve davayı kural olarak alacaklılardan birine yetki verilmedikçe iflâs masasını temsilen iflâs idaresi açtığından, iptal davası için aciz belgesi alınmış olması şartı aranmaz (İİK m. 277/1/b.2)<sup>29</sup>.

Konkordato mühleti içinde iptal davası açılması halinde ise aciz belgesinin dava şartı olarak aranıp aranmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre, konkordato mühleti verilmesi halinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve daha önce başlamış takipler durdurduğundan, takip yapamayan, başladığı takibi sürdüremeyen ve aciz belgesi alamayan alacaklıdan aciz belgesine sahip olma şartının aranmaması gerekir<sup>30</sup>. Diğer yandan, borca batık durumda olan borçlu tarafından konkordato talep edilmişse, borca batıklık zaten borçlunun aciz halinde olduğuna karine teşkil ettiğiinden ve aynı zamanda bir doğrudan doğruya iflâs sebebi olduğundan, aciz belgesi alınmış olması iptal davası için

<sup>29</sup> İptal davasında aciz belgesine ilişkin tartışmalar için bkz. **Yıldırım, Kâmil** (2009) “Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından, Aciz Vesikası İle İlişkisi Hakkında Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C11/Özel Sayı, (s. 973-982), s. 976 vd.; **Akil, Cenk** (2014) “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, (s. 161-201), s. 161 vd.; **Albayrak, Hakan** (2015) “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4), (s. 931-974), s. 933 vd.; **Erdönmez** (2020b), s. 54 vd.

<sup>30</sup> **Erdönmez** (2020b), s. 74 vd.; **Erdönmez** (2020a); İflas ertelemenin yürürlükte olduğu dönemde borçlu hakkında iflâs erteleme kararı verilmesi halinde iptal davasının görülebilmesi için aciz belgesinin aranmaması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Erdönmez** (2020b), s. 72, dn. 149.

dava şartı sayılmamalıdır. Elinde aciz belgesi bulunmayan alacaklının açacağı iptal davasında, bu görüşe katılmakla birlikte, eğer alacaklı konkordato mühleti verilmeden önce borçluya karşı takip yapmış ve aciz belgesi almışsa, iptal davası açılabilmesi için aciz belgesinin mahkeme sunulmuş olması dava şartı sayılmalıdır. Buna karşılık takip başlatılmadığı veya sürdürülemediği için aciz belgesi alınamamışsa, aciz belgesi dava şartı sayılmamalıdır. Borçlunun vadesi geldiği hâlde borçlarını ödeyememesi veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunması (İİK m. 285/1) aciz halinde olduğunu gösterdiğinden, borca batıklık ise zaten doğrudan iflâs sebebi sayıldığından aciz belgesi aranmamalıdır<sup>31</sup>.

Konkordatonun tasdiki durumunda ise konkordatonun taraflar için bağlayıcı hâle gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürdüğünden (İİK m. 308/ç), konkordatoya tâbi alacaklının elinde daha önce başlattığı takipten geçici ve kesin aciz belgesi bulunması mümkün değildir. Kanımca bu durumda da konkordatoya tabi bir alacağın tahsil edilebilmesi için iptal davası açmak isteyen alacaklının aciz belgesi sunması dava şartı sayılmamalıdır. Zira mühlet içinde açılan iptal davaları bakımından yaptığımız açıklamalar bu durum için de geçerlidir. Borçlunun konkordato talebi, aciz halinde bulunması veya borca batık olması nedeniyle kabul edildiğinden ayrıca aciz belgesi aranması menfaatler dengesini alacaklı aleyhine bozacaktır.

Konkordato tasdik edilmekle birlikte projede yer aldığı ve alacaklılar tarafından kabul edildiği için kesinleşme tarihinden itibaren hüküm ve sonuç doğuracaksa, tasdik kararının kesinleşmesine kadar mühletin etkileri devam edeceğinden, mühlet içinde açılan tasarrufun iptali davası bakımından yapılan açıklamalar bu ihtimal için de geçerli olup aciz belgesi sunulması dava şartı sayılmamalıdır.

Konkordatonun tasdiki talebinin reddedilmesi halinde açılacak iptal davası bakımından ise borçlunun iflâsa tâbi olup olmamasına göre değerlendirme yapılmalıdır. Borçlu iflâsa tâbi değilse, konkordatonun tasdiki

<sup>31</sup> Tunç Yücel, s. 178; Erdönmez (2020c), s. 34.

talebinin reddi kararıyla mühletin etkileri sona erer ve alacaklılar takip başlatabilecekleri gibi mevcut takiplere kaldığı yerden devam edebilir. Bu durumda tıpkı mühlet içinde açılacak iptal davalarında olduğu gibi, takip yasağı bulunan alacaklıların açacağı iptal davasında aciz belgesi dava şartı sayılmamalıdır. Buna karşılık konkordatoya tâbi olmayan ve takip yasağı bulunmayan alacaklıların açacağı iptal davasında haciz alacaklısı kesin veya geçici aciz belgesine sahip olmalıdır. Zira takip yasağı bulunmayan alacaklılar mühlet içinde de takibe devam edebileceklerinden aciz belgesi alabilirler. Borçlu iflâsa tâbi ise ve konkordatonun tasdiki talebinin reddiyle birlikte borçlu hakkında doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması nedeniyle resen iflâs kararı verilirse (İİK m. 308) iflâs masası adına iflâs idaresi aciz belgesi olmadan da iptal davası açabilir.

#### IV. KONKORDATONUN İPTAL DAVASINDAKİ SÜRELERE ETKİSİ

Konkordatonun iptal davasındaki sürelere etkisi iptal sebeplerinin tâbi olduğu şüpheli döneme ilişkin süreler ve iptal davası açılabilmesi için öngörülen süreler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

##### A. KONKORDATO MÜHLETİNİN İPTAL DAVASI AÇMA SÜRESİNE ETKİSİ

Tasarrufun iptali davası hakkı, iptale tâbi tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde dava açılmazsa düşer (İİK m. 284). Bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir<sup>32</sup>. Bir görüşe göre, konkordato mühletinin beş yıllık dava açma süresini uzattığı kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Konkordatoya ilişkin 7101 s.K. ile yapılan değişiklikten sonraki düzenleme uyarınca ileri sürülen bir görüşe göre, İİK m. 297/1 uyarınca konkordato mühleti zamanaşımı ve hak

<sup>32</sup> **Kuru, Baki** (2016) İcra ve İflas Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 674; **Karlı, Abdurrahim** (2010) İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Alternatif Yayınları, s. 658; **Yıldırım, Mehmet Kâmil** (1995) İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım, s. 284.

<sup>33</sup> **Yıldırım** (1995), s. 284.

düşürücü sürelerin işlemlerini durduracağından, beş yıllık iptal davası açma süresi de bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>34</sup>.

Kanımca, beş yıllık dava açma süresinin konkordato mühleti içinde durup durmadığı alacaklının elinde aciz belgesi olup olmamasına göre değerlendirilmelidir. Alacaklı mühletten önce takip yapmış ve aciz belgesi almışsa, borçluya konkordato mühleti verilmesi iptal davası açılmasını engellemediğinden ve alacaklı mühlet içinde iptal davası açabileceğinden hak düşürücü süre durmamalıdır. Konkordato mühleti verilmesi, dava açılmasına engel olmadığından iptal davası açılması için Kanunda öngörülen hak düşürücü sürenin işlemlerini durdurmaz. İcra ve İflâs Kanununa göre “*bir takip işlemi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği*” düzenlenmişse de iptal davası bir takip işlemi olmadığından<sup>35</sup> ve mühlet içinde iptal davası açılacağından iptal davasına ilişkin beş yıllık hak düşürücü süre bu hüküm kapsamında yer almaz. Buna göre, konkordato mühleti verilmesi halinde dahi beş yıllık hak düşürücü süre işlemeye devam eder.

Buna karşılık alacaklı, mühletten önce takip yapmamış ve aciz belgesi almamışsa, konkordato mühleti içinde de takip yapma ve aciz belgesi alma imkânı olmadığından hak düşürücü süre konkordato mühleti sona erinceye kadar durmalıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere, konkordato mühleti içinde icra takibi yapılabilmesi mümkün olmadığından, zarar verme kastıyla yapılan tasarruflarda, konkordato mühleti şüpheli döneme ilişkin iptal süresine eklenecek ise de dava açma süresinin işleyecek olması, hak kayıplarına yol açabilecektir. Örneğin, borçlu 15.01.2014 tarihinde alacaklılarına zarar verme kastıyla ve malvarlığını azaltmak amacıyla bir tasarruf yapmıştır. Aynı borçlu hakkında 16.01.2018 tarihinde üç ay konkordato geçici mühleti verilmiş, ayrıca geçici mühletin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl kesin mühlet verilmiştir. Konkordato mühleti 16.04.2019 tarihinde sona ermiş ve borçlunun iflâsına karar verilmiştir. Tasarrufun yapıldığı tarih ile konkordato mühletinin verildiği tarihler arasında (15.01.2014-16.01.2018) alacaklı

<sup>34</sup> Erdönmez (2020b), s. 115.

<sup>35</sup> Konkordato mühleti içinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması, bu dönemde takip yasağı bulunmasının bir sonucudur (Deren Yıldırım, Nevhis/Yıldırım, Kâmil (2016) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta, s. 526).



borçluya karşı haciz veya iflâs yoluyla icra takibi başlatmamıştır. Bu ihtimalde, alacaklının mühlet içinde borçluya karşı haciz veya iflâs yoluyla takip yapması mümkün olmadığından, takip yapılması için öngörülen beş yıllık süre konkordato mühleti kadar, başka bir deyişle 15.04.2020 tarihine kadar şüpheli döneme ilişkin iptal süresi uzar. Bu durumda iptal süresi (takip için öngörülen süre-İİK m. 280/1/son cümle) uzatılmasına rağmen, dava açılabilmesi için öngörülen beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi (15.01.2014 tarihinden itibaren işleyecek beş yıllık dava açma süresi 15.01.2019 tarihinde sona erer) ve alacaklının hak kaybına uğraması riski vardır. Bu ihtimalde mühlet içindeki takip yasağı iptal davası açılmasını (daha doğrusu iptal davasında lehe karar verilebilmesini) engellediğinden, beş yıllık dava açma süresi de en az takip yapılması için uzatılan süre kadar (somut örnek bakımından 15.04.2020 tarihine kadar) uzatılmalıdır.

Kanımcı beş yıllık dava açma süresinin Kanundaki mevcut düzenlenme biçimi isabetli değildir ve konkordato gibi takip yasaklarının olduğu durumlar bakımından sürenin nasıl hesaplanacağı konusunda alacaklılar aleyhine riskler yaratmaktadır. İsviçre hukukunda daha önce *hak düşürücü süre* olarak düzenlenen iptal davası açma süresi, hükmün yeni halinde *zamanaşımı süresi* olarak düzenlenmiştir ve bu süre aciz belgesinin alındığı veya borçlunun iflâsına karar verildiği ya da malvarlığının terki suretiyle konkordatoda konkordatonun tasdik edildiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Konkordato mühleti içinde aciz belgesi alma imkânı bulunmadığından ve iflâs kararı verilemeyeceğinden dava açılması için öngörülen 3 yıllık zamanaşımı süresi de işlememektedir<sup>36</sup>. Olması gereken hukuk bakımından İcra ve İflâs Kanununda yapılacak değişikliklerle iptal davası açma süresi yeniden düzenlenmelidir ve süre tasarrufun yapıldığı tarihten değil, alacaklının iptal davası açma hakkını elde ettiği tarihten başlatılmalıdır. İptal davası açma hakkı ise alacaklının alacağını tahsil edemediğinin tespit edildiği an itibarıyla kullanılabilir olduğundan, dava açma süresi, aciz belgesinin düzenlendiği veya borçlunun iflâs ettiği tarihten ya da konkordatonun tasdiki tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

---

<sup>36</sup> Umbah-Spahn, Art. 292, Rn. 1-3.

## B. KONKORDATO MÜHLETİNİN İPTAL SÜRELERİNE ETKİSİ

Borçlunun tasarruflarının iptale tâbi olabilmesi için Kanunda belirli şüpheli dönemler öngörülmüş ve iptale tâbi işlemlerin bu dönemler içinde gerçekleşmiş olması şartı aranmıştır. Borçlunun ivazsız tasarrufları ve bağışlamaları bakımından haciz veya aciz yahut iflâstan önceki iki sene (İİK m. 278/1), aciz halinde yapılan tasarrufları bakımından hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflâsın açılmasından önceki bir sene içinde (İİK m. 279/1) işlem yapılmış olmalıdır. Bu süreler borçlunun işlemlerinin iptale tâbi olan şüpheli dönem içinde olup olmadığının belirlenmesi bakımından önemlidir.

İcra ve İflâs Kanununda sürelerin haciz, aciz veya iflâstan geriye doğru hesaplanacağı düzenlenmiş ancak adı konkordato mühletinin bu sürelere etkisi düzenlenmemiştir. İflâs ertelemenin yürürlükte olduğu dönemde, iflâs ertelemenin iptal davası sürelerine etkisi bakımından, erteleme süresince İİK m. 278 vd. öngörülen sürelerin durması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>37</sup>. Konuyu konkordato açısından değerlendiren bir görüşe göre, iflâs ertelemeye olduğu gibi, konkordatoda da mühletin tatil etkisi dikkate alınarak İİK m. 278-280'de öngörülen iptal süreleri, konkordato mühleti kadar uzatılmalıdır. Zira alacaklıların takip yapamadıkları konkordato mühleti döneminde geçen süre iptal süresinden sayılırsa, borçlu bu geçen dönemi mümkün olduğunca uzatarak ve sürelerin geriye doğru hesaplanacağı başlangıç anını öteleyerek alacaklılarının aleyhine kullanabilir<sup>38</sup>.

İsviçre İcra ve İflâs Kanununun iptal davasında sürelerin hesaplanmasına ilişkin 288a maddesinde, ivazsız tasarruflar, aciz halinde yapılan tasarruflar ve zarar verme kastıyla yapılan tasarrufların iptal edilebilmesi için öngörülen şüpheli döneme ilişkin sürelerin hesaplanmasında, konkordato mühletinin dikkate alınmayacağına dair açık düzenleme yapılmıştır<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Atalay, Oğuz (2006) Borca Batıklık ve İflâsın Ertenilmesi, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, s. 154; Öztekin, s. 116, Ermenek, s. 365.

<sup>38</sup> Erdönmez (2020b), s. 115 vd.

<sup>39</sup> Bkz. Art. 288a, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890002/index.html>, s.e.t. 28.09.2020; Erdönmez (2020b), s. 112-114.

Kanımca İİK m. 278-280'de düzenlenen iptal süreleri hesaplanırken konkordato mühleti dikkate alınmamalıdır. Öncelikle iptal davası açılabilmesi için alacaklının borçluya karşı takip yapmış olması ve aciz belgesi şartı arandığından (aciz belgesi aranmaması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, bu hususta İİK'da konkordato mühleti verilen borçlu aleyhine açılacak iptal davasında aciz belgesi aranmayacağına dair açık düzenleme bulunmadığından) haciz, aciz veya iflâstan geriye doğru hesaplanacak iptal sürelerinde konkordato mühleti hesaba katılmamalı başka bir deyişle iptal süresi şüpheli konkordato mühleti kadar uzatılmalıdır. Aksi halde alacaklının elinde olmayan takip yasakları nedeniyle borçlunun esasında şüpheli dönem içinde yapmış olduğu işlemleri iptal kapsamı dışında kalabilir. Diğer yandan, konkordato mühleti borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçlunun belirli bir süreyle icra ve iflâs takiplerinden korunarak alacaklılarıyla borçların yapılandırılmasına ilişkin müzakereleri yürütmesine imkân sağlayan ve borçlunun mali durumunun yeniden yapılandırılmasına ve iyileştirilmesine imkân sağlayabilen bir dönem olduğundan; bu dönem içinde konkordato sürecine katkı sağlaması bakımından, alacaklılara hukuki güvence sağlanarak, alacaklıları iptal davası açmaya teşvik edecek düzenlemelerden kaçınılmalıdır. İptal sürelerinin hesaplanmasında konkordato mühletinin dikkate alınmaması, alacaklılar ve dolayısıyla borçlu bakımından belirsizliği ortadan kaldırarak borçlunun mali durumunun yeniden yapılandırılmasına, iyileştirilmesine ve borçlarını ödemesine de olumlu katkı sağlayacaktır.

Konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takip yapılamayacağından, mühlet içinde veya konkordatonun tasdikinden sonra açılacak iptal davalarında söz konusu süreler geçici konkordato mühletinin verildiği tarihten geriye doğru hesaplanmalıdır. Geçici mühletin talep edildiği veya mühlet kararının ilan edildiği tarih önemli değildir<sup>40</sup>. İcra ve İflas Kanunu adî konkordato bakımından özel bir düzenleme içermese de malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, geçici konkordato mühletinin verildiği tarihin, iptal davası açma sürelerinin hesaplanmasında haczin veya

---

<sup>40</sup> Umbah-Spahn, Art. 288a, Rn. 4.

iflâsın açılmasının yerini tutacağı düzenlemiştir (İİK m. 309/k, f.2)<sup>41</sup>. Başka bir deyişle, konkordato mühleti iptal sürelerinin hesabında dikkate alınmamalıdır. Kanımca bu hüküm isabetli olup malvarlığının terki suretiyle konkordato ile adî konkordatodaki düzenleme uyumlu olmalıdır.

Zarar verme kastıyla yapılan işlemlerin iptalinde ise işlemin iptale tâbi olması için öngörülen süre farklı şekilde düzenlenmiştir. Zarar verme kastıyla yapılan tasarruflar bakımından işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunmuş olmalıdır (İİK m. 280/1). Konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine icra takibi başlatılamadığından ve başlatılmış olan icra takipleri durduğundan zarar verme kastıyla yapılan tasarruflar bakımından iptal süresi, konkordato mühleti veya mühletin etkilerinin devam ettiği dönem için durmalıdır<sup>42</sup>. Aksi halde alacaklının kanundan doğan dava açma hakkını kullanması engellenmiş olur. Buna göre zarar verme kastıyla açılacak iptal davalarında, konkordato mühletinin kalktığı ve mühletin etkilerinin sona erdiği tarihe kadar<sup>43</sup>, şüpheli döneme ilişkin beş yıllık iptal süresi durdurulmalı ve mühletin kalktığı tarihten itibaren kaldığı yerden işlemeye devam etmelidir.

## SONUÇ

Borçlunun konkordato mühletinden önce veya mühlet içinde mal ve hakları üzerinde yaptığı tasarrufların iptal davasına konu olup olamayacağı ve iptal şartları belirlenirken konkordato ve iptal davasına ilişkin düzenlemeler birlikte değerlendirilmelidir. İcra ve İflâs Kanununun mevcut düzenlemeleri konkordato mühleti verilen borçlu aleyhine açılacak tasarrufun iptali davalarında iptal sebepleri, iptal süreleri, dava açma süresi ve dava şartları

<sup>41</sup> *Erdönmez*, İİK m. 309/k/2 hükmünün lafzının isabetli olmadığını, hükmün iptal davası açma süresi olan hak düşürücü süreye işaret ettiğini ancak hükmün mehası olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 331'deki düzenlemenin tasarrufun iptale tâbi olduğu şüpheli döneme ilişkin sürele atıfta bulunduğu ifade etmiştir (*Erdönmez* (2020b), s. 108 vd.).

<sup>42</sup> *Erdönmez* (2020b), s. 116.

<sup>43</sup> Mühlet kararı borçlunun konkordatodan feragat etmesi, konkordato talebinin mahkeme tarafından tasdik edilerek konkordatonun yürürlüğe girmesi veya konkordato talebi reddedilerek borçlunun iflâsına karar verilmesiyle kalkabilir.

bakımından tereddüt yaratacak niteliktedir. Öğretide söz konusu alanlara ilişkin görüş ve öneriler ifade edilmişse de Kanunda açık düzenlememe bulunmaması, konkordato mühleti verilen borçlular, lehine tasarruf yapılan üçüncü kişiler ve alacaklılar bakımından hukuki belirsizlikler içermektedir.

Borçlunun konkordato mühleti verilmeden önce ve konkordato mühleti içinde yaptığı iptale tâbi tasarrufları için iptal davası açılabilir. Mühlet kararı verilmesi iptal davası açılmasına engel değildir. Borçlunun mühletten önce henüz doğmamış alacağını temlik etmesinin yasak olması nedeniyle söz konusu tasarruf hükümsüz ise de kanımca borçlu ve lehine temlik yapılan üçüncü kişiye iptal davası açmasına engel değildir. Konkordatonun tasdik edilmesi halinde ise borçlu tasdik edilen konkordatoya uygun olarak borcunu ödemeye devam ettiği müddetçe iptal davası açamaz. Borçlu konkordatoya aykırı davranır, borcunu ödemez ve alacaklı tarafından yapılan icra takibi sonuçsuz kalırsa alacaklı ancak bu durumda iptal davası açabilir.

Mühlet kararını veren mahkeme tarafından aksi yönde bir karar verilmedikçe, Kanundaki kısıtlamalar dışında, borçlu konkordato mühleti içinde mal ve hakları üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu ihtimalde komiserin iznine veya mahkemenin onayına ihtiyaç olmaksızın borçlunun yapmış olduğu tasarruflar için İİK m. 278 ve devamındaki hükümlerin şartları varsa iptal davası açılabilir. Konkordato mühleti içinde borçlunun bazı tasarruflarının komiserin iznine bağlanması ve borçlunun mühlet içinde alacaklılarının alacaklarını tahsil etmesini önleyecek nitelikteki tasarruflarına komiserin izin vermesi, bu işlemler aleyhine iptal davası açılmasına engel değildir.

Yürürlükteki düzenlemeye göre, mahkemenin mühlet içinde borçlunun İİK m. 297/2 kapsamında yer alan ve mahkemeden izin alınmasını gerektiren tasarruflara izin vermesi, bu işlemlerin İİK m. 278 ve devamındaki hükümlerin şartlarını taşıması halinde iptal davasına konu olamayacağı sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte, mahkeme söz konusu tasarruflara izin vermeden önce komiserin ve varsa alacaklılar kurulunun görüşünü de alacağından, olması gereken hukuk bakımından mahkemenin izni ile yapılan işlemler hakkında iptal davası açılabilmesi imkânı, İcra ve İflâs Kanununda yapılacak bir düzenlemeyle mehz İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki gibi

kaldırılmalıdır. Mahkemeden izin alınarak yapılan işlemlerin İİK m. 278 ve devamı hükümlerine göre iptal edilebilmesi, lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi bakımından hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Konkordato mühleti verilmesinin amaçlarından biri, konkordato projesinde yer alması halinde, borçlunun mali durumunun yeniden yapılandırılmasına olanak sağlamak olduğundan, yeniden yapılandırmaya veya iyileştirmeye yarayabilecek olup da mahkemenin izniyle yapılan tasarrufları iptal riskiyle karşı karşıya bırakmak, konkordatonun iyileştirme amacıyla bağdaşmamaktadır.

Konkordato mühleti verilen borçlu aleyhine açılan iptal davasında, alacaklı konkordato mühleti verilmeden önce borçluya karşı takip yapmış ve aciz belgesi almışsa, iptal davası açılabilmesi için aciz belgesinin mahkemeye sunulmuş olması dava şartı sayılmalı; buna karşılık alacaklı mühlet nedeniyle takip başlatamadığı veya takibi sürdüremediği için aciz belgesi alamamışsa, aciz belgesi dava şartı sayılmamalıdır. Konkordatonun tasdiki durumunda ise borçlu borçlarını ödemeye devam ettiği sürece iptal davası açılmayacaktır. Buna karşılık konkordatoya tabi borcun ödenmemesi nedeniyle iptal davası açılması ihtimalinde; konkordatonun taraflar için bağlayıcı hâle gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürdüğünden ve alacaklının elinde daha önce başlattığı takipten geçici ve kesin aciz belgesi bulunması mümkün olmadığından, alacaklının aciz belgesi sunması dava şartı sayılmamalıdır.

Konkordato mühleti verilen borçlu aleyhine iptal davası açma süresi de çeşitli ihtimallere göre hesaplanmalıdır. Alacaklı konkordato mühletinden önce takip yapmış ve aciz belgesi almışsa, borçluya konkordato mühleti verilmesi iptal davası açılmasını engellemediğinden beş yıllık dava açma süresi durmamalıdır. Buna karşılık alacaklı, mühletten önce takip yapmamış ve aciz belgesi almamışsa, konkordato mühleti içinde de takip yapma ve aciz belgesi alma imkânı olmadığından hak düşürücü süre konkordato mühleti sona erinceye kadar durmalıdır. İptal davası açma süresinin mevcut düzenleme şekli isabetli değildir ve konkordato gibi takip yasaklarının olduğu durumlar bakımından sürenin nasıl hesaplanacağı konusunda alacaklılar aleyhine risk oluşturmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, kanunda yapılacak düzenlemeyle, dava açma süresi aciz belgesinin düzenlendiği veya borçlunun

iflâs ettiği tarihten ya da konkordatonun tasdiki tarihinden itibaren işlemeye başlatılmalıdır.

Konkordato mühleti iptal sürelerini de etkilemektedir. Konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takip yapılamayacağından, mühlet içinde veya konkordatonun tasdikinden sonra açılan iptal davalarında, bağışlama ve ivazsız tasarruflar ile aciz halinde yapılan tasarruflar bakımından iptal sebeplerine ilişkin süreler geçici konkordato mühletinin verildiği tarihten geriye doğru hesaplanmalıdır. Zarar verme kastıyla yapılan tasarruflar bakımından ise iptal süresi konkordato mühleti veya mühletin etkilerinin devam ettiği dönem için durmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Albayrak, Hakan** (2015) “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4), (s. 931-974).
- Akil, Cenk**, “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, (s. 161-201).
- Altay, Sümer/Eskiocak, Ali** (2018) Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Atalay, Oğuz** (2018) “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, Editör: Özkes, Muhammet, 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Kanunlarında Getirilen Yenilikler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Atalı, Murat** (2018) “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, Editör: Özkes, Muhammet, 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Kanunlarında Getirilen Yenilikler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Bauer, Thomas** (2017) Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergaenzungsband zur 2. Auflage, Bauer, Thomas/STAEHELIN, Daniel, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Deren Yıldırım, Nevhis/Yıldırım, Kâmil** (2016) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta.
- Erdönmez, Güray** (2020a) “Konkordato Mühleti Alan Borçlunun Yaptığı Hukuki İşlemlere Karşı Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-muhleti-alan-borclunun-yaptigi-hukuki-islemlere-karsi-tasarrufun-iptali-davasi-acilabilir-mi/> s.e.t. 02.09.2020.



- Erdönmez, Güray** (2020b) Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Erdönmez, Güray** (2020c) Konkordato Mühletli Verilmesinin Alacaklılara Etkisi, Editör: Özekes, Muhammet, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları, On İki Levha Yayıncılık.
- Ermenek, İbrahim** (2009) İflasın Ertenilmesi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Karslı, Abdurrahim** (2010) İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Alternatif Yayınları.
- Kostkiewics, Jolanta Kren/Voc, Dominik** (2017) Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Auflage, Zürich, Orel Füssli.
- Kuru, Baki** (2016) İcra ve İflas Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Maier, Philipp** (2017) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Herausgeber: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/Voc, Dominik, Schulthess Verlag.
- Muşul, Timuçin** (2017) İcra ve İflas Hukuku Esasları, 6. Baskı Ankara, Adalet Yayınevi.
- Müller, Lukas/ Lind, Ronja** (2019) “Fünf Jahre Neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde Und Entwicklungen”, EF 9, Expert Focus, (s. 637-643).
- Öztek, Selçuk** (2007) İflasın Ertenilmesi, İstanbul, Arıkan Basım.
- Öztek, Selçuk/Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan/Kale, Serdar/Yeşilova, Bilgehan** (2018) Yeni Konkordato Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2020) İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray** (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tunç Yücel, Müjgan** (2020) Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Umbah-Spahn, Brigitte/Bossart, Stefan** (2014) Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, Herausgeber: HUNKELER, Daniel, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Vandebroek, Jos G. L/Hunkelers, Daniel** (2017) “Übertragende Sanierung unter neuem Sanierungsrecht: Erste Erfahrungen mit «Prepacks»” SJZ 113, (s. 389-399).
- Yıldırım, M. Kâmil** (2009) “Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından, Aciz Vesikası İle İlişkisi Hakkında Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C11/Özel Sayı, (s. 973-982).
- Yıldırım, M. Kâmil** (1995) İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım.

## İSLAM HUKUKU AÇISINDAN KOOPERATİFLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ\*

Dr. Öğr. Üyesi Aytaç AYDIN\*\*

### ÖZET

Ülkemizde kooperatifler önceleri “teşekkül” olarak adlandırılmış daha sonra “ortaklık” ve son olarak 6102 sayılı Kanunla “ticaret şirketleri” arasında sayılmıştır. Ancak geçmişten günümüze hukukçular bu tanımlamaların kooperatifin hukuki niteliğini yeterince ifade etmediğini belirtmişler ve bu tartışmalar Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Günümüz hukukunda kendine has özellikleri olan tüzel kişiliği haiz sosyo-ekonomik “birlik” olarak tanımlanmasına dair görüşler ağırlık kazanmıştır.

İslam hukuku açısından kooperatifler konusu ağırlıklı olarak “sigorta kooperatifleri” kapsamında tartışılmıştır. Bu kapsamda teberru ve yardımlaşma esasına dayalı sigortalar caiz olarak değerlendirilirken ticari sigortalar bazı İslam hukukçuları tarafından caiz görülmemiştir.

Ülkemizde sigorta kooperatifleri dışında yirmiden fazla kooperatif şirketi çeşidi vardır. Zaman zaman bu şirketlerin İslam hukuku açısından uygunluğuna ve kooperatiflerin tamamını kuşatıcı şekilde “İslam hukuku açısından kooperatiflerin hukuki niteliği”ne dair sorular gelmektedir. Bu konudaki sorulara cevap olması ve bu alandaki boşluğu doldurması amacıyla bu çalışmaya ihtiyaç duyulmuştur.

Konumuzla ilgili Kanun, tüzük ve yönetmelikler taranarak “ortaklıklar ve kooperatif hukuku” ile ilgili hem güncel hukuk literatüründen hem de klasik ve çağdaş İslam hukuk literatüründen istifade edilmiştir. Ayrıca, kanun ile ilgisi çerçevesinde AAOIFI (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions Shari’ah Standards) standartları da taranarak konu tahlil edilmiştir.

Çalışmamızda, İslam hukukunda kooperatifler isimsiz akitler kapsamında, akit şirketleri içinde değerlendirilmiş olup, kendine has özeliği olan yeni bir ticari şirket çeşidi olarak nitelendirilmiştir. Kooperatif şirketi anasözleşme ve işlemlerinde “garar”, “riba”, “cehâlet”, “kumar” gibi özellikleri taşımayacak şekilde kurgulanarak İslam akit teorisi kapsamındaki sabit ilke, hüküm ve değerlerle örtüşmesinin zorunluluğu ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Kooperatiflerin Hukuki Niteliği, İslam Hukuku, Sigorta Kooperatifleri, Tekâfül, İslamî Sigorta.

\* DOI:10.33432/ybuhukuk.809409 -Geliş Tarihi: 12.10.2020 – Kabul Tarihi: 21.12.2020.

\*\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, ofisaytac@hotmail.com, ORCID:0000-0001-9016-5711.

## LEGAL CHARACTERISTIC OF COOPERATIVES IN TERMS OF ISLAMIC LAW

### ABSTRACT

In our country, cooperatives were initially defined as “establishment” and later named as “partnership” and finally they were expressed among “commercial companies” with the law numbered 6102. However, from past to present, lawyers have stated that these definitions don’t adequately express the legal characteristic of the cooperative and these discussions were reflected in the decisions of the Supreme Court. In today’s secular law, opinions about defining it as a socio-economic “union” with a legal personality that has its own characteristics have prevailed.

In terms of Islamic law, the issue of cooperatives has been mainly discussed within the scope of “insurance cooperatives”. In this context, insurances based on grant and solidarity were deemed permissible, but some Islamic lawyers did not consider commercial insurance permissible.

In our country, there are more than twenty types of cooperative companies other than insurance cooperatives. Sometimes questions arise regarding the suitability of these companies in terms of Islamic law and the “legal character of cooperatives in terms of Islamic law” which encompasses all cooperatives. This study was needed to answer questions on this subject and to fill the gap in this area.

Laws, rules and regulations related to this topic were examined; both the current legal literature on “corporations law and legislation” and classical and contemporary Islamic legal literature were used. In addition, the subject was analyzed by scanning AAOIFI (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions Shari’ah Standards) standards within the framework of its relevance to the subject.

In our studies on cooperatives in Islamic law; it is appropriate to define it as a new type of commercial company with its own characteristics, which we can consider among contracting companies within the scope of anonymous contracts. The cooperatives should be constructed in such a way that it does not have the characteristics of “uncertainty” (garar), “interest” (ribâ), “ignorance” (cehâlet) and “gambling” (kumar) in the regulations of these associations. In addition, it should coincide with the fixed principles, decrees and values within the scope of Islamic contract theory.

**Keywords:** Legal Character of the Cooperatives, Islamic Law, Insurance Cooperatives, Takâful, Islamic Insurance.

## GİRİŞ

Bir ülkenin maddi ve manevi kalkınmasında, ülke halkının çeşitli meslek örgütleri etrafında birleşmesi, bireylerinin de buna paralel olarak kurulan mesleki örgütlerde organizatör ve katılımcı olarak yer alması önemli bir yeri haizdir. Bu örgütler kapsamında değerlendirebileceğimiz kooperatifler de kâr amacı gütmeyen kuruluşlar olarak ekonomik faaliyetlerini devam ettiren, özel yapıya sahip ekonomik ve sosyal amaçlı kuruluşlardır. Bu özellikleri sebebiyle kooperatifler, dünyadaki benzer kuruluşlarda olduğu gibi belirli muafiyetlerden ve istisnalardan faydalanma hakkına sahiptir.

Günümüze oranla geçmişte pazarlama kanallarını üretici ve tüketici lehine neticelenecek şekilde düzenleyen organizasyonlara pek ihtiyaç hissedilmiyordu. Ancak günümüzde pazar ekonomisinin de etkisi ile bu ihtiyaç daha derinden hissedilmektedir. Kooperatifler de bu ihtiyacın bir uzantısı olarak kurulmuş; yardımlaşmayı, dayanışmayı ve üretici ile tüketicinin ekonomik kazancını teminat altına almayı amaçlayan kuruluşlar olarak görülebilir.

İslam toplumunun kuruluş yıllarına gittiğimizde; Hz. Peygamber (sav) döneminde günümüze kıyasla çok daha sade olan pazar yapısında üretici ve tüketicinin korunması amacına hizmet edecek şekilde ilkelerin konulduğunu görmekteyiz. Mesela, üreticinin ürününü pazara sunamadan pazar kapısında karşılanıp tüketiciye malını arz-talep çerçevesinde oluşacak fiyata göre sunmasına mani olan, köyden veya dışarıdan şehre ihtiyaç maddelerini getirenlerin yolda karşılanması (telâkkı'r-rukban) yasaklanmıştır.<sup>1</sup> Bu uygulamayı, fiyatların pazardaki arz-talep şartlarına göre adaletli bir şekilde oluşmasına zemin hazırlayan, tüketici ile üretici lehine neticelenecek düzenlemeler kapsamında yorumlamak mümkündür. Tüketici malı daha pahalıya satın almamış ve üretici de piyasada oluşan fiyattan daha düşük fiyata satmak zorunda kalmamış olmaktadır.<sup>2</sup> Dolayısı ile hem tüketici hem de

<sup>1</sup> **Buhârî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail** (1992) el-Câmiu's-Sahîh, İstanbul, Çağrı, Buyû', 72.

<sup>2</sup> **Kallek, Cengiz** (2000) "İhtikâr", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 21, s. 561.

üretici korunmuş olmaktadır. Bugün üretim ve tüketim ile ilgili kooperatiflerin de benzer bir amacı gerçekleştirdikleri düşünülebilir.

Kooperatifler ülkemizde Cumhuriyet dönemi ve öncesinde kullanım alanı bulmuş, ancak tüzel kişiliklerinin hangi kapsamda değerlendirileceği birçok tartışmanın konusu olmuştur. İslam hukukunda klasik sözleşmeler ve şirketler arasında yer almayan bu oluşum, zamanla pozitif hukukta yerini almış ve toplum ihtiyaçlarına göre şekillenerek belirli sosyal ihtiyaçları da karşılayacak şekilde gelişimini sürdürmüştür. Önceleri “teşekkül” olarak<sup>3</sup> adlandırılan kooperatif daha sonra “ortaklık”<sup>4</sup> ve son olarak günümüzde ticaret şirketleri arasında sayılmış<sup>5</sup> olmakla beraber hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar<sup>6</sup> sosyal yönünü de merkeze alarak devam etmiş ve Yargıtay kararlarına da yansımıştır.<sup>7</sup> Ancak, kooperatiflerle ilgili yapılan son düzenlemeler incelendiğinde ticari şirketler arasında sayılması mevcut işleyişi ile örtüşen en sağlıklı nitelendirme olarak görülebilir.

İslam hukukunda ise ilgili tartışmalar 19. yüzyıldan sonra “sigorta” ile başlayıp kooperatif şirketlerinin bir çeşidi olan sigorta kooperatifleri ile günümüze kadar devam etmiştir. İslam âleminde “Tekâfül”, “İslâmî sigorta”, “et-Te’minu’t-Teâvuni” adıyla bilinen bu sigorta ülkemizde “katılım sigortacılığı” adı ile uygulama alanı bulmuştur.<sup>8</sup> Ancak ülkemizde sigorta

<sup>3</sup> Kooperatifler Kanunu (Koop.K), Resmî Gazete 13195 (10 Mayıs 1969), Kanun No: 1163, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1163&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> s.e.t 20.07.2020.

<sup>4</sup> Kooperatifler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Koop.KDK) Resmî Gazete 25455 (7 Mayıs 2004), Kanun No: 5146, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040507.htm#1>> s.e.t 20.07.2020.

<sup>5</sup> Türk Ticaret Kanunu (TTK), Resmî Gazete 27846 (14 Şubat 2011), Kanun No: 6102.

<sup>6</sup> Şener, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklar Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 108-109.

<sup>7</sup> Mollaoğlu, Yusuf (2018) “Kooperatiflerin Hukuki Niteliği”, (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 39, 55, 92-138.

<sup>8</sup> Sigortanın İslam hukukuna uyum olup olmadığına dair ulaşılabildiğimiz ilk fihri değerlendirmeler 1820’lerden sonra İbn Âbidin’e aittir. Daha sonraları sigorta konusunun derinlemesine araştırılıp akademik çevrelerde tartışma ortamlarına taşınması 1960’lardan sonrasına rastlamaktadır. 1961 yılında Mısır’da M. Ahmed ez-Zerka’nın sunduğu “İslâm Hukuku Zaviyesinden Sigorta” adlı tebliğ ile başlayarak çok sayıda sempozyum ve

kooperatifi haricinde yirmiden fazla kooperatif şirketi çeşidi mevcuttur ve kendine özel kanunu olanlar dışındakilerin muameleleri Kooperatifler Kanunu'na göre yürütülmektedirler. Kooperatifler Kanunu kapsamında kooperatif çeşitlerinin tümünü kapsayacak şekilde “İslam hukuku açısından kooperatiflerin hukuki niteliği”ni inceleyen bir çalışmaya rastlanmamıştır. Çalışmamızın amacı, Uluslararası Kooperatifler Birliği tarafından kabul edilen kooperatif ilkeleri ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nu esas alarak İslam hukuku açısından kooperatiflerin hukuki niteliğini tespit etmeye çalışmaktır.

## I. KOOPERATİFÇİLİĞİN TARİHİ ARKA PLANI

Kooperatifçiliğin ana karakterinde yer alan unsurları yardımlaşma, dayanışma, ortak hareket etme, toplum sorunlarına çözüm bulma esas alındığında kooperatifçilik tarihinin insanlık tarihi ile başladığı ifade edilebilir. Ancak günümüzdeki anlamda kooperatifçiliğin kuruluşu çok daha yenidir. 1752 yılında Amerika'da şehir yangınına karşı yardımlaşma amaçlı kurulan Philadelphia Sigorta Kooperatifi (Philadelphia Contributionship)<sup>9</sup> ve Fran-sa'da kurulan Peynir Kooperatifi (Frutieres), kooperatif özellikleri içeren ilk

---

toplantının ana konularından biri olan sigorta hakkında pek çok makale ve kitap yazılmıştır. Ülkemizde ise “1. Uluslararası İslâm Ticâret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi”nin (1996) ve “2. Uluslararası İslâm Ticâret Hukuku Kongresi”nin (2015) temel konularından birini teşkil etmiştir (**Bayyığit, Mehmet** (Editör) (1997), 1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi – 1996, “Sigorta Sonuç Bildirisi”, <<http://www.islamticarethukuku.org/pageflip/magazine.php?no=6>> s.e.t. 10.08.2020; **Bayyığit, Mehmet** (Editör) (2016), 2. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi - 2015, “Sigorta Sonuç Bildirisi”, <<http://www.islamticarethukuku.org/sigorta-oturumu-sonuc-bildirisi-70h.htm>> s.e.t. 10.08.2020). Ayrıca İslam Fıkıh akademisi (1985 yılında ikinci dönem toplantısında) konuyu inceleyerek ticari sigortaların ribâ, garar, cehâlet ve kumar gerekçesi ile uygun olmadığı; yardımlaşmaya dayalı sigortanın İslam hukukuna uygun olduğu yönünde karar vermiştir. bk. **Seyyid Muhammed Takiyyü'l-Hakîm, Abdu'l-Hâdî** (2009) Akdû't-Te'min, Hakikatuhû ve Meşrû'iyetehû, Beyrut, Menşûrâtul-Halebiyyil'-Hukukiyye, s. 288-290; **Dalgın, Nihat** (2009) “Sigorta”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, TDV Yayınları, C: 37, s. 164.

<sup>9</sup> **University of California**, “What is a Cooperative?” <[http://sfp.ucdavis.edu/cooperatives/what\\_is](http://sfp.ucdavis.edu/cooperatives/what_is)> s.e.t. 18.07.2020.

örnekler olarak ifade edilmekle beraber günümüzde modern anlamdaki kooperatiflerin öncüsü olarak 24 Ekim 1844'te İngiltere'de kurulmuş olan Rochdale Tüketim Kooperatifi (The Rochdale Equitable Pioneers Society) görülmektedir.<sup>10</sup>

Kooperatif hareketinin ülkelerde doğuşu ve gelişimi incelendiğinde ilgili ülkelerin gelişmişliği ile doğru orantılı olduğu ve ülkelerin sosyal-kültürel-ekonomik-siyasal durumlarıyla bağlantılı olarak her ülkede farklı özellikler gösterdiği gözlemlenmektedir. Küresel açıdan ele alındığında kooperatifler, 1900 yılına kadar orta düzeyde gelişmiş ülkelerde görülmekle beraber 1900'den 1917'ye kadar sanayi ülkelerinin sömürgesi olan ülkelerde ve daha ziyade tarımsal nitelikte olduğu görülmüştür. Bu dönemde 30 yeni ülkede kooperatif hareketi başlamış ve 1918'den 1945'e kadar kooperatifler, dönemin özelliği gereği sosyalist ülkelerde yeniden yapılanmıştır. 1945 sonrası dönem ise kooperatiflerin gelişme ve olgunluk dönemi olarak ifade edilmektedir.<sup>11</sup>

Ülkemizde Cumhuriyet dönemi ve öncesi kooperatifçiliğin tarihini incelediğimizde; Osmanlı döneminden önce kültürümüzde yardımlaşma, dayanışma ve fedakârlık gibi ilkeleri esas alan "imece", teşkilatlanmamış kooperatifçiliğin karakter özelliklerini göstermekle beraber kooperatiflere esin kaynağı olarak benzer ilk teşkilatlı yapının 13. yüzyılda esnaf ve sanatkâr meslek kuruluşları olarak ortaya çıkan "Ahi teşkilatı" olduğu ifade edilebilir. Bu teşkilatlar 17. yüzyılda loncalara dönüşmüş ve 19. yüzyılın ikinci yarısındaki gerileme döneminden sonra 1863 yılında "Memleket Sandığı" adı verilen ilk tarım kredi organizasyonu kurulmuştur. Bu kuruluş Türkiye'deki çağdaş kooperatifçiliğin doğuşunu temsil etmektedir. "Memleket Sandıkları"

<sup>10</sup> **Kızılaslan, Halil/Menek, Mehmet** (2011), "Türkiye'de Kooperatiflerin Hukuki Statüsü ve Vergiler Karşısındaki Durumu", ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C: 7, S: 13, s. 38; **Üstün, Yusuf** (2014a), "Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı", *Karınca Dergisi*, S: 927, s. 5; **International Cooperative Alliance (ICA)**, "History of the cooperative movement", <<https://www.ica.coop/en/history-co-operative-movement>> s.e.t. 20.08.2020; **Ültanır, Memnune Sıla** (2019), "Türkiye'de Kooperatifçiliğin Tarihsel Seyri: Devlet İnisiyatif-Kalkınma İdeali" (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 32.

<sup>11</sup> **Kızılaslan/Menek** (2011), s. 38-39.



zaman içinde kuruluş amacı kapsamındaki işlevini yerine getiremez olunca yerini 1883 yılında “Menâfi Sandıkları”na bırakmıştır. Daha sonra ise bu sandıklar 1888 yılında Ziraat Bankası’na devredilerek 1888-1913 dönemi bir duraklama dönemi olarak geçmiş ve 1913 yılında İstanbul’da ilk tüketim kooperatifi açılmıştır. Bundan sonra çok sayıda tüketim kooperatifi kurulmuş ancak hepsi 1919 yılında kapanmıştır. Kurtuluş Savaşı’nın kazanılmasının ardından 1920 yılında kooperatifleri yasal bir esasa dayandırmak amacıyla 77 maddelik Kooperatif Şirketler Kanun Layihası hazırlanmış, TBMM’ye sevk edilmiş, ancak bir kanuni düzenleme olarak hayat bulamamıştır. Çeşitli bölgelerde kooperatifler kurulmakla beraber Kooperatifçilik hareketinin tüm Türkiye’ye yayılması 2 Kasım 1935 tarihindeki “Tarım Satış Kooperatifleri Kanunu” ve “Tarım Kredi Kooperatifleri Kanunu” ile gerçekleşmiştir. 1954 tarihli 6762 sayılı TTK’da da “kooperatifler kitabı” ile daha nitelikli bir hale getirilen hukuki düzenlemeler, 1969 yılında 1163 sayılı “Kooperatifler Kanunu” ile bağımsız bir kanun haline gelmiştir. Ülkemizin ihtiyaçlarına göre değişen, iptal edilen ya da eklenen maddeleri ile günümüze kadar gelen bu kanun kendi bağımsız kanunu olan kooperatifler dışındaki tüm kooperatifler için uygulanmaktadır.<sup>12</sup>

Gerek ülkemizde gerekse diğer devletlerde kooperatif, sosyal amaçlı olarak ortaya çıkmış ve ülke yönetimleri tarafından desteklenmiştir. Türk hukuk sisteminde kendine has bir ortaklık modeli ile toplumun geniş bir kesimine hitap eden kooperatifler, ülkemizde üç ayrı bakanlığın<sup>13</sup> görev ve sorumluluk alanında, 26 türde, 84.232 kooperatif ve 8.109.225 ortak sayısı ile hizmet vermektedir. Üst örgütlenme olarak 571 Kooperatif Birliği ve 13 Kooperatif Merkez Birliği bulunmaktadır.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> T.C. Ticaret Bakanlığı, “Tarihçe, Türkiye’de Kooperatifçilik”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/tarihce>> s.e.t. 17.07.2020; Bilgin, Necdet/Şaban, Tanıyıcı (2008), “Türkiye’de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İİF Dergisi, C: 10, S: 15, s. 137-141; Ültanır, s. 32.

<sup>13</sup> Bu üç bakanlık: Ticaret Bakanlığı; Tarım ve Orman Bakanlığı; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’dır.

<sup>14</sup> T.C. Ticaret Bakanlığı, “Türkiye’de Kooperatifçilik”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/bilgi-bankasi/kooperatifler-hakkinda/turkiyede-kooperatifcilik>> s.e.t.20.07.2020.

## II. KOOPERATİFLERİN YAPISI VE İŞLEYİŞİ

İslam hukuku açısından tahliline zemin teşkil etmesi bakımından kooperatiflerin mahiyetini, kooperatife giriş ve ayrılış süreçlerini, temel ilkelerini, çeşitlerini, örgütlenme yapısını ve sorumluluk sınırlarını ortaya koymak önem arz etmektedir. Bütün bunları ortaya konulduktan sonra İslam hukuku açısından tahlil edilerek hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır.

### A. TANIM

Kooperatif, kelime olarak Latince “co” (birlik) ve “operatio” (çalışmak) kelimelerinin birleşiminden türetilmiş olup “birlikte çalışmak” anlamına gelir. Osmanlıca’da “teâvün sandığı” İngilizce’de “cooperative” Fransızca’da “coopérative”, Arapça’da “teâvünî (تعاوني)” kelimeleri ile ifade edilmektedir.<sup>15</sup> Terim olarak kooperatif;<sup>16</sup> “tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklardır.”(Koop.K. md. 1)

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere klasik şirketlerde şirketin merkezinde sermaye ve amaç olarak “kâr” varken, kooperatifte; dayanışma niyeti ve gayreti gösteren insan vardır. Kooperatifçilikte birincil amaç kâr etmek değil karşılıklı yardım ve dayanışmadır ancak ikincil amaç olarak ekonomik çıktılar da söz konusudur. Dolayısı ile sosyal bir ihtiyacı da karşılayan ekonomik kuruluşlar olarak değerlendirmek mümkündür.<sup>17</sup> Özü bakımından incelendiğinde ortaklarının ekonomilerini güçlendirmenin ve

<sup>15</sup> Seyidoğlu, Halil (1992), Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara, Güzem, s. 496; Hançerlioğlu, Orhan (1993), Ekonomi Sözlüğü. 5. Baskı. İstanbul, Remzi, s. 241; Hony, H. H. C./İz, Fahir (1992), The Oxford Turkish English Dictionary, Türkiye, İnkılâp/Oxford University Press, 3. Baskı, s. 302.

<sup>16</sup> Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet (2020), Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara: Seçkin yayınları, 2. Baskı, s. 171; Şener, s. 107.

<sup>17</sup> Mollaoğlu, s. 46.

korumanın yanında yardımlaşmayı, dayanışmayı ve kefaleti “karşılıklılık” kuralına uymak sureti ile gerçekleştiren<sup>18</sup> sosyo-ekonomik bir oluşumdur.

Günümüzde önemli bir sosyal ve ekonomik hareket olarak kabul edilen kooperatifçilik toplumun sinerjisinin de ortaya çıkmasına hizmet eden önemli bir ortaklık çeşidi olarak belirli ilkelere göre çalışmaktadır.

## B. KOOPERATİFTE KURULUŞ, GİRİŞ VE AYRILIŞ SÜRECİ

Kooperatif kuruluşunu daha sağlıklı değerlendirebilmek açısından girişten ayrılmaya kadarki süreci özetle aşağıdaki şekilde ifade edebiliriz:<sup>19</sup>

- Kooperatif en az 7 kişi (gerçek ya da tüzel) tarafından imzalanacak anasözleşme ile kurulur. Anasözleşmedeki imzaların Ticaret Sicili Müdürlüğü’nce onaylanması gerekir.
- Kooperatif ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır.
- Kurulduktan sonra kooperatife girmek isteyenler; fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda sayılan tüzel kişiler, yönetim kuruluna “kooperatif anasözleşmesini bütün hak ve mükellefiyetleri ile kabul ettiklerini belirtir şekilde” yazılı olarak başvurur.
- Başvuran kişi için bir ortaklık payının değeri 100 (Yüz) TL’dir. Ortaklar en çok 5.000 pay taahhüt edebilirler.
- Başvuru değerlendirilir ve yönetim kurulunca alınacak kararı müteakip ortaklık sıfatını haiz olur.
- Ortaklar kooperatifçilik ilkeleri çerçevesindeki hakları ve sorumlulukları kapsamında;
  - a. İşgücü ve parasal katkı sunar,
  - b. Birbirlerinin yardımcısı ve kefilidir,
  - c. Belirli bir ekonomik menfaat elde eder,

<sup>18</sup> Üstün (2014a), s. 8.

<sup>19</sup> Üstün, Yusuf/Aydın, Muhittin (2014), Kooperatifler Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 51-86; T.C. Ticaret Bakanlığı, “Kooperatif Nasıl Kurulur?”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>> s.e.t. 20.07.2020.

- d. Meslek ve geçimine ait ihtiyaçlarını karşılama imkânına kavuşur.
- e. Kooperatiflerin sorumluluğu; anasözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece alacaklılarına karşı sadece malvarlığı ile olacak şekilde “sınırlı sorumluluk”tur.
- Ayrılmak isteyen ortak istediği zaman kooperatiften ayrılabilir.

### C. KOOPERATİFÇİLİK İLKELERİ

Günümüzde kooperatifçilik, Uluslararası Kooperatifler Birliği tarafından kabul edilen aşağıdaki ilkelere<sup>20</sup> göre yürütülmektedir:

1. **Açık kapı ilkesi:** Kooperatife serbest girişi ifade eder. Yani kooperatifin hizmetlerinden yararlanabilecek ve üyeliğin sorumluluklarını kabule rıza gösteren gerçek ya da tüzel kişilere hiçbir ayrımcılık (cinsel, sosyal, ırksal, siyasal, vd.) yapılmaksızın giriş hakkı verilir. “Açık kapı ilkesi” gerçek ve tüzel kişilerin anasözleşmede yer alan ortaklık şartlarını taşımaları ile sınırlıdır.
2. **Demokratik yönetim ve eşitlik ilkesi:** Kooperatifteki sermaye oranlarına bakılmaksızın her ortağın sadece bir oya sahip olmasını ve ortaklığı oluşturan kişilerin bir araya gelerek yönetim görevini yürütmesini ifade eder.<sup>21</sup> Bu ilke, kooperatiflerde asıl gücün insan unsurunda odaklandığını işaret etmesi bakımından sermaye şirketlerinden farklı bir yönü ortaya koyar.
3. **İşletme fazlalarının işle orantılı olarak dağıtılması (risturn) ilkesi:** Kooperatiflere nasıl yatırım yapılacağı ve sağlanan işletme fazlasının nasıl paylaşılacağı kooperatif ortakları tarafından belirlenir. Ortaklar, genel kurulca alınan kararlar gereği belirli bir aıdat ve ek

<sup>20</sup> Kooperatifçilik ilkeleri, Uluslararası Kooperatifler Birliği'nin (ICA-International Co-operative Alliance) 7 Eylül 1966 tarihinde Viyana'da gerçekleştirilen 23. Kongresinde kabul edilmiş ve 20-23 Eylül 1995 tarihleri arasında İngiltere'nin Manchester şehrinde yapılan 31. Kongresinde tartışılarak yeniden şekillenmiştir. (T.C. Ticaret Bakanlığı, “kooperatifçilik İlkeleri”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/kooperatifcilik-ilkeleri>> s.e.c. 17.07.2020).

<sup>21</sup> Mollaoğlu, s. 12.

ödemelerle yükümlüdürler. Bununla birlikte kooperatifin elde ettiği olumlu gelir-gider farkından kooperatifle yaptıkları muameleleri oranında ödeme (risturn) isteme hakkına sahiptirler. Kooperatifin tasfiyesi halinde de arta kalan tasfiye artığından faydalanırlar. Sermaye şirketlerinde kâr dağıtımı sermaye payına göre yapılırken kooperatiflerde kâr, sermaye şirketlerinden farklı olarak ortağın sahip olduğu sermaye payına değil kooperatifle yaptıkları işe veya gördükleri hizmete göre paylaşılır. Bu ilke (risturn), kooperatifine sahip çıkan ve kooperatifine daha çok iş yapan ortaklara yıl sonunda verilen bir ödül olarak değerlendirilmesinin yanında eşitlik ve adalet prensibinin bir sonucu olarak da kabul edilir.

4. **Özerklik ve bağımsızlık ilkesi:** Kooperatifçiliğin uygulandığı bütün ülkelerde hükümetlerin belirlediği kanuni çerçevede özerk, kendi kendine yeten ve ortaklarınca yönetilen kuruluşlar olduğunu ifade eder. Ülkemizde 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ile özerk bir yapıya sahiptir. Bazı durumlarda TTK ve Vergi Usul Kanunu (VUK) hükümleri uygulanırsa da kuruluş aşamasından dağılımına kadara tüm işlemler Kooperatifler Kanunu'na göre yürütülür ve bu da ona özerklik kazandırmaktadır.
5. **Eğitim, öğretim ve bilgilendirme ilkesi:** İlke, kooperatifin gelişimine etkin bir katkı sunabilmesi amacıyla seçilmiş temsilcilerine, yöneticilerine, ortaklarına eğitim ve öğretim imkânı sağlanması ve aynı zamanda kooperatifçilik konusunda halkın bilgilendirilmesini ifade eder. Bu görev ülkemizde daha ziyade kooperatif üst kuruluşlarına verilmiştir (Koop.K, md. 70, 75). Kooperatifçilikteki eğitim-öğretim ile amaçlanan, ilgili tarafların kooperatifçiliği kavrama ve özümsemelerini sağlayarak sorumluluklarını etkili olarak yerine getirebilmeleri için gerekli yeteneklere kavuşturmadır.
6. **Kooperatifler arasında iş birliği ilkesi:** İlke, kooperatifin diğer kooperatiflerle yerel, bölgesel, ulusal ve uluslararası düzeyde iş birliği yapmasını ifade eder. Bu ilkeyi işleten kooperatifler, ortaklarına optimum seviyede hizmet sunma ve kooperatifçilik hareketini

güçlendirme imkânına kavuşur. Bu ilke aynı zamanda kooperatiflerin açıklık ve evrensellik özelliklerinin de gereğidir.

7. **Topluma karşı sorumlu olma ilkesi:** İlkeye göre, kooperatifin geliştirdiği politikalar vasıtasıyla içinde yaşadığı toplumun sürdürülebilir kalkınması için çalışması gerekir. Yani kooperatif, ortaklarının çıkarlarını sağlamanın yanında içinde yaşadığı topluma karşı da belirli bir sosyal sorumluluğu yerine getirmekle mükelleftir. Bu ilke 1995 yılında belirlenmiş olup diğer altı ilkeye nazaran yeni bir ilkedir.<sup>22</sup>

#### D. KOOPERATİF TÜRLERİ

Ülkemizde kooperatifler ile ilgili genel kanun 1163 sayılı Kanun olmakla birlikte, belirli kooperatifler için özel düzenlemeler de yapılmıştır. 1163 sayılı Kanun, aynı zamanda, özel kanunlarda düzenlenmeyen konularda kooperatifler için yedek hukuk kuralları içerir (Koo.K, md. 96).

Kooperatifler çalışma konularına göre çeşitlenmektedir.<sup>23</sup> Kooperatifler Kanununda bu konuda yapılmış bir tasnif veya faaliyet konusu bakımından bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Hakkında hukuki düzenleme yapılan kooperatifler açısından “özel kanunu olan kooperatifler” ve “1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na tabi olan kooperatifler” şeklinde ikiye ayırmak mümkündür,<sup>24</sup> ancak literatürde en yaygın ayırım, konularına göre yapılan ayırım olup bu çerçevede; üretim, tüketim, yapı, kredi ve sigorta kooperatifleri şeklinde ayırmak mümkündür. Bu ayırımı bilimsel yöntemler izleyerek sınıflandırmak ve türlere ayırmak oldukça zordur, zira hem ülkemizde hem de diğer ülkelerde çalışma alanlarına göre kurulmuş yüzlerce kooperatif vardır.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> **Mollaoğlu**, s. 12-17; **T.C. Ticaret Bakanlığı**, “kooperatifçilik İlkeleri”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/kooperatifcilik-ilkeleri>> s.e.c. 17.07.2020; **International Cooperative Alliance (ICA)**, “Cooperative identity, values & principles”, <<https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>> s.e.t. 20.08.2020

<sup>23</sup> **Mollaoğlu**, s. 53.

<sup>24</sup> **Mollaoğlu**, s. 63.

<sup>25</sup> **Mollaoğlu**, s. 53.

Ülkemizdeki pratik uygulamayı esas alarak bağlı buldukları bakanlıklara göre üç grupta ele alabileceğimiz kooperatifleri şu şekilde sıralayabiliriz:<sup>26</sup>

a) Tarım ve Orman Bakanlığına bağlı kooperatif çeşitleri: Tarımsal kalkınma kooperatifleri, sulama kooperatifleri, su ürünleri kooperatifleri, pancar ekicileri kooperatifleri, tarım kredi kooperatifleri.

b) Ticaret Bakanlığına bağlı kooperatif çeşitleri: Tarım satış kooperatif ve birlikleri, esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri, tüketim kooperatifleri, motorlu taşıyıcılar kooperatifleri, turizm geliştirme kooperatifleri, kadın kooperatifleri, temin ve tevzi kooperatifleri, üretim ve pazarlama kooperatifleri, küçük sanat kooperatifleri, sigorta kooperatifleri.

c) Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı kooperatif çeşitleri: Konut yapı kooperatifleri, küçük sanayi siteleri işyeri yapı kooperatifleri, toplu işyeri kooperatifleri.

## E. KOOPERATİFLERİN ÜST ÖRGÜTLENMESİ VE DENETİMİ

Kooperatiflerde üst örgütlenme, birim örgüt olan kooperatiften başlayarak yukarıya doğru ulusal birliğe kadar ülke düzeyinde tedrici olarak örgütlenmeyi ifade eder. Avrupa ve Amerika'da 19. yüzyılda başlamış olan üst örgütlenmeler ülkemizde 1969 yılında 1163 sayılı Kanun ile başlamıştır.

Ülkemizde birim kooperatifler bir araya gelerek “Bölge Birliği”, bölge birliklerinin “Merkez Birliği”, bütün birlik ve merkez birliklerin ise “Milli Birliği” oluşturması öngörülmüştür. Türkiye Milli Kooperatifler Birliği 1991 yılında kurulmuştur.<sup>27</sup> Bazı hukukçular tarafından aşağıdan yukarı doğru piramit şeklinde dikey bir örgütlenme<sup>28</sup> olduğu ifade edilmekle beraber

<sup>26</sup> Üstün/Aydın, s. 29-42.

<sup>27</sup> Üstün/Aydın, s. 331; Türkiye Kooperatifler Birliği, “Türkiye Milli Kooperatifler Birliği Tarihçesi”, <<http://www.turkey.coop/menu/Turkiye-Milli-Kooperatifler-Birligi-Tarihcesi/11>> s.e.t. 18.07.2020.

<sup>28</sup> Mülayim, Ziya Gökalp (2012), “Kooperatif Kuruluşlarda Üst Örgütlenmenin Önemi ve Türkiye’de Sorunları”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S: 40, s. 33.

kurulan birliklerin de unvanlarında sadece “birlik” kelimesi geçen birer “kooperatif” olarak kurulduğu göz önüne alındığında yatay bir örgütlenme olarak düşünmek de mümkündür. Kooperatif birlikleri ve Merkez birlikleri gibi Milli birlik de kooperatif şeklinde kurulur (Koop.K.md. 72).

Kooperatiflerin iş ve işlemleri, 1163 sayılı Kanun kapsamında iç denetim, dış denetim ve üst denetim şeklinde denetlenmektedir (Koop.K md. 90). Ticaret Bakanlığı, Türkiye Milli Kooperatifler Birliği’nden başlayarak aşağıya doğru tüm kooperatifleri denetlemek ya da denettirmek ile görevli ve yetkilidir.<sup>29</sup>

## F. KOOPERATİFLERDE SORUMLULUK SINIRLARI

Ticaret şirketlerinde, ortak veya pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı sorumluluğu ve bunun sınırı önemli konuların başında gelmektedir. Bu sorumluluk şahıs şirketlerinin aksine sermaye şirketlerinde sınırlıdır. Ortak veya pay sahibinin şirkete getirmeyi taahhüt ettiği sermaye payı, onun sorumluluğunun da sınırını oluşturmaktadır. Bu sorumluluk kural olarak şirketin alacaklılarına karşı değil, şirkete karşıdır.

Kooperatiflerde ortakların sorumluluğu, ortakların kooperatif tüzel kişiliğine ait borçlardan sorumluluğunu ifade eder. Bu, *sui generis* bir sorumluluk olup, “sınırsız sorumluluk” veya “sınırlı sorumluluk” şeklinde (Koop.K md. 29, 30) ortaya çıkabilir.<sup>30</sup> Kooperatifler, anasözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, alacaklılarına karşı sadece kendi malvarlığı ile ve sınırlı sorumludur. Ancak kooperatif anasözleşmesinde açıkça belirtilmek şartıyla sorumluluğun ortakları da kapsayacak şekilde genişlemesi, bu kapsamda ortakların “sınırsız sorumlu” veya “belirli bir miktarla sınırlı sorumlu” olması mümkündür. Ortakların sınırsız sorumluluk

<sup>29</sup> T.C. Ticaret Bakanlığı, “Denetim İşlemleri”, <<https://www.ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatiflere-yonelik-hizmetler/denetim-islemleri>> s.e.t. 20.07.2020.

<sup>30</sup> Gürbüz, Diğdem Göç (2010), “Kooperatiflerde Ortakların Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, C: 28, S: 1, s. 465-466; Üstün, Yusuf (2014b), “Normlar Hiyerarşisi Ve Kooperatiflerin Denetimi Meselesi”, Tematic Ticaret ve Mevzuat Araştırmaları Dergisi, S: 2, s. 1-10, <<https://ticaret.gov.tr/data/5d41e48b13b87639ac9e02df/1794d24757d0ddfc277bd3ca1fa54a5d.pdf>> s.e.t. 20.08.2020.



alacak kadar şahsi sorumluluk üstlenmelerindeki ana gaye, kooperatifin daha geniş bir çalışma alanına kavuşması ve daha güvenli, itibarlı hale gelmesidir. Çalışma ortamındaki gelişmelere göre kooperatif ortaklarının sorumluluklarının değiştirilmesi (Koop.K.md. 51,52) mümkündür.<sup>31</sup> Kooperatiflerde sorumluluğun sadece belirli ortaklara yüklenmesi ya da belirli bir zamana bırakılması mümkün değildir (Koop.K.md. 32).<sup>32</sup>

### III. İSLAM HUKUKUNDA KOOPERATİF İLE İLGİLİ TARTIŞMALAR

İslam hukukunda kooperatif ile ilgili tartışmalar daha ziyade sigorta konusu ile başlayıp kooperatifin bir çeşidi olan sigorta kooperatifi kapsamında gerçekleşmiştir. Sigortanın İslam hukuku açısından uygunluğunun tartışılması Osmanlı döneminde Batı'da gerçekleşen sigorta faaliyetlerinin Müslümanlar tarafından uygulanabilirliğinin sorgulanması ile başlamıştır. Kooperatif konusuna da kaynaklık etmesi yönüyle aşağıda bu tartışmaların bir kısmına yer verilmiştir.

Bu konuda ulaşabildiğimiz ilk değerlendirme, dönemin önde gelen İslam hukukçusu İbn Âbidîn'e aittir. Sigortaya dair değerlendirmesinde, Müslümanlar arasında caiz olmadığını ancak harbî ile Müslümanın harbî ortağı arasında yapılabileceğini ifade etmiştir.<sup>33</sup>

Bu konuda 1870'de İstanbul'da Beyoğlu Feridiye yangını sonrası Meşihat makamının (fetvanın tam metnine ulaşılmamakla beraber) câiz olduğu yönünde fetvası, 1901 yılında Mısır Baş Müftüsü Muhammed Abduh'un hayat sigortasının caiz olduğu yönünde fetvası mevcuttur. Osmanlı

<sup>31</sup> Mollaoğlu, s. 72-86.

<sup>32</sup> Üstün-Aydın, s. 146.

<sup>33</sup> İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz (1995), Reddu'l-Muhtâr, Beyrut, Dâru'l-Fıkr, C: 4, s. 350; İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz (1325), Mecmûatu'r-Resâil, İstanbul, Şirket-i Sahafîye-i Osmaniye, C: 2, s. 177-178; Hacak, Hasan (2006), "İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi", M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi. C: 30, S: 1, s. 21-50; Seyyid Muhammed Takıyyü'l-Hakîm, s. 292.

devletinde 1911 yılında Meşihat kapısına yönlendirilen bir kimseye İbn Âbidîn'in görüşüne benzer bir fetva verildiği bilgisi vardır.<sup>34</sup>

1960'lı yıllara kadar sigortanın cevazına dair olumlu ve olumsuz görüşler beyan edilmiştir, ancak derinlemesine tahlillere rastlanmamaktadır.

Ticari sigorta ve yardımlaşmaya dayalı sigorta, 1960'lı yıllardan sonra İslâm dünyasının değişik yerlerinde düzenlenen ilmî toplantı, kongre ve sempozyumların konusu olmuştur. Bu konu ile ilgili geniş katılımlı, uzun soluklu inceleme ve komisyon çalışmaları yapılmıştır. Bu kapsamda Ezher Üniversitesi (Mısır) bünyesinde gerçekleştirilen 2. İslâm Araştırmaları Toplantısı'nda (1965) "yardımlaşmaya dayalı sigorta"nın meşru olduğu, ticari olanlarla ilgili bilimsel araştırma yapılması gerektiği görüşü benimsenmiştir. İslam Fıkıh Akademisi'nin (Dünya İslâm Birliği'ne bağlı) 1977'de Riyad'daki toplantısında üyeler "karşılıklı sigortaların câiz olduğu" görüşünde ittifak etmiş; 1978'de Mekke'deki toplantısında ise üyelerin cumhuriyet ticari sigortanın bütün çeşitleriyle haram olduğuna karar vermiştir. İslâm Fıkıh Akademisi (İslâm Konferansı Teşkilâtı'na bağlı) 1985'te ikinci dönem toplantısında; ticari sigorta şirketlerinin dinen haram, ancak teberru ve karşılıklı yardım esasına dayanan "yardımlaşma sigortası"nın meşru olduğu görüşünü benimsemiştir. Ticari sigorta şirketlerinin sözleşmelerinin haramlığının gerekçesi olarak; garar (akdi geçersiz kılacak ölçüde büyük belirsizlik), cehâlet, ribâ/faiz ve kumar özelliği gösterilmiştir. Zira sigortalılar uzunca süre prim ödediği halde risk meydana gelmediği hallerde hiçbir sigorta tazminatı alamadığı durumlar olabilmesine karşılık, sigorta riskinin oluşması durumunda az prim ödemiş olsa ya da sözleşmeyi henüz imzalamış olduğu için hiç prim ödememiş olsa bile yüksek miktarda tazminat alabilmektedir. Ayrıca ticari sigortada ödenen prim ve prime karşılık verilen sigorta tazminatı nakit ve aynı cinsten olduğu için ödediği prime eşit alması halinde nesîe ribâsı (gecikme faizi), fazla olması halinde de hem fazlalık ribâsı (faizi) hem de nesîe ribâsı gerçekleşmiş olmaktadır şeklinde yorumlanmıştır.<sup>35</sup> Bu yorumlar daha

<sup>34</sup> **Hacak** (2006), s. 35.

<sup>35</sup> **Karaman, Hayrettin** (1992), İslam'a Göre Banka ve Sigorta, İstanbul, Nesil, s. 13-24; **Zerkâ, M. Ahmed**, (1992) "İslâm'a Göre Sigorta", (Çeviren: Karaman, Hayrettin), İslam'a Göre Banka ve Sigorta, İstanbul, Nesil Yayınları, s. 203-245; **Hacak** (2006), s. 36; **Hacak, Hasan**

ziyade günümüz İslam dünyasındaki dört büyük mezhebin (Hanefi, Maliki, Şafii ve Hanbeli) akit teorisi bağlamındaki görüşleri doğrultusunda ileri sürülmüştür. Bu mezheplerin usul ve furuunda farklılıklar olmakla beraber ilgili toplantılara katılan İslam hukukçuları ilgili mezheplerin ilkelerinden hareketle belirli bir görüşte ittifak sağlayamamışlar ve karar cumhurun kararı olarak verilmiştir. 1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi'nde (Konya-1996) “prensip olarak sigorta sisteminin câiz ve gerekli” olduğu ancak günümüzdeki sigorta uygulamalarının düzeltilmesi gereken bazı unsurlar içerdiği kabul edilmiştir.<sup>36</sup> 2. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi'nde (Konya-2015) ise ticari sigorta, fikhın sabit ilkeleri ile çatışma olmayacak şekilde düzenlenmek şartıyla caiz görülmüş; yardımlaşmaya dayalı “tekâful” sigorta sisteminde meşru birtakım yeni finansal araçlar geliştirilmesi tavsiye edilmiştir.<sup>37</sup> Tartışmaların neticesinde sigorta ile ilgili öne çıkan görüşleri üç temel grupta toplamak mümkündür:<sup>38</sup>

- a) Sigorta kurumunun tümüne karşı çıkan görüş,
- b) “Karşılıklı yardımlaşma amaçlı sigorta caizdir, ancak ticari sigorta caiz değildir” yönündeki görüş,
- c) “Ticari sigorta ve karşılıklı yardımlaşma amaçlı sigorta caizdir” görüşü.

---

(2016), “İslam Hukukunun İlkeleri Açısından Alacak (Kredi) Sigortası”: Mehmet Bayyigit (Editör), 2. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya, KTO Karatay Üniversitesi, s. 1011-1023; **Dalgın** (2009), s. 159-164; **Dalgın, Nihat** (1997) “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”: Mehmet Bayyigit (Editör), 1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya, Kombad, s. 878-889.

<sup>36</sup> 1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi (1996), “Sigorta Sonuç Bildirisi”, <<http://www.islamticarethukuku.org/pageflip/magazine.php?no=6>> s.e.t. 10.08.2020; **Dalgın** (2009), s. 159-164; **Hacak** (2016), s. 1042.

<sup>37</sup> 2. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi (2015), “Sigorta Sonuç Bildirisi”, <<http://www.islamticarethukuku.org/sigorta-oturumu-sonuc-bildirisi-70h.htm>> s.e.t. 10.08.2020.

<sup>38</sup> **Seyyid Muhammed Takiyyü'l-Hakim**, s. 305-310; **Beşer, Faruk** (1988), İslam'da Sosyal Güvenlik, İstanbul, Sehâ Neşriyat, 1988, s. 226; **Hacak** (2006), s. 37.

Bu tartışmaların neticesinde İslam âleminde “tekâfül”, “İslamî sigorta”,<sup>39</sup> ülkemizde ise “katılım sigortacılığı” adıyla yürütülen karşılıklı yardımlaşmaya dayalı sigorta çeşidi uygulama alanı bulmuş ve gelişimini sürdürmektedir. Yardımlaşmaya dayalı sigorta çeşidi kooperatif ortaklığının sadece bir çeşidini oluşturmakla beraber temel felsefesine ışık tutması bakımından önem arz etmektedir. Zira her ikisinde de katılımcılar için risk paylaşımı söz konusudur, ancak iş ve işlemlerinde farklılıklar vardır.

#### IV. KOOPERATİFLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İSLAM HUKUKU AÇISINDAN TAHLİLİ

Kooperatifler ilk bakışta karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve kefalet esasına dayalı bir ortaklık yapısı arz etmekte ve bu özelliği ile kâr elde etme ve bunu paylaşma odaklı diğer ticaret şirketlerinden ayrılmaktadır.

Kooperatifin hukuki niteliği pozitif hukuk kapsamında hukukçular arasına tartışma konusu olmuş ve Türk Ticaret Kanunu’nda şahıs ve sermaye şirketleri arasına sayılmayarak ticaret şirketi olarak ifade edilmiştir (TTK, md. 124). İslam hukukunda kooperatif ile aynı özden hareket eden sözleşme tipleri olmakla beraber klasik şirketler arasında birebir örtüşen bir ortaklık sözleşmesine rastlanmamıştır.

Aşağıda İslam şirketler hukukundaki yerini genel olarak tespit ettikten sonra kooperatifin unsurlarını ve Türk hukukundaki hukuki nitelendirmeyi göz önüne alarak İslam hukuku açısından hukuki niteliğini tespit etmeye çalışacağız.

##### A. KOOPERATİFİN HUKUKİ UNSURLARI AÇISINDAN TAHLİLİ

İslam hukukunda iki veya daha çok kişinin sermaye, emek ya da itibarlarının birleşiminden meydana gelen ortaklık “şirket” olarak adlandırılır. Bir mal, hak veya menfaate müştereken sahip olmak da “şirket” kavramı ile

<sup>39</sup> AAOIFI, The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions Shari’ah Standards (2015), Bahryen, Dar AlMaiman (Çeviren: Sabahattin Zaim Üniversitesi (2018), Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu Faizsiz Finans Standartları 2015, İstanbul, TKBB), s. 662-685.

ifade edilir.<sup>40</sup> “Şirket”, bir sözleşme sonucu iradi olarak gerçekleşebileceği gibi bir mirasa iki ya da daha çok kişinin mirasçı olmaları sonucu gerçekleşen ortaklıkta olduğu gibi gayri iradi olarak da gerçekleşebilir.<sup>41</sup>

Kooperatiflerde ortakların bir anasözleşme etrafında bir araya gelmesi söz konusu olduğu için klasik üçlü ayrıma göre<sup>42</sup> “akit şirketleri” kapsamındaki şirket çeşitleri içinde değerlendirilebilir. Zira akit şirketleri iki ya da daha fazla kişinin sermaye ve kâr üzerine kurdukları ortaklıktır.<sup>43</sup> Bu şirket türünün esasını, şartlarını ortakların belirlediği sözleşme oluşturur. Kooperatifte de benzer şekilde ortaklar bir “anasözleşme” çerçevesinde bir araya gelmektedirler.

Günümüz hukuk mevzuatında da şirket kapsamında sayılan kooperatifler bazı yargı kararlarında<sup>44</sup> ve bazı hukukçular tarafından “derneklerden ve ortaklıklardan farklı kişi birlikleri” olarak ifade edilmiştir.<sup>45</sup> Bu görüşün gerekçesi olarak da tüzel kişilik olan kooperatiflerin kısmen derneklere ve ortaklıklara benzer yönleri olmakla beraber kendine has (*sui generis*) bir yapısının olması gösterilmiştir.

Kooperatifler, Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) ne sermaye ne de kişi ortaklıkları arasında sayılmıştır (TTK, 124/2). Şener, bu tür ortaklıkların nitelikleri ile doğrudan bağlantılı olduğunu vurgulayarak, bu durumun bilinçli olarak tercih edildiğini ifade eder.<sup>46</sup> Kooperatiflerde hem kişi hem de sermaye

<sup>40</sup> **İbn Manzûr**, **Ebu'l-Fazl Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem** (1990), *Lisanu'l-Arab*, Beyrut, Daru Sadır, C: 10, s. 448; **Erdoğan, Mehmet** (1998), *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Rağbet, s. 422.

<sup>41</sup> **Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed** (1989), *el-Mebsût*, Beyrut, Dâru'l-Fikr, C: 11, s. 151; **Ahmet Cevdet Paşa** (1985), *Açıklamalı Mecelle*, (Metin ve Açıklamaları Kontrol Eden: Ali Himmet Berki), İstanbul, Hikmet, Mecelle, md. 1045.

<sup>42</sup> Klasik üçlü ayrım; *ibâha* şirketi, *mülk* şirketi ve *akit* şirketi.

<sup>43</sup> **Kudûrî, Ahmed b. Muhammed** (2018), *el-Kitâb Muhtasaru'l-Kudûrî Fi'l-Fıkhî'l-Haneî*, Konya, Burç. s. 104; **Ebu Ceyb, Sadi** (1988), *el-Kâmûsu'l-Fıkhîyye*, Dımeşk, Dâru'l-Fikr, s. 256.

<sup>44</sup> **Mollaoğlu**, s. 92.

<sup>45</sup> **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2017) *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 588.

<sup>46</sup> **Şener**, s. 108.

ortaklıklarına has özelliklerle karşılaştığı gibi her ikisinde de görülmeyen sadece kooperatiflere has özelliklere rastlamak da mümkündür. Mesela, kooperatiflerde sermaye ortaklarına has olarak ortağın ölümü ortaklığın sona erme sebepleri arasında sayılmadığı gibi (Koop.K, md. 14/1, 81), ortaklar esas itibarıyla alacaklılara karşı sorumlu da değildir (Koop.K, md. 28). Kişi ortaklarına has özellikler olarak her ortağın bir oy hakkına sahip olması (Koop.K, md. 48), hak ve yükümlülüklerde eşitlik (Koop.K, md. 23) öne çıkmaktadır. Ayrıca kooperatiflerde kâr paylaşımının da esas olmaması (Koop.K, md. 39) diğer ortaklıklardan ayrı olarak sadece kooperatiflere has bir özelliktir. Dolayısı ile kooperatifler hem kişi hem de sermaye şirketi özelliklerini taşıması sebebiyle ayrı bir yerde durmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak TTK, kooperatifleri kişi ve sermaye ortaklıkları arasında saymamış ve ticaret ortaklığı olarak kabul etmiştir.<sup>47</sup>

İslam hukukunda günümüz pozitif hukuk sistemlerinde olduğu gibi ticaret şirketi altında yapılan şahıs ve sermaye şirketi ayrımı yerine farklı bir tasnif söz konusudur. Şirketler yetki dengesi bakımından “mufâvada şirketi” ve “inan şirketi”; konusu bakımından ise “şirket-i emvâl”, “şirket-i a'mâl” ve “şirket-i vücûh” şeklinde sınıflandırılmıştır.<sup>48</sup> İslam akit teorisi ile uyumlu olmak kaydıyla akit serbestisi kapsamında yeni şirketler oluşturmak da mümkün görülmektedir.<sup>49</sup>

İslam hukukunda gerek yetki dengesi, gerekse konusu bakımından kooperatiflerle birebir örtüşen bir şirket yapısı görülmemektedir. “İki ve daha çok kişinin eşitlik şartı aranmaksızın” bir araya gelmesi açısından “akit şirketleri” kapsamındaki “inan şirketi” ile daha uyumlu kabul edilebilecek olan kooperatifleri; amaç, serbest katılma ve çıkma, ortak, tüzel kişilik, unvan,

<sup>47</sup> Şener, s.108-109.

<sup>48</sup> Zuhaylî, Vehbe (1989), el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû, Dimeşk, Dâru'l-Fıkr, C: 4, s. 796-803; Yaman, Ahmet/Çalış, Halit (2018), İslam Hukuku, Ankara, Bilay, s. 335.

<sup>49</sup> Akit serbestisinin kapsamı için bk. Haçkalı, Abdurrahman (2002), “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, Dini Araştırmalar, C: 5, s. 13, 119-136; Çalış, Halit (2004), “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, Dini Araştırmalar, C: 7, S: 19 s. 269-295.

sermaye (malvarlığı), eşitlik ve demokratik yönetim unsurları açısından aşağıdaki şekilde tahlil edebiliriz.

### 1. Amaç Unsuru

Amaç unsuru açısından kooperatifler diğer tüzel kişilerden farklıdır. Şirketlerde “kâr” amacı öne çıkarken kooperatiflerde öncelikli olarak “karşılıklı yardımlaşma, kefalet ve beraberinde ortakların menfaati” öne çıkmaktadır. Tüzel kişiliğe sahip olan vakıf, sendika ve dernekler ile “yardımlaşma-dayanışma” amacı bakımından benzerlik göstermektedir. Şirketlerde olduğu gibi amaç, salt kâr elde etmek olmamakla beraber kooperatiflerde şirketlerdeki “kâr”a karşılık gelen menfaatin iki şekilde ortaya çıktığı görülmektedir.

*Birincisi*, ortak içi işlemlerden elde edilen hasıla (risturn) “olumlu gelir-gider farkının belli kurallara göre ortaklara dağıtılması” mümkündür. Kooperatiflerin nihai hedefi ortaklara hizmet olup ancak anasözleşmede belirtildiği takdirde “olumlu gelir-gider farkı” paylaştırılabilir. Anasözleşmede belirtilmemişse bu fark, kooperatifin gelişimini sağlamak üzere özel bir fonda toplanır.<sup>50</sup>

*İkincisi ise*, kooperatif ortak dışı işlem yaparsa<sup>51</sup> bu durumda sermaye şirketinden farkı yoktur ve bu hesaplardan elde ettiği kâr, ortaklara sermaye payları oranında aynı temettü de olduğu gibi dağıtılabilir. Bu dağıtımın yapılıp yapılmaması ya da kooperatifte kalması anasözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenir.

Kooperatif, kuruluş amacını gerçekleştirme için iş gücü ve parasal katkı kullanmaktadır. Bu durum kooperatifin hem kişi hem de sermaye öngörüsünün olduğunun bir delildir. Karşılıklı yardım ve dayanışma ise kooperatifin felsefi ve ahlaki temelini teşkil eder. Kefalet ise daha ziyade hukuki güvence sağlanması anlamındaki yardımlaşmayı ifade eder ve birbirlerinin kefil olanlar, kredi ihtiyaçlarının güvencesini birbirlerine kefil

<sup>50</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (2017), s. 96.

<sup>51</sup> Üstün/Aydın, s. 455-457.

olarak sağlamış olurlar. Kredi ve sigorta kooperatifleri açısından karşılıklı kefaletin önemi daha büyüktür.<sup>52</sup>

Amaç unsuru İslam şirketler hukuku açısından değerlendirildiğinde klasik şirketler içinde kooperatif ile birebir örtüşen bir şirket olmamakla beraber, bu amaca hizmet eden “muvâlat akdi” ve “âkile sisteminden” bahsedebiliriz. Muvâlat akdi, nesebi belli olmayan kişinin diğer bir kişi ile “ölürse mirasçısı olması, cinayet işlerse de diyetinin onun ve âkilesi tarafından ödenmesi” üzere anlaşma yapmasıdır.<sup>53</sup> Bu anlaşma sonucu bir taraf diğer tarafın mali yükümlülüğünü üstlenmiş olur.<sup>54</sup> Bir anlamda mesuliyet sigortası gibi onun zararına kefildir ve “ortak menfaat kapsamında karşılıklı yardımlaşma üzerine sözleşme” olmak noktasında kooperatif ortaklığı ile benzeşmektedir. Bir taraf zararı karşılarken diğer taraf da mirastan faydalanma hakkını elde etmiş olmaktadır. Âkile sisteminde ise, kasıt unsuru bulunmaksızın bir öldürme veya yaralama hadisesinde suçlunun ödemesi gereken diyeti akrabalarının ödemesidir.<sup>55</sup> Bu da bir çeşit yardımlaşmadır. Diyeti ödeyen yakın akrabalar (asabe) aynı zamanda İslam miras hukuku kuralları çerçevesinde mirastan pay alan kimselerdir.<sup>56</sup> Hz. Peygamber’in (sav) uygulamasına<sup>57</sup> dayanan bu sistem bütün fıkıh mezheplerince kabul edilmiştir.<sup>58</sup> Pozitif hukukta âkile benzeri bir kuruma rastlanmamakla beraber İslam hukukunda risk ve menfaat paylaşımı kapsamında kooperatif ile aynı amaca hizmet ettiği düşünülebilir. Yani, her ikisinde de tarafların karşılıklı risk ve menfaat paylaşımı söz konusudur.

<sup>52</sup> **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2005) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, Arıkan, s. 949.

<sup>53</sup> **Ebu Ceyb**, s. 389.

<sup>54</sup> **Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil el-Fergânî** (t.y.), el-Hidâye, İstanbul, Eda, C: 3, s. 274.

<sup>55</sup> **Bilmen, Ömer Nasuhi** (t.y.), Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, Bilmen, C: 3, s. 7; **Ebu Ceyb**, s. 259.

<sup>56</sup> **Udeh, Abdu'l-Kâdir** (t.y.), et-Teşri'u'l-Cinâi, Beyrut, Dâru'l-Kâtibi'l-Arabî, s. 672-673.

<sup>57</sup> **İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni** (1981), es-Sünen, Çağrı, “Diyât”, 15; **Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr** (1981), Sünen-i Nesâî, İstanbul, Çağrı, “Kasâme”, 37.

<sup>58</sup> **Aktan, Hamza** (1989), “Âkile”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, TDV, C: 2, s. 248.



Yukarıdaki uygulamalara ek olarak İslam hukukunda hem Kur'an'da hem de Sünnet'te pek çok delil yardımlaşmayı teşvik eder. Örneğin Kur'an'da; "iyilik ve takva üzere yardımlaşmak"<sup>59</sup>; "Hakta ve hayırda yardımlaşmak, tavsiyeleşmek"<sup>60</sup> emredilmektedir. Sünnette de "kim mü'minden bir zorluğu kaldırırsa Allah da kıyamet gününde o kimseden zorluğu kaldıracığı"<sup>61</sup>, "kul kardeşinin yardımında olduğu sürece Allah'ın da o kulun yardımında olacağı"<sup>62</sup> bildirilmektedir. Diğer bir örnekte Hz. Peygamber (sav); "Eş'arîler, gazvede azıkları azaldığında veya Medine'de aile efradının yiyeceği azaldığında yanlarında ne varsa getirip bir yaygıya dökerler ve bunu bir kapla aralarında eşit olarak paylaşırlar. Bundan dolayı Eş'arîler bendendir, ben de onlardanım"<sup>63</sup> buyurmaktadır. Burada da kooperatif ortaklığındaki yardımlaşma ve dayanışma ile aynı özden hareket edildiği düşünülebilir. Ayrıca fakihlerin görüşlerinde de kooperatif fikrine benzer şekilde, fertlerin zarar riskinin toplumsal dayanışma, tazmin ve tekâfül yoluyla çözülmesine dair hükümler görebiliriz. Mesela, Karâfi'nin "Gemilerden atılan şeylerin tazmin edilmesi kuralı ile tazmin edilmeyecek şeylerin kuralı arasındaki fark" başlığı altında belirttiği gibi; "eğer korku sebebiyle gemiden bazı yükler atılırsa yükü atılan kimseler yükü atılmayan kimselerin mallarına ortak olurlar. Atılan şey hepsinin kurtuluşuna vesile olmuştur ve nemalanmasında ya da eksilmesinde iltimas geçmeksizin satın alma günü fiyat üzerinden risk tüm gemidekilere dağıtılır. Çünkü onlar gemiden atılan şeyler vasıtasıyla korunmuş oldular ve adalet atılan malın yükünü (riski) bir kişiye yüklemeksizin tüm gemidekilere dağıtmayı gerektirir."<sup>64</sup>

Netice olarak kooperatiflere "amaç" unsuru açısından bakıldığında İslam hukukunda bunun bir çok örnek ve dayanağını bulmak mümkündür. Yani bir sözleşmede temel unsurlardan biri "karşılıklı yardım-dayanışma"

<sup>59</sup> Mâide, 5/2.

<sup>60</sup> Asr, 103/3.

<sup>61</sup> **Buhârî**, "Mezâlim", 3; **Müslim**, **Ebu'l-Huseyin Müslim b. Haccâc** (1981), el-Câmiu's-Sahih, İstanbul, Çağrı, "Birr", 58.

<sup>62</sup> **Müslim**, "Zikr", 38; **İbn-i Mâce**, "Mukaddime", 17.

<sup>63</sup> **Buhârî**, "Şirket", 1; **Müslim**, "Fezâilü's-Sahâbe", 16.

<sup>64</sup> **Karâfi**, **Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. İdris b. Abdirrahmân el-Mısri** (2010), *Envârü'l-Burûk fi Envâ'î'l-Furûk*, Kuveyt, Dâru'n-Nevâdir. C: 4, s. 8.

olabilir ve hatta bu teşvik edilmiştir. Ancak şunu da belirtmekte fayda var; sadece amaç unsuru, bir ortaklığı uygun görmek için yeterli değildir. Bu ortaklığın bir bütün olarak değerlendirilip tüm unsurlar açısından bir uygunluğun olması şartı aranır. Uygun olmayan unsurlar içeriyor ancak birey ve toplumun ihtiyacı olan bir kuruluş ise, yeniden yapılandırılması yoluna gidilebilir.

## 2. Serbest Katılma ve Çıkma Unsuru

Kooperatif, katılımcılarının meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını gidermek ve ekonomik çıkarlarını korumak üzere kurulmuş ortaklık olması sebebiyle (Koop.K, md. 1) korunmak ihtiyacı duyan kişilere kapılarını kapatamaz. “Açık kapı ilkesi” olarak da ifade edilen bu özellik kooperatifin hukuki niteliğini belirlemede en önemli unsurlardan biridir. 1995 yılındaki Uluslararası Kooperatifler Birliği (ICA) Kongresi’nde kabul edilen Kooperatif Kimlik Bildirgesi’nde; “gönüllü ve herkese açık ortaklık” şeklinde ifade edilen ilkeye göre; *“etkinliklerine katkıda bulunabilecek ve bu etkinliklerinden yararlanacak tüm kişilerin cinsel, sosyal, ırksal, siyasal ve dinsel ayrımcılık olmaksızın, hizmetlerinden yararlanabilecek ve ortaklığın sorumluluklarını kabule razı olan herkese”*<sup>65</sup> kapılarını açık tutması benimsenmiştir. Sermaye şirketlerinin genelinde olduğu gibi kapalı ortaklı bir yapıda olmayıp yapı kooperatifleri istisna olmak üzere *değişir ortaklı ve değişir sermayeli* bir özelliğe sahiptir (Koop.K, md. 1,8,10). Diğer şirket türlerinde azami pay sayısı kadar ortak bulunabilirken bu özelliği gereği ortak sayısı anasözleşmeyle sınırlandırılmaz.

Gönüllü olarak ortaklığa katılmak isteyen herkese açık kapı olması ve istendiği zaman ayrılma imkânının mevcudiyeti beraberinde *değişir ortaklı ve değişir sermayeli* bir yapıyı getirmektedir. Kooperatif anasözleşmesinin gereği olarak başlangıçta kabul edilen bu şartlar tüm ortakları bağlayıcıdır.

<sup>65</sup> T.C. Ticaret Bakanlığı, “Kooperatifçilik İlkeleri”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/kooperatifcilik-ilkeleri>> s.e.t. 20.07.2020; Dalkıran, Gülüm Burcu (2017), “The Support of Women Work within Cooperative Enterprises: Sample of Turkey”, Social Sciences Research Journal, C: 6, S: 3, s. 3.

Konu İslam hukuku açısından tahlil edildiğinde; “akit serbestisi” kapsamında şirketin konusunun meşru olması ve işletmesinin meşru muamelelerle yürütülmesi kaydı ile akit yapabilme ehliyetini haiz herkese; “*cinsel, sosyal, ırksal, siyasal ve dinsel ayrımcılık olmaksızın*” ortaklık kapısının açık tutulması şartı getirilebilir. Bu şart anasözleşmeyi kabul eden herkes için bağlayıcıdır.

### 3. Ortak Unsuru

Kooperatife gerçek kişiler ve bazı tüzel kişiler ortak olabilirler<sup>66</sup> ancak kooperatiflerin temeli insan unsuruna dayanmaktadır. Kooperatifi oluşturan insanların dayanışması ve birbirine olan güveni diğer ortaklıklara göre çok daha üst seviyededir. Kooperatifler Kanunu’nda kooperatif tanımlanırken (Koop.K, md. 1) “ortak” sözcüğü yer almıştır. Bu sözcük, kooperatiflerdeki insan unsurunun şahıs ve sermaye şirketlerindeki gibi olabileceğini düşündürse de Kanunun bazı maddelerinde “ortak”, bazı maddelerinde ise “üye” sözcüğü kullanıldığı görülür (Koop.K, md. 10, 14/1, 17). Bu farklı kullanım, kooperatiflerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları artıran sebeplerden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>67</sup> Kooperatif için “ortak” sözcüğünün kullanımı onu “sermaye şirketi” yapmayacağı gibi “üye” sözcüğünün kullanımı da ticari menfaat gütmeyen kuruluşlar (vakıf, dernek, sendika, vd.) statüsünde göstermek için bir sebep olmayacaktır.

Kooperatiflerde “kişi” unsuru birinci sırada, “pay” ikinci sırada gelirken sermaye şirketlerinde “sermaye” birinci sırada, “kişi” unsuru ikinci sırada gelir. Kooperatifler, kişiyi merkeze alarak ortaklarının menfaatini dürüstlük çerçevesinde korumak için çalışır. Ortakları koruma kapsamında zaman zaman üretilen mal maliyet fiyatına ortaklara verilir, üretici ile tüketici arasındaki yol kısaltılarak hem ortaklar hem de kamu menfaat elde eder.<sup>68</sup>

İslam hukuku açısından bakıldığında bir ortaklığın temelini insan unsuruna, ortakların birbirine yardım ve güven esasına dayanması mümkündür. Hatta bu yapı İslam hukukunun temel kaynakları tarafından

<sup>66</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (2005), s. 949.

<sup>67</sup> Mollaoğlu, s. 105, 126.

<sup>68</sup> Mollaoğlu, s. 108.

teşvik edilmiştir. Bu yönde “hayırda yarış”, “iyilikte yarış”, “insanların zorluklarını gidermek” ve “dayanışma” konularında pek çok ayet ve hadis bulunmaktadır.<sup>69</sup>

#### 4. Tüzel Kişilik Unsuru

Tüzel kişilikler sosyal ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kanunda (TMK.md. 47) “*başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümleri uyarınca tüzel kişilikler kazanırlar*”<sup>70</sup> hükmüne yer verilerek pozitif hukuk düzeninde, tüzel kişiliklere kendisini oluşturan gerçek kişilerin iradeleri dışında farklı bir irade gücü verilmiştir.

Tüzel kişiler; kamu hukuk tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu iktisadi kuruluşları olmak üzere üç grupta incelenmektedir. Kooperatif, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir kişi birliğidir.<sup>71</sup> Kooperatifin tüzel kişiliği ve hak ehliyetini kazanması ticaret siciline tescili ile başlar. Kooperatiflerin şubeleri de merkezin sicil kaydına atıf yapmak suretiyle buldukları yerin ticaret siciline tescil olunurlar (Koop.K, md. 3).

Kooperatifler, bütün hakları iktisap ve borçları ilzam etme ehliyetini haiz olup (TMK md. 48), tüzel kişilik kazandıkları andan itibaren hak ve borçlara ehil olurlar (Koop.K, md. 33). Kooperatifler aynı şekilde, kuruldukları andan itibaren fiil ehliyetine de sahip olur. Kooperatif fiil ehliyetini organları ve temsile yetkili olanlar eliyle kullanır ve bu kimseler tarafından üçüncü kişilere karşı temsil edilebilir. Hak ehliyetinin gereği olarak üyelere aida isteyebilir ve üyeleri çıkarma hakkını kullanabilir. Gerekli organlara sahip oldukları andan itibaren de fiil ehliyetini kullanabilir.

<sup>69</sup> Mâide, 5/2; Asr, 103/3; **Buhârî**, “Edeb” 27, “Mezâlim”, 3; **Müslim**, “Birr”, 6, 58; **Beşer**, s. 229.

<sup>70</sup> **Topal, Cemre/ Kalaycı, Filiz** (2007), Gerekçeli-Notlu Türk Medeni Kanunu, Ankara, Bilge, s. 28-29.

<sup>71</sup> **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2010) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 112.

Kooperatiflerin tüzel kişilik oldukları konusunda Yargıtay kararlarında tam bir tutarlılık görülmeyle beraber tacir olup olmadıkları veya davanın ticari sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı kararlar bulunmaktadır.<sup>72</sup>

İslam hukuku açısından kooperatiflerin “tüzel kişilik unsuru” incelendiğinde; tüzel kişiliğin kabulüne dair bir problem yoktur. Tüzel kişi gerçek kişi gibi haklara ve yükümlülöklere sahiptir. İslam hukukunun doğuşundan itibaren gerçek kişilerin dışında tüzel kişi olarak haklara sahip olmanın (ilzam) ve borç altına girmenin (iltizam) mümkün olduğu örneklere rastlamak mümkündür. Bu kavram, klasik eserlerimizde daha ziyade “hükmi şahıs” olarak yer almış kabul görmüştür. Örneğin, devlet başkanı ve idarecilerin fiillerine dair birçok hüküm ancak devletin hükmi bir şahsiyet olarak kabul esasına dayandırılarak açıklanabilir. Ayrıca beytülmalin de tüzel kişilik olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Zira beytülmal kamunun mallarında milleti temsil vasfı ile alacaklı, borçlu, mâlik sıfatlarına ve mirasçısı bulunmayan kimsenin terekesine sahip olabilmektedir. Bütün bunlar beytülmalin hükmi şahsiyet/tüzel kişilik olması sebebiyle mümkün olmaktadır. Aynı şekilde vakfın da tüzel kişi olarak haklara ve yükümlölöklere sahip olduğu görölmektedir. Vakıf diğer kişilerle satış, kira, istibdâl gibi hukuki muameleler yapabilmektedir. Netice olarak kooperatif “tüzel kişilik” olarak hukuki işlemlere taraf olabilir.<sup>73</sup>

Klasik İslam hukuku literatüründe tüzel kişiliğin “kamu hukuku tüzel kişisi” ya da “özel hukuk tüzel kişisi” kapsamında değerlendirilmesine rastlanmamakla beraber bu tür bir ayrıma gitmenin önünde bir engel de görölmemektedir. İslam hukukunu günümüz pozitif hukukuna muadil bir ayrıma tabi tuttuğumuzda kooperatifi “özel hukuk tüzel kişisi” içinde değerlendirmek uygundur.

<sup>72</sup> Mollaoğlu, s. 120.

<sup>73</sup> Karaman, Hayrettin/Özdemir, Ahmet (2019), Fıkhi Bilgi ve İlişkiler Işığında Eşya ve Şahsın Hukuku, İstanbul, Kitabı, s. 183-188; Dönmez, İbrahim Kâfi (2010), “Şahıs”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, TDV, C: 38, s. 271-272; Köse, Murtaza (1998), “İslam Hukuku Ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”, Ekev Akademi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 229-230.

İslam hukukunda özel hukuk tüzel kişinin “tacir nitelmesi” konusuna gelince; en geniş anlamıyla, ticaretle uğraşan, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye “tacir” nitelmesinin yapıldığı<sup>74</sup> göz önünde bulundurularak gerek gerçek kişi gerek özel hukuk tüzel kişinin “tacir” olarak nitelenmesinde bir sakınca görülmemektedir. Bu nitelendirmenin imkânına örnek olarak İslam hukuk tarihi kaynaklarında beytülmalin tüzel kişilik olarak ticari muameleler kapsamında ortaklıklar yaptığı<sup>75</sup> ve vakıfların ticari işletmeler işlettiği gösterilebilir.<sup>76</sup>

İslam hukuku açısından tüzel kişilik olan kooperatife bir başka tüzel kişinin ortak olması mümkündür. Günümüz kooperatif hukuku çerçevesinde gerçek ve tüzel kişiler tarafından kooperatif kurulabileceği<sup>77</sup> gibi, kurulmuş bir kooperatife faaliyet alanı ile ilişkili ise bir anonim şirket de tüzel kişi ortak olarak katılabilir. İslam hukukunda tüzel kişi statüsünde değerlendirilen şirket gerçek kişi gibi hareket edebilir. Ülkemizde, bir üretim kooperatifi ile şirketin el ele vermesinden meydana gelen sinerjiyi göstermesi bakımından “*Konya Pancar Ekicileri Kooperatifi*” güzel bir örnektir. Bir üretici kooperatifi olarak 900 bin çiftçiyi arkasına almış, 1 fabrikadan başlayıp 20 yılda 45 fabrikaya kadar çıkmış,<sup>78</sup> tek üretim çeşidinden binin üzerinde mamul ürüne doğru

<sup>74</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, “Tacir” < <https://sozluk.adalet.gov.tr/tacir> > s.e.t. 20.08.2020.

<sup>75</sup> İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed (1992), el-Muğni, Beyrut, Dâru'l-Fikr, C: 5, s. 135; Habergitiren, Ömer Faruk (2005), “İslam Hukuku’nda Sermaye ve Sermaye Hareketleri” (Doktora) Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 95-96.

<sup>76</sup> Kelebek, Mustafa (2015), İslam Vakıf Hukuku ve Sivas Dâru’ş-Şifâ Vakfıyesi, İstanbul, Ravza, s. 69; Kurt, İsmail (2020), “Şer’î Açından Vakıf ve Vakıfların Muhasebe Usulü”, İSAV, <[http://www.isav.org.tr/img/20131029\\_\\_506250263.pdf](http://www.isav.org.tr/img/20131029__506250263.pdf) > s.e.t. 15.08.2020.

<sup>77</sup> Koop.K, md. 1’de 5146 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle mümkün olabilmıştır. Mollaoglu, s. 110.

<sup>78</sup> Torku, “Kooperatifçilik Bizim İçin Seçenek Değil Mecburiyettir”, <<http://torku.com.tr/tr/haber/detay/10140/kooperatifcilik-bizim-icin-secenek-degil-mecb>> s.e.t. 20.08.2020; Torku “Tarihçe”, <<http://torku.com.tr/tr/icerik/detay/170/tarihce> > s.e.t. 20.08.2020.

genişleyerek “ulusal bir marka” ile de örnek bir çıkış sergilemiş ve tüm ortakların yararına bir sonuç meydana getirmiştir.<sup>79</sup>

### 5. Unvan Unsuru

Kooperatiflerin insan unsuru “ortak” veya “üye” sözcükleri ile ifade edildiği gibi kooperatifler kendisi için de genellikle “unvan” sözcüğü kullanılmakla birlikte “ad” sözcüğü de kullanılmıştır (Koop.K, md.2/3, 4/1, 85/3). Kurulan ortaklığın türünü göstermek üzere kooperatifin adı olarak da ifade edilebilecek olan unvanda “kooperatif” sözcüğünün yer alması zorunludur (TTK, md. 43).

Kooperatif unvanları genellikle “işletme konusu” ve “kooperatif” sözcüğünden oluşur. Kooperatifin konusu ve kooperatif sözcükleri unvanın çekirdek kısmını oluşturur. Unvanlarda çekirdek kısmı kullanıldıktan sonra ek kullanılması zorunlu değildir. Ek kullanıldığında unvanın bir parçası olur ve hukuki koruma altındadır.<sup>80</sup> Mesela, “Pak Evler (ek) Yapı Kooperatifi (çekirdek)” gibi. Unvanda işletme konusu yerine gerçek bir kişinin adı ve soyadı yer almamalıdır. Ek kısmında gerçek kişinin adı ve soyadı yer alması durumunda kooperatif kelimesi “Koop.” şeklinde kısaltılamaz (Koop.K, md.2/3, 4/1, 85/3). Ayrıca kooperatiflerin ve üst kuruluşlarının unvanlarında kamu kurum ve kuruluşlarının isimlerine yer verilemez.<sup>81</sup> Bu şart bir anlamda kooperatif şirketinin ayrıştırıcı unsurudur. Böylece unvanında “kooperatif” sözcüğü yer alan bütün kuruluşlar ilgili kanunun şartlarına tabi olur.

İslam hukuku açısından şirket unvanında ilgili şirket çeşidinin sözleşmeye yazılması şartı konulabilir. Bu uygulamanın benzerini “mufâvada” şirketinde görmek mümkündür. Mufâvada şirketinde sözleşme “mufâvada” sözcüğünün kullanılmasıyla ya da mufâvada içeriğini ifade eden lâfızla yapılma şartı vardır.<sup>82</sup> Mufâvada şirketi olarak kurulan ortaklık yapısı ilgili

<sup>79</sup> **Konya Şeker**, “Türkiye’nin Üreten Gücü”, <<http://www.konyaseker.com.tr/tr/icerik/detay/2113/konya-seker>> s.e.t. 20.08.2020.

<sup>80</sup> **Mollaoglu**, s. 123.

<sup>81</sup> **Poroy, Reha** (1991), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta, s. 216; **Mollaoglu**, s. 124.

<sup>82</sup> **Merginâni**, s. 4; **Serahsî**, s. 154.

şartlardan birini ya da bir kaçını yitirse “mufâvada şirketi niteliği”ni kaybeder.

Şirketlerin tamamında ortaklık temelinde ortak yönler olmakla beraber her şirket çeşidinin ayrıştırıcı özellikleri de bulunabilir. Bu ayrıştırıcı özelliği ifade eden sözcüğün bulunmaması muâmelatta anlaşmazlıklara yol açma potansiyeli taşıyorsa “ilgili şirketin kendine has özelliğini belirten ayrıştırıcı sözcüğün” şirket çeşidi olarak unvanda yer almasının İslam hukuku açısından şart koşulmasında şirket oluşumu için bir engel görülmemektedir. Özellikle böyle bir şart konularak ileride muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçilmiş olur.

## 6. Sermaye (Malvarlığı) Unsuru

Kooperatifin amacı, niteliği ve yapısı dikkate alındığında diğer ortaklık çeşitlerinden ayıran en önemli özelliğinin “değişir ortaklı” ve “değişir sermayeli” oluşu olduğu görülmektedir. Asıl unsur “insan” ve yardımcı unsur “sermaye” olarak varlığını sürdürmektedir. Sermayenin gerekli olduğu Kooperatifler Kanunu’ndaki tanımında yer alan “parasal katkı” (Koop.K., md. 1) ve “Kooperatife giren her şahıstan en az bir ortaklık payı alınması gerekir” ifadelerinden (Koop.K., md. 19) anlaşılmaktadır. Asıl unsuru “sermaye” olan şirketlerden farkı, az da olsa sermaye ve mutlaka “kişi”nin gerekli oluşudur. Dolayısı ile kooperatiflerde sermaye ikinci derecede önemli bir unsurdur. Kanun gereği, az da olsa ortakların parasal katkı yapmaları beklenmektedir. Bu durum, “iş gücü” ve “parasal katkı”, kooperatifin “kişisel” yönünü ve “sermayeyi” öngördüğünü kanıtlar.<sup>83</sup> Kooperatiflerde “sermaye”nin zorunlu bir unsur olmadığına dair ifade edilen görüşler<sup>84</sup> Kanun metni ve uygulama ile örtüşmemektedir.

Uygulamada kooperatif anasözleşmesine sermaye olarak kooperatifin kuruluşundaki üye sayısı ile kooperatif ortaklık pay değeri çarpılarak elde edilen rakam yazılır. Bu durumda sermaye, kooperatifin mal varlığının değerini ifade eder. Kooperatife para olarak “nakdî sermaye” ve mal olarak “aynî sermaye” getirilebilir. Sermaye şirketleri amaçlarına salt “sermaye”yi

<sup>83</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (2005), s. 949; Mollaoğlu, s. 127.

<sup>84</sup> Mollaoğlu, s. 124.



kullanarak ulaşmaya çalışırken kooperatifler de “yardımlaşma”, “dayanışma”, “parasal katkı” ve “kefalet”i kullanarak ulaşmaya çalışır. Yani hem sermaye hem de iş gücü birlikte aktif olarak kullanılmaktadır. Yapı kooperatifleri dışındaki diğer kooperatiflerde sermaye ve pay sayısı, ortak sayısı ile doğru orantılı olarak değişir. Sermayedeki bu değişken yapı onu anonim ortaklıklardan ayıran önemli özelliklerden biridir. Bu durumu ifade etmek üzere Kooperatifler Kanunu’nda “sermaye miktarı sınırlandırılarak kooperatif kurulamaz” hükmü getirilmiştir (Koop.K, md. 2/3). Kural olarak anonim ortaklıklarda “sermayenin belirliliği ve korunması ilkesi” gereği ortaklara şirketten çıkma hakkı kısıtlanmış, onun yerine serbest pay devri ilkesi benimsenmiştir. Kooperatiflerde ise kooperatife bilgi verilerek payların başkasına devri mümkündür, ancak ortaklık payları ve ortaklık senetleri serbest piyasada hisse senedi gibi satılamaz.<sup>85</sup>

Kooperatiflerin ortaklık sözleşmesinin “mal/sermaye” unsuru olarak değerlendirilen “ortaklaşa yardımlaşma içeren emek ve nakdi-ayni sermaye”si üzerine kurulabilme imkânı vardır. İslam şirketler hukuku kapsamında kurulacak bir şirketin konusu bakımından incelendiğine bir şirketin mal, emek veya itibar esası üzere kurulduğu görülmektedir.<sup>86</sup> İslam hukukunun doğuşundan itibaren isimli akitler kapsamında sadece emek üzere kurulan, sadece sermaye üzere kurulan ya da emek ve sermaye üzere kurulan ortaklık örnekleri mevcuttur. Şirket sözleşmesi çerçevesinde tarafların sadece emeklerini koyarak oluşturdukları “şirket-i a’*mâl*”, mallarını ortaya koyarak oluşturdukları “şirket-i emvâl” ve itibarlarını, ticari kredilerini ortaya koyarak oluşturdukları “şirket-i vucûh” geçmişten günümüze uygulama alanı bulmuştur. Ayrıca hem emeğin hem de sermayenin ortaya konulması sonucu “emek-sermaye ortaklığı” kapsamında kurulan “mudârabe”yi de örnek olarak verilebiliriz. Mudârabe şirketinde tarafların “emek” ve “sermayesi/malı” bir araya getirilmesine benzer bir şekilde kooperatifte de “ortakların tamamının emeği ve mali katkısı”nın bir araya getirilmesi söz konusudur.<sup>87</sup> Dolayısı ile

<sup>85</sup> Mollaoğlu, s. 127.

<sup>86</sup> Emvâl şirketi, A’*mâl* şirketi ve Ebdân şirketi (Zuhaylî, s. 796-803; Gözübenli, Beşir (2010), “Şirket”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, TDV, C: 39, s. 199.

<sup>87</sup> Zuhaylî, s. 836-837; Gözübenli, s. 199-200.

kooperatifte konusu bakımından yardımlaşmaya dayalı olarak “ortakların emeği” ve “mal” üzere kurulu bir ortaklık şekli söz konusudur. İslam hukuku açısından böyle bir ortaklığın meşru bir işletme konusu olması şartıyla kurulmasında bir sakınca görülmemektedir. Ancak şirket “yardımlaşmaya dayalı ortakların emeği ve mal” üzere kurulmakla beraber garar, cehâlet, ribâ ve kumar gibi özellikleri taşıyacak şekilde kurulması halinde İslam hukuku açısından caiz görülmez.<sup>88</sup>

### 7. Eşitlik ve Demokratik Yönetim Unsuru

Kooperatifler Kanunu'nun kabul ettiği esaslara göre ortaklar hak ve vebelerde eşittir (Koop.K, md. 23). Bu eşitlik “*mutlak*” ve “*nisbi*” olmak üzere iki şekilde değerlendirilebilir.

*Mutlak eşitlik*, kooperatiflerde ortakların yaptıkları katkı payına ve sermaye katılım payına bakılmaksızın her ortağın eşit olması anlamına gelir. Bu kapsamda her ortağın sadece bir oy hakkı vardır (Koop.K, md. 48). Aynı koşullardaki ortakların hepsi aynı hak ve borçlara sahip olup kurallar herkese aynı şekilde uygulanır.<sup>89</sup> Bu yönüyle diğer şirketlerden ayrılmaktadır. Sermaye şirketlerinde her pay bir oy hakkına karşılık geldiği için pay senetlerinin yarısından fazlasına sahip olan kimse şirketin yönetimine tek başına sahip olabilir. Ancak bazı kararların alınması ağırlaştırılmış nisaplara tabidir. Bu durum kooperatiflerde söz konusu değildir.

*Nisbi eşitlik ise*, ortakların kooperatif ile olan ilişki düzeylerine göre, her ortağın yaptığı iş ve işlemin ayrı ayrı değerlendirilerek hesaplanması demektir (Koop.K, md. 38). Yani her ortak kooperatifle olan ilişkisi nispetinde, farklı durumları göz önüne alınarak belirli bir ölçüye göre menfaat elde eder.<sup>90</sup> Mesela ortağın; bir tüketim kooperatifinde alış-veriş yapması, motorlu taşıtlar kooperatifinde taşıma yapması, tarım satış kooperatifinde ürün teslim etmesi ile doğru orantılı olarak olumlu gelir farkından faydalanır.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Karaman, Hayrettin (2012), İş ve Ticaret İlmihali, İstanbul, İz, s. 231; Beşer, s. 226; Yaman/Çalış, s. 292-296.

<sup>89</sup> Mollaoğlu, s. 131.

<sup>90</sup> Üstün/Aydın, s. 122-123.

<sup>91</sup> Üstün/Aydın, s.130-131.

Kooperatiflerde yönetenler ve yönetilenler şeklinde bir sınıflandırma söz konusu değildir. Kooperatif ortakları yöneticileri seçebilir, seçilmiş olan yöneticileri eleştirebilir ve hatta onların değiştirilmesini sağlayabilir.

İslam hukuku açısından; ortakların yaptıkları katkı payına ve sermaye katılım payına bakılmaksızın her ortağın eşit olması, her ortağın sadece bir oy hakkının olması ve ortaklık menfaatinden kooperatifle olan ilişkisi nispetinde belirli bir ölçüye göre faydalanması şartı ile bir şirket kurulmasında bir sakınca görülmemektedir. Mufâvada şirketinde “mufâvada” sözcüğü zikredilerek daha başlangıçta bu şirket çeşidinin şartlarının taraflarca kabul edilmesi gibi kooperatif şirketinde de “kooperatif” sözcüğünün unvanda yer alması şart koşularak taraflar ilgili kanundaki şartları kabul etmiş sayılır. Böylece bu şirket ile ortaklık kurulmuş olur. Kooperatifin temel unsurlarından biri olarak şirketin ortaklar arasından seçilen bir heyet tarafından yönetilmesi mümkündür.

Kooperatif unsurları açısından genel olarak değerlendirildiğinde İslam hukukuna göre bir problem görülmemektedir. Yukarıdaki unsurları çerçevesinde; kâr amacı öne çıkmaksızın, “karşılıklı yardımlaşma, kefalet ve beraberinde ortakların menfaati” önceliklenerek risk-menfaat paylaşımı esası üzere kurulu; gönüllü ve herkese açık; gerçek ve tüzel kişilerin ortak olabildiği; tüzel kişiliği haiz; unvanda “kooperatif” sözcüğünü geçmesinin zorunlu olduğu; değişir ortaklı ve değişir sermayeli olarak her ortağın yönetimde eşit haklara sahip olduğu (mutlak eşitlik), ortakların kooperatif ile olan ilişki düzeylerine göre, her ortağın yaptığı iş ve işlemin ayrı ayrı değerlendirilip hesaplanarak menfaat elde ettiği (nisbi eşitlik) ilkeleri benimseyen bir ortaklık sözleşmesi mümkündür. Aşağıda ise böyle bir ortaklığı İslam hukukuna göre kuruluş ve sıhhat şartları açısından değerlendirmeye çalışacağız.

## **B. KOOPERATİF ORTAKLIĞININ AKDİN KURULUŞ VE SİHHAT ŞARTLARI AÇISINDAN TAHLİLİ**

Pozitif hukuk çerçevesinde kooperatif ilkeleri İslam hukuku ile ilişkilendirilerek incelendiğinde uygun görülmele beraber uygulamadaki kooperatif ortaklığının İslam akit teorisi kapsamında akdin kuruluş ve sıhhat şartları bakımından da tahlil edilmesi gereklidir. Zira gerekli ilkeleri taşımasına rağmen bir sözleşme kuruluş ve sıhhat şartlarında eksiklik taşıyorsa

İslam hukuku açısından batıl ya da fasit olarak nitelendirilir ve uygulama alanı bulamaz.

*Akđin kuruluş (in'ikâd) şartları açısından ele aldığımızda;* Kooperatifin tarafları, kooperatif ortakları, gerçek ve tüzel kişiler olarak sözleşme ehliyetini kazanmış kişilerdir. Yukarıda “tüzel kişi” unsurunda açıklandığı üzere hak ve fiil ehliyetini haiz gerçek ve tüzel kişilerin ortaklık tarafları olarak yer alması İslam hukuku açısından uygundur.

Kooperatifin konusu; tarafların ortaklık işletme konusu ile ilgili olarak ortaya koydukları iş gücü/emek, sermaye ve karşılıklı kefilliktir. Bunların ayrı ayrı ya da hepsi bir arada sözleşme konusu olması mümkündür. Ancak kooperatifin unvanında belirtilen “*işletme konusu*” İslam hukukunun uygun gördüğü meşru işletmelerden olmakla sınırlıdır. Örneğin “domuz ürünleri” üzerine kurulan bir işletme ya da “İslam hukukunun gayrimeşru saydığı iş ve işlemlerin yapıldığı bir tatil köyü işletmeciliği” üzerine kurulan bir kooperatif uygun görülmez.

Konuya tarafların rızası (icab-kabul) açısından bakıldığında ise, kooperatif anasözleşmesi yazılı bir irade beyanı ile gerçekleşmekte, örneğin bir kişi, kurulmuş olan bir kooperatife, anasözleşmenin ortaklar için öngördüğü şartları, hak ve borçları kabul ettiğini beyan etmek (icab) ve bu talep ortaklık yönetimi tarafından kabul edilmekle (kabul) ortak sıfatını kazanır. Kooperatiflerin kuruluşu bakımından bu konuda bir problem görülmemektedir.

Kooperatif ortaklığında sadece karşılıklı kefillikten kaynaklanan bir risk paylaşımı söz konusu olmayıp aynı zamanda ortakların kendi aralarında seçtikleri kooperatif yönetimi, iş gücü/emek ve finansal katkı da söz konusu olduğu için geleneksel/yerleşik şirket yapısından farklıdır.

*Kooperatif ortaklığını akđin sıhhat şartları (ikrah, cehâlet, garar ve fasit şart) açısından incelediğimizde;* gönüllülük esası üzere kurulan ve ortakların hür iradeleri ile gerçekleşen bir sözleşme olduğunda dolayı “ikrah” ile maluliyet söz konusu değildir.

Kooperatif anasözleşmesi çerçevesinde ortaklar; iş gücü, belirli bir parasal katkı ve ortaya çıkan risklere karşı tazmin sorumluluğunu (birbirlerine

kefil olma mükellefiyetini) ortaya koymaktadırlar. Dolayısı ile akdin konusu ve bedeli bakımından bir “*bilinmezlik*” (*cehâlet*) söz konusu değildir. Kooperatif sözleşmesinin emek-sermaye ve kefaletten mürekkep bir yapısı vardır. Anasözleşmede aksine bir şart kabul etmedikçe ortakların sorumluluğu sadece ortaklık payı oranıyla sınırlıdır. Ancak kooperatif ortaklarının daha fazla sorumluluk almak istemeleri halinde anasözleşmede açıkça belirtmek şartıyla kanunda (Koop.K. md. 51, 52) düzenlenmiş olan sınırsız sorumluluk kapsamında mal varlıklarının tamamı ile sorumlu olacakları tazmin sorumluluğunu da üstlenebilirler.<sup>92</sup> Netice olarak bir “*cehalet*” söz konusu değildir.

Bu sözleşmede “*garar*” yani ortaklar için haksız kazanca yol açacak ölçüde kapalılık açısından incelendiğinde, “*sınırlı*” ve “*sınırsız*” sorumluluk göz önüne alınarak iki durum söz konusudur. “*Sınırlı sorumluluk*” durumunda ortakların yapacakları mali katkıların sınırları belirlenmiştir ve sorumlulukları taahhüt ettikleri paylarla doğru orantılıdır. Yani zarar olduğunda her ortak taahhüt ettiği paylar oranında sorumludur. Bu durumda tarafları anlaşmazlığa ve husumete götürecek seviyede bir belirsizlik söz konusu değildir. Kooperatif anasözleşmesini “*sınırsız sorumluluk*” şartı ile de kurmuş olsa da “haksız kazanca yol açacak ve tarafları anlaşmazlığa götürecek ölçüde kapalılık”tan söz etme imkânı yoktur. Zira, “*mutlak kefâlet*”te sınır belirtmeksizin kefil olunabildiği gibi<sup>93</sup> burada da zarara gerçekleştiğinde herhangi bir sınır koymaksızın zarara müşterek kefâlet söz konusu olmaktadır. Kişi hür iradesi ile tüm mal varlığı ile kefil olma iradesini gösterebilir. Zarar gerçekleştiğinde ortak, payına düşen zarardan tüm mal varlığı ile sorumlu olur. Bu durumda, tazmin edilecek miktar “âkile” sisteminde olduğu gibi, risk paylaşımı ile kabul edilebilir sınırlarda kalmaktadır ve taraflar menfaatle ortak oldukları gibi zararda da ortak olmak açısından eşittirler.

<sup>92</sup> Mollaoğlu, s. 72-86.

<sup>93</sup> Kahraman, Abdullah (2008), İslam Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı, İstanbul, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, s. 176; Karaman, Hayrettin (2013), Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, İz, C: 2, s. 536.

Kooperatif sözleşmesinde kumar özelliği de yoktur, zira kumarda bir taraf kazanıyorken diğer tarafın kaybetmesi üzerine kurulu bir risk düzeni vardır. Ancak kooperatifte tüm tarafların menfaatte ve riskte ortak paylaşımı esastır.

Kooperatif sözleşmesini *fasit şart* açısından incelediğimizde; İslam hukukunun meşru saydığı konularda olmak kaydıyla kooperatif sözleşmesinin taraflarından sadece bir kısmına yarar sağlayan, bedellerin belirsizliği sebebiyle anlaşmazlığa sebep olan, hukuk düzeninin yasakladığı bir şey içeren, sözleşmenin içeriğine ve amaçlarına, yerleşik uygulamalara aykırılık taşıyan şartlara rastlamamaktayız. Faiz yasağı açısından incelendiğinde ise, bedeller iki ayrı cins olan mali katkı ile tazmin arasında olduğu için cins birliğinden kaynaklanacak faiz (ribâ) ihtimâlinde söz edilemez.<sup>94</sup>

İslam hukuku açısından kooperatiflerin unsurları, kuruluş ve sıhhat şartlarını tahlilinin yanında muâvazalı oluşu ve bağlayıcılığı açısından da tahliline ihtiyaç vardır. Zira bazı İslam hukukçuları tarafından özellikle ticari olarak işletilen sigorta kooperatiflerinin garar, cehâlet ve kumar gerekçesi ile İslam hukukuna uygun olmadığı ifade edilmektedir. Ancak bu kooperatifler ticari olmaktan çıkıp yardımlaşma ve teberra amaçlı olursa caiz görülmüştür. Kooperatifleri muâvza niteliği ve bağlayıcılık açısından aşağıdaki şekilde tahlil edebiliriz.

### C. KOOPERATİFTE MUÂVAZA NİTELİĞİ VE BAĞLAYICILIK

Kooperatif, karşılıklı bedellerin ödendiği (ivazlı) bir sözleşme üzerine kurulmaktadır. Zira taraflar sözleşme gereği, emeklerini ve mali ödemeleri ortaya koymalarının yanında birbirlerinin kefil olma sorumluluğunu da üstlenmektedirler. Olumlu gelir-gider farkından belirli bir ölçüye göre tüm ortaklar menfaat elde ettiği gibi “olumsuz gelir gider farkı” da ortağa düşen pay hesap edilerek kedisine yapılacak iadedden düşülür. Menfaatte paylaşım olduğu gibi zararda tüm ortaklar dayanışmanın gereği olarak kooperatif kapsamında gerçekleşen zararı tazmin etmiş olurlar.

Sözleşme yapıldığı andan itibaren aidat ödeme, yardımlaşma-emek ve kooperatifin olumsuz gelir gider farkını karşılamak üzere kefillik söz

<sup>94</sup> Hacak (2006), s. 40.

konusudur. Kooperatif üyesi, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme konusu ile sınırlı olmak üzere kooperatifin himayesi altındadır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu çerçevesinde düşündüğümüzde ortaklar karşılıklı olarak üstlendikleri risk paylaşımı yanında meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılama imkânına da kavuşmaktadırlar. Dolayısı ile tarafların kooperatif için ortaya koydukları her şeyi teberru olarak değerlendirmek mümkün değildir. Karşılıklı risk dağılımı içinde taraflar menfaatlerini elde etmektedir.

Garanti vermek ve garanti almak bir menfaat olarak değerlendirildiğinde aslında katılımcıların tamamı güvenceye kavuştukları için bu menfaatten faydalanmaktadır. Kooperatif, risk paylaşımını da içeren bir sözleşme statüsünde olduğu ve sözleşmenin tarafları bunu başlangıçta kabul ettiği için sözleşmenin imzalanması ile birlikte tarafların karşılıklı borçlarının doğduğunu düşünebiliriz.

Karşılıklı bedelleri, örnek bir kooperatif ortağı üzerinden aşağıdaki şekilde gösterebiliriz.

Kooperatif ortağı:

- Yardımlaşarak belirli bir emek, iş gücü ortaya koyar,
- Sözleşme gereği belirli bir parasal katkı sunar,
- Zarar oluştuğunda payı oranında kefildir.
- “Olumsuz gelir gider farkı” için payına düşen hesap edilerek kedisine yapılacak iadedden düşülür.

Bu verdiklerine karşılık olarak:

- Meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılar,
- Emeği nispetinde bir ölçüye göre olumlu gelir-gider farkı alabilir, ortak dışı işlem yapıldığında<sup>95</sup> elde edilen kârdan sermaye payları oranında alabilme imkânı vardır,
- Kooperatifin işletme konusu ile ilgili işlerde daha uygun şartlarda ihtiyaçlarını karşılar (üretim, tüketim, işletme, vd.)

---

<sup>95</sup> Üstün/Aydın, s. 455-457.

Buna göre kooperatifteki mübadele bir miktar parasal katkı ve emek katkısı ile kooperatif himâyesi (zararın telafisi) anlamındaki damân arasında görülebilir. Bu açıdan sigorta ile benzeştiği görülmektedir. Günümüz sigorta hukukunda (TTK, md. 1401-1520) sigorta akdinde mübadele edilen şeylerin, prim ile sigorta himâyesi (sigorta tazminatı) olduğu kabul edilmektedir<sup>96</sup> Kooperatifte ise ortak; verdiği parasal katkı, emek ve kefillik karşılığında belirli ekonomik menfaatleri, meslek veya geçimine ait ihtiyaçlarını almayı ve kooperatifin himayesini beklemektedir.

İslam âleminde kooperatiflerle ilgili tartışmalar çoğunlukla “sigorta kooperatifleri” üzerinden yürütülmüştür. Yardımlaşmaya dayalı bir yapıda ve tam bir karşılıklı kefillik söz konusu olduğu için ortakların verdiği katkılar “teberru” olarak değerlendirilip cevaz verme yoluna gidilmiştir.<sup>97</sup> Ancak bu yorum yukarıda ifade edildiği üzere pratik uygulamadaki durum ile örtüşmemektedir.

*Kooperatif ortaklarının akitten kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirme yükümlülüğü (bağlayıcılık) açısından incelendiğinde;* sözleşmenin taraflarını karşılıklı mükellefiyet altına sokan, yazılı irade beyanı ile kurulan, ivazlı bir sözleşme olması sebebiyle bağlayıcıdır. Zira taraflar bağlayıcılığını kabul ederek yazılı rıza beyanında bulunmuşlardır. İslam hukukunun iki temel kaynağı (Kitap ve Sünnet) tarafların hür iradeleri ile kabul üzere kurulan sözleşmelere riayet etmeyi emreder. Kur’ân’da “Ey iman edenler, sözleşmelerinizi yerine getirin”<sup>98</sup> buyrulmaktadır. Hz. Peygamber (sav) de “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar”<sup>99</sup> hadisi ile sözleşmenin şartlarına riayet edilmesi emredilmektedir. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye bu emri “*bi-kaderi'l-*

<sup>96</sup> **Hacak** (2006), s. 40; **Günay, Barış** (2020), Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin s. 54-55.

<sup>97</sup> **Dalgın** (2009), s. 163.

<sup>98</sup> Mâide, 5/1.

<sup>99</sup> **Buhâri**, “İcâre”, 14; **Ebü Dâvûd Süleyman b. Eş’as es-Sicistânî** (1981), es-Sünen, İstanbul, Çağrı, “Kazâ”, 12; **Tirmizi, Muhammed b. İsa b. Serve b. Musâ** (1992), es-Sünen, İstanbul, Çağrı, “Ahkâm”, 17.



*imkân şarta mürâat olunmak lâzım gelir*” şeklinde ilke haline getirerek “*hukuken muteber olan şart*”ın gözetilmesi gereğine dikkat çekmiştir.<sup>100</sup>

İslam hukuku akit teorisi açısından bakıldığında “şirket akdinin bağlayıcı olmadığı” yönünde görüşler<sup>101</sup> olmakla birlikte taraflar için muâvazalı bir akit konumunda değerlendirdiğimiz kooperatif şirketinin bağlayıcı olduğu görüşünü tercih ediyoruz. Zira taraflar karşılıklı sorumluluk altına sokan bir sözleşme söz konusudur. Kooperatifte taraflar, birbirlerine karşı belirli mükellefiyetleri şart koşarak bir sözleşme yapmaktadırlar.

## V. KOOPERATİF, TEKÂFÜL VE KONVANSİYONEL SİGORTA FARKI

Tekâfül, belirli risklerle karşı karşıya kalan kişilerin bu riskler gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak zararın tazmin edilmesi üzerine yapılan bir anlaşmadır. İşleyişinde tekâfül sigortalı kişiler teberru mükellefiyeti ile katkı payı öderler. Tekâfül sigortalılarının karşılaştıkları riskler (zararlar) bu teberru fonundan karşılanır. Bu fonun yönetimi sigortalılar arasından seçilen bir kurul ya da ücret karşılığı iş ve işlemleri yapan bir anonim şirket tarafından gerçekleştirilir.<sup>102</sup> Kooperatif ise yukarıda açıklandığı üzere ivazlı bir sözleşmedir ve katılımcılar tam bir karşılıklılık içinde riskleri paylaşırlar. Yönetim de kooperatif ortakları arasından seçilen bir kurul tarafından gerçekleştirilir.

Konvansiyonel sigorta, sigorta işleminden kazanç sağlamayı amaçlayan ivazlı bir sözleşmedir (TTK, md. 1401) ve bir sigorta şirketi üzerinden sigortalıların karşılaştıkları riskler (zararlar) şirket tarafından karşılandıktan sonra artan kısım şirket kârı olarak değerlendirilir.<sup>103</sup> Ayrıca kooperatifte var

<sup>100</sup> Mecelle, md. 83.

<sup>101</sup> Bu konuda bk. **Ceylan, Hadi** (2017), “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı” (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 187-188; **Ceylan, Hadi** (2018), “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığının (Lüzûm) Mahiyeti”, Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 19, s. 201-215.

<sup>102</sup> **AAOIFI**, s. 666.

<sup>103</sup> TTK, md. 1263; **AAOIFI**, **AAOIFI**, s. 666-685; **Seyyid Muhammed Takiyyü'l-Hakim**, s. 279.

olan karşılıklı yardım ve iş gücü-emek paylaşımı da yoktur. Yönetim şirket tarafından sağlanır ve sigortalı kişilerin katılımı söz konusu değildir.<sup>104</sup> Kooperatiflerde ise paydaşlardan birinin belirli bir rizikonun gerçekleşmesi halinde doğacak zararını tazmini içeren karşılıklı bir sigorta söz konusudur (TTK, md. 1402) ve şirketi ortaklar yönetir.

Netice olarak zararın tazmin edilmesi konusu; kooperatif, tekâfül ve konvansiyonel sigortada ortak payda olmakla beraber her üç ortaklık da işlem ve kapsam olarak birbirlerinden farklı özelliklere sahiptir.

## VI. HUKUKİ DÜZENLEMLERİNDE İSLAM HUKUKUNDAN ESİNLENEN ÜLKELERDE KOOPERATİF İLE İLGİLİ DÜZENLEME ve PRATİKLER

Konumuza ışık tutması bakımından, ülke isminin başında “İslam” nitelenmesi buluna ya da hukuk kurallarını düzenlerken İslam hukuku esaslarından faydalanmaya çalışan Müslüman ülkelerden bazılarının kooperatif ile ilgili hukuki düzenleme ve pratiklerini özetle aşağıdaki şekilde ifade edebiliriz.

Suudi Arabistan’da kooperatif ile ilgili yasal düzenleme 1962 yılında yapılmıştır.<sup>105</sup> Suudi Arabistan Kooperatif Toplulukları Konseyi ise 2008 yılında kurulmuş olup<sup>106</sup> günümüzde Çalışma ve Sosyal Kalkınma Bakanlığına bağlı olarak 233 kooperatif birliği, faaliyet göstermektedir.<sup>107</sup>

İran İslam Cumhuriyetinde 1979 Devrimi’nden sonra kooperatif ülke Anayasasında yerini almış olup kooperatif işlerinin yürütülmesi ve

<sup>104</sup> AAOIFI, s. 666.

<sup>105</sup> **International Labour Organization (ILO)** “Saudi Arabia”, [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=32330&p\\_country=SAU&p\\_count=88&p\\_classification=11&p\\_classcount=2](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=32330&p_country=SAU&p_count=88&p_classification=11&p_classcount=2) s.e.t. 08.12.2020.

<sup>106</sup> **International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)**, “Saudi Arabia”, [http://icaap.coop/AboutUs/co-operative-societies-council-csc#:~:text=Cooperative%20Societies%20Council%20\(CSC\)%20has,and%20technical%20capabilities%2C%20and%20establish](http://icaap.coop/AboutUs/co-operative-societies-council-csc#:~:text=Cooperative%20Societies%20Council%20(CSC)%20has,and%20technical%20capabilities%2C%20and%20establish) s.e.t. 08.12.2020.

<sup>107</sup> **Saudi Gazette** “233 cooperative societies all over KSA”, <https://saudigazette.com.sa/article/544098> s.e.t. 08.12.2020.

denetlenmesinden sorumlu olarak “Kooperatifler Bakanlığı” 1991 yılında kurulmuştur.<sup>108</sup> Daha sonra bu bakanlık 2011 yılında Çalışma Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile birleştirilmiş ve halen “Kooperatif, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı” adı altında görevini devam ettirmektedir.<sup>109</sup> İran ekonomisinde 120'den fazla sektör ve alt sektörlerinde 93 binden fazla kooperatif sayısı 9,5 milyondan fazla üye sayısı ile ülke nüfusun yaklaşık %12'si bir kooperatife üyedir.<sup>110</sup>

Malezya'ya kooperatif ile ilk defa 1922 yılında İngiliz sömürge hâkimiyeti zamanında tanışmıştır.<sup>111</sup> Zamanla gelişerek 1971'de Angkatan Kerjasama Kebangsaan Malaysia Berhad (ANGKASA) resmen “ulusal birlik” olarak tescil edilmiş, sonraki yıllarda Malezya'da birleşik ve zorlu bir kooperatif hareketi başlamıştır. 1993 yılında yeni Kooperatif Yasası'nın onaylanmasıyla ANGKASA, ulusal ve uluslararası kooperatif hareketini temsil etmesi için Malezya hükümeti tarafından resmen tanınmıştır. İslami kooperatiflerle ilgili yapılan ana düzenleme 1993 yılında başlamış olup daha sonra 2007 yılında ve 2016 yılında değişiklikler yapılmış olmasına rağmen tamamen İslam hukukuna uygun olarak da yorumlanmamaktadır.<sup>112</sup> 2019

<sup>108</sup> **Iran Chamber of Cooperatives** “Iran”, <<https://www.iccoop.ir/Iran-ICC>> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>109</sup> **International Labour Organization (ILO)** “Act on Cooperative Sector of Economy of the Islamic Republic of Iran (with Amendments)”, <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/91867/119814/F577166946/IRN91867%20Eng.pdf>> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>110</sup> **International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)** “Cooperatives in Iran”, <[http://icaap.coop/sites/ica-ap.coop/files/2020%20Iran%20Country%20Snapshot\\_0.pdf](http://icaap.coop/sites/ica-ap.coop/files/2020%20Iran%20Country%20Snapshot_0.pdf)> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>111</sup> **International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)** “The Malaysian Co-operative Movement”, <<https://www.ica.coop/en/malaysian-co-operative-movement#:~:text=Formation%20of%20Angkasa,establish%20a%20national%20cooperative%20union.&text=With%20the%20approval%20of%20the,operative%20movement%20nationally%20and%20internationally>> 08.12.2020.

<sup>112</sup> **Issyam, Muhammad/ Hasan, Rusni bt/ Alhabshi, Syed Musa** (2016), “Shariah Governance Framework For Islamic Co-Operatives As An Integral Social Insitution In Malaysia”, Intellectual Discourse, <<https://journals.iium.edu.my/intdiscourse/index.php/id/article/view/930/676>> s.e.t. 08.12.2020.

verilerine göre 14 binden fazla kooperatif sayısı, 6 milyondan fazla üye sayısı ve 5,95 milyar ABD Doları yıllık cirosu ile gelişimini devam ettirmektedir.<sup>113</sup>

Endonezya'da kooperatif ile ilk defa 1896'da Hollanda sömürge hâkimiyeti zamanında tanışmıştır. 1945'te Endonezya anayasasına girmiş, 1947'de Endonezya Kooperatif Konseyi (DEKOPIN) kurulmuştur. Kooperatiflere dair işlemler ve denetimler 1992 yılında kabul edilen yasaya göre yapılmaktadır.<sup>114</sup> 212 binden fazla kayıtlı kooperatifi bulunan Endonezya'da ülke nüfusunun yaklaşık % 15'i bir kooperatife üyedir.<sup>115</sup>

Pakistan da Malezya ve Endonezya'da olduğu gibi kooperatif hareketi ile sömürge hâkimiyeti döneminde tanışmış olup kooperatiflere temel teşkil eden hukuki düzenleme 1925 yılındaki "kooperatif Birlikleri Yasası" ile yapılmıştır. Ülke 1947 yılında özgürlüğünü kazandıktan sonra bu alandaki düzenlemeler eyaletlere (Pencap, Sind, vd.) göre farklı içeriklerle gelişerek devam etmiştir.<sup>116</sup> Günümüzde Pakistan'da 8 binden fazla kooperatif ve 26 milyondan fazla kooperatif üyesi vardır.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> **International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)** "Cooperatives in Malaysia" <<https://icaap.coop/sites/ica-ap.coop/files/2019%20Malaysia%20country%20snapshot.pdf>> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>114</sup> **International Labour Organization (ILO)** "Statistics on Cooperatives Country in Focus: Indonesia", <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---coop/documents/publication/wcms\\_626174.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---coop/documents/publication/wcms_626174.pdf)> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>115</sup> **Azhari/ Syechalad, Mohd Nur/ Hasan, Ishak/ Abd. Majid, M. Shabri**, "The Role of Cooperative in the Indonesian Economy", International Journal of Humanities and Social Science Invention, <[https://www.researchgate.net/profile/M\\_Shabri\\_Abd\\_Majid/publication/322143870\\_The\\_Role\\_of\\_Cooperative\\_in\\_the\\_Indonesian\\_Economy/links/5d586b11a6fdccb7dc457278/The-Role-of-Cooperative-in-the-Indonesian-Economy.pdf](https://www.researchgate.net/profile/M_Shabri_Abd_Majid/publication/322143870_The_Role_of_Cooperative_in_the_Indonesian_Economy/links/5d586b11a6fdccb7dc457278/The-Role-of-Cooperative-in-the-Indonesian-Economy.pdf)> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>116</sup> **Cooperation Department Government of Sindh** "Introduction of Department", <<https://sindh.gov.pk/dpt/Cooperation/index.htm>> s.e.t. 08.12.2020; **Cooperatives Department Government of The Punjab** "Legal Framework", <[https://cooperatives.punjab.gov.pk/legal\\_framework](https://cooperatives.punjab.gov.pk/legal_framework)> s.e.t. 08.12.2020.

<sup>117</sup> **Cooperative Housing International (CHI)** "The Co-operative Housing Movement", <<https://www.housinginternational.coop/co-ops/pakistan/>>

Yukarıda örneklerini verdiğimiz Müslüman ülkelerin tamamında Batı ülkelerinde ortaya çıkan kooperatif hareketinden etkilenerek hukuki düzenleme ve pratik yaptıkları gözlemlenmektedir.

## SONUÇ

Kooperatiflerin tarihi arka planı, gelişimi ve işleyişi incelendiğinde toplumların dayanışma ve risk paylaşımı ihtiyacından neşet ettikleri görülmektedir. Her toplum kendi siyasi yönetim anlayışına göre hukuki düzenlemeler yaparak kooperatif şirketlerine yer vermiştir. Ancak dünyada uygulama alanı bulan bütün kooperatiflerde ortak hareket noktasının, aynı amaç birliği içinde yer alan kişilerin birbirleri ile yardımlaşmak, dayanışmak ve karşılıklı kefalet amacı çerçevesinde yaptıkları bir sözleşme ile bir araya gelmesi olduğu söylenebilir.

Hukukta ticari ya da sosyal bir topluluğun yerinin belirlenmesi ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde büyük önem arz etmektedir. Kuruluşların kendilerine özel yasa ve statüleri ile tüm problemlere çözüm bulmak her zaman mümkün olmayabilir. Ortaklık hakkındaki meselelerin çözümlerinde önce özel hükümler ve her türlü ortaklık çeşidi için genel hükümler, nihayet öğretisi ve Yargıtay kararları ile de uyumlu olan ilkeler belirlenmiştir.

Kooperatiflerin hukuki niteliği günümüz hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Hem şirket özellikleri göstermesi hem de dernek ve sendikalar gibi kâr amacı gütmeyen dayanışma örgütlerinin özelliklerini göstermesi bakımından kooperatifler kendine has özellikleri olan (sui generis) bir birlik yapısı olarak nitelendirilmiştir. Türk hukuk mevzuatında şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri içinde sayılmayan kooperatifler kendine has özellikleri göz önünde bulundurularak ticari şirketler içinde sayılmıştır.

İslam hukuku açısından kooperatifler; kendine has yapısı olan (sui generis), isimsiz, ivazlı sözleşme kapsamında kurulan bir akit şirketi olarak nitelendirilebilir. İslam hukukuna göre; Kooperatifler Kanununda tanımlandığı şekliyle bir anasözleşme çerçevesinde ortaklar ve kooperatifin birbiriyle karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve kefaleti esasına dayanan; kural olarak serbest katılım ve çıkma imkânı olan; kişi unsuru birinci sırada, pay ikinci sırada olan; unvanında “kooperatif” sözcüğünün bulunma zorunluluğu

bulunan; sermayenin zorunlu bir unsur olmayıp araç niteliğinde bulunduğu; ortakların yaptıkları katkı payına ve sermaye katılım payına bakılmaksızın yönetimde her ortağın sadece bir oy hakkının olduğu mutlak eşitlik ve ortakların kooperatifle olan ilişkisi nispetinde, farklı durumları göz önüne alınarak belirli bir ölçüye göre menfaat elde edebildiği nisbi eşitlik özelliklerini haiz bir tüzel kişilik olarak kooperatif ortaklığı kurmak mümkündür. Kooperatifler kanunundaki şeklinin dışında aynı ilkeleri benimseyerek bu ortaklık, unvanında “kooperatif” sözcüğü zorunluluğu olmadan da kurulabilir. Ancak bu ortaklıklara dair oluşturulan anasözleşme özellikle garar, riba, cehâlet, kumar gibi özellikleri taşımayacak şekilde kurgulanmalı ve İslam akit teorisi kapsamındaki sabit ilke, hüküm ve değerlerle örtüşmelidir.

## KAYNAKÇA

- AAOIFI**, The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions Shari'ah Standards (2015), Bahryen, Dar AlMaiman (Çeviren: Sabahattin Zaim Üniversitesi (2018), Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu Faizsiz Finans Standartları 2015, İstanbul, TKBB).
- Ahmet Cevdet Paşa** (1985), Açıklamalı Mecelle, (Metin ve Açıklamaları Kontrol Eden: Ali Himmet Berki), İstanbul, Hikmet.
- Aktan, Hamza** (1989), “Âkile”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, TDV, C: 2, s. 248-249.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet** (2020), Şirketler Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Seçkin yayınları, 2. Baskı.
- Azhari/ Syechalad, Mohd Nur/ Hasan, Ishak/ Abd. Majid, M. Shabri**, “The Role of Cooperative in the Indonesian Economy”, International Journal of Humanities and Social Science Invention, <[https://www.researchgate.net/profile/M\\_Shabri\\_Abd\\_Majid/publication/322143870\\_The\\_Role\\_of\\_Cooperative\\_in\\_the\\_Indonesian\\_Economy/links/5d586b11a6fdccb7dc457278/The-Role-of-Cooperative-in-the-Indonesian-Economy.pdf](https://www.researchgate.net/profile/M_Shabri_Abd_Majid/publication/322143870_The_Role_of_Cooperative_in_the_Indonesian_Economy/links/5d586b11a6fdccb7dc457278/The-Role-of-Cooperative-in-the-Indonesian-Economy.pdf)> s.e.t. 08.12.2020.
- Bayyigit, Mehmet** (Editör) (1997), 1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi – 1996, “Sigorta Sonuç Bildirisi”, <<http://www.islamticarethukuku.org/pageflip/magazine.php?no=6>> s.e.t. 10.08.2020.
- Bayyigit, Mehmet** (Editör) (2016), 2. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi - 2015, “Sigorta Sonuç Bildirisi”, <<http://www.islamticarethukuku.org/sigorta-oturumu-sonuc-bildirisi-70h.htm>> s.e.t. 10.08.2020.
- Beşer, Faruk** (1988), İslam'da Sosyal Güvenlik, İstanbul, Sehâ Neşriyat, 1988.
- Bilgin, Necdet/Şaban, Tanıyıcı** (2008), “Türkiye’de Kooperatif Ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”.Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İİF Dergisi, C: 10, S: 15, s. 136-159.

- Bilmen, Ömer Nasuhi** (t.y.), *Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen.
- Buhârî, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail** (1992) *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul, Çağrı.
- Ceylan, Hadi** (2017), “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı” (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ceylan, Hadi** (2018), “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığının (Lüzûm) Mahiyeti”, *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C: 9, S: 19, s. 201-215.
- Cooperation Department Government of Sindh** “Introduction of Department”, <<https://sindh.gov.pk/dpt/Cooperation/index.htm>> s.e.t. 08.12.2020.
- Cooperative Housing International (CHI)** “The Co-operative Housing Movement”, <https://www.housinginternational.coop/co-ops/pakistan>.
- Cooperatives Department Government of The Punjab** “Legal Framework”, <[https://cooperatives.punjab.gov.pk/legal\\_framework](https://cooperatives.punjab.gov.pk/legal_framework)> s.e.t. 08.12.2020.
- Çalış, Halit** (2004), “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar*, C: 7, S: 19 s. 269-295.
- Dalgın, Nihat** (1997) “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”: Mehmet Bayyigit (Editör), 1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya, Kombad, s. 878-928.
- Dalgın, Nihat** (2009) “Sigorta”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, TDV Yayınları, C:37, s. 159-164.
- Dalkıran, Gülüm Burcu** (2017), “The Support of Women Work within Cooperative Enterprises: Sample of Turkey”, *Social Sciences Research Journal*, C: 6, S: 3, s. 1-11.
- Dönmez, İbrahim Kâfi** (2010), “Şahıs”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, TDV, C: 38, s. 270-273.
- Ebu Ceyb, Sadi** (1988), *el-Kâmûsu'l-Fıkhiyye*, Dımeşk, Dâru'l-Fıkr.
- Ebû Dâvûd Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî** (1981), *es-Sünen*, İstanbul, Çağrı.



- Erdoğan, Mehmet** (1998), *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Rağbet.
- Göç Gürbüz, Diğdem** (2010), “Kooperatiflerde Ortakların Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, C: 28, S: 1, s. 463-477.
- Gözübenli, Beşir** (2010), “Şirket”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, TDV, C:39, s. 198-201.
- Günay, Barış** (2020), *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Habergetiren, Ömer Faruk** (2005), “İslam Hukuku’nda Sermaye ve Sermaye Hareketleri” (Doktora) Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hacak, Hasan** (2006), “İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi”, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*. C: 30, S: 1, s. 21-50.
- Hacak, Hasan** (2016), “İslam Hukukunun İlkeleri Açısından Alacak (Kredi) Sigortası”: Mehmet Bayyigit (Editör), 2. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya, KTO Karatay Üniversitesi, s. 1011-1038.
- Haçkalı, Abdurrahman** (2002), “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar*, C: 5, s. 13, 119-136.
- Hançerlioğlu, Orhan** (1993), *Ekonomi Sözlüğü*. 5. Baskı. İstanbul, Remzi.
- Hony, H. H. C./İz, Fahir** (1992), *The Oxford Turkish English Dictionary*, 3. Baskı. Türkiye, İnkılâp/Oxford University Press.
- International Cooperative Alliance (ICA)**, “History of the cooperative movement”, <<https://www.ica.coop/en/history-co-operative-movement>> s.e.t. 20.08.2020.
- International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)** “Cooperatives in Iran”, <[http://icaap.coop/sites/icaap.coop/files/2020%20Iran%20Country%20Snapshot\\_0.pdf](http://icaap.coop/sites/icaap.coop/files/2020%20Iran%20Country%20Snapshot_0.pdf)> s.e.t. 08.12.2020.
- International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)** “Cooperatives in Malaysia” <<https://icaap.coop/sites/icaap.coop/files/2019%20Malaysia%20country%20snapshot.pdf>> s.e.t. 08.12.2020.

**International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)** “The Malaysian Co-operative Movement”, <<https://www.ica.coop/en/malaysian-co-operative-movement#:~:text=Formation%20of%20Angkasa,establish%20a%20national%20cooperative%20union.&text=With%20the%20ap%20proval%20of%20the,operative%20movement%20nationally%20and%20internationally>> 08.12.2020.

**International Co-operative Alliance Asia-Pacific (ICA)**, “Saudi Arabia”, [http://icaap.coop/AboutUs/co-operative-societies-council-csc#:~:text=Cooperative%20Societies%20Council%20\(CSC\)%20has,and%20technical%20capabilities%2C%20and%20establish](http://icaap.coop/AboutUs/co-operative-societies-council-csc#:~:text=Cooperative%20Societies%20Council%20(CSC)%20has,and%20technical%20capabilities%2C%20and%20establish) s.e.t. 08.12.2020.

**International Cooperative Alliance**, “Cooperative identity, values & principles”, <<https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>> s.e.t. 20.08.2020.

**International Labour Organization (ILO)** “Act on Cooperative Sector of Economy of the Islamic Republic of Iran (with Amendments), <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/91867/119814/F577166946/IRN91867%20Eng.pdf>> s.e.t. 08.12.2020.

**International Labour Organization (ILO)** “Saudi Arabia”, [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=32330&p\\_country=SAU&p\\_count=88&p\\_classification=11&p\\_classcount=2](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=32330&p_country=SAU&p_count=88&p_classification=11&p_classcount=2) s.e.t. 08.12.2020.

**International Labour Organization (ILO)** “Statistics on Cooperatives Country in Focus: Indonesia”, <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---coop/documents/publication/wcms\\_626174.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---coop/documents/publication/wcms_626174.pdf)> s.e.t. 08.12.2020.

**Iran Chamber of Cooperatives** “Iran”, <<https://www.icccoop.ir/Iran-ICC>> s.e.t. 08.12.2020.

**Issyam, Muhammad/ Hasan, Rusni bt/ Alhabshi, Syed Musa** (2016), “Shariah Governance Framework For Islamic Co-Operatives As An Integral Social Insitution In Malaysia”, Intellectual Discourse, <<https://journals.iium.edu.my/intdiscourse/index.php/id/article/view/930/676>> s.e.t. 08.12.2020.

- İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz** (1325), Mecmûatu'r-Resâil, İstanbul, Şirket-i Sahafiye-i Osmaniye.
- İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz** (1995), Reddu'l-Muhtâr, Beyrut, Dâru'l-Fikr.
- İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed** (1992), el-Muğni, Beyrut, Dâru'l-Fikr.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni** (1981), es-Sünen, Çağrı.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem** (1990), Lisânul-Arab, Beyrut, Daru Sadır.
- Kahraman, Abdullah** (2008), İslam Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı, İstanbul, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı.
- Kallek, Cengiz** (2000) "İhtikâr", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 21, s. 560-565.
- Karâfi, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısırî** (2010), Envârü'l-Burûk fî Envâ' i'l-Furûk, Kuveyt, Dâru'n-Nevâdir.
- Karaman, Hayrettin** (1992), İslam'a Göre Banka ve Sigorta, İstanbul, Nesil.
- Karaman, Hayrettin** (2012), İş ve Ticaret İlmihali, İstanbul, İz.
- Karaman, Hayrettin** (2013), Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, İz.
- Karaman, Hayrettin/Özdemir, Ahmet** (2019), Fikhi Bilgi ve İlişkiler Işığında Eşya ve Şahsın Hukuku, İstanbul, Kitabı.
- Kelebek, Mustafa** (2015), İslam Vakıf Hukuku ve Sivas Dâru's-Şifâ Vakfiyesi, İstanbul, Ravza.
- Kızılaslan, Halil/Menek, Mehmet** (2011), "Türkiye'de Kooperatiflerin Hukuki Statüsü ve Vergiler Karşısındaki Durumu", ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C: 7, S: 13, s. 37-52.
- Konya Şeker, "Türkiye'nin Üreten Gücü"**, <<http://www.konyaseker.com.tr/tr/icerik/detay/2113/konya-seker>> s.e.t. 20.08.2020.
- Kooperatifler Kanunu (Koop.K), Resmî Gazete 13195 (10 Mayıs 1969), Kanun No: 1163, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1163&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> s.e.t 20.07.2020.

- Kooperatifler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Koop.KDK) Resmî Gazete 25455 (7 Mayıs 2004), Kanun No: 5146, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040507.htm#1>> s.e.t 20.07.2020.
- Köse, Murtaza** (1998), “İslam Hukuku Ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”, Ekev Akademi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 221-230.
- Kudûrî, Ahmed b. Muhammed** (2018), el-Kitâb *Muhtasarul-Kudûrî Fi'l-Fikhi'l-Hanefî*, Konya, Burç.
- Kurt, İsmail** (2020), “Şer’î Açından Vakıf ve Vakıfların Muhasebe Usulü”, İSAV, <[http://www.isav.org.tr/img/20131029\\_\\_506250263.pdf](http://www.isav.org.tr/img/20131029__506250263.pdf)> s.e.t. 15.08.2020.
- Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddin Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelil el-Fergânî** (t.y.), el-Hidâye, İstanbul, Eda.
- Mollaoğlu, Yusuf** (2018) “Kooperatiflerin Hukuki Niteliği” (Yüsek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Mülayim, Ziya Gökalp** (2012), “Kooperatif Kuruluşlarda Üst Örgütlenmenin Önemi ve Türkiye’de Sorunları”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S: 40, s. 33-42.
- Müslim, Ebu'l-Huseyin Müslim b. Haccâc** (1981), el-Câmiu’s-Sahîh, İstanbul, Çağrı.
- Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali b. Bahr b. Sinan b. Dinâr** (1981), Sünen-i Nesâî, İstanbul, Çağrı.
- Poroy, Reha** (1991), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2005) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, Arıkan.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2010) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2017) Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Saudi Gazette** “233 cooperative societies all over KSA”, <<https://saudigazette.com.sa/article/544098>> s.e.t. 08.12.2020.

- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed** (1989), el-Mebsût, Beyrut, Dâru'l-Fikr.
- Seyidoğlu, Halil** (1992), Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara, Güzem.
- Seyyid Muhammed Takiyyü'l-Hakîm, Abdu'l-Hâdî** (2010) Akdü't-Te'mîn. Hakikatuhû ve Meşrû'iyetehû, Beyrut, Menşûrâtu'l-Halebiyyi'l-Hukukiyye.
- Şener, Oruç Hami** (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklar Hukuku, Ankara, Seçkin.
- T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü**, “Tacir” < <https://sozluk.adalet.gov.tr/tacir>> s.e.t. 20.08.2020.
- T.C. Ticaret Bakanlığı**, “Denetim İşlemleri”, <<https://www.ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatiflere-yonelik-hizmetler/denetim-islemleri>> s.e.t. 20.07.2020.
- T.C. Ticaret Bakanlığı**, “Kooperatif Nasıl Kurulur?”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>> s.e.t. 20.07.2020.
- T.C. Ticaret Bakanlığı**, “Kooperatifçilik İlkeleri”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/kooperatifcilik-ilkeleri>> s.e.t. 20.07.2020
- T.C. Ticaret Bakanlığı**, “kooperatifçilik İlkeleri”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/kooperatifcilik-ilkeleri>> s.e.c. 17.07.2020.
- T.C. Ticaret Bakanlığı**, “Tarihçe, Türkiye’de Kooperatifçilik”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatifler-hakkinda-bilgiler/tarihce>> s.e.t. 17.07.2020.
- T.C. Ticaret Bakanlığı**, “Türkiye’de Kooperatifçilik”, <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/bilgi-bankasi/kooperatifler-hakkinda/turkiyede-kooperatifcilik>> s.e.t.20.07.2020.
- Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Serve b. Musâ** (1992), es-Sünen, İstanbul, Çağrı.
- Topal, Cemre/ Kalaycı, Filiz** (2007), Gerekçeli-Notlu Türk Medeni Kanunu, Ankara, Bilge.

- Torku** , “*Tarihçe*”, <<http://torku.com.tr/tr/icerik/detay/170/tarihce>> s.e.t. 20.08.2020
- Torku**, “Kooperatifçilik Bizim İçin Seçenek Değil Mecburiyettir”, <<http://torku.com.tr/tr/haber/detay/10140/kooperatifcilik-bizim-icin-secenek-degil-mecb>> s.e.t. 20.08.2020.
- Türkiye Kooperatifler Birliği**, “Türkiye Milli Kooperatifler Birliği Tarihçesi”, <<http://www.turkey.coop/menu/Turkiye-Milli-Kooperatifler-Birligi-Tarihcesi/11>> s.e.t. 18.07.2020.
- Udeh, Abdu'l-Kâdir** (t.y.), et-Teşrü'l-Cinâi, Beyrut, Dâru'l-Kâtibi'l-Arabî.
- University of California**, “What is a Cooperative?” <[http://sfp.ucdavis.edu/cooperatives/what\\_is](http://sfp.ucdavis.edu/cooperatives/what_is)> s.e.t. 18.07.2020.
- Ültanir, Memnune Sıla** (2019), “Türkiye’de Kooperatifçiliğin Tarihsel Seyri: Devlet İnisiyatifi-Kalkınma İdeali” (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Üstün, Yusuf** (2014a), “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, *Karınca Dergisi*, S: 927, s. 3-12.
- Üstün, Yusuf** (2014b), “Normlar Hiyerarşisi Ve Kooperatiflerin Denetimi Meselesi”, *Tematic Ticaret ve Mevzuat Araştırmaları Dergisi*, S: 2, s. 1-10, <<https://ticaret.gov.tr/data/5d41e48b13b87639ac9e02df/1794d24757d0ddfc277bd3ca1fa54a5d.pdf>> s.e.t. 20.08.2020.
- Üstün, Yusuf/Aydın, Muhittin** (2014), *Kooperatifler Hukuku*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Yaman, Ahmet/Çalış, Halit** (2018), *İslam Hukuku*, Ankara, Bilay.
- Zerkâ, M. Ahmed**, (1992) “İslâm’a Göre Sigorta”, (Çeviren: Karaman, Hayrettin), *İslam’a Göre Banka ve Sigorta*, İstanbul, Nesil Yayınları, s. 203-245.
- Zuhayli, Vehbe** (1989), el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhû, Dımeşk, Dâru'l-Fikr.

## KARMA KULLANIM AMAÇLI BİR KONUT SATIŞI AÇISINDAN TKHK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI SORUNU\*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR\*\*

### ÖZET

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 40-46. maddeleri ile birlikte konut satışları, taraflardan birinin tüketici olması kaydıyla, TKHK kapsamına alınmıştır. TKHK 40/1 maddesi, bir tüketicinin satın alacağı taşınmazı sadece “barınma amaçlı” olarak kullanması gerektiğini açıkça hüküm altına almıştır. Diğer bir anlatımla, satışa konu taşınmaz, TKHK hükümlerine tabi olacak ise o konutu satın alan tüketiciler yaşamlarını orada devam ettirme niyetinde olmalıdırlar.

Günümüzde, özellikle büyükşehirlerde nüfus yoğunluğuna ve Covid-19 salgınına da bağlı olarak giderek yaygınlaşan home-ofis tarzı karma kullanım amaçlı konutlar hızla yapılmaya ve satılmaya devam etmektedir. Home-ofis (karma kullanım) tarzı konutlara taleplerin giderek artmasının en önemli nedenlerinden biri, masrafların azaltılması, başka bir ifadeyle, tasarruf etme düşüncesidir. Gerçekten de, evi ile birlikte bir işyerine sahip olan birisi hem işyeri için hem de yaşadığı ev için ayrı ayrı doğalgaz, elektrik, su, internet ve aidat gibi giderler bakımından iki kere ödemede bulunmaktadır. Hâlbuki barınma ile birlikte işyeri ihtiyacının da karşılanabildiği “home-ofis” tarzı konutları satın alanlar, ev ve işyeri için iki ayrı masraf kalemi ödemekten kurtulmakta, ciddi anlamda tasarruf etmiş bulunmaktadır.

Bu çalışmada, home-ofis olarak kullanılacak bir konutun satışı halinde, TKHK hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağı sorusuna yanıt aranacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Karma Kullanım, Home-Ofis, Tüketici, Konut, Satış.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.811214 – Geliş Tarihi: 15.10.2020 – Kabul Tarihi: 25.12.2020.

\*\* Harran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, mdogar@harran.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0730-7366.

**THE PROBLEM OF IMPLEMENTING THE PROVISIONS OF THE  
CONSUMER PROTECTION LAW IN TERMS  
OF THE SALE OF HOUSES FOR MIXED USE**

**ABSTRACT**

Housing sales are being regulated in Consumer Protection Law No. 6502 art. 40-46, if one of the parties is a consumer. According to Consumer Protection Law No. 6502 art. 40/1, it is clearly explained that a consumer should only use the home to be purchased for “housing purposes”. In other words, if the real estate sale will be subject to the provisions of Consumer Protection Law, the consumers who buy that house should intend to continue their lives at that house.

Today, especially in big cities, depending on the population density and covid-19 pandemic, home-office style (mixed-use) housing is continuing to be built and sold. One of the most important reasons for the increasing demand for home-office (mixed use) style houses is the idea of reducing costs, in other words, saving. Really, someone who owns a workplace with his house pays twice for his workplace and for the house he lives in, in terms of natural gas, electric, water, internet bill and residence monthly fees. However, those who buy “home-office” style houses, are saved from paying two separate costs for the house and the workplace. Therefore, they save big amounts of money.

In this study, it will be discussed whether a house to be used as a home-office will be within the provisions of Consumer Protection Law No. 6502.

**Keywords:** Mixed-Use, Home-Office, Consumer, Residence, Sales.



## GİRİŞ

Türkiye'nin konut ve kentleşme durumuna bakıldığında; özellikle 1945'ten sonra, sanayileşmeyle birlikte başlayan aşırı göç sebebiyle; başta büyük şehirler olmak üzere neredeyse bütün il ve ilçelerimizin tamamında kaçak yapılaşma görülmektedir. Son yıllarda ülkemizde, sanayi üretiminden ziyade gayrimenkul değerlenmesi (arazi rantı) ve inşaat sektörü üzerinden bir kalkınma modeli söz konusu olduğundan tüm Türkiye'de arsa ve arazi fiyatlarının aşırı değerlendiği hatta büyük şehirlerde bu arsa rantının önüne geçilmez bir hal aldığı aşikârdır. Arsa üretiminin yetersiz kalması ise konut fiyatlarının yüksek olma sebeplerinden biridir.

Özellikle yoğun göçlerin yaşandığı büyük şehirlerde “merkez” tabir edilen semtlerde yapılan yeni konutlar sadece yüksek gelirli kişilere hitap etmekte, toplumun büyük kesimini oluşturan dar ve orta gelire sahip bireylerin bu tür konutları satın alması neredeyse imkansız görünmektedir. Tüm bunlarla beraber, dar ve orta gelirli aileler için yapıldığı ilan edilen toplu konutların bile bu aileler tarafından satın alınması zorlaşmıştır<sup>1</sup>. İşyeri kiralarının da bilhassa büyükşehirlerde oldukça yüksek olduğu, ülkemiz açısından bilinen bir gerçektir.

Tüm bu nedenlerden ötürü, kişiler artık konut satın alırken sadece barınma ihtiyaçlarını gidermeyi düşünmemekte, bunun yanında satın aldığı konutu değişik ekonomik veya ticari amaçlarla kullanmayı da hedeflemektedir. Bunun en güzel örneği de, daha çok büyük şehirlerde rastlanılan ve “home-ofis” tarzı satılan konutlardır. Bilindiği gibi, hem konut hem de işyeri sahibi olanlar doğalgaz, elektrik, su ve internet gibi giderleri için iki ayrı fatura ödemekte, bunun yanında aidat masrafları da ciddi bir külfet oluşturmaktadır. Halbuki barınma ile birlikte işyeri ihtiyacınının da karşılanabildiği “home-ofis” tarzı konutları satan alanlar, ev ve işyeri için iki ayrı masraf kalemini ödemekten kurtulmakta, ciddi anlamda tasarruf etmiş olmaktadır. Özellikle pandemi döneminde (covid-19) bu tür konutların önemi daha da artmış, zira bir çok çalışan bu dönemde işlerini evden yürütme durumunda kalmıştır.

<sup>1</sup> Doğar, Mehmet (2018) Ön Ödemeli Konut Satışı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 20.

İşte, son yıllarda gittikçe satış grafiği yükselen bu tür karma kullanımlı konut satışlarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalıp kalmadığının ve yapılan satış işleminin bir tüketici işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi önem arz eder.

## I. GENEL OLARAK KONUT KAVRAMI VE TKHK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Sözlük anlamı “bir ya da birkaç ev halkının yaşaması için yapılmış ve insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken”<sup>2</sup> anlamında kullanılan “konut” kelimesi, günümüzde artık barınma ihtiyacını karşılamanın yanında sosyo-ekonomik standartların da göstergesi haline gelen bir kavram olmuştur.

Konut kelimesini sadece “barınak” olarak ele almak da yetersiz kalabilir. Zira konut, bir barınak olmasının yanında kişilere ve ailelere geleceğinde bir güvence sağlamanın yanında bir yatırım aracı işlevi de görmektedir. En genel ifadeyle, bireyin ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyacını karşılayan fiziki bir mekan olarak da tanımlanabilir<sup>3</sup>. Bu niteliğiyle konut, insanların uyuma, yemek yeme, bir araya gelme, aile oluşturma gibi en temel ihtiyaçlarını karşılayan özel bir yapı türü<sup>4</sup> olmasının yanında, artık bir yatırım

<sup>2</sup> www.sozluk.gov.tr. s.e.t. 05.08.2020.

<sup>3</sup> **Anbarcı, Murat/ Giran, Ömer/ Türkan, Yusuf Sait/ Manisalı, Ekrem** (2011) “Ürün Olarak Konut Kavramı ve Türkiye’deki Konut Satışlarının Ürün Hayat Eğrisi Yaklaşımıyla Değerlendirilmesi”, 6. İnşaat Yönetimi Kongresi, [http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16997\\_04\\_08.pdf](http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16997_04_08.pdf) s.e.t. 12.09.2020.

<sup>4</sup> **Çabri, Sezer** (2010) Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 69 vd; **Doğar**, s. 17 vd. Konuta ilişkin bir diğer tanım Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) md. 4/e de verilmiştir. Buna göre, “23.6.1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölüm” konut kavramı içerisinde sayılmıştır. Bağımsız bölüm ise Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) md. 2/a da “... anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan ve bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümler” şeklinde tanımlanmıştır. Konut kavramına ilişkin kriterlere ise, 11.3.2015 tarihli “Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları” genelgesinin A.2/3 maddesinde yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “çatısı kaplanmış, iç ve dış sivaları ile iç ve dış cephe bovalarının yapılmış, merdiven veya asansörün kullanıma

aracı olarak da kabul edilmelidir.

6502 sayılı TKHK 3/h düzenlemesi, “*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*” “mal” olarak tanımlamıştır. İlgili maddeye göre, konut veya tatil amaçlı taşınmazlar da artık tüketiciye sunulan “mal” kavramı içerisinde yer almıştır. Buna göre, bir taşınmaz satışının tüketici hukukuna konu olabilmesi (TKHK hükümlerinden yararlanabilmesi) için edinilen konutun veya tatil amaçlı taşınmazın sadece barınma amaçlı kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bir konut satışının ön ödemeli konut satışı sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi ve dolayısıyla TKHK kapsamında olabilmesi için öncelikle imar planına uygun şekilde yapılmış olması şarttır. İmar planında bir yerin “konut + ticaret” alanı olarak planlanmış olması, burada satılacak barınma amaçlı bir konutu TKHK kapsamından çıkarmaz. Bununla beraber, imar planına aykırı olarak inşa edilen bir yapıdan her ne suretle olursa olsun satın alınacak bir konut TKHK şemsiyesinden yararlanamayacaktır.

Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, imar mevzuatı ve TKHK md. 40/3 ile ÖÖKSHY md. 6/3 gereği, bir yapının inşa edilmesi için yapı ruhsatı alınması emredici bir düzenlemedir. Dolayısıyla inşaat izni alınmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmenin hükümsüzlüğünü sadece tüketici öne sürebilmeli<sup>5</sup>, konutu satan taraf ise bu

---

hazır, bağımsız bölüme ait elektrik, su ve ısıtma tesisatı ile mutfak, banyo ve sıhhi tesisatının yapılmış, zeminin döşenmiş olduğu” konutlar oturmaya elverişli olarak kabul edilmiştir. Bize göre bu kriterlere artık “güvenli konut” kriteri de eklenmelidir. Özellikle doğal afetlere karşı (deprem, sel baskını vs.) gerekli denetimlerden geçmiş, sağlamlığı ve dayanıklılığı belgelendirilmiş konutların satışına izin verilmelidir.

<sup>5</sup> **Çabri, Sezer** (2016) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 655; **Öz, Turgut** (2015) “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 145; **Özmen, E.Saba/Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah** (2016) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul, On

nedene dayanarak sözleşmenin geçersizliğini iddia edememelidir<sup>6</sup>. Bu nedenle, yapı ruhsatının alınmamış olması, barınma amaçlı konut satın alacak tüketici ile konutu satan arasındaki ön ödemeli konut satışı sözleşmesini kendiliğinden geçersiz kılmaz<sup>7</sup>.

Günümüzde ön ödemeli konut satışı kapsamında satışı yapılan konutlar daha çok kat mülkiyetine konu olan yapılardır. Bilindiği üzere, taşınmaz mülkiyetinin özel bir görünümü olan kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapıda kat, daire, dükkan ve depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümler üzerinde kurulan müstakil bir mülkiyet hakkıdır<sup>8</sup>. Her kat malikinin sahip olduğu arsa payı ile ortak yerler üzerine paylı mülkiyet hakkı bağlanmaktadır. Böylece, kat malikleri bağımsız bölümler açısından tek kişi mülkiyet hakkına sahipken, arsa ve ortak alanlarda paylı mülkiyet hakkına sahiptirler<sup>9</sup>.

Ön ödemeli konut satışlarında en fazla satılan konut türü olan kat mülkiyetine tabi konutların inşaat halinde olması veyahut inşasına henüz başlanmamış olmasının bir önemi yoktur. Kat irtifakı kurulabilecek proje aşamasındaki bir konutun da TKHK kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

---

İki Levha Yayıncılık, s. 44, **Atamer, Yeşim** (2016) Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 233.

<sup>6</sup> Aksi görüşte, **Gümüş, Alper** (2014) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 253 vd.; **Acar, Hakan** (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, s. 26.

<sup>7</sup> Daha geniş değerlendirme için bkz. **Doğar**, s. 152 vd.

<sup>8</sup> Bu konu hakkında geniş açıklamalar için bkz. **Arpacı, Abdulkadir** (1984) Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, Bedir Yayınevi; **Özmen, E.Saba/ Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah** (2017) Kat İrtifakı, 3. Tıpkı Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

<sup>9</sup> **Erman, Hasan** (2013) Eşya Hukuku Dersleri, 3.Basım, İstanbul, Der Yayınevi, s. 128-129; **Oğuzman, M.Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe** (2013) Eşya Hukuku, 16. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 606-609.

## II. TKHK MD. 40-46 KAPSAMINDAKİ KONUT SATIŞLARINDA TARAFLAR

Bir konut satışının tüketici işlemi sayılabilmesi için öncelikle konutu alan kişinin TKHK md. 3/k anlamında tüketici sayılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, konutu satın alan, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olmalıdır. Bununla birlikte, konutu satan ise, TKHK md. 3/i'de belirtildiği üzere, ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişidir.

TKHK md. 3/l'de tüketici işleminin tanımı verilmiştir. Buna göre, tüketici işlemi “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade etmektedir. Madde metni incelendiğinde, yasa koyucunun eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeleri de tüketici işlemi kavramına dahil etmesi, tüketici işlemi kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiğinin bir göstergesidir.

Bahsi geçen düzenlemede adı geçmeyen ancak tüketici işlemi sayılması muhtemel diğer sözleşmelerin de Kanun kapsamında olacağı, ilgili maddede belirtilen “benzeri sözleşmeler” ifadesinden anlaşılmaktadır. Yani bir hekim veya avukattan hizmet alan ve tüketici sıfatına sahip bir kişi veya isimsiz bir sözleşmeye taraf olan tüketici de genel hükümlerle birlikte TKHK hükümlerinden faydalanabilecektir. Bunun en önemli sonucu, müvekkil sıfatına haiz olan tüketicinin de hizmeti sunan avukatın da sözleşmeye dair bir uyuşmazlıkta tüketici mahkemelerinde dava açabilecek olmalarıdır. Başka bir anlatımla, vekalet temelli sözleşmeler ile eser sözleşmesi ve taşınmaz satışları da artık tüketici işlemi niteliğinde sayılmış, böylelikle tüketici işleminin kapsamı genişletilmiştir<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Yargıtay, tüketici işlemi kavramını ilgili Kanun öncesinde dar anlamda niteleme eğiliminde idi. **Akipek Öcal, Şebnem** (2016) “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesinde üç kriter göz önünde bulundurulur. İlk olarak, taraflardan biri TKHK md. 3/k anlamında tüketici sıfatını taşımalı, ikincisi, karşı taraf TKHK kapsamında satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren vb. sıfatına sahip tüzel veya gerçek kişi olmalı ve son olarak, tüketiciye yönelik TKHK anlamında bir mal veya hizmet sunulmuş olmalı ve bu mal veya hizmet, mesleki veya ticari bir amaç dışında talep edilmiş olmalıdır.

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılmasının en önemli sonucu, bu işleme öncelikle TKHK hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Ancak taraflar arasında yapılan sözleşmeye ilişkin TKHK'da düzenleme bulunmaması halinde, TKHK md. 83/1 gereği, genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olduğu konusunda tüm bu kriterlere rağmen hala bir şüphe varsa, bu durumda “tüketici lehine yorum” ilkesi gereğince tüketici sözleşmesinin varlığının kabulü gerekir<sup>11</sup>.

---

Tüketici İşlemi ve Uygulaması”: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem (Editörler), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınevi, s. 17-18. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/15-498, K. 2003/493, T. 24.9.2003. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E: 2016/5799, K: 2016/7427, T: 22.6.2016 sayılı ilamı ile, TKHK'nun kapsamının esaslı biçimde genişletildiğini kabul etmiştir. İnal ise, tüketici işlemi kavramının gereğinden fazla genişletildiğinden bahisle, sınırlama getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **İnal, Tamer** (2015) “Tüketici Hukuku’nda, Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayırımının Gerekliliği”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 179; **Doğar**, s. 40 vd. Sözleşme yapısının ani edimli, sürekli borç doğuran, ard arda teslimli vb. bir sözleşme olması tüketici sözleşmesini nitelendirmede önemli değildir. Bkz. **Kara, İlhan** (2015) Tüketici Hukuku, Ankara, Engin Yayınevi, s. 59. Ayrıca inceleyiniz, **Havutçu, Ayşe** (2014) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I.Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Seçkin Kitabevi, s. 16.

<sup>11</sup> Kara’ya göre, sözleşmenin bir tarafı tüketici, diğer tarafı kazanç elde etme amacıyla hareket eden müteşebbis ise, yapılan sözleşmenin çeşidi ve niteliğinin herhangi bir önemi yoktur. Bkz. **Kara**, s. 137. Havutçu’ya göre, sözleşmenin hangi tipte olduğu, tipik-atipik sözleşme olduğu ya da hangi yasada düzenlendiği, o sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılmasında belirleyici değildir. Tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılan sözleşmede ortaya çıkan

## A. ALICI (TÜKETİCİ)

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir konut satışının tüketici işlemi sayılabilmesi için konutu satın alan kişinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir. Tam da bu noktada, tüzel kişiliklerin “tüketici” sıfatına haiz olup olmadıkları ve eğer bu sığata sahiplerse hangi şartlarda bu sıfatı kazanabileceklerinin belirlenmesi gerekir. Zira ön ödemeli konut satış sözleşmesinin alıcı tarafı bir tüzel kişilik olabilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, çeşitli Avrupa ülkeleri ve AB'nin bazı yönergelerinden farklı olarak, tüzel kişilerin de tüketici sıfatına sahip olabileceğini düzenlemiştir (TKHK md. 3/k)<sup>12</sup>. Ancak TTK md. 19/1'e göre, tüzel kişi tacirlerin tüm işlemleri bir karine olarak ticari nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle ticari şirketlerin, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etmeleri mümkün değildir; dolayısıyla da ticari şirketlerin “tüketici” sıfatını kazanmalarına imkan yoktur<sup>13</sup>. Ancak alıcı gerçek veya (şirketler dışındaki) tüzel kişi tacir ise, bu konuda (TKHK md. 83 gereği), TTK md. 19 kıyasen uygulanmalı ve alıcı tacir olsa dahi, tüketici sıfatıyla hareket ediyorsa ve yaptığı hukuki işlemin kendi ticari işletmesiyle alakasının olmadığını diğer tarafa bildiriyorsa ve işin mahiyetinden de bu durum anlaşılıyorsa, TKHK md. 1 vd. hükümleri bu kuralın istisnası olarak gösterilebilir<sup>14</sup>.

sorun, tüketicinin korunması ihtiyacı ile ilgili alanda tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeler getirmiş olması yeterlidir. Bkz. **Havutçu**, s. 16.

<sup>12</sup> AB Konseyi 2008/48/CE yönergesi Art. 3/a'ya göre tüketici, “bir hukuki işlemi (ilgili yönerge kapsamında) ticari ve mesleki faaliyetler dışında yapan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. İsviçre Tüketici Kredisi Hakkında Federal Kanun (FLCC), Art. 3, Fransa Tüketici Kanunu (Code de la Consommation) Art L311-1/2° de aynı yönde tüketiciyi gerçek kişi olarak kabul etmiştir. Alman BGB § 13'de ise tüketici “natural-natürliche-doğal” kişi olarak tanımlanmış ve gerçek kişi olabileceği düzenlenmiştir.

<sup>13</sup> **Akıpek Öcal, Şebnem** (2016) Milli Şerh, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), İstanbul, Aristo Yayınevi, s. 56; **Gümüş**, s. 31; **Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat** (2004) Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 30; **Akıpek, Şebnem** (1999) Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 197; **Bakal, Ahmet** (1998) “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 313, 329 vd. **Doğar**, s. 46 vd.

<sup>14</sup> **Çınar, Ömer** (2009) Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 38; **Doğar**, s. 47; **Karakocalı, Ahmet/ Kurşun, Suphi** (2015) Tüketici Hukuku, İstanbul, Aristo Kitabevi, s.27.

Nitekim, tüzel kişiler açısından ticari ve mesleki olmayan amaç, “tüzel kişiliğin kuruluş amacına uygun olarak olağan ve zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması” olarak ifade edilebilir. Bununla beraber, kâr amacı gütmeyen ve kamu yararına çalışan tüm özel ve kamu kurum ve kuruluşlarının da (işlem, tüketici işlemi niteliğinde ise) ticari ve mesleki amaçla hareket etmediğinin kabulü gerekir<sup>15</sup>. Toplum yararına çalışan vakıf veya derneklerin (İ.H.H., Kızılay, TEGV, LÖSEV, Darüşşafaka vb.) öğrenci veyahut ihtiyaç sahibi aile veya kimseler adına barınma amaçlı konut satın almaları buna örnek gösterilebilir<sup>16</sup>. Ancak tekrar etmek gerekirse, bir dernek, vakıf ya da kamu yararına çalışan bir tüzel kişilik, kazanç sağlamak için bir ticari işletme işletiyorsa, bu işletmeler için yapılan işlemlerin TKHK kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak, ticari şirketlerin tüketici olabilmesi mümkün değilken, vakıf veya dernekler ile kamu tüzel kişileri, sınırlı da olsa, (işin mahiyetine uygun düştüğü durumlarda), tüketici sıfatını kazanabileceklerdir. Dolayısıyla bu tür tüzel kişilerin ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapmasının önünde (yukarıda belirtilen kriterler çerçevesinde) bir engel bulunmamaktadır.

## B. SATICI

Bir tüketici işleminde taraflardan biri tüketici ise, karşı tarafın da satıcı veya sağlayıcı olması şarttır. Tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve tüketicinin mal edindiği (satıcı, sağlayıcı gibi) kişiler için kullanılan kavram konusunda, terim birliği yoktur. TKHK md. 3/1’ya göre sağlayıcı, “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 3/i maddesi ve ÖÖKSHY md. 4/h’ye göre satıcı, “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmaktadır.

<sup>15</sup> Zevkliler/Aydoğdu, s. 81.

<sup>16</sup> Doğar, s. 47; Karakocalı/Kurşun, s. 25. Ayrıca bkz. Akipek Öcal, (2016), s. 56.



Bu tanımlamalardan hareketle, satıcı veya sağlayıcının “ticari veya mesleki amaçlarla” hareket etmesi ve tüketiciye sundukları mal veya hizmet sırasında asgari bir örgütlenmeye dayalı sürekli ticari ve mesleki faaliyet gerçekleştiriyor olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, mesleki faaliyette bulunan kişi esnaf veya tacir olmalıdır.

Bir meslek ve ticari faaliyet olarak tanımlanan “yüklenici/müteahhit” kavramı, aynı zamanda eser sözleşmesinin, eseri meydana getirme borçlusu için de kullanılmaktadır. Bir konut, işyeri, altyapı gibi inşaatları yapmayı meslek haline getirmiş kişi, yüklenici/müteahhit olarak adlandırılmaktadır. Mesleki veya ticari faaliyet anlamında müteahhit/yüklenicinin imal ettiği konutları para karşılığı pazarlaması, satış sözleşmesini oluşturur ve böylece bir tüketici sözleşmesi olan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde “satıcı” olan taraf haline gelir<sup>17</sup>.

Bazı durumlarda konutu imal edenle, pazarlamasını yapan kişiler farklı olabilmektedir. Halk arasında “emlakçı” olarak adlandırılan gayrimenkul komisyoncuları (simsarlar, gayrimenkul tellalı) tarafından pazarlanan bir konutun satın alınması halinde yapılan satış işlemi de bir tüketici işlemi sayılmalıdır. Çünkü, gayrimenkul komisyonculuğu, bir meslek olarak kabul edilen, kendine ait bir meslek odası bulunan ve kazanç elde etmeye yönelik ticari ve mesleki bir faaliyettir. Zira bu kişi, mal alıp satmayı gelir elde etmek için sürekli yapıyorsa, bir ticaret veya oda siciline kayıtlı olmasa dahi, TKHK md. 3/k anlamında ticari maksatla hareket etmiş olur<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> **Öz, Turgut** (2016) “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi (Editörler), Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 206; **Doğar**, s. 52 vd.

<sup>18</sup> **Öz** (2016), s. 212 vd. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E: 2016/5011, K: 2016/6745, T: 09.06.2016 “... 6502 Sayılı Kanuna göre, davalı tüketici taraflar arasında yapılan simsarlık (tellallık) sözleşmesi ise, kanunun tanımladığı anlamda tüketici işlemidir. ...Dosya kapsamından; davacı vekilinin, taraflar arasında, bir arsanın satın alınması amacıyla, davacı tarafından arsanın peşinat ve simsarlık (tellallık) bedeli olarak davalıya muhtelif tarihlerde 40.000.-TL, 25.000.-TL ve 75.000.-TL olarak toplamda 140.000.-TL ödendiği, davalının sözleşme şartlarını yerine getirmemesi sonucunda davacının ödenen bedelin davalıdan tahsili amacıyla yaptıkları icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline karar verilmesi istemiyle dava açtığı, dava tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan 6502 Sayılı

Bir taşınmaz satışı, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin unsurlarını taşıyor olsa da, taşınmazı satan taraf mesleki veya ticari anlamda faaliyette bulunmuyor veya kâr elde etme amacını taşımıyorsa yapılan sözleşme TKHK kapsamında olmayacak, genel hükümlere tabi olacaktır. Yani, kendi oturduğu bir evi ön ödemeli olarak satan kişinin ileride yapacağı satış işlemi, tüketici işlemi olarak sayılmayacak, dolayısıyla da ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamayacaktır<sup>19</sup>.

### III. TÜKETİCİNİN BİRDEN FAZLA KONUT SATIN ALMASININ TÜKETİCİ SIFATINA ETKİSİ

Bir tüketici toplu bir yapıdan veya bir binadan birden fazla konut satın alabilir. Böyle bir durumda birden fazla satın alınan bu konutların TKHK şemsiyesinde olup olmadığının da açıklanması gereklidir. Tüketicinin birden fazla konut aldığı bu ihtimalde, malın (konutun) kullanan tarafından “tahsis edildiği amaç” kriterine göre hareket edip tespitte bulunmak doğru görünmektedir<sup>20</sup>.

Bahsi geçen kritere göre, bir tüketici (alıcı), herhangi bir projeden bir konutu kendisi için, diğerini çocuklarının yaşaması için ve üç adet konutu da kira getirisi ya da ileride kâr etme amacıyla satın alıyorsa, satın alınan konutların tümü tüketici işlemi olarak nitelendirilemez. Bu nedenle barınma ihtiyacı dışında satın alınan diğer üç konut, “yatırım malı” olarak nitelendirilmelidir<sup>21</sup>.

---

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 3, 73/1 ve 83/2 maddeleri uyarınca bu tür davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu nazara alındığında uyumsuzluğun tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir”. TBK md. 520/3 gereği, gayrimenkul tellallığı akdi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli değildir.

<sup>19</sup> Doğar, s. 53.

<sup>20</sup> Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. İnal, s. 161-204.

<sup>21</sup> Bir kişinin işi ve mesleği ile ilgili olmayan, özel amaçlarına dönük mallar tüketim malları olarak değerlendirilirken, kişinin işi ve mesleği ile ilgili olan ve mesleki amaçlara hizmet eden mallar yatırım malı olarak kabul edilmektedir. İnal, tüketim malı ile yatırım malı arasındaki ayrımın satın alınacak konutun sayısına göre veya harcama limitine göre ya da kanunla belirlenecek azami bir bedele göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, alıcının kendisi ve yakınlarının konut ihtiyaçlarını aşan sayıdaki satın alma

Diğer bir ifadeyle, kira getirisi elde etmek için veya gelecekte daha yüksek bir fiyata satmak için alınan bir konut açısından ön ödemeli konut satışı hükümleri uygulanmamalıdır. Zira burada TKHK md. 3/k ve ÖÖKSHY md. 4/1'ya göre alıcı, ticari amaçla hareket etmiştir. Bu nedenle alıcı (tüketici), kendisi ve ailesi için satın almış olduğu iki konutu barınma amacıyla kullanacağından tüketici sıfatını kazanacak, yatırım amaçlı aldığı diğer üç daire için ise, tüketici olma vasfını kazanamayacaktır<sup>22</sup>.

#### IV. PROJEDE TİCARİ ALAN OLARAK GÖRÜLEN YERLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Son zamanlarda inşa edilen konut projelerinin hemen hepsinde ortaya çıkan konut ve ticari alanların (alışveriş merkezi, site, dükkan vs.) birlikte bulunduğu yapıların tüketici işlemine konu olup olamayacağının da açıklanması gerekir. Örneğin, aynı parselde inşa edilmiş ve alt katları ticari alan olarak adlandırılan alışveriş merkezi, üst bölümlerin ise konut amaçlı kullanıldığı karma yapılardan işyeri alan kişinin tüketici sıfatını kazanması mümkün değildir. Zira satın alan kişi bu dükkanı ticari veya mesleki bir amaçla kullanacağından, bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ve dolayısıyla bir tüketici işlemi söz konusu olamaz. Ancak bir görüşe göre, ortaya çıkan

---

işlemleri tüketici işlemi sayılmamalıdır. Yazarın diğer önerisi ise, kanunla belirlenecek azami satış bedeli üzerindeki işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmemesidir. Yatırım malı-tüketim malı ayrımı hakkında daha fazla bilgi için bkz. **İnal**, s. 161 vd. Karşı görüşte, **Öz** (2016), s. 216. Yazara göre, yürürlükteki TKHK hükümleri karşısında sözleşme konusu konutların sayısına ve değerine göre tüketici işlemlerinin sınırlandırılması mümkün değildir. Ayrıca bkz. **Doğar**, s. 33.

<sup>22</sup> **Aydoğdu, Murat** (2016) “Taşınmaz Satış Sözleşmesi”: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi (Editörler), Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 28; **Doğar**, s. 34. Kara'ya göre, bir kişi ne kadar yüksek sayıda konut alırsa alsın veya inşa ettirirse ettirsin, eğer bir kazanç sağlama faaliyeti yoksa tüketici sayılmalıdır. Bkz. **Kara**, s. 273. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2012/10605, K: 2012/17689, T: 10.07.2012 sayılı ilamında, davacının üç adet bağımsız bölüm satın almış olması dolayısıyla, satın alınan dairelerin sayısal çoğunluğunun davacıyı kanunda belirtilen tüketici tanımının dışına çıkarmadığını içtihat ederken, aynı dairenin, E: 2011/15055, K: 2012/354, T: 17.01.2012 sayılı ilamında ise, tasarruf yapmak ve geleceğini garanti altına almak maksadıyla yapılan alım-satım işlemi, tüketici işlemi sayılmamıştır. İlgili kararlar için bkz. **Kara**, s. 272.

uyuşmazlık (müteahhidin temerrüdü gibi) hem konut, hem işyerlerini ilgilendiriyorsa bu uyuşmazlığa TKHK hükümleri uygulanmalı ve uyuşmazlığa Tüketici Mahkemeleri bakmalıdır<sup>23</sup>.

Başka bir görüşe göre, konut amaçlı kullanılacak tüm yapılar ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Yapılan hukuki işlem tüketici işlemi ise, sözleşme konusunun konut veya işyeri olmasının bir önemi yoktur<sup>24</sup>.

Kanaatimizce, mimari projede (dükkan, mağaza gibi) ticari alan olarak tasdik edilen bir yerin barınma amaçlı kullanılacağı ileri sürülmesi halinde dahi, yapılacak sözleşmenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi, dolayısıyla TKHK hükümlerinden faydalanamayacağı görüşündeyiz<sup>25</sup>. Çünkü uygulamada, satın alınan bir ticari alanın konut amaçlı kullanılıp kullanılmadığının tespiti oldukça zor ve suistimale açık bir konudur. Ticari amaca tahsis edilmiş bir taşınmazın TKHK hükümlerinden faydalanmasını kabul etmek, mahkemelere ağır bir iş yükünün bindirilmesinin yanında, sonucu tartışmalı kararların ortaya çıkması tehlikesini de taşır. Bu nedenle, mimari projede ticari alan olarak tasdik edilen taşınmazların satışında ön ödemeli konut satışı hükümlerinin uygulanması söz konusu olmamalıdır.

## V. KONUTUN SATIN ALINMA AMACI

Bir taşınmaz, başlangıçta mesleki amaçlarla edinilmiş ancak sonradan konut olarak kullanılmaya başlanmışsa, bu taşınmaz için başlangıçta yapılan hukuki işlem, sonradan tüketici işlemi haline gelmez. Örneğin, muayenehane kurma amaçlı satın alınan bir konut daha sonra barınma için kullanılsa dahi bu işlem tüketici işlemi haline gelmez. Hatta, satın alınan konut muayenehane

<sup>23</sup> Öz (2016), s. 212. Ancak kanaatimizce, olayın niteliğine ve tüketicinin saikine göre bir sonuca varmak daha isabetli olacaktır.

<sup>24</sup> Çabri, Sezer (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi”: Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 207.

<sup>25</sup> Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 26.

olarak hiç kullanılmadan, konut amacıyla kullanıma özgülense bile, kanaatimizce sonuç değişmeyecektir. Zira bu noktada nazara alınması gereken an, bizim de katıldığımız görüşe göre, işlemin yapıldığı andır<sup>26</sup>.

Eğer bir konut, sonradan daha yüksek fiyata satılarak gelir elde etmek için alınıyorsa, burada TKHK md. 3/1 anlamında bir tüketici işleminden bahsetmek ise mümkün değildir. Nitekim tüketici bilindiği üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen dolayısıyla satın aldığı maldan kar etme amacı taşıması gereken kişidir. Ancak bu ifadeden tüketicinin barınma amaçlı konutu sonradan satılığa koyamayacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Zira tüketici satın aldığı konutu elbette tekrar satışa koyabilir. Yeterki tüketici konutu satın alırken barınma ihtiyacını sağlamak için hareket etmiş ve kar amacı gütmemiş olsun. Ancak bu ifadeden de, tüketicinin konutunu satarken kar etmemesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Buradaki kriter, tüketicinin konut alım ve satım işlemini sürekli bir faaliyet haline getirmemiş olması kriteridir<sup>27</sup>.

## VI. KONUTUN KULLANILMIŞ (İKİNCİ EL) VEYA KULLANILMAMIŞ OLMASI

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konut, uygulamda çoğunlukla bağımsız bir parsel üzerindeki müstakil bir yapı veya kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira “maketten satış” veya “temelden girme” şeklinde tabir edilen bu satışlar, konutu daha az maliyetle edinmek isteyen tüketicilerin tercih nedenidir. Bir görüş, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu sadece, gelecekte inşa edilecek konutlar ve halk arasında “sıfır” olarak tabir edilen inşaatı bitmiş ancak kullanılmamış konutlar olabileceğini öne sürmüştür; diğer bir anlatımla, kullanılmış, yani ikinci el konutların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olamayacağını iddia etmiştir<sup>28</sup>.

Karşı görüş ise, konutun sıfır olmasıyla ikinci el olması arasında farkın bulunmadığını ifade etmiş, bir inşaat şirketinin inşa ettiği bir konutu belli bir

<sup>26</sup> Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 27.

<sup>27</sup> Doğar, s. 33.

<sup>28</sup> Gümüş, s. 251. Aynı yönde, Acar, s. 21.

süre kiraya verdikten sonra ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle satabilmesinin önünde bir engel bulunmadığını örnek göstermiştir<sup>29</sup>. Başka bir görüş, tamamlanmış ve kat mülkiyetine geçmiş bir konutun sıfır ya da ikinci el olarak satılması fark etmeksizin, tüketicinin yapmış olduğu işlem nedeniyle korunması gerektiğini belirtmiştir<sup>30</sup>.

Kanaatimizce, bir konutun kullanılmış olması, yapılan sözleşmenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel değildir<sup>31</sup>. Nitekim, TKHK md. 40-46 arasında veya ÖÖKSHY’de bu konu hakkında sınırlayıcı bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Kaldı ki TKHK md. 12/2 “... *ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamaz*” şeklindedir. Bu hükme dayanarak, kanun koyucunun ikinci el konut satışlarını da TKHK md. 40-46 kapsamında kabul ettiği rahatlıkla söylenebilir. Bu nedenle, bizim de katıldığımız görüşe göre, tamamlanmış bir konutun kullanılmamış veya kullanılmış olmasının önemi yoktur. İster “sıfır” olarak tabir edilen kullanılmamış ister “ikinci el” olarak adlandırılan kullanılmış olsun, satışa sunulan konut barınma amaçlı olarak satılıyor ve unsurlarını taşıyor ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin ve dolayısıyla bir tüketici işleminin varlığı kabul edilmelidir. Yeter ki, konutu satan kişi, TKHK md. 3/i’de belirtildiği üzere, ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan veya mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olsun<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> **Çabri**, (2015), s. 208, dn. 13. Aynı yönde, **Yeniocak, Umut** (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli” Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S. 102, Şubat 2015, Seçkin Yayıncılık, s. 44.

<sup>30</sup> **Atamer**, s. 220 vd.

<sup>31</sup> TKHK md. 41/1 hükmünün daraltıcı şekilde yorumlanması gerektiğini ve bu nedenle, kat mülkiyetine geçmiş konutların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olamayacağı görüşünde, **Acar**, s. 20-21. Her ne kadar, TKHK md. 40 gerekçesinde, “henüz ortada bir konut olmadan” tüketicilerin para ödemeye başlaması ve bu nedenle korumaya ihtiyaç duyulduğundan bahsedilse de kanaatimizce bu gerekçe daraltıcı yorumlanmamalı, amaçsal yorum ilkesine göre sonuca ulaşılmalıdır.

<sup>32</sup> **Doğar**, s. 36.

## SONUÇ

Günümüzde, daha çok büyük şehirlerde satışa sunulan ancak git gide küçük şehirlerde de rastladığımız barınma amaçlı konutların karma kullanım için satın alındıklarına artık sıklıkla rastlanmaktadır. Halk arasında “Home-Ofis” olarak adlandırılan ve evden serbest çalışanlara yönelik tasarlanmış bu tip konutlar açısından, dairenin belli bir bölümü, kişinin uğraştığı iş veya mesleğe paralel olarak düzenlenmekte, diğer kısımlar ise barınma amaçlı olarak kullanılmaktadır. Özellikle covid-19 salgın hastalık döneminde, evden çalışmak zorunda kalanlar açısından karma kullanımlı konutların ne kadar hayati önemde olduğu daha da iyi anlaşılmıştır.

Karma amaçlı olarak kullanılan bu tür konutları satın alan kişinin tüketici sıfatını kazanıp kazanmayacağı, yapılan işlemin bir tüketici işlemi olup olmayacağı konusunda yukarıda da değinildiği üzere, öğretide tam bir fikir birliği yoktur. Bir görüş, karma amaçlı kullanımlarda, ön plana çıkan amaca üstünlük tanınması gerektiğini ve bu nedenle sözleşmenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilmesini savunurken<sup>33</sup>, karşı görüş ise bir konutun karma amaçlı satın alınması halinde tüketici işleminden bahsedilemeyeceğini savunmaktadır<sup>34</sup>

Kanaatimizce, hem ev hem de ofis olarak kullanılmak üzere satın alınan konutun barınma amacına üstünlük tanınarak sözleşmenin ön ödemeli konut satışı olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü, olması gereken hukuk açısından ve TKHK'nun ulaşmak istediği sonuçla paralellik gösterse de, satın alınan taşınmazın ağırlıklı olarak hangi amaca yönelik kullanıldığının belirlenmesi pratikte sorun yaratacaktır. Zira hangi kriterlere göre ağırlıklı amacın

<sup>33</sup> Gümüş'e göre, karma kullanımlarda ön plana çıkan amaç esas alınmalıdır. Bkz. **Gümüş**, s. 251. Aynı yönde, **Çabri**, (2015), s. 208. Yapılan hukuki işlem bir tüketici işlemi ise, sözleşme konusunun konut veya işyeri olmasının bir önemi olmayacaktır. **Acar**, s. 15. Aynı yönde **Kara**, s. 59.

<sup>34</sup> **Özmen/Vardar Hamamcıoğlu**, s. 27. Aynı görüşte, **Zevkililer/Aydoğdu**, s. 84.

belirleneceği konusunda uygulama ve doktrinde bir açıklık yoktur. Bu durumun tespiti için mahkemelerin nasıl bir yol izleyeceği ve hangi delilleri (keşif, şahit vs.) esas alacağı belirsizdir. Kaldı ki bu şekilde yapılan bir tespitin ulaşacağı sonuçlar da çoğu zaman tartışmalı olacaktır<sup>35</sup>.

Bize göre, karma kullanım için satın alınan konutlar açısından tüketici işleminden bahsedilemez. Çünkü, konutu satın alan kişi artık satıcıya karşı zayıf konumda değildir. Kaldı ki satın alınan konutta mesleki veya ticari bir faaliyet de yürütüleceğine göre, bu kişinin sadece barınma amaçlı konut satan tüketiciyle aynı korumadan faydalanması hakkaniyetle de örtüşmemektedir. Nitekim bir görüşe göre, gerçek kişinin bir işlemi hem ticari hem de özel bir amaçla yapması durumunda, amacın bölünerek, tüketici sayılması mümkün değildir; gerçek kişi kısmen de olsa yapmış olduğu işlemde ticari ve mesleki bir amaç güdüyorsa, artık tüketici sayılamayacaktır<sup>36</sup>.

Örneğin bir avukatın hem “konut” hem de “avukatlık bürosu” olarak kullanmak istediği bir taşınmazda ağırlıklı amacın nasıl tespit edileceği, hangi kriterlerin uygulanacağı ve ölçütün ne olacağı, hukuk güvenliği açısından sorun teşkil eder. Her ne kadar, avukatlık mesleği ticari bir faaliyet olarak nitelendirilmese de<sup>37</sup>, TKHK 3/k maddesine göre tüketici, mesleki olmayan amaçlarla da hareket etmesi gereken gerçek veya tüzel kişidir. Verilen örnekte, bir avukatın satın aldığı konutu mesleki amaçlarla ediniyor olması, onun tüketici sayılmasında engel oluşturmamalıdır<sup>38</sup>. Avukatlık faaliyetinin TKHK anlamında “hizmet sağlama” niteliğinde olduğu ve avukatın da “sağlayıcı”

<sup>35</sup> Bkz. Doğar, s. 37.

<sup>36</sup> Bkz. Çınar, s. 39.

<sup>37</sup> Avukatlık Kanunu md.1'e göre; Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

<sup>38</sup> Aynı örnek, doktor muayenehanesi veya bir muhasebeci/mali müşavir ofisi vb. iş faaliyetleri için de geçerlidir.



olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü<sup>39</sup> ışığında karma kullanım amacıyla satın alınmış konutlar TKHK kapsamında olmamalıdır.

Kanımızca, bir görüşü savunurken, sadece olması gereken hukuk değil, uygulamada bunun nasıl gerçekleşeceğinin, hukuk güvenliğinin, mahkemelerin iş yükü ve yoğunluğunun da hesaba katılması gerekir. Bu konuda Kanun'da bir düzenleme yapılması başka bir çözüm olarak akla gelse de, karma amaçlı kullanıma yönelik satın alınan konutlar bakımından ön ödemeli konut satışı sözleşmesi (TKHK md 40-46) hükümlerinin uygulanması söz konusu olmamalıdır.

---

<sup>39</sup> **Akıpek Öcal, Şebnem** (2016) “Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehmi (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 187-188.

**KAYNAKÇA**

- Acar, Hakan** (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, s.11-40.
- Akipek Öcal, Şebnem** (2016) “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulaması”: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/ Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem (Editörler), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 11-19.
- Akipek, Şebnem** (1999) Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Akipek Öcal, Şebnem** (2016) “Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehmi (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 168-188.
- Akipek Öcal, Şebnem** (2016) Milli Şerh, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 40-59.
- Anbarcı, Murat/ Giran, Ömer/ Türkan, Yusuf Sait/ Manisalı, Ekrem** (2011) “Ürün Olarak Konut Kavramı ve Türkiye’deki Konut Satışlarının Ürün Hayat Eğrisi Yaklaşımıyla Değerlendirilmesi”, 6. İnşaat Yönetimi Kongresi, Kasım 2011, [http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16997\\_04\\_08.pdf](http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/16997_04_08.pdf) s.e.t. 12.09.2020.
- Atamer, Yeşim** (2016) Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Aydoğdu, Murat** (2016) “Taşınmaz Satış Sözleşmesi”: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi (Editörler), Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 21-65.

- Bakal, Ahmet** (1998) “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 313-332.
- Çabri, Sezer** (2010) Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Çabri, Sezer** (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 205-240.
- Çabri, Sezer** (2016) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çınar, Ömer** (2009) Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Doğar, Mehmet** (2018) Ön Ödemeli Konut Satışı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Erman, Hasan** (2013) Eşya Hukuku Dersleri, 3.Basım, İstanbul, Der Yayınevi.
- Gümüş, Alper** (2014) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Havutçu, Ayşe** (2014) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2014, s. 8-19.
- İnal, Tamer** (2015) “Tüketici Hukuku’nda, Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayrımının Gerekliiği”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 161-204.
- Kara, İlhan** (2015) Tüketici Hukuku, Ankara, Engin Yayınevi.

- Karakocalı, Ahmet/ Kurşun, Suphi** (2015) Tüketici Hukuku, İstanbul, Aristo Kitabevi.
- Oğuzman, M.Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe** (2013) Eşya Hukuku, 16. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Öz, Turgut** (2015) “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim (Editörler), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 138-160.
- Öz, Turgut** (2016) “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi (Editörler), Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul, Aristo Kitabevi, s. 203-229.
- Özmen, E.Saba/Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah** (2016) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Yeniocak, Umut** (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli” Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S. 102, Şubat 2015, Seçkin Yayıncılık, s. 42-53.
- Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat** (2004) Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

## ALMAN HUKUKUNDA KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNDE YENİ DÖNEM\*

Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL\*\*

### ÖZET

Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch*) 'Küçüklerin Evlat Edinilmesi' başlığı altında yer alan 1741.maddesinin ikinci fıkrası evli olmayan bir kimsenin yalnızca tek başına evlat edinebileceğini, evli kimselerin ise ancak birlikte evlat edinebileceklerini, eşlerden birinin tek başına diğerinin çocuğunu evlat edinebileceğini, evli bir kimsenin eşinin fiil ehliyetinden yoksun veya henüz 21 yaşını doldurmamış olması durumunda tek başına evlat edinebileceğini düzenler. 26 Mart 2019 tarihinde Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) evli olmayan çiftlerden oluşan ailelerde yaşayan çocukları evlat edinilmeleri noktasında haklı bir neden olmaksızın dezavantajlı duruma getiren bu maddeyi Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) bütün insanların yasa önünde eşit olduğunu düzenleyen 3.maddesinin 1.fıkrasına aykırı bulmuş ve yasama organına 31 Mart 2020 tarihine kadar yeni hükümler ihdas etme talimatı vermiştir. Çalışmamız önce genel olarak Alman Hukukunda küçüklerin evlat edinilmesinin koşullarını, daha sonra Mahkemenin verdiği bu kararı, 31 Mart 2020'de yürürlüğe giren yeni hükmü ve hükmün gerekçesini inceleyecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Alman Aile Hukuku, Evlat Edinme, Küçüklerin Evlat Edinilmesi, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, Evli Olmayan Çiftlerin Evlat Edinmesi.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.771237 - Geliş Tarihi: 18.07.2020 – Kabul Tarihi: 02.12.2020.

\*\* Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, av.edasahin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4741-2171.

## NEW ERA FOR THE ADOPTION OF MINORS IN GERMAN LAW

### ABSTRACT

In relation to the adoption of minors in the article of 1741/II of German Civil Law, a person who is not married may adopt a child only alone. A married couple may adopt a child only jointly. A spouse may adopt a child of his spouse alone. He may also adopt a child alone if the other spouse cannot adopt the child because he is incapable of contracting or has not yet reached the age of twenty-one. In a decision of 26 March 2019, the German Federal Constitutional Court held that the Civil Code provisions violate the equal treatment clause of article 3, paragraph 1 of the Basic Law, because they unjustifiably disadvantage children in families in which the couple are not married and instructed the legislature to enact new provisions by 31 March 2020. This study aims to first examine the conditions for the adoption of minors in German Law in general, then the Court's ruling and the new provision that came into force on 31 March 2020 and the legislative intention.

**Keywords:** German Family Law, Adoption, Adoption of Minors, Decision of the Federal Constitutional Court, Adoption by non-marital families.

## GİRİŞ

Batı Avrupa’da evlat edinmenin ilk olarak kabul edildiği ülke Almanya’dır. 1900 öncesi dönemde bazı Alman eyaletlerinde evlat edinmeye izin verildiği görülmektedir.<sup>1</sup> Örneğin, Prusya’da 1794 tarihli Umumi Memleket Kanunu’nda hem erginlerin hem de küçüklerin evlat edinilmesi düzenlemiş<sup>2</sup> olup az sayıda da olsa üvey çocukların da evlat edinildiği gözlemlenmiştir.<sup>3</sup> 1.1.1900 tarihli Alman medeni kanunu Alman eyalet kanunlarının yerine geçerek uyumlaştırılmış bir medeni mevzuat oluşturmuş ve hem erginlerin hem de küçüklerin evlat edinilmesine izin vermiştir.<sup>4</sup> Bu kanunda erginlerin ve küçüklerin evlat edinilmesi aynı koşullara tabi kılınmıştır.<sup>5</sup> 1910’lu yıllara kadar evlat edinmenin büyük çoğunluğu erginlerin evlat edinilmesi şeklindeyken 1920’lerden beri genellikle küçükler evlat edinilmektedir.<sup>6</sup> 1900’lerde evli çiftler veya 50 yaşın üstünde olmak ve altsoyu bulunmamak kaydıyla evli olmayanlar evlat edinecekleri kimseden en az 18 yaş büyük iseler evlat edinebilmekteydiler. Evlatlığın genetik ailesiyle soybağı ilişkisi sona ermiyor, iki taraf da birbirine mirasçı olabiliyordu. Evlatlık aynı zamanda evlat edinenin soyadını alıyor ve ona da mirasçı olabiliyordu. 1961 yılında altsoyu bulunanların da evlat edinmesine izin verilmiş,<sup>7</sup> evlat edinme yaşı 35’e inmiş, sonra yaş giderek düşürülmüş ve sonunda 1973 yılında yaş sınırı 25’e çekilmiştir.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> **Mignot, Jean-François** (2019) ‘Child Adoption in Western Europe 1900-2015’, *Cliometrics of the Family*, <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02008838/file/Child%20Adoption%20in%20Western%20Europe.pdf>> s.e.t. 18.11.2020, s. 5.

<sup>2</sup> **İnce-Akman, Nurten** (2019) “Alman ve Türk Hukukunda Ergin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 2360.

<sup>3</sup> **Mignot**, s. 5.

<sup>4</sup> **Mignot**, s. 5.

<sup>5</sup> Zamanla erginler bakımından farklı bir düzenleme yapılması gerektiği anlaşılmıştır, **İnce-Akman**, s. 2361.

<sup>6</sup> **Mignot**, s. 5.

<sup>7</sup> **Mignot**, s. 5.

<sup>8</sup> **Lettmäier, Saskia** (2019) *Adoption and Assisted Reproduction in Germany: Legal Framework and Current Issues*, Leiden, Brill, s. 6.

Almanya 1976 yılında kabul edilip 1977’de yürürlüğe giren yasayla (Evlat Edinme Yasası)<sup>9</sup> küçükler bakımından tam evlat edinmeyi, yani evlat edinilen küçüğün genetik ailesiyle hısımlık bağının kalmamasına ilişkin düzenlemeyi kabul etmiştir.<sup>10</sup> Söz konusu düzenleme evlat edinilen küçüklerin ideal gelişimleri için kendilerini ailenin ayrılmaz bir parçası olarak hissetmeleri gerektiği düşüncesinin bir sonucudur. Evlat edinilen küçük ile evlat edinenler arasındaki soybağının doğumla kurulan soybağı ile aynı olması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>11</sup> Bu gerekçeyle evlatlığın biyolojik ailesiyle arasındaki soybağının tamamen sona erdirilmesi, evlatlık sanki evlat edinenlerin biyolojik çocuğuymuş gibi aralarında soybağı kurulması ve böylece evlatlığın evlat edinenlerin geniş ailesine dahil edilmesi esası benimsenmiştir.<sup>12</sup> Evlat edinme yasası genel olarak; mahkeme kararı olmaksızın evlat edinmenin mümkün olmadığını, evlat edinmenin taraflar arasında gerçekleşecek bir müzakere ya da sözleşmeyle kurulamayacağını,<sup>13</sup> kural olarak biyolojik aileyle küçük arasındaki hısımlık ilişkisinin ortadan kalkacağını ve tam evlat edinmeyle küçüğün evlat edinenlerin ailesine dahil edileceğini, mahkeme kararı için evlat edinecek kimsenin noter onaylı başvurusu ve/veya ilgili kimselerin rızasının gerekliliğini, evlat edinmeye ancak ev incelemesi yapıldıktan ve evlat edinmenin evlatlığın menfaatine olduğu tespit edildikten sonra karar verilebileceğini düzenlemektedir.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Adoptionsgesetz (Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften) vom 2. Juli 1976, (BGBl. I S. 1749).

<sup>10</sup> **Lettmaier**, s. 7; **Mignot**, s. 5.

<sup>11</sup> **Lettmaier**, s. 7.

<sup>12</sup> **Lettmaier**, s. 7.

<sup>13</sup> 1 Ocak 1977 öncesi evlat edinme taraflar arasında yapılan bir sözleşmeyle ile gerçekleşmekteymiş, **Scholz, Harald / Kleffmann, Norbert / Doering-Striening, Gudrun** (2019) Praxishandbuch Familienrecht, München, C.H.Beck, § V, rn. 1. Türk hukukunda da 743 sayılı Medeni Kanun evlat edinmeyi resmi şekle tabi medeni hukuk sözleşmesi olarak düzenlemişti, **Birsen, Kemalettin** (1959) Medeni Hukuk Dersleri Umumi Esaslar – Şahsın Hukuku – Aile Hukuku, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, s. 166; **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1969) Medeni Hukuk, İstanbul, Gün Matbaası, s. 162; **Feyzioglu, Feyzi Necmeddin** (1986) Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 462; **Turhan, Nedim** (2000) “Evlat Edinme”, Yargıtay Dergisi, C: 26, S: 1-2, s. 55.

<sup>14</sup> **Lettmaier**, s. 7.



Çalışmamızda küçüklerin evlat edinilmesi Alman Medeni Kanunu (BGB)<sup>15</sup> kapsamında incelenecektir. Küçüklerin evlat edinilmesi BGB 1741-1766 maddeleri arasında düzenlenmekte olup bu kapsamda ilk bölüm, evlat edinmenin koşulları ve sonuçları üzerinde duracaktır. İkinci bölümde evli olmayan çiftlerin evlat edinmesiyle ilgili Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) kararı ayrıntılı olarak analiz edilerek, mahkemenin öne sürdüğü sebepler ve vardığı sonuç açıklanacaktır. Sonrasında mahkeme kararına istinaden BGB'ye eklenen yeni hüküm, bu hükmün gerekçesi ve içeriği ele alınacaktır. Çalışmamız Almanya'da evli olmayan çiftlerden oluşan ailelerde üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin yeni düzenlemeyi ve düzenlemenin bu şekliyle kabul edilmesine yön veren tartışmaların değerlendirilmesine yöneliktir.

## I. GENEL OLARAK ALMAN HUKUKUNDA KÜÇÜKLERİN EVLAT EDİNİLMESİNİN KOŞULLARI VE SONUÇLARI

### A. KÜÇÜĞÜN MENFAATİ VE EBEVEYN - ÇOCUK İLİŞKİSİNİN KURULMASI

Almanya'nın evlat edinilen bakımından ikili bir ayrım yaptığı ve ergin veya kısıtlılar ile küçüklerin evlat edinilmesi farklı koşullara tabi tuttuğu görülmektedir. Örneğin, küçüklerin evlat edinilmesinde aranmayan 'ahlaka uygunluk' şartı erginler bakımından aranmaktadır.<sup>16</sup> Ergin veya kısıtlılar ile küçüklerin evlat edinilmesi arasındaki diğer önemli fark BGB 1741/I'de ifadesini bulan evlat edinmenin küçüğün menfaatine olması<sup>17</sup> ve evlat edinen

<sup>15</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist.

<sup>16</sup> Schermaier-Stöckl, Barbara / Stock, Christof, (2014) "Soziale Arbeit mit Paaren, Familien, Kindern und Jugendlichen", <[https://www.rdg.de/app/download/5805464200/HF\\_2\\_Teil2\\_Einf\\_Paare\\_Familien\\_KiJu.pdf](https://www.rdg.de/app/download/5805464200/HF_2_Teil2_Einf_Paare_Familien_KiJu.pdf)> s.e.t. 18.11.2020, s. 33; İnce-Akman, s. 2361.

<sup>17</sup> Evlat edinmeyle küçük için en azından daha iyi yaşam standartları sağlanıyor olmalıdır, Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 13.

ile küçük arasında ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulmasının gerekmesidir.<sup>18</sup> Küçüklerin evlat edinilmesi bakımından bu iki koşul ayrı ayrı değil kümülatif olarak değerlendirilmekte, ikisinin de varlığı halinde evlat edinmeye karar verilmektedir.<sup>19</sup>

Küçüğün menfaati evlat edinme bakımından aranılan şartlardan ilki ve en önemlisi olarak ifade edilmektedir.<sup>20</sup> Evlat edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığı hususu araştırılırken küçüğün halihazırdaki yaşam koşulları ile evlat edinildiğinde oluşacak yaşam koşulları karşılaştırılmaktadır.<sup>21</sup> Evlat edinmenin küçüğün şu anki durumunu fiziki ve psikolojik olarak iyileştirmesi ve gelişimini olumlu yönde etkileyecek olması beklenmektedir.<sup>22</sup> Evlat edinenin hayat standardı, yaşı, bir çocuğa bakabilecek psikolojik ve fiziksel yeterlilikte olması, aile ilişkileri ile mesleki, sosyal ve ekonomik durumu evlat edinme kararında göz önünde tutulan hususlardır.<sup>23</sup> Ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulup kurulmadığı araştırılırken küçüğe uzun süreli bakım, eğitim ve yetiştirme gibi hususlar dikkate alınmaktadır.<sup>24</sup> Aile Mahkemesi her olayı kendi özellikleri kapsamında değerlendirerek evlat edinmenin küçüğün

<sup>18</sup> Schermaier-Stöckl / Stock, s. 33; İnce-Akman, s. 2361.

<sup>19</sup> Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 16; Teklote, Stephan (2020) “Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften nach neuem Recht” Neue Zeitschrift für Familienrecht C: 10, s. 410.

<sup>20</sup> Bassenge, Peter / Brudermüller, Gerd / Ellenberger, Jürgen / Götz, Isabell / Grüneberg, Christian / Sprau, Hartwig / Thorn, Karsten / Weidenkaff, Walter / Weidlich, Dietmar (2014) Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare, München, C.H.Beck (Palandt) s. 2119.

<sup>21</sup> Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (2020) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, C.H.Beck, BGB § 1741 rn. 75; ; Stürner, Rolf / Berger, Christian / Budzikiewicz, Christine / Mansel, Heinz-Peter / Stadler, Astrid / Teichmann, Arndt (2018) Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, München, C. H. Beck, (Jauernig) BGB § 1750 rn. 2.

<sup>22</sup> Schermaier-Stöckl / Stock, s. 33.

<sup>23</sup> Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 16.

<sup>24</sup> İnce-Akman, s. 2370.

menfaatine olup olmadığını takdir eder. Mahkeme, kararını etkileyecek ilgili hususları re'sen araştırır.<sup>25</sup>

Küçüğün evlat edinilmesi bakımından önemli bir diğer husus da birden fazla veya çifte evlat edinme yasağıdır. BGB 1742 uyarınca evlat edinilen küçük, evlat edinenin hayatta olduğu ve evlatlık ilişkisi devam ettiği sürece yalnızca onun eşi tarafından evlat edinilebilir. Bu hüküm evlatlığın zincir şeklinde evlat edinilmesinin ve kendisiyle ilgili bir hoşnutsuzluk olması durumunda tekrar evlat edinilmek üzere şu anki ailesinden ayrılmasının ve ailesiz kalmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.<sup>26</sup>

## B. YAŞ KOŞULU VE EVLİLİK

Hem evli hem de evli olmayan kimseler BGB'deki yaş koşulunu sağlamak suretiyle evlat edinebilirler. BGB 1743'e göre evlat edinecek kimsenin en az 25 yaşını doldurmuş olması gerekmekte olup, evli çiftler birlikte evlat edinirlerken birinin 25, diğerinin ise 21 yaşını doldurmuş olması aranır. Eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi bakımından da aynı esas uygulanır; evlat edinecek kimsenin en az 21 yaşında olması gerekir.<sup>27</sup> Yaş bakımından bir üst sınır yoktur, fakat aradaki yaş farkı ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması noktasında dikkate alınır.<sup>28</sup>

Evlat edinenlerin evli olup olmamasına göre düzenleme yapan, BVerfG kararına konu madde BGB 1741/II'dir. Bu maddeye göre, evli olmayan (bekar,

<sup>25</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I S. 541) geändert worden ist, § 26.

<sup>26</sup> **Schulz, Werner / Hauß, Jörn** (2018) Familienrecht, Handkommentar, Baden-Baden, Nomos, BGB § 1742; **Palandt**, s. 2119.

<sup>27</sup> **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1743 rn. 23.

<sup>28</sup> **Hotz, Sandra** (2018) Selbstbestimmung im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzun: Rechtliche und kulturelle (Schweiz, Deutschland, Japan) sowie theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie, Bern, Stämpfli, s. 37; **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1741 rn. 127. Evlatlık ile evlat edinen arasında yalnızca 15 yaş fark olması bu kimseler arasında ebeveyn-çocuk değil kardeş ilişkisi kurulabileceği şeklinde yorumlanmaktadır, **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1741 rn. 130.

boşanmış ya da eşi vefat etmiş)<sup>29</sup> bir kimse yalnızca tek başına evlat edinebilir,<sup>30</sup> evli kimseler ancak birlikte evlat edinebilirler, eşlerden biri tek başına diğ erinin çocuğunu -üvey çocuğu- evlat edinebilir,<sup>31</sup> evli bir kimse eşinin fiil ehliyetinden sürekli yoksun veya henüz 21 yaşını doldurmamış olması durumunda tek başına evlat edinebilir. Madde kapsamında Aile Mahkemesince evlat edinmeye karar verildiği anda evliliğin devam ediyor olması aranmaktadır. Eşler ayrı yaşıyorsa bile kanunen evlilik birliği devam ettiği için evli kabul edilirler, fakat bu durumda evlat edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığı hususunun araştırılması önem arz eder.<sup>32</sup>

Evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmemesine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş boşanmaların yaygınlaşmasının evliliğin süreklilik arz eden ya da uzun soluklu bir ilişki anlamına gelmediğini gösterdiği, bekar annelerden doğan çocukların sayısının arttığı ileri sürülerek evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmesinin kapsam dışı bırakılması eleştirilmiştir.<sup>33</sup> Diğer görüş, eşlerin birlikte evlat edinmesini istemenin doğru olduğunu savunmuştur.<sup>34</sup> Kanunun bu düzenlemesindeki amacın küçüğün hem eşlerden yalnızca birinin çocuğu olmasının önüne geçmek ve böylece diğer eş bakımından üvey çocuk olmasını engellemek hem de tam manasıyla bir aile ortamında büyümesini sağlamak olduğunun altı çizilmiştir.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 22.

<sup>30</sup> En az 25 yaşında olması gerekir, BGB § 1743.

<sup>31</sup> Eşlerden birinin tek başına diğ erinin biyolojik çocuğunu evlat edinmesi kayıtlı hayat ortaklığı içerisinde yaşayanlara da tanınmıştır. Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2639) geändert worden ist, § 9(7). Bu kimselerin birlikte bir küçüğü evlat edinmelerine izin verilmemiştir. Ancak 19 Şubat 2013 tarihli Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararıyla kayıtlı hayat ortaklığı içinde yaşayan çiftlerden önce birinin evlat edinmesine, daha sonra diğ erinin bu çocuğu hayat ortağının çocuğu olarak evlat edinmesine izin verilmiştir. Schermaier-Stöckl / Stock, s. 34.

<sup>32</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğ erleri, BGB § 1741 rn. 11-12.

<sup>33</sup> Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph (2019) beck-online. GROSSKOMMENTAR, München, C. H. Beck, BGB § 1741 rn. 76-77; Dethloff, Nina (2015) Familienrecht, München, C. H. Beck, § 15 rn. 17.

<sup>34</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğ erleri, BGB § 1741 rn. 11.

<sup>35</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğ erleri, BGB § 1741 rn. 11.

Görüldüğü üzere, BGB 1741/II uyarınca evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmeleri mümkün değildir.<sup>36</sup> Madde metninde geçen ‘yalnızca’ ifadesi de bunu güçlendirmiş, evli olmayan birinin ancak tek başına evlat edinebileceğini düzenlemiştir. Ayrıca çiftlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi de yine eşlere tanınmış bir haktır. Dolayısıyla, BGB 1754 vd. maddeleri gereğince çiftler evli değillerse biyolojik ebeveyn ile soybağı ilişkisi sona ermeden<sup>37</sup> biri diğerinin çocuğunu evlat edinemez, çünkü hem evli olmayan bir kimse ancak tek başına evlat edinebilir hem de üvey çocuğu evlat edinmek yalnızca evli çiftler bakımından mümkündür. Düzenleme böyle olunca da evlat edinilince küçük, evlat edinenin birlikte yaşadığı biyolojik ebeveyni ve onun hısımlarıyla arasındaki soybağı ilişkisini kaybetmektedir, bu da doktrinde ‘absürt’ bir sonuç olarak nitelenmektedir.<sup>38</sup>

### C. KÜÇÜĞÜN EVLAT EDİNMEK İSTEYENLER TARAFINDAN BAKIMI

Küçüklerin evlat edinilmesi bakımından aranan bir diğer önkoşul<sup>39</sup> da BGB 1744’te yer alan bakım süresidir. Buna göre, mahkemece evlat edinmeye ilişkin karar verilmeden önce evlat edinmek isteyenler ile küçüğün birbirine uyum sağlayıp sağlamadığını ve aralarında gerçek bir ebeveyn-çocuk

<sup>36</sup> Söz konusu maddede çiftlerin aynı veya farklı cinsten olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1741 rn. 47.

<sup>37</sup> Küçüklerin evlat edinilmesi bakımından Almanya’da tam evlat edinme sistemi benimsenmiştir. Bkz. dipnot 10 ve buna bağlı metin.

<sup>38</sup> **Eckebracht, Marc** (2020) “Die Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien”, Neue Juristische Wochenschrift, C: 20, s. 1403 (**Eckebracht**, 2020).

<sup>39</sup> Bu kapsamda bir mahkeme bu süre zarfında küçüğe bakımın evlat edinme kararı bakımından önkoşul olduğunu, ancak bu kuralı sistematik olarak uygulamaktansa her olayın kendine has koşullarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, küçüğün menfaati ve ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması bakımından hakim bu kuralın sağlanıp sağlanmadığı noktasında takdir hakkı vardır. Karara konu olayda, kendisini evlat edinen ailede anneyi öldüren ve bundan 10 yıl hüküm giyen küçükle ceza yargılaması sırasında tanışan rahip arasında iki yıldır süren ve en az haftada bir görüştükları yakın bir ilişki kurulmuştur. Küçüğü evlat edinmek isteyen rahibin başvurusunu değerlendiren mahkeme BGB § 1744’te yer alan kriterin sağlandığı sonucuna varmıştır. AG Arnsberg, Beschluss vom 21.02.1987 - 16 XVI 11/86, BeckRS 2009, 11022.

ilişkinin kurulup kurulmadığını görmek bakımından evlat edineceklerin koruyucu aile olarak makul bir süre küçüğe bakmaları gerekmektedir. Madde metninde geçen 'bakım' ifadesi ile kastedilen bir aile kendi (biyolojik/evlatlık) çocuğuna nasıl bakıyorsa evlat edinilecek küçüğe de aynı şekilde bakması anlamdadır.<sup>40</sup> Dolayısıyla, bu süre zarfında evlat edinecek kişiye tıpkı velayet hakkına sahip ana-baba gibi hareket etme hakkı tanınır ve bu kişi küçüğün bakımı için gerekli kararları alma ve onu bu amaç doğrultusunda temsil etme yetkisine sahip olur.<sup>41</sup> Bu süreyi öngörmekte Kanunun güttüğü amaç hem sahte evlat edinmelerin önüne geçmek hem de küçüğün ve evlat edinecek kimselerin birbirine olan uyumunu test etmektir.<sup>42</sup> Bakım süresi boyunca küçük kendisini evlat edinecek kimselerle birlikte yaşamakta ve ailenin bir parçası olmaktadır.<sup>43</sup>

Bakım süresinin ne kadar olacağı her durumun kendine has özelliklerine göre belirlenmektedir.<sup>44</sup> Örneğin, engelli ya da özel gereksinimi olan bir çocuk için belirlenecek süre ile sağlıklı bir çocuk için belirlenecek süre aynı olmaz.<sup>45</sup> Benzer şekilde, bebekler kendine bakan kimselerle (eski aileleriyle) yaş itibarıyla daha zayıf duygusal bağlar kuracakları için bu süre daha kısa, ancak çocukluk çağındaki küçükler bakımından bu süre bebeklere nazaran daha uzun belirlenir.<sup>46</sup> Bu kapsamda çocuk esirgeme kurumu önemli bir rol üstlenmekte olup, evlat edinecek ailenin seçimi, yönlendirmesi ve desteklenmesi noktasında görev yapar.<sup>47</sup> Genel olarak, bakım süresinin bir yılı aşmaması gerektiği, en geç bir yıl içinde küçüğün yeni ailesine alışmış olacağı ileri sürülmektedir.<sup>48</sup>

<sup>40</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 31.

<sup>41</sup> Palandt, s. 2118.

<sup>42</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 1.

<sup>43</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 1.

<sup>44</sup> Schermaier-Stöckl / Stock, s. 34; Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 30.

<sup>45</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 30.

<sup>46</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 30.

<sup>47</sup> Schermaier-Stöckl / Stock, s. 34.

<sup>48</sup> Gsell / Krüger / Lorenz ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 22; Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1744 rn. 30.

#### D. EVLAT EDİNMEYE İZİN VERİLMEMESİ GEREKEN HALLER

Evlat edinmeye izin verilmemesi gereken haller BGB 1745'te evlat edinmenin evlat edinenin altsoyunun<sup>49</sup> ya da evlatlığın tercihen daha ağır basan çıkarlarına ters düşmesi veya evlatlığın çıkarlarının evlat edinecek kimselerin altsoyu tarafından tehlikeye düşürüleceği korkusu olarak ifade edilmiştir. Maddeye göre mali haklara ilişkin çıkarlar belirleyici değildir. Altsoyun miras ve bakım nafakasına ilişkin paylarının azalacak olması küçüğün evlat edinilmesine engel değildir.<sup>50</sup> Görüldüğü üzere, evlat edinecek kimselerin altsoyunun olması evlat edinmeye engel değildir. Kaldı ki, evlat edinme için altsoyun rızasının alınmasına da gerek yoktur.<sup>51</sup> Yalnızca söz konusu madde uyarınca altsoyun ve evlat edinilecek küçüğün çıkarlarının dengesi göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, evlat edinecek kimsenin halihazırda bakımını üstlendiği çok sayıda çocuğu varsa, evlat edinme sonrası bir çocuğun daha yükümlülüğünü almak makul olarak diğer çocukların ihmal edileceği tereddüdünü ortaya çıkarır.<sup>52</sup>

#### E. RIZA

Rızaya ilişkin düzenlemeler BGB 1746-1751 arasında yer almaktadır. Sırasıyla küçüğün rızası, küçüğün ebeveynlerinin rızası, ebeveynlerin rızasının aranmayacağı haller, eşin rızası, rızanın şekli ve rızanın etkisi ile bakım yükümlülüğü hususları düzenlenmektedir. Evlat edinmeye karar verilebilmesi için öncelikle çocuğun rızasının alınması gerekmektedir (BGB 1746/I). Ancak çocuk 14 yaşından küçük veya ayırt etme gücüne sahip değilse yalnızca yasal temsilcisi<sup>53</sup> evlat edinmeye rıza gösterebilir (BGB 1746/I).<sup>54</sup> Ayırt etme gücüne

<sup>49</sup> Evlat edinenin altsoyu, biyolojik ve evlat edindiği çocukları kapsamaktadır. **Hau, Wolfgang / Poseck, Roman** (2020) Beck'scher Online-Kommentar BGB, München, C. H. Beck, BGB § 1745 rn. 2, 2.1.

<sup>50</sup> **Scholz / Kleffmann / Doering-Striening**, § V, rn. 14.

<sup>51</sup> **Hau / Poseck**, BGB § 1745 rn. 1.

<sup>52</sup> **Hau / Poseck**, BGB § 1745 rn. 3.

<sup>53</sup> Prensipte küçüğün yasal temsilcisi ana-babadır ve bu noktada birlikte hareket edeceklerdir. **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1746 rn. 26.

sahip 14 yaşını doldurmuş olan küçük için ise kendisinin rızası ile yasal temsilcisinin izninin alınması gerekmektedir (BGB 1746/I). Burada küçük tek başına evlat edinmeye rıza göstermektedir, fakat 14 yaşını dolduran ve ayırt etme gücünde eksiklik olmayan küçüğün evlat edinilmesine verdiği bu rızaya yasal temsilcisinin de katılması şarttır. Küçüğün tek başına evlat edinmeye rıza göstermesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı kullanması nedeniyledir, yasal temsilcinin rızası da aynı şekilde temsilci sıfatı ile değil kendisine tanınan hak nedeniyledir.

Rızası alınmadan önce küçüğe evlat edinmenin sonuçları, özellikle de isim ve soyadıyla ilgili olanların anlatılması gerekmektedir. Küçüğün menfaati gerektirse dahi rızası aksi yönde olursa evlat edinmeye karar verilmez.<sup>55</sup> Evlat edinme kararı için çocuğun rızasının aranmasındaki amaç ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendi kaderini belirleme hakkının diğer unsurlardan üstün tutulmasıdır.<sup>56</sup> Yasal temsilci rızasını değiştiremezken ayırt etme gücüne sahip 14 yaşını doldurmuş küçük yasal temsilcisinin iznine ihtiyaç duymaksızın evlat edinmeye karar verilene kadar rızasını geri alabilir (BGB 1746/II).<sup>57</sup>

Küçüğün biyolojik ana-babasının da rızasına ihtiyaç duyulmaktadır (BGB 1747).<sup>58</sup> Evlat edinmeyle küçüğün biyolojik ana-baba ve hısımlarıyla olan soybağı ilişkisi sona erdiği için ana-babanın rızası alınmaktadır.<sup>59</sup> Doktrinde madde kapsamında yalnızca biyolojik ana-baba olmanın yeterli olduğu, bu yüzden ana-babanın evli olup olmamasının ya da velayet hakkına şu anda veya daha önce hiç sahip olup olmadıklarının önem taşımadığı

<sup>54</sup> Zira bu durumda çocuğun rızasını kendisinin beyan etmesi beklenemez, onun yerine yasal temsilcisi beyan edecektir. **Soergel, Hans-Theodor / Liermann, Stephan** (2000) *Bürgerliches Gesetzbuch Mit Einfuhrungsgesetz Und Nebengesetzen (Bgb): Band 20, Familienrecht 4: 1741-1921 Bgb*, Stuttgart, Kohlhammer. BGB §1746, rn.3.

<sup>55</sup> **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1746 rn. 34, 36.

<sup>56</sup> **Jauernig**, § 1750 rn. 8.

<sup>57</sup> **Jauernig**, § 1750 rn. 8.

<sup>58</sup> Bu koşul yalnızca küçükler bakımından aranmaktadır, zira erginler bakımından aranmasının bir anlamı yoktur,

<sup>59</sup> Ancak rızanın aranması yalnızca ebeveynler ile sınırlı tutulmuş, diğer hısımlar ve küçüğe bakanlar bakımından aranmamıştır. **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1747 rn. 1.



belirtilmektedir.<sup>60</sup> BGB 1741/I uyarınca rıza gösterebilmek için ana-babanın ayrıca velayet hakkına da dayanmasının gerekli olmadığı, zira rızanın velayet hakkına sahip oldukları için değil, biyolojik ana-baba oldukları için arandığı, biyolojik ana-babanın bu hakkının Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (GG) m. 6/I<sup>61</sup> uyarınca korunduğu ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

Biyolojik ana-babanın evlat edinecek kimselerin kimliğini, evlat edinecek kimsenin de biyolojik ebeveynlerin kim olduğunu bilmesi gerekmez.<sup>63</sup> Yasal olarak kimlik gizleyerek evlat edinmek mümkündür. Böylece biyolojik ana-babanın ileride küçük ile evlat edinen kimseler arasında kurulacak ebeveyn-çocuk ilişkisini engellememeleri amaçlanmıştır.<sup>64</sup> Küçüğün tabi ki biyolojik ana-babasını öğrenme hakkı vardır,<sup>65</sup> bu hak küçüğe hem GG m. 2/I ve 1/I hem de BGB m. §1618a kapsamında tanınmaktadır.<sup>66</sup>

Biyolojik ana-babanın özgür ve herhangi bir zorlama olmadan karar vermelerini sağlamak adına rızanın en erken verilebileceği zaman doğumdan sekiz hafta sonra olarak belirlenmiştir (BGB 1747/II).<sup>67</sup> Görüldüğü üzere, evlat edinilmesi bakımından küçük için belirlenmiş bir minimum yaş kriteri olmamakla birlikte biyolojik ana-babanın evlat edinmeye rıza göstermesi için küçüğün en az sekiz haftalık olması gerekli görülmüştür.<sup>68</sup> İstisnai durumlarda biyolojik ana-babasının rızası aranmaz, onların yerine Aile Mahkemesi karar

<sup>60</sup> **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1747 rn. 6; **Hau / Poseck**, BGB § 1747 rn. 3.

<sup>61</sup> GG m. 6/I “Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır” şeklindedir.

<sup>62</sup> **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1747 rn. 12; **Hau / Poseck**, BGB § 1747 rn. 3.

<sup>63</sup> **Scholz / Kleffmann / Doering-Striening**, § V, rn. 41.

<sup>64</sup> **Scholz / Kleffmann / Doering-Striening**, § V, rn. 41.

<sup>65</sup> Bu hak Almanya’da 1988 yılından beri bulunmaktadır, detaylı bilgi için bkz. **Besson, Samantha** (2007) “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European convention on human rights” *International Journal of Law, Policy and the Family*, C: 21, s. 155.

<sup>66</sup> **Blauihoff, Richard J.** (2008) “Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins: Has ‘to know or not to know’ ever been the legal question?”, *Utrecht Law Review*, C: 4, S: 2, s. 112.

<sup>67</sup> Evli olmayan biyolojik babanın sınırlı bazı hallerde sekiz haftadan daha önce de rıza gösterebileceği düzenlenmiştir, bkz. BGB § 1747/III.

<sup>68</sup> **Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri**, BGB § 1741 rn. 62.

verir.<sup>69</sup> Rıza bir kere verildikten sonra bundan dönmek mümkün değildir. Ancak rıza verildikten sonra evlat edinme başvurusu reddedilmiş ya da geri çekilmişse veya rızanın verilmesinden itibaren üç yıl içinde mahkemece evlat edinmeye karar verilememişse rıza etkisini kaybeder. Rızanın noter onaylı ve bizzat verilmesi gerekmekte olup bir şarta ya da süreye bağlanması mümkün değildir (BGB 1750).

## F. EVLAT EDİNME BAŞVURUSUNUN ŞEKLİ VE KARAR

Evlat edinmek isteyen kimsenin Aile Mahkemesine bizzat başvurusu aranmakta olup başvurunun noterce onaylanması gerekmektedir. Ayrıca başvuru herhangi bir süre ya da koşula bağlı olarak yapılamaz. Evlat edinme ilişkisi Aile Mahkemesi vereceği karar üzerine kurulur (BGB 1752). Bu karar inşai (yenilik doğurucu) bir karardır.<sup>70</sup> Evlat edinme kararı küçüğün ölümünden sonra verilemez, fakat eğer evlat edinecek kişi mahkemeye başvurmuş ya da noterce onaylanmış başvurusunu noterin mahkemeye iletmesini istemişse evlat edinenin ölümünden sonra verilen evlat edinme kararı kendisi hayattayken verilmiş gibi etki gösterir (BGB 1753). Ancak evlat edinecek kişi noterden başvurusunu ölümünden sonra mahkemeye sunmasını istemişse, yani ölüm anında başvuru Aile Mahkemesine ulaşmamışsa, buna istinaden evlat edinmeye karar verilemez.<sup>71</sup>

Evlat edinme kararının etkileri BGB 1754'e düzenlenmiştir. Buna göre, evli bir çiftin birlikte evlat edindiği ya da eşlerden birinin diğerinin<sup>72</sup> çocuğunu evlat edindiği hallerde küçük, eşlerin ortak çocuğu hukukî statüsünü kazanır,<sup>73</sup> evlat edinen ailenin bir üyesi olur<sup>74</sup> ve eşler velayet hakkını birlikte kullanırlar.<sup>75</sup> Bunun dışındaki tüm hallerde evlatlık yalnızca

<sup>69</sup> BGB § 1748.

<sup>70</sup> Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 51.

<sup>71</sup> Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 25.

<sup>72</sup> Kayıtlı hayat ortaklıklarında, hayat ortaklarından birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesinde de geçerlidir, Scholz / Kleffmann / Doering-Striening, § V, rn. 69.

<sup>73</sup> BGB § 1754/I.

<sup>74</sup> Lettmaier, s. 11.

<sup>75</sup> BGB § 1754/III.

evlat edinenin çocuğu (altsoyu) hukukî statüsünü kazanır ve velayet hakkı evlat edinene tanınır.<sup>76</sup>

## G. EVLAT EDİNMENİN SONUÇLARI

Çalışmamız bakımından önemli bir husus da BGB 1755'te yer alan evlat edinilen küçüğün biyolojik ebeveynleri ve onların aileleri ile arasındaki hısımlık ilişkisinin sona ermesidir. Almanya'da küçükler bakımından tam evlat edinme sistemi benimsenmiştir.<sup>77</sup> Tam evlat edinme sisteminde, evlenme yasağına ilişkin hükümler istisna olmak üzere,<sup>78</sup> evlatlığın biyolojik ana-babasıyla olan hısımlık ilişkisinin sona erdirilmesi ve evlat edinilenler ile arasında doğumla kurulan soybağı gibi tam bir hısımlık ilişkisinin kurulması söz konusudur.<sup>79</sup> Buna göre, evlatlık biyolojik ana-babasına ya da kan hısımlarına mirasçı olamamakta, biyolojik ana-babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı da ortadan kalkmaktadır.<sup>80</sup> BGB 1755/I'e göre evlat edinme kararının kesinleşmesiyle birlikte, kural olarak, küçüğün önceki ailesi ve onların soyundan gelen kimselerle olan hısımlık bağı ve bu bağdan

<sup>76</sup> BGB § 1754/II-III.

<sup>77</sup> Erinlerin evlat edinilmesi bakımından sınırlı evlat edinme sistemi benimsenmiş olup evlatlığın biyolojik/yasal ailesiyle olan hısımlık bağı sona ermediği gibi evlat edinilenle arasında da tam bir hısımlık bağı kurulmamaktadır. **Aydoğdu, Murat** (2009) *Çağdaş Hukukî Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, Ankara, Günaydın Hukuk Yayınları, s. 69; **Kaya, Cengiz** (2009) *Türk Hukukunda Evlat Edinme*, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 20.

<sup>78</sup> BGB § 1307. Dolayısıyla, bu sistemde evlat edinilen küçüğün biyolojik ailesi ile arasında kalan tek bağ biyolojik ailesinin fertleriyle evlenme yasağıdır, **Serozan, Rona** (2017) *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 232.

<sup>79</sup> **Aydoğdu**, s. 68; **Şıpka, Şükran** (1999) "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LVII, S: 1-2, s. 314; **Ruhi, Ahmet Cemal** (2002) *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 19; **Serozan**, s. 232; **Akyüz, Emine** (1995) "Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, s. 155.

<sup>80</sup> **Baygın, Cem** (2003) "Evlat Edinmenin Sonuçları", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VII, S: 3 – 4, s. 627.

kaynaklanan hak ve ödevler (bakım yükümlülüğü ve mirasçılık gibi)<sup>81</sup> ortadan kalkar. Küçüğün evlat edinme öncesi var olan hakları, aldığı emekli maaşı, yetim ödeneği ve diğer benzeri yinelenen ödemeler, evlat edinmeden etkilenmez; ancak bu nafaka talepleri için geçerli değildir (BGB 1755/I).

Benzer şekilde, BGB 1755/II uyarınca bir eşin diğerinin çocuğunu evlat edindiği hallerde hısımlık ilişkisinin ortadan kalkması sadece dışarıda kalan diğer ebeveyn ve hısımlarına ilişkin olur. Bu durumda dışarıda kalan ebeveynin velayet hakkı da ortadan kalkar.<sup>82</sup> Eğer evlat edinmek isteyen kimselerin çocukla kan veya evlenme dolayısıyla ikinci ya da üçüncü dereceden akrabalığı varsa (örneğin evlat edinenlerin küçüğün dayısı ya da amcası olması gibi) küçükle yalnızca biyolojik ebeveynleri arasındaki bağ kopar, küçüğün biyolojik ailesinin diğer üyeleriyle arasındaki bağ devam eder (BGB 1756/I).<sup>83</sup> Benzer şekilde, BGB 1756/II gereği, velayet hakkına sahip olan ebeveyn ölür ve diğer ebeveynin eşi küçüğü evlat edinirse küçüğün ölen ebeveyn ve hısımlarıyla olan soybağı ortadan kalkmaz. Doktrinde BGB 1756/II'nin evliliğin ölüm nedeniyle sona erdiği hallerde de uygulanacağı kabul edilmektedir.<sup>84</sup> Bu durumda eşi ölen ebeveyn tekrar evlenir ve yeni eş küçüğü evlat edinmek isterse BGB 1756/II uygulanacak ve küçüğün ölen ebeveyni ve onun hısımlarıyla arasındaki soybağı ortadan kalkmayacaktır.

Evlat edinme kararı sonrası küçüğün adına ilişkin düzenleme BGB 1757'de yer almaktadır. Kural olarak, küçüğün soyadı değişir, küçük evlat edinenin soyadını alır. Küçüğün rızası alınmak kaydıyla talep üzerine mahkeme küçüğün menfaatini dikkate alarak arasında orta çizgi (-) bulunmak suretiyle eski ve yeni soyadlarını, istediği sırayla, almasına izin verebilir. Yine talep üzerine ve küçüğün rızası alınmak kaydıyla, mahkeme küçüğün menfaati gerektiriyorsa adını değiştirebilir ya da adına yeni isim(ler) ekleyebilir.

<sup>81</sup> Schermaier-Stöckl / Stock, s. 37.

<sup>82</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1755 rn. 10.

<sup>83</sup> Örneğin, teyzesi tarafından evlat edinilen bir küçüğün biyolojik annesiyle olan bağı ortadan kalkarken, büyük anne ve babasıyla ya da kardeşleriyle olan bağı devam eder. Schermaier-Stöckl / Stock, s. 37.

<sup>84</sup> Säcker / Rixecker / Oetker ve diğerleri, BGB § 1755 rn. 7.

## II. ESKİ YASA: EVLİ OLMAYAN ÇİFTLERDE ÜVEY ÇOCUĞUN EVLAT EDİNİLEMESİ

Evlat edinme bakımından BGB 1741 hükmünün evli olmayan çiftleri tamamen kapsam dışında bırakması BVerfG tarafından anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur.<sup>85</sup> Yukarıda açıklandığı üzere BGB kapsamında evli olmayan çiftler hem birlikte evlat edinemezler hem de birinin diğerinin çocuğunu ortak çocukları gibi evlat edinmesi mümkün değildir. İşte anayasaya aykırı bulunan durum evli olmayan çiftlerde birinin diğerinin çocuğunu ortak çocukları gibi evlat edinmemesidir. Bu bölümde BVerfG’i bu kararı vermeye yönelten olay ve kararın gerekçesi incelenecektir.

Öncelikle karara konu olayda 1 numaralı başvurucu olarak nitelendirilen kişi, iki küçük çocuğun biyolojik annesidir (çocuklar da 2 ve 3 numaralı başvuruçulardır). Biyolojik anneyle evli olan biyolojik baba 2006 yılında vefat etmiştir. 2007 yılından beri anne ve 4 numaralı başvuruçucu birlikte yaşamaktadırlar. İfadelerine göre, çift annenin yaşamını devam ettirebilmesi için gerekli olan ve ölen eşinden aldığı dul aylığının kesilmemesi için evlenmemişlerdir. Çiftin 2009 yılında bir oğulları da olmuştur.<sup>86</sup> 2013 yılında çift iki küçük çocuğun da müşterek çocukları olması için mahkemeye başvurmuş, ancak mahkeme BGB gereğince evli olmayan çiftlerde birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesinin mümkün olmadığını sebep göstererek davayı reddetmiştir. Çiftin daha sonrasında başvurdukları temyiz yolları da başarılı sonuç vermemiştir.<sup>87</sup>

Kararında BVerfG, mevcut yasal durumda evlilik dışı bir ilişkide yaşayan çocukla evlilik birliğinde yaşayan çocuğun farklı muamele gördüğünü

<sup>85</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. März 2019 - 1, BvR 673/17, rn. 1-134, ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20190326.1bvr067317, <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/03/rs20190326\\_1bvr067317en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/03/rs20190326_1bvr067317en.html)> s.e.t. 18.11.2020 (BVerfG, Karar).

<sup>86</sup> BVerfG, Karar, rn. 14.

<sup>87</sup> BVerfG, Karar, rn. 15-18. Bu sırada 28 Aralık 2018’de 2 numaralı başvuruçucu olan çocuk erginlik yaşına ulaşmış, artık kendisi hakkında küçüklerin evlat edinilmesi hükümleri uygulanamayacak duruma gelmiştir, isterse kendisinin erginlerin evlat edinilmesi yoluna başvurması mümkündür.

tespit etmiştir.<sup>88</sup> Buna göre, evlilik dışı bir ilişkide yaşayan çocuğun yasal ebeveyni ile olan soybağı ortadan kalkmadan hiçbir koşulda üvey ebeveyni tarafından evlat edinilmesi mümkün değildir. Örneğin, annesiyle evli olmayan bir kimse tarafından küçük evlat edinilirse annesiyle arasındaki soybağı ortadan kalkar, zira bu kimse küçüğü yalnızca tek başına evlat edinebilir. Ancak evlilik birliği içinde yaşayan çocuk için durum farklıdır. Bu çocuk yasal ebeveyni ile evlenen üvey ebeveyni tarafından evlat edinildiğinde, yasal ebeveyni ile arasındaki soybağı devam eder ve böylece her iki ebeveynin müşterek çocuğu statüsünü kazanır.<sup>89</sup> BVerfG'e göre, her ne kadar evli olmayan bir ailede yaşayan üvey çocuğun evlat edinilememesi meselesi çiftler evlendikleri anda çözülsün de çiftlerin evlilikle ilgili vereceği kararı çocuklara atfetmek doğru olmaz. Evlat edinme isteğinin evlilik kararını etkilememesi gerekir.<sup>90</sup> Dolayısıyla, evlilik birliğinde yaşamayan çocuğun bu haktan mahrum bırakılması GG m.3(1)'de ifadesini bulan eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil eder.<sup>91</sup> BGB'nin söz konusu düzenlemeleri karşısında evlilik dışı bir birliktelikte yaşayan çocuklar, evlilik birliği içinde yaşayanlara göre dezavantajlı duruma getirilmektedirler.<sup>92</sup>

Bu kapsamda BVerfG, bütün insanların yasa önünde eşit olduğunu düzenleyen GG m.3'ün yasa koyucunun farklı düzenlemeler yapmasını engellemediğini, ancak bu düzenlemelerin farklı muameleyi haklı çıkaracak ölçüde olması gerektiğine vurgu yapmıştır.<sup>93</sup> Buna göre, küçüklerin evlat edinilmesi onların temel haklarını ilgilendiren bir husustur, çünkü evlat edinme küçüğün kişilik gelişimini etkileyen önemli bir faktördür.<sup>94</sup> Ebeveyni ile evli olmadığı için aynı evde birlikte yaşamını devam ettirdiği çocuğu evlat edinemeyen kimse bu çocuğun gelişimi bakımından gerekli sorumluluğu almaz. Ayrıca bu durum çocuğun aile hayatını da zorlaştırır, zira evlat

<sup>88</sup> BVerfG, Karar, rn. 62.

<sup>89</sup> BVerfG, Karar, rn. 62.

<sup>90</sup> BVerfG, Karar, rn. 75.

<sup>91</sup> BVerfG, Karar, rn. 48, 62.

<sup>92</sup> BVerfG, Karar, rn. 65.

<sup>93</sup> BVerfG, Karar, rn. 64.

<sup>94</sup> BVerfG, Karar, rn. 66.

edinemeyen kimse ile yasal ebeveyn çocuğa karşı velayet sorumluluğunu eşit şartlarda üstlenmezler.<sup>95</sup>

Ayrıca BVerfG, kayıtlı hayat ortaklığına ilişkin yasa<sup>96</sup> tasarısı görüşülürken mecliste üvey çocuğun evlat edinilmesinin kendine has avantajlarından bahsedilen bölüme de atıf yapmıştır. Buna göre, çocuk tek bir ebeveyni ile yaşıyorken, bu ebeveyn bir hayat ortaklığı ilişkisine başladığında çocuk anne ya da babasının hayat ortağı ile bir aile gibi aynı evde yaşamaya başlamaktadır. Böyle bir yaşam düzeninde ebeveyn olmayan hayat ortağı da çocuk bakımından sorumluluk almaktadır. Söz konusu hayat ortaklığı ayrılık veya taraflardan birinin ölümü sebebiyle sona erdiğinde, özellikle biyolojik ebeveynin vefatı durumunda, çocuk belirsiz bir durumla karşı karşıya kalmakta, çünkü çocuğun kendisini evlat edinemeyen kimseyle arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Çocuk yıllardır bu kişiyle aynı evi paylaşmış olsa da, onu gerçek ebeveyni gibi görse de hukuken durum değişmemektedir. Dolayısıyla, BVerfG'e göre yasal/biyolojik ebeveyn olmayan hayat ortağı tarafından evlat edinilmek, çocuğun hukuki durumunu daha güçlü hale getirir, zira bu durumda hayat ortağı da evlat edindiği çocuk bakımından velayet hakkına sahip olur.<sup>97</sup> Kaldı ki, uzmanlar da aile olarak birlikte yaşayan çiftlerin her ikisinin de çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi noktasında eşit hukuki statüde olmalarının hem çocuk hem de aile bakımından istikrar sağlayıcı etkileri olduğunu savunmaktadırlar.<sup>98</sup> Söz konusu çiftlerin kendi müşterek çocuklarının da olduğu ve hepsinin aynı evde birlikte yaşadıkları bir durumda BGB'nin kısıtlayıcı düzenlemelerinin aile yapısına zarar verdiği belirtilmiştir. Zira ebeveyni ile evli olmadığı için evlat edinilemeyen çocuk ile müşterek çocuklar eşit olmayan velayet sorumluluklarına tabidir. Bu da evlat edinilemeyen çocuğun ana veya baba bir kardeşleri karşısında kendisini o aileye ait hissetmemesi sonucunu doğurabilir.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> BVerfG, Karar, rn. 67.

<sup>96</sup> Lebenspartnerschaftsgesetz.

<sup>97</sup> BVerfG, Karar, rn. 69, 71.

<sup>98</sup> BVerfG, Karar, rn. 70.

<sup>99</sup> BVerfG, Karar, rn. 70.

Kararda üvey çocuğun evlat edinilmesi ekonomik yönden de değerlendirilmiştir. İlk olarak, evlat edinme sebebiyle eski ebeveynine karşı hem nafaka hem de miras haklarını yitiren çocuk, bu hakları kendisini evlat edinene karşı ileri sürebilecektir. Yine çocuk, kendisini evlat edinene nafaka ödeme yükümlüğü altına girebilecekken, evlat edinme sonrası soybağı ilişkisinin ortadan kalktığı ebeveynine karşı bu yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır.<sup>100</sup> Böylece ebeveynlerin evli olmadığı bir ailede evlat edinilmekle, evli olduğu bir ailede evlat edinilmek arasında fark bulunmadığı hususu ortaya konmuştur.<sup>101</sup>

Karar üvey çocuğun evlat edinilmesinin taşıdığı bazı risklerin de üzerinde durmuştur. Örneğin, yeni ebeveyn ile küçük arasında kalıcı ve özerk bir bağın oluşmadığı ve ailenin aslında çiftin ilişkisi üzerine kurulduğu bir durumda, ebeveynler ayrılırsa evlat edinme yoluyla meydana gelen ebeveyn-çocuk ilişkisinin devam etmemesi küçük üzerinde zararlı bir etkiye sahip olabilir. Böyle bir durumda söz konusu zararlı etki evlat edinme yoluyla diğer ebeveyni ve onun ailesiyle hısımlık ilişkisi ortadan kalkan küçüğün hayatından bu kimselerin hukuken çıkması anlamında da kendini gösterir.<sup>102</sup> Gerçekten de BGB 1755/I uyarınca evlat edinme sonucu küçüğün önceki akrabaları ile olan bağı ortadan kalkmaktadır. Ancak BVerfG, haklı olarak, BGB 1741/I'e göre zaten evlat edinmeye evlat edinmenin küçüğün menfaatine uygun olması durumunda karar verildiğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla, evlat edinmenin yalnızca bu yönü üvey çocukların durumunun evlat edinme sonrası daha kötü olacağı sonucuna varmaya neden olmaz.<sup>103</sup> Şu anki hukuki düzenleme üvey çocuğun evli olmayan bir ailede çiftin ortak çocuğu gibi evlat edinilmesine kati surette izin vermediği için her olayın kendi özelliklerine göre bir değerlendirme yapmayı mümkün kılmamaktadır. Bu nedenle BVerfG, sayılan risklerin başvuru bazında incelenerek ortadan kaldırılabilir riskler olduğunu ifade etmiştir.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> BVerfG, Karar, rn. 72.

<sup>101</sup> BVerfG, Karar, rn. 77.

<sup>102</sup> BVerfG, Karar, rn. 73.

<sup>103</sup> BVerfG, Karar, rn. 84.

<sup>104</sup> BVerfG, Karar, rn. 74.



Yasa koyucunun 1975 yılında yalnızca evli çiftlerin evlat edinmesine izin vermesinin altında yatan iki haklı sebep bulunduğuna dikkat çekilmiştir. Bunlardan ilki evlilik kurumunun sağladığı yasal garanti, diğeri ise evlilik birliği içerisinde sürdürülen ilişkinin evlilik olmayan duruma nazaran daha güçlü olmasıdır. O zamanki hükümetin taslak yasaya ilişkin yayınladığı gerekçe neden üvey çocukların evlat edinilmesini evli çiftler bakımından sınırladıklarını şöyle açıklamıştır: “*Evlat edinilecek çocuk uyumlu ve işleyen bir aileye kabul edilmelidir. Söz konusu aile genellikle evli çiftler bakımından görülür; bu nedenle bir çocuğun evli bir çift tarafından evlat edinilmesi çocuğun büyüüp yetişmesi için en iyi önkoşulları sunar. Evlilik dışındaki ilişkiler yasa ile güvence altına alınmadığı için böyle bir ilişkinin üyelerince bir çocuğun birlikte evlat edinilmesinin haklı bir gerekçesi yoktur. Bir çocuğu yasal olarak böyle bir topluluğa yerleştirmeyi gerekli gösterecek bir durum da bulunmamaktadır.*”<sup>105</sup> BVerfG’e göre gerçekten de evlilik bağı çocuklara iki ebeveynin de bakacağı yönünde hukuki bir güvence sağlamaktadır. Zaten BGB 1360 gereği eşler kanunen kazanç ve varlıkları ile aileye bakma yükümlülüğü altındadırlar.<sup>106</sup> Ne var ki evli olmayan bir ailede büyüyen üvey çocukların durumu evlat edinildiklerinde daha kötü olmayacaktır. Aksine evlat edinilmediklerinde hukuki statülerinin daha kötü olacağı söylenebilir, çünkü kişisel ve ekonomik açıdan küçük ile üvey ebeveyn arasında hukuki bağ kurulması engellenmiş olmaktadır.<sup>107</sup>

İstatistiki verilere de yer verilen kararda, evli olmayan çiftlerden oluşan aile sayısının evli çiftlere oranla çok daha yüksek olduğu, çocuğu olan evli çift sayısı sürekli azalırken, çocuklu bekar ebeveyn veya çocuklu evli olmayan çift sayısının arttığı belirtilmiştir. Bu da evli olmayan çiftlerin de evli çiftler gibi bir aile oluşturduğunu ve evli olmamanın istikrarsız bir ilişkiye sahip olmak anlamına gelmediğini göstermektedir.<sup>108</sup> BVerfG, yasa koyucunun çocukları mümkün olduğunca istikrarlı ve ebeveyn ile üvey ebeveyn arasındaki ilişkinin uzun vadeli olabileceği ailelere yerleştirme amacını doğru bulmuş, fakat bu

<sup>105</sup> BVerfG, Karar, rn. 79.

<sup>106</sup> BVerfG, Karar, rn. 80.

<sup>107</sup> BVerfG, Karar, rn. 83.

<sup>108</sup> BVerfG, Karar, rn. 98.

amacın evli olmayan ailelerde mutlak surette sağlanamayacağını düşünmenin yanlış olduğunu ifade etmiştir.<sup>109</sup> Halihazırda yürürlükte olan kanunun (BGB'nin) evli olmayan çiftlerin kısa vadeli ve istikrarsız aile yapısı oluşturduğuna dair aksi ispatlanamaz bir karine ihdas ettiği vurgulanmıştır.<sup>110</sup> BVerfG, evli olmayan çiftleri tamamen kapsam dışı bırakmak yerine, söz konusu amaca hizmet eden istisnaların kanunda yer almasının daha makul bir çözüm sunacağı kanaatinde dir.<sup>111</sup> Örneğin, minimum bir süre belirlenerek belirli bir zamandır birlikte yaşayanların evlat edinmesine izin verilebilir.<sup>112</sup> Bu kapsamda uzun süreli ve gerçekten istikrarlı bir ilişkinin bulunduğu evli olmayan çiftler bakımından evlat edinmenin mümkün hale getirilmesine<sup>113</sup> ve Aile Mahkemesinin önüne gelen davada olayın özelliklerine göre inceleme yaparak çocuğun menfaati kriterini değerlendirmesinin önünün açılmasının gerektiğine karar verilmiştir.<sup>114</sup> Doktrinde bu kararın günümüz yaşam koşulları ve formlarına uygun olduğu belirtilmiştir.<sup>115</sup>

Sonuç olarak, BGB'nin söz konusu hükümleri anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur.<sup>116</sup> Yasama organının 31 Mart 2020 tarihine kadar yeni hükümler çıkarmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Yasama organı yeni hükümler çıkarıncaya kadar devam eden işlemlerin askıya alınması ve yürürlükteki yasanın evlilik dışı birlikteliklere uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>117</sup> Bu karara istinaden Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı (BMJV) bir tartışma dokümanı yayınlayarak kararı uygulamanın iki yolu olduğunu belirtmiştir: ilk yol, evli olmayan çiftlerde de evli çiftlerdeki gibi küçüğün yasal ebeveyni ile soybağı ilişkisini devam ettirmek suretiyle

<sup>109</sup> BVerfG, Karar, rn. 86.

<sup>110</sup> BVerfG, Karar, rn. 128.

<sup>111</sup> BVerfG, Karar, rn. 86. İrlanda, Hollanda, Norveç, Avustralya gibi pek çok ülkenin çiftlerin birliktelik süresini dikkate alarak istikrar noktasında değerlendirme yapıp evlat edinmeye izin verdiğine ilişkin bkz. BVerfG, Karar, rn. 108.

<sup>112</sup> BVerfG, Karar, rn. 106, 107, 122.

<sup>113</sup> BVerfG, Karar, rn. 97, 99.

<sup>114</sup> BVerfG, Karar, rn. 105, 122.

<sup>115</sup> **Teklote**, s. 410.

<sup>116</sup> BVerfG, Karar, rn. 131.

<sup>117</sup> BVerfG, Karar, rn. 132.

evlat edinilmesine olanak tanınması, ikinci yol ise hem üvey çocukların hem de başka bir küçüğün evli olmayan çiftler tarafından birlikte evlat edinilmesinin önünün açılması, böylece evli olan ve olmayan çiftler arasındaki ayrımcılığın bu yönüyle tamamen kaldırmasıdır.<sup>118</sup> Her ne kadar ilgili dernek, vakıf ve çalışma grupları büyük çoğunlukta ikinci yolu savunmuş olsalar da yasaya ilişkin taslakta ilk yol benimsenmiştir.<sup>119</sup> Taslak yasalaşmış ve 31 Mart 2020 tarihinde BGB'ye eklenen 1766a maddesi yürürlüğe girmiştir.<sup>120</sup> BGB 1766a maddesi gereğince artık evlilik, çiftlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesinin önkoşulu olmaktan çıkmıştır.<sup>121</sup> Aşağıdaki bölümde söz konusu madde ve bu maddenin kabulünün ardında yatan gerekçeler incelenecektir.

### III. YENİ YASA: EVLİ OLMAYAN ÇİFTLERDE ÜVEY ÇOCUĞUN EVLAT EDİNİLEBİLMESİ

Anayasaya aykırılığı gidermek amacıyla BGB'ye eklenen 1766a maddesi istikrarlı bir ilişki<sup>122</sup> içinde ve aynı evde yaşayan iki insana evli çiftlerde bir eşin diğerinin çocuğunu evlat edinmesine uygulanan kuralların uygulanacağına ilişkindir (BGB 1766a/I). Böylece BVerfG'in kararında vurguladığı gibi evli olmayan çiftlerde de biri diğerinin çocuğunu evlat edinirken çocuğun yasal

<sup>118</sup> **Keuter, Wolfgang** (2020) “Stiefkindadoption 2.0 – Gesetzgeberische Reformüberlegungen” C: 2, s. 49; **Teklote**, s. 412.

<sup>119</sup> **Keuter**, s. 49. Dolayısıyla, Almanya'da hala evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmesi mümkün değildir, bu kapsamda ayrımcılık devam etmektedir, bkz. **Hau / Poseck**, BGB § 1766a rn. 14.

<sup>120</sup> Deutscher Bundestag, “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien” D. 19/15618, 02.12.2019, <<https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/156/1915618.pdf>> s.e.t. 18.11.2020 (Gesetzentwurf, 2019).

<sup>121</sup> **Eckbrecht**, 2020, s. 1404.

<sup>122</sup> Maddede kullanılan *verfestigten Lebensgemeinschaft* ifadesinin BGB 1579/II'de nafakayla ilgili tamamen farklı bir amaçla kullanıldığı, bu durumun yasa taslağında da vurgulandığı ve o nedenle BGB 1766a/I'ya ayrıca 'aynı evde' ibaresi eklendiği ancak yine de farklı bir ifadenin kullanılmasının daha iyi olacağı yönünde bkz. **Keuter**, s. 50. Aynı yönde bkz. **Teklote**, s. 410.

ebeveyni ile olan soybağı ortadan kalkmayacaktır.<sup>123</sup> Söz konusu evlat edinmelere yine BGB 1741/I uygulanacak, evlat edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığı ve evlatlık ile evlat edinen arasında ebeveyn-çocuk ilişkisi kurulup kurulamayacağı araştırılacaktır.<sup>124</sup> Yasanın gerekçesinde özellikle bir eşin diğerinin çocuğunu evlat edindiği durumlarda evlat edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığının daha sıkı incelenmesi gerektiği, zira evlat edinmenin altında yatan sebebin eşi hoşnut etmek olabileceği ifade edilmiştir.<sup>125</sup> Bir çocuğun müşterek olarak sorumluluğu alınacağı için maddeye giderlerin ortak olarak karşılandığı aynı evde yaşama kriterinin eklendiğine de dikkat çekilmiştir. Bu kapsamda çiftlerin gerçekten (fiilen) aynı evde birlikte yaşamaları aranacak, ikisinin de ikametgahlarının aynı evde olması yeterli olmayacaktır. İşleri nedeniyle birden fazla evi olan çiftler için fiilen birlikte yaşama kriteri bakımından özel inceleme yapılacaktır.<sup>126</sup> ‘Aynı evde’ yaşama kriterini yerinde bulan görüşler<sup>127</sup> olduğu gibi modern dünyada eşlerin bile farklı evlerde yaşamasının mümkün olduğunu gerekçe göstererek eleştirenler de olmuştur.<sup>128</sup>

<sup>123</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 12.

<sup>124</sup> Eckebrecht, Marc (2019) “Die künftige Stiefkindadoption in der stabilen Patchwork-Familie” Neue Zeitschrift für Familienrecht, C: 22, s. 979 (Eckebrecht, 2019).

<sup>125</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 12.

<sup>126</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 12.

<sup>127</sup> Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter (2019) “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.03.2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien” <<http://www.bagljae.de/content/stellungnahmen/>> s.e.t. 21.11.2020, s. 2; Kinderrechtekommission des DFGT (Wolfgang Keuter / Tobias Helms) (2019) “Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 26.3.2019 – 1 BvR 673/17” <[https://www.dfgt.de/resources/SN-KiKo\\_Entscheidung%20des%20BVerfG%20vom%2026.3.2019%20%E2%80%93%201%20BvR%2067317.pdf](https://www.dfgt.de/resources/SN-KiKo_Entscheidung%20des%20BVerfG%20vom%2026.3.2019%20%E2%80%93%201%20BvR%2067317.pdf)> s.e.t. 21.11.2020, s. 3.

<sup>128</sup> Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF) (2019) “Stellungnahme des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF) vom 8. Juli 2019 zum Diskussionspapier des BMJV zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.3.2019 – Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien” <[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/070819\\_Stellungnahme\\_DIJuF\\_RefE\\_Stiefkindadoption.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/070819_Stellungnahme_DIJuF_RefE_Stiefkindadoption.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> s.e.t. 21.11.2020, s. 4.

Madde evlat edinme için istikrarlı bir ilişkinin varlığı aramaktadır, zira tutarsız bir ailevi durumun bulunduğu, çiftin ilişkisinin uzun vadeli olmayacağı bir eve küçük evlatlık olarak gitmemelidir. Gerekçeye göre, çiftler evli olmasa da küçüğün evlat edinilmesindeki amaç hala çocuğa sağlıklı ve mutlu bir şekilde büyüebileceği istikrarlı ve dengeli bir ev ortamı temin etmektir. Ayrıca BVerfG'in de kararında belirttiği gibi, evlilik çiftin ilişkinin daha uzun süreceğini garanti eder, fakat bu evli olmayan çiftlerin düzenli ve uzun süreli bir ilişkisi olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, evlilikteki garanti evli olmayan çiftler bakımından 'istikrar' kriteri ile sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>129</sup> Uzun süredir devam eden bir ortak yaşam, çiftlerin birbirine manevi olarak bağlı olması, evin idame ettirilmesine ilişkin hususlar ile parasal meselelerin ötesinde birbirlerine destek olmaları istikrarın göstergeleri olarak tanımlanmıştır.<sup>130</sup>

Yeni madde BGB 1766a/II'ye göre, istikrarlı bir ilişki genellikle iki insan en az dört yıldır birlikte yaşıyorsa ya da ortak bir çocuğun ebeveynleri olarak aynı evde birlikte yaşıyorlarsa var sayılır. Yasanın gerekçesi bu kuralların kesin olmadığını, dört yıldan daha kısa süredir devam eden ama uzun soluklu ve istikrarlı olacağı tespit edilen ilişkiler bakımından da ilgili maddenin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Her olayın kendi özellikleri kapsamında BGB 1766a/II'de zikredilen kuraldan sapılabilecektir.<sup>131</sup> Evli çiftler bakımından böyle kurallara gerek olmadığı, zira ilişkinin hukuken tasdik edilmesinin istikrarlı bir birlikteliğin göstergesi olduğu ifade edilmiştir. Bazı mahkemelerin en az iki yıldır süren bir evliliğin daha uzun süre devam edeceğine ilişkin değerlendirme yaptıkları,<sup>132</sup> fakat bu değerlendirmelerin kanunen aranmadığının da altı çizilmiştir.<sup>133</sup> Gerekçeye göre, evlat edinme kararı verilirken evliliğin istikrarlı olup olmadığı, yani süresi dikkate alınır,

<sup>129</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 13-14.

<sup>130</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 14.

<sup>131</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 14.

<sup>132</sup> OLG Nürnberg, 7 UF 958/18, 5.11.2018.

<sup>133</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 14.

fakat katı kurallardan ziyade ‘küçüğün menfaati’ kriterini araştırmak bakımından olay bazında inceleme yapmak daha önemlidir.<sup>134</sup>

Doktrinde de madde metninde geçen en az dört yıldır birlikte yaşama ya da ortak çocukla birlikte aynı evde yaşama olarak sayılan kriterlerin örnek olarak verildiği belirtilmiştir.<sup>135</sup> Buna göre, söz konusu kriterlerden biri varsa karine olarak istikrarlı bir ilişkinin bulunduğu kabul edilir, ama bunların ikisi de sağlanmıyorsa, örneğin daha kısa süreli bir birliktelik varsa bile başka koşullar ilişkinin istikrarlı olduğunu gösteriyorsa o ilişki istikrarlı olarak kabul edilecektir.<sup>136</sup> Yine, örneğin, ortak hayatın sürdürüleceği bir evin inşasına başlanması halinde daha kısa süreli bir birliktelik istikrarlı bir ilişkinin olduğunu gösterebilir.<sup>137</sup> Tam tersi de söz konusu olabilir. Aynı evde en az dört yıldır birlikte yaşama ya da ortak bir çocuğun ebeveynleri olarak birlikte yaşama kriterleri sağlansa da ilişkinin istikrarlı olmadığını gösteren emareler bulunabilir. Örneğin, sık sık ayrılma<sup>138</sup> ya da başkalarıyla da birlikte olma<sup>139</sup> gibi unsurlar dikkate alınarak ilişkinin madde metninde belirtilen örneklere uygun olsa bile istikrarlı olmadığı ileri sürülebilir.<sup>140</sup>

Yasanın gerekçesinde istikrar bakımından BGB 1766a/II'nin neden belirli bir süre birlikte yaşamayı esas aldığı da açıklanmıştır. Maddede evlilikvari bir ilişki içinde ve aynı evde dört yıldır birlikte yaşama kriteri getirilmiştir. Böylece aynı evde yaşadığı süre boyunca ilişkide pek çok sorunun aşılmış olacağı, çiftin amacının kısa süreli bir birliktelik olmadığı anlaşılacaktır.<sup>141</sup> Bu noktada birçok ülke kanunlarında böyle bir süreye rastlandığı, söz konusu sürenin genellikle iki ila dört yıl arasında değiştiği ifade edilmiştir. Örneğin, İspanya iki yıllık bir süre öngörürken, Danimarka,

<sup>134</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 14.

<sup>135</sup> **Teklote**, s. 410; **Steinbach, Anja / Helms, Tobias** (2020) “Stabilität nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus Soziologischer Perspektive vor dem Hintergrund des neuen § 1766a BGB” Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, C: 7, s. 477.

<sup>136</sup> **Teklote**, s. 410; **Anja / Helms**, s. 477.

<sup>137</sup> **Teklote**, s. 410.

<sup>138</sup> **Teklote**, s. 410.

<sup>139</sup> **Eckebrecht**, 2020, s. 1406.

<sup>140</sup> **Teklote**, s. 410.

<sup>141</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 14.

İsviçre, Belçika ve Kanada’da bu süre en az üç yıldır.<sup>142</sup> Portekiz’de ise üvey çocuğun evlat edinilebilmesi için eşlerin dört yıldır evli olması aranmaktadır.<sup>143</sup> Doktrinde, haklı olarak, yalnızca dört yıldır birlikte yaşamamanın o ilişkinin istikrarlı olduğunu göstermeyeceğinin,<sup>144</sup> asıl göstergenin krizler ile diğer sıkıntıların ortak yönetilmesi olduğunun altı çizilmiştir.<sup>145</sup> Söz konusu ortak yönetim, istikrarlı bir aile ilişkisinin gelişiminin ön koşulu olup yalnızca ilişkinin süresine bağlı değildir.<sup>146</sup> Bu nedenle, çiftlerin nasıl iletişim kurduğunun ve hangi çatışma yönetimi stratejilerini kullandıklarının incelenmesi gerekir.<sup>147</sup> Kaldı ki bu sürenin, biyolojik ebeveyn ile evli olmadan birlikte yaşadığı kimsenin ilişkisi bakımından dikkate alındığına, küçüğün bu süre boyunca onlarla birlikte yaşamasının da aranmadığına vurgu yapılmıştır.<sup>148</sup>

İstikrar bakımından BGB 1766a/II’de dört yıldır yaşama yerine aranan koşul ise çiftin ortak çocuklarının olması ve ebeveynler ile çocukların aynı evde yaşamalarıdır. Yasanın gerekçesine göre, çiftin ortak bir çocuğunun olması da ilişkinin kısa süreli bir birliktelik olmadığını göstergesidir. Zira bu durumda çiftler zaten ortak bir çocuğun sorumluluğunu birlikte üstlenmiş ve hâlihazırda bir aile hayatı sürdürmektedirler.<sup>149</sup> Ancak çiftin ortak bir çocuğun ebeveynleri olarak birlikte yaşamaları bakımından minimum bir süre aranmaması doktrinde eleştirilmiştir.<sup>150</sup> Keuter, annenin doğum sonrası

<sup>142</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 14-15.

<sup>143</sup> Keuter, s. 51.

<sup>144</sup> Teklote, s. 411.

<sup>145</sup> Teklote, s. 411; Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter (2019) “Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung” 8. neu bearbeitete Fassung, beschlossen auf der 126. Arbeitstagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, m. 7.4.2.5 <[http://www.bagljae.de/assets/downloads/190724-142\\_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung.pdf](http://www.bagljae.de/assets/downloads/190724-142_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung.pdf)> s.e.t. 21.11.2020 (Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung).

<sup>146</sup> Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, m. 7.4.2.5.

<sup>147</sup> Teklote, s. 411; Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, m. 7.4.2.5.

<sup>148</sup> Teklote, s. 411.

<sup>149</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 15.

<sup>150</sup> Keuter, s. 51; Frank, Rainer (2019) “Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien im Auftrag der

hastaneden çıkıp bebekle birlikte ilk kez ortak yaşamın sürdürüleceği eve gelmesi halinde de BGB 1766a/II'nin uygulanabileceğini, fakat bir çocuğa ilk kez beraber bakacak olan çiftlerin karşılaşacağı zorlukların krizlere sebep olması muhtemelken aynı dönemde geri dönülmez sonuçları olan üvey çocuğu evlat edinmeye de izin verilmesinin doğru olmadığı savunmaktadır.<sup>151</sup> Yazar bunun yerine, ortak çocukla birlikte yaşamada, istikrarlı ilişki bakımından aranan dört yıl yerine iki yıllık minimum bir sürenin aranmasının daha makul olacağını ifade etmektedir.<sup>152</sup> Aynı şekilde, Frank'e göre çiftlerin ortak bir çocuklarının olması ilişkinin istikrarlı olduğunu göstermez, bu kapsamda da minimum iki yıllık bir süre aransa daha iyi olurdu.<sup>153</sup>

Yeni madde BGB 1766a/II'nin son cümlesine göre birlikte yaşayan çiftlerden biri başkasıyla evli ise kural olarak istikrarlı bir ilişki yoktur. İlk taslakta bu cümle aslında 'kural olarak' ibaresini içermiyor, taraflardan birinin üçüncü bir kimseyle evli olması halinde istikrarlı bir ilişkinin olamayacağını ifade ediyordu.<sup>154</sup> Ancak meclis Şubat 2020 yılında taslak yasayı görüşürken hem bunu değiştirmiş hem de BGB 1766a'ye üçüncü bir paragraf eklemiştir.<sup>155</sup> Bu kapsamda ikinci paragraftaki düzenlemeye bir istisna getirmiş<sup>156</sup> ve birlikte yaşayan çiftlerden birinin evli olması halinde de başkasıyla evli olan bu

---

Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht" <[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/092019\\_Stellungnahme\\_wiss-Vereinigung\\_BVerfGE\\_Ausschluss-Stiefkindadoption.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/092019_Stellungnahme_wiss-Vereinigung_BVerfGE_Ausschluss-Stiefkindadoption.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> s.e.t. 21.11.2020, s. 3.

<sup>151</sup> Keuter, s. 51.

<sup>152</sup> Keuter, s. 51-52.

<sup>153</sup> Rainer, s. 3.

<sup>154</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 6.

<sup>155</sup> Deutscher Bundestag, "Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien", D. 19/17154, 12.02.2020, <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/171/1917154.pdf>> s.e.t. 18.11.2020 (Gesetzentwurf, 2020).

<sup>156</sup> Bunun bir istisna olduğunun ve hala çiftlerden birinin başkasıyla evli olması halinde kural olarak istikrarlı bir ilişkinin bulunmadığı hususunun altı çizilmiştir, Gesetzentwurf, 2020, s. 7.



kimsenin tek başına diğerinin çocuğunu evlat edinebileceğini, bu kapsamda (evli olduğu) eşinin rızasının alınmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, eşlerin yalnızca birlikte evlat edinebileceklerine ilişkin kurala da bu şekilde bir istisna gelmiştir. BGB 1766a/III kapsamında eşin rızası zaruridir, çünkü kendisi bir çocuk evlat edindiğinde eşinin hakları, özellikle mirasa ilişkin olanlar, etkilenmektedir.<sup>157</sup>

Gereğe göre BGB 1766a/III'ün eklenmesinin nedeni yalnızca şeklen var olan bir evliliğin küçüğün menfaati gerektiriyorsa onun evlat edinilmesini engellememesi gerektiğidir. Hükmün uygulanabilmesinin önkoşulu eşlerin daimi olarak ayrı yaşamalarıdır. Bunun yanı sıra spesifik koşullar da değerlendirilmeli, yani evliliğin neden hala devam ettiği araştırılmalıdır. Örneğin, boşanma davası açılması halinde diğer eşin intihar edeceğinden korkulması ya da dini nedenlerle şeklen de olsa devam eden evliliğin sürdürülmesi nedeniyle eşler ayrılmamış olabilirler. Kısacası, tüm olasılıklar değerlendirilip küçüğün refahı dikkate alındığında yalnızca şeklen var olan bir evlilik nedeniyle evlat edinmenin reddedilmesi haksız bulunuyorsa BGB 1766a/III uygulanmalıdır.<sup>158</sup>

Evli olmayan çiftlerin de evli çiftler gibi evlat edinmesine imkân veren yeni hükmün üvey çocukların evlat edinilmesini artıracakları öngörülmektedir. 2017 yılında evli çiftlerin üvey çocuk evlat edinme sayısı 2373 olarak tespit edilmiştir. Aynı yıl Almanya'da küçük bir çocuğa sahip 8.2 milyon ailenin %11'i evli olmayan çiftlerden oluşmaktaymış. Bu da istatistiki hesaplamalar yapıldığında küçük çocuklu evli olmayan çiftlerin sayısının 902.000 ve yeni hüküm sayesinde yaklaşık olarak evlat edinme sayısının da 298 olması anlamına gelmektedir. Evli olmayan çiftler bakımından aranan ek şartlar nedeniyle bu sayı evli çiftlerdeki kadar olmayacağı tahmin edilmektedir. Bu sebeple, BGB 1766a'nın evlat edinme sayısını ortalama 250 kadar artırması beklenmektedir.<sup>159</sup>

<sup>157</sup> Gesetzentwurf, 2020, s. 7.

<sup>158</sup> Gesetzentwurf, 2020, s. 7.

<sup>159</sup> Gesetzentwurf, 2019, s. 9.

Bu noktada vurgulanmalıdır ki her yeni düzenleme yeni sorunları da beraberinde getirecektir. Evli çiftlerin birlikte evlat edinmesine izin verilirken, evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmelerine BGB 1766a ile de izin verilmemektedir. Yapılan düzenlemenin bu yönüyle ayrımcılık yaptığı söylenebilir de durumun bir de başka boyutu bulunmaktadır. Evli olmayan çiftler birlikte evlat edinemeyecekleri için kendilerine tek başlarına evlat edinme yolu açıktır. Fakat evli kimseler, kural olarak, tek başlarına evlat edinemezler. Eşlerin ancak belirli koşulların gerçekleşmesi halinde tek başlarına evlat edinmelerine izin verilmiştir.<sup>160</sup> Bu noktada da evli çiftlere evli olmayanlara göre ayrımcılık yapıldığı savunulabilir.<sup>161</sup> Bir diğer husus da başkasıyla evli olan birinin birlikte yaşadığı kimsenin çocuğunu evlat edinirken miras vb. haklarının korunması için eşinin rızasına ihtiyaç duymasıdır. Aynı kişi evlilik dışı bir ilişki sonucu çocuk sahibi olsaydı biyolojik çocuğu bakımından eşinin miras haklarını korumak için eşinden rıza almak zorunda kalmayacaktı.<sup>162</sup> Eşi dışındaki kimsenin çocuğunu evlat edinirken aranan eşin rızası biyolojik çocuk bakımından aranmamaktadır. Dolayısıyla, bu da çocuklar açısından yapılan bir ayrımcılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

## SONUÇ

Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin Alman hukukundaki düzenlemeleri ve geçtiğimiz aylarda yürürlüğe giren evli olmayan çiftler bakımından üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin yeni hükmü ve bu hükmün ihdas edilmesinin aşamalarını ve gerekçelerini inceleyen çalışmamız öncelikle BGB'deki ilgili maddeleri ele almıştır. BGB 1741-1766 arasında bulunan küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlere bakıldığında ilk olarak 1741/I'de evlat edinmenin küçüğün menfaatine olması ve evlat edinen ile edinilen küçük arasında ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulmasının arandığı görülmektedir. BGB 1742 ise evlat edinilen küçüğün zincir şeklinde evlat

<sup>160</sup> Bkz. yukarıda I.B. Yaş koşulu ve evlilik.

<sup>161</sup> Keuter, s. 52.

<sup>162</sup> Örneğin, tanıma için BGB 1594 ve 1595 eşin rızasını aramamaktadır.

edinilmesinin önüne geçmek için kısıtlayıcı bir düzenleme getirmiş ve evlat edinmenin hayatta olduğu ve evlatlık ilişkisi devam ettiği sürece küçüğün yalnızca onun eşi tarafından evlat edinilebileceğini belirtmiştir.

Evlat edinme bakımından belirli bir yaşta olmayı arayan BGB'ye göre, evlat edinecek kimsenin en az 25, eşler birlikte evlat edinirlerken birinin 25, diğerinin ise 21 yaşında olması gerekir. Ek olarak bir bakım süresi de öngörülmüş ve bu süre boyunca evlat edineceklerin küçüğe bakmaları şartı getirilmiştir. Bunun yanında, evlat edinme bakımında rıza hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve küçüğün rızası, küçüğün ebeveynlerinin rızası, ebeveynlerin rızasının aranmayacağı haller, eşin rızası, rızanın şekli ve etkisi hüküm altına alınmıştır. Ayrıca evlat edinmenin evlat edinenin altsoyunun ya da evlatlığın daha ağır basan çıkarlarına ters düşmesi veya evlatlığın çıkarlarının evlat edinecek kimselerin altsoyu tarafından tehlikeye düşürüleceği korkusu varsa evlat edinmeye izin verilmemesi gerektiğine yer verilmiştir. Evlat edinmenin sonuçları bakımından ise küçüklerin evlat edinilmesinde tam evlat edinme sistemi benimsendiği için evlat edinilen küçüğün biyolojik ebeveynleri ve onların aileleri ile arasındaki hısımlık ilişkisinin sona ereceği hususu düzenlenmiştir.

Evli olup olmamaya göre de evlat edinmenin nasıl olacağını belirleyen BGB 1741/II'ye göre, evli olmayanlar tek başına, evli kimseler birlikte, eşlerden biri tek başına diğerinin çocuğunu ve evli bir kimse eşinin fiil ehliyetinden sürekli yoksun veya henüz 21 yaşını doldurmamış olması durumunda tek başına evlat edinebilir. İşte bu hüküm BVerfG kararına konu olmuş ve mevcut yasal durumda evlilik dışı bir ilişkide yaşayan çocukla evlilik birliğinde yaşayan çocuğun farklı muamele gördüğü tespit edilmiştir. Gerçekten de evlilik dışı bir birlikteliğin bulunduğu evde yaşayan çocuk, üvey ebeveyni tarafından yalnızca tek başına evlat edinebilir, bu da küçüğün yasal ebeveyni ile olan soybağının ortadan kalkması anlamına gelir. Böylece evli olmayan çiftlerin tamamen kapsam dışı bırakılması BVerfG tarafından anayasanın eşitlik hükmüne aykırı bulunmuştur. Karara göre, evli olmayan çiftleri kapsam dışı bırakırken BGB, evli olmayan çiftlerin kısa vadeli ve istikrarsız bir aile yapısı oluşturduğuna dair aksi ispatlanamaz bir karine ihdas etmektedir. BVerfG, bunun yerine, uzun soluklu ve istikrarlı ilişkilere izin

verilen istisnaların kanunda yer alması gerektiğini savunmaktadır. Bu kapsamda, çiftler arasında böyle bir ilişkinin bulunduğu tespit edilirse evli olmayan çiftler bakımından üvey çocuğun evlat edinilmesinin mümkün hale getirilmesi ve böylece Aile Mahkemesine önüne gelen davada olayın özelliklerini göz önüne alıp evlat edinmenin küçüğün menfaatine olup olmadığını araştırma yetkisi tanınması yönünde karar verilmiştir. Kararda sonuç olarak yasama organına 31 Mart 2020 tarihine kadar yeni hükümler çıkarmak için süre tanınmıştır.

Bu kapsamda Anayasaya aykırılığı gidermek amacıyla BGB'ye 1766a maddesi eklenmiştir. Buna göre, istikrarlı bir ilişki içinde ve aynı evde yaşayan iki insana evli çiftlerde bir eşin diğerinin çocuğunu evlat edinmesine uygulanan kurallar uygulanacaktır. BGB 1766a/II uyarınca istikrarlı bir ilişki genellikle iki insan aynı en az dört yıldır birlikte yaşıyorsa ya da ortak bir çocuğun ebeveynleri olarak aynı evde birlikte yaşıyorlarsa var sayılır. BGB 1766a/II'nin son cümlesine göre, birlikte yaşayan çiftlerden biri başkasıyla evli ise kural olarak istikrarlı bir ilişki yoktur. Bu cümleye ilişkin istisnaya üçüncü paragrafta yer verilmiş ve birlikte yaşayan çiftlerden birinin evli olması halinde de başkasıyla evli olan bu kimsenin tek başına diğerinin çocuğunu evlat edinebileceği, bu kapsamda eşin rızasının alınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Böylece, eşlerin yalnızca birlikte evlat edinebileceklerine ilişkin kurala bir istisna getirilmiştir. Sonuç olarak, yeni hüküm evli olmayan çiftlerin de evli çiftler gibi üvey çocuğu evlat edinmesine imkan vererek anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı ortadan kaldırmış ve BGB 1766a'da sayılan koşullar yerine getirildiğinde evli olmayan birlikteliklerde yaşayan küçüklerin de evlilik birliği içinde yaşayan küçükler gibi evlat edinilmesinin önünü açmıştır.

Ancak her yeni düzenleme yeni sorunları da beraberinde getirmiştir. Kanunda evli çiftlerin birlikte evlat edinmesine izin verilirken, evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinmelerine hala izin verilmemektedir. BGB 1766a bu yönüyle ayrımcılık yapmaya devam etmektedir. Bunun bir diğer boyutu da evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinemeyecekleri için tek başlarına evlat edinmelerinin mümkün olmasıdır. Halbuki evli kimseler, kural olarak, tek başlarına evlat edinemezler. Ancak belirli koşulların gerçekleşmesi halinde eşlerin tek başlarına evlat edinmelerine izin verilmiştir. Dolayısıyla, evli çiftler

evli olmayanlara göre dezavantajlı duruma getirilmişlerdir. Bir diğer husus da BGB 1766a/III kapsamında karşımıza çıkan başkasıyla evli olan birinin birlikte yaşadığı kimsenin çocuğunu evlat edinirken miras haklarının korunması için eşinin rızasına ihtiyaç duymasındır. Aynı kişi evlilik dışı bir ilişki sonucu çocuk sahibi olsaydı biyolojik çocuğu bakımından miras haklarını korumak için eşinin rızasına ihtiyaç duymayacaktı. Eşi dışındaki kimsenin çocuğunu evlat edinirken aranan eşin rızası biyolojik çocuk bakımından aranmamaktadır, bu da biyolojik ve evlatlık çocuk arasında yapılan bir ayrımcılıktır.

**KAYNAKÇA**

- Akyüz, Emine** (1995) “Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, s. 153 – 169.
- Aydoğdu, Murat** (2009) Çağdaş Hukukî Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Ankara, Günaydın Hukuk Yayınları.
- Bassenge, Peter / Brudermüller, Gerd / Ellenberger, Jürgen / Götz, Isabell / Grüneberg, Christian / Sprau, Hartwig / Thorn, Karsten / Weidenkaff, Walter / Weidlich, Dietmar** (2014) Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck’sche Kurz Kommentare, München, C.H.Beck (Palandt).
- Baygın, Cem** (2003) “Evlat Edinmenin Sonuçları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VII, S: 3 – 4, s. 627 – 650.
- Besson, Samantha** (2007) “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European convention on human rights” International Journal of Law, Policy and the Family, C: 21, s. 137 –159.
- Birsen, Kemalettin** (1959) Medeni Hukuk Dersleri Umumi Esaslar – Şahsın Hukuku – Aile Hukuku, İstanbul, Ahmed Said Matbaası.
- Blauwhoff, Richard J.** (2008) “Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins: Has ‘to know or not to know’ ever been the legal question?”, Utrecht Law Review, C: 4, S: 2, s. 99 – 116.
- Dethloff, Nina** (2015) Familienrecht, München, C. H. Beck.
- Eckebrecht, Marc** (2019) “Die künftige Stiefkindadoption in der stabilen Patchwork-Familie” Neue Zeitschrift für Familienrecht, C: 22, s. 977 – 981 (Eckebrecht, 2019).
- Eckebrecht, Marc** (2020) “Die Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien”, Neue Juristische Wochenschrift, C: 20, s. 1403 – 1407 (Eckebrecht, 2020).

- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** (1986) Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph** (2019) beck-online. GROSSKOMMENTAR, München, C. H. Beck.
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman** (2020) Beck'scher Online-Kommentar BGB, München, C. H. Beck.
- Hotz, Sandra** (2018) Selbstbestimmung im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzun: Rechtliche und kulturelle (Schweiz, Deutschland, Japan) sowie theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie, Bern, Stämpfli.
- İnce-Akman, Nurten** (2019) “Alman ve Türk Hukukunda Ergin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 2357 – 2393.
- Kaya, Cengiz** (2009) Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Keuter, Wolfgang** (2020) “Stiefkindadoption 2.0 – Gesetzgeberische Reformüberlegungen” C: 2, s. 49 – 53.
- Lettmair, Saskia** (2019) Adoption and Assisted Reproduction in Germany: Legal Framework and Current Issues, Leiden, Brill.
- Mignot, Jean-François** (2019) ‘Child Adoption in Western Europe 1900-2015’, Cliometrics of the Family, <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02008838/file/Child%20Adoption%20in%20Western%20Europe.pdf>> s.e.t. 18.11.2020.
- Ruhi, Ahmet Cemal** (2002) Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile ilgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina** (2020) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, C.H.Beck.

- Schermaier-Stöckl, Barbara / Stock, Christof**, (2014) “Soziale Arbeit mit Paaren, Familien, Kindern und Jugendlichen”, <[https://www.rdgs.de/app/download/5805464200/HF\\_2\\_Teil2\\_Einf\\_Paare\\_Familien\\_KiJu.pdf](https://www.rdgs.de/app/download/5805464200/HF_2_Teil2_Einf_Paare_Familien_KiJu.pdf)> s.e.t. 18.11.2020.
- Scholz, Harald / Kleffmann, Norbert / Doering-Striening, Gudrun** (2019) Praxishandbuch Familienrecht, München, C.H.Beck.
- Schulz, Werner / Hauß, Jörn** (2018) Familienrecht, Handkommentar, Baden-Baden, Nomos.
- Serozan, Rona** (2017) Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Soergel, Hans-Theodor / Liermann, Stephan** (2000) Bürgerliches Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen (Bgb): Band 20, Familienrecht 4: 1741 – 1921 Bgb, Stuttgart, Kohlhammer.
- Steinbach, Anja / Helms, Tobias** (2020) “Stabilität nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus Soziologischer Perspektive vor dem Hintergrund des neuen § 1766a BGB” Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, C: 7, s. 476 – 480.
- Stürner, Rolf / Berger, Christian / Budzikiewicz, Christine / Mansel, Heinz-Peter / Stadler, Astrid / Teichmann, Arndt** (2018) Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, München, C. H. Beck (Jauernig).
- Şıpka, Şükran** (1999) “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye ilişkin Hükümlerinin İncelenmesi” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LVII, S: 1-2, s. 301 – 322.
- Teklote, Stephan** (2020) “Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften nach neuem Recht” Neue Zeitschrift für Familienrecht C: 10, s. 409 – 414.
- Turhan, Nedim** (2000) “Evlat Edinme”, Yargıtay Dergisi, C: 26, S: 1-2, s. 48 – 67.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1969) Medeni Hukuk, İstanbul, Gün Matbaası.



## İnternet Kaynakları

Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter (2019) “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.03.2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien” <<http://www.bagljae.de/content/stellungnahmen/>> s.e.t. 21.11.2020.

Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter (2019) “Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung” 8. neu bearbeitete Fassung, beschlossen auf der 126. Arbeitstagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter, m. 7.4.2.5 <[http://www.bagljae.de/assets/downloads/190724-142\\_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung.pdf](http://www.bagljae.de/assets/downloads/190724-142_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung.pdf)> s.e.t. 21.11.2020 (Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung).

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. März 2019 - 1, BvR 673/17, rn. 1 – 134, ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20190326.1bvr067317, <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/03/rs20190326\\_1bvr067317en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/03/rs20190326_1bvr067317en.html)> s.e.t. 18.11.2020 (BVerfG, Karar).

Deutscher Bundestag, “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien” D. 19/15618, 02.12.2019, <<https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/156/1915618.pdf>> s.e.t. 18.11.2020 (Gesetzentwurf, 2019).

Deutscher Bundestag, “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien”, D. 19/17154, 12.02.2020, <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/171/1917154.pdf>> s.e.t. 18.11.2020 (Gesetzentwurf, 2020).

Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF) (2019) “Stellungnahme des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF) vom 8. Juli 2019 zum Diskussionspapier des BMJV zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.3.2019 – Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien” <[https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/070819\\_Stellungnahme\\_DIJuF\\_RefE\\_Stiefkindadoption.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/070819_Stellungnahme_DIJuF_RefE_Stiefkindadoption.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> s.e.t. 21.11.2020.

Kinderrechtekommission des DFGT (*Wolfgang Keuter / Tobias Helms*) (2019) “Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 26.3.2019 – 1 BvR 673/17” <[https://www.dfgt.de/resources/SN-KiKo\\_Entscheidung%20des%20BVerfG%20vom%2026.3.2019%20%E2%80%93%201%20BvR%2067317.pdf](https://www.dfgt.de/resources/SN-KiKo_Entscheidung%20des%20BVerfG%20vom%2026.3.2019%20%E2%80%93%201%20BvR%2067317.pdf)> s.e.t. 21.11.2020.

**Frank, Rainer** (2019) “Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien im Auftrag der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht” <[https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/092019\\_Stellungnahme\\_wiss-Vereinigung\\_BVerfGE\\_Ausschluss-Stiefkindadoption.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/092019_Stellungnahme_wiss-Vereinigung_BVerfGE_Ausschluss-Stiefkindadoption.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> s.e.t. 21.11.2020, s. 1–4.

## MODA VE TEKSTİL SEKTÖRÜ ÖZELİNDE MARKA BAŞVURUSUNDA MUTLAK RET NEDENLERİ\*

Arş. Gör. Atanur KARAAHMETOĞLU\*\*

### ÖZET

Moda, zamana ve mekana göre değişen, karmaşık bir yapısı bulunan bir olgudur. Moda olgusunun gelişiminde giysi biçimlerindeki yenilikler önemli rol oynamıştır. Farklı bir giyim tarzına sahip olma ve daha çok beğenilme düşüncesi moda akımlarının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu nedenle, moda sektöründe marka imajının önemi giderek artmıştır. Tüketiciler de moda markasını tercih ederken marka imajından daha fazla etkilenmeye başlamıştır. Bu nedenle, moda sektöründe de işletmeler açısından markalaşmak oldukça önemli hale gelmiştir. Ancak, işletme ve teşebbüslerin moda sektöründe marka sahibi olması için marka başvurusu sırasında mutlak ret nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir. Mutlak ret nedenleri kamu düzenine ilişkindir ve bu nedenle gerek uluslararası düzenlemelerle gerek ulusal düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Ülkemizde de mutlak ret nedenleri 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinde, Avrupa Birliği Direktifleri ve Avrupa Birliği bünyesinde imzalanan sözleşmeler doğrultusunda hazırlanmıştır. Bu çalışmada 6769 sayılı SMK m. 5 hükmü kapsamında mutlak ret sebeplerinin neler olduğu konusu üzerinde durulmuştur. Bu doğrultuda, Avrupa Birliği Adalet Divanı tavsiye kararları ve Yargıtay kararları doğrultusunda bir değerlendirme yapılmıştır. Bunun yanında, mutlak ret nedenleri incelenirken moda ve tekstil sektöründen örnekler verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Moda, Moda Sektörü, Marka, Moda Markası, Marka Başvurusu, Mutlak Ret Nedeni.

---

\* DOI: 10.33432/ybuhukuk.806088 - Geliş Tarihi: 07.10.2020 – Kabul Tarihi: 05.01.2021.

\*\* Kırklareli Üniversitesi, İİBF, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, atanurkartal@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8306-3178.

## ABSOLUTE REFUSAL GROUNDS IN TRADEMARK APPLICATION IN FASHION AND TEXTILE SECTOR

### ABSTRACT

Fashion is a phenomenon with a complex structure that changes according to time and place. Innovations in the form of clothing played an important role in the development of fashion. The idea of having a different style of clothing and being liked more paved the way for the emergence of fashion trends. Therefore, the importance of trademark image in the fashion sector has increased gradually. While consumers prefer the fashion trademark, they are more influenced by the trademark image. For this reason, trademark has become very important for businesses in the fashion sector. However, in order to become a trademark owner in the fashion sector, enterprises and undertakings should not have absolute refusal grounds at the time of trademark application. The absolute refusal grounds are related to public order and are therefore protected by international and national regulations. The absolute refusal grounds in our country have been prepared in Article 5 of Industrial Property Law No. 6769 in line with the European Union Directives and the agreements signed within the European Union. In this study, the absolute refusal grounds are discussed within the scope of Article 5 of Industrial Property Law No. 6769. In this direction, an evaluation was made in line with the recommendations of the European Court of Justice and the decisions of the Court of Cassation. In addition, the absolute refusal grounds were examined and examples from fashion and textile sectors were given.

**Keywords:** Fashion, Fashion Sector, Trademark, Fashion Trademark, Trademark Application, Absolute Refusal Grounds.

## GİRİŞ

Günümüz dünyasında işletmeler açısından marka imajı oldukça önemlidir. İşletme ve teşebbüsler ürünlerini daha iyi pazarlayabilmek ve piyasada bir yer edinebilmek için markalaşma yoluna gitmektedir. Marka, bir ürünün menşeyini göstermekle birlikte o ürün ya da hizmetin ayırt edici nitelik kazanmasını da sağlamaktadır. Ayrıca, markalar ürünlere ayırt edicilik kazandırırken, aynı zamanda o ürünün tanınırlığını da arttırmaktadır. Bu nedenle, birçok sektörde olduğu gibi, moda ve tekstil sektöründe de markalaşma büyük öneme sahiptir.

Moda denilen olgu zamana ve mekana göre değişiklik göstermektedir. Bireyler farklı ve daha iyi görünebilmek için modayı takip etmektedir ve bu şekilde bireyler toplum içinde daha iyi bir konuma yükselmeyi hedeflemektedir. Bunun için en yeni olana yönelme ve modada yaşanan değişimleri takip etme düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Bu şekilde moda sektöründe bir eğilim oluşmaktadır ve özellikle bu durum bireylerin giyim şekline yansımaktadır. Bireyler giyim tarzını oluştururken farklı moda markalarına yönelmektedir. Bireylerin moda markalarına yönelmesinde marka imajı oldukça etkili olmaktadır. Bunun bir sonucu olarak moda sektöründe işletme veya teşebbüsler bir marka imajı yaratmak istemektedir. Dolayısıyla, moda sektöründe de hedef kitleyi etkileyebilmek açısından markalaşma büyük öneme sahiptir. Bunun için tekstil sektöründe işletme ve teşebbüsler tanınırlığını arttırmak ve farkındalık yaratmak açısından markalaşma yoluna gitmektedir. Bunun için marka tescil başvurusunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Bir işletme ya da teşebbüs marka başvurusunda bulunduğu anda, marka tescilinin yapılabilmesi için marka başvurusunda mutlak ret nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir. Mutlak ret nedenlerinin bulunması halinde hükümsüzlük söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, mutlak ret nedenleri kamu düzenini ilgilendiren nedenlerdir. Bu çalışmada marka başvurusunda mutlak ret nedenleri ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında ele alınmıştır. Bu şekilde moda ve tekstil sektörü özelinde mutlak ret nedenlerinin neler olacağı konusu üzerinde durulmuştur. Bu amaç doğrultusunda uluslararası alanda Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edilen kriterler ve ulusal

düzeyde Yargıtay tarafından kabul edilen ilkeler doğrultusunda mutlak ret nedenleri incelenmiştir.

## I. GENEL OLARAK

Genel olarak markaların tarihte ilk olarak ne şekilde ve ne zaman ortaya çıktığı konusunda net bilgiler mevcut olmamakla birlikte, markaların ilk olarak Avrupa topraklarında görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, tarihsel açıdan Avrupa'da önemli bir yere sahip olan bazı krallıkların, beyliklerin, ailelerin ve kentlerin kullandıkları logoların, bayrak şeklindeki sembollerin ilk markalar olduğunu söylemek mümkün bulunmaktadır<sup>1</sup>. Ayrıca, İtalya, Almanya, İsviçre ve Fransa gibi ülkelerde hüküm süren loncaların kullandıkları sembollerin de marka olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak, ticari anlamda markalar ilk olarak Sanayi Devriminden sonra kullanılmaya başlanmıştır. Zira, seri üretime geçilmesi ve malların uzak yerlere de satılmaya başlanması ile birlikte marka kullanımının önemi artmıştır<sup>2</sup>. Bu nedenle, marka kullanmak suretiyle ürünlerin birbirinden ayırt edilebilirliğini sağlamak amaçlanmıştır<sup>3</sup>. Bu şekilde, markalar işletmelerin ürettiği mal ve hizmetlerin diğer işletmelerin ürettiği mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi açısından büyük fayda sağlamıştır<sup>4</sup>. Bunun yanında, marka kullanımı yoluyla mal ya da hizmetlerin menşeinin gösterilmesi de amaçlanmıştır<sup>5</sup>. Bu sebeplerle marka kullanımının önemi giderek artmış ve günümüz dünyasında marka, iktisadi hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Zira gıda, ilaç, kozmetik, elektrik, ev eşyası, giyim gibi birçok alanda tüketimin arttığı bir ortamda özel ve yüksek bir kalite standardı yakalama ve bir imaj oluşturma

<sup>1</sup> **Özel, Çağlar** (2015) Marka Lisans Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 25.

<sup>2</sup> **Çolak, Uğur** (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 9.

<sup>3</sup> **Puzakova, Marina/ Aggarwal, Pankaj** (2018) "Brands as Rivals: Consumer Pursuit of Distinctiveness and the Role of Brand Anthropomorphism", Published by Oxford University Press on behalf of Journal of Consumer Research, Vol. 0, p.1.

<sup>4</sup> **İmirlioğlu, Dilek** (2018) Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 3.

<sup>5</sup> **Ozkök Gökmen, Başak** (2015) Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu Kullanılması Nedeniyle Kısmen İptali, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 28.

düşüncesi markanın önemini arttırmıştır<sup>6</sup>. Zira, ürün veya hizmetin belli bir markaya dayanması halinde işletme ile müşteriler arasında bir güven ilişkisi tesis edilebilmektedir<sup>7</sup>. Bu nedenle, müşteriler güvendikleri ve alışık oldukları veya bildikleri mal veya hizmetleri satın alma yoluna gitmektedir<sup>8</sup>.

Kanaatimizce, günümüz dünyasında markalar bir mal ya da hizmetin menşeinin belirlenmesi, güven ilişkisinin tesis edilmesi, kalitenin sağlanması, imaj oluşturulması açısından oldukça faydalı olmak birlikte, markalar esas itibarıyla ayırt ediciliğin sağlanması açısından büyük öneme sahiptir. Zira, markaların ilk çıkış noktasında bir mal veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerden ayırt ediciliğini sağlama düşüncesi yatmaktadır.

## A. MARKA KAVRAMI

Alâmetifarika olarak da bilinen marka kavramı, genel olarak ayırıcı nitelik, ayırıcı özellik, özel işaret anlamına gelmektedir<sup>9</sup>. Marka kavramı, Almanca dilinde "Warenzeichen" veya "Marke", İngilizce dilinde "Trademark", Fransızca dilinde "Margues de Fabrique" ve "Marques de Commerce" şeklinde kullanılmaktadır<sup>10</sup>.

Daha kapsamlı şekilde marka kavramını ele almak gerekirse marka<sup>11</sup>, bir teşebbüsün sahip olduğu mal veya hizmetlerin bir başka teşebbüsün sahip

<sup>6</sup> Özel, s. 25.

<sup>7</sup> Çolak, s. 1; Markalar dünyanın her neresinde olursa olsun bu ürün veya hizmetin kime ait olduğunu göstermektedir. Bunun yanında marka ile işletmeler müşterilerine kolaylıkla ulaşabilirken, işletmeler müşterileri ile iletişime geçebilmektedir.

<sup>8</sup> Fernando, H.S.M./ Kumara, H.H.S.N./ Mendis, H.I.A./ Wettawa, W.M.B.S./ Samarasinghe H.M.U.S.R. (2018) "Effects of "Brand Experience on Consumer Brand Loyalty in Fashion Retail Industry: Moderating the Role of Gender", Global Journal of Management and Business Research: E Marketing, Volume 18 Issue 7, p. 48.

<sup>9</sup> Büyük Türkçe Sözlük, [http://esgici.net/012\\_sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20\(TDK\)%20\(PDF,%209.9%20MB\).pdf](http://esgici.net/012_sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20(TDK)%20(PDF,%209.9%20MB).pdf), s. 125, s.e.t.18.11.2020.

<sup>10</sup> <https://books.google.com.tr/books?id=p7bE6HNIWGoC&pg=PA109&lpg=PA109&dq=Marka+Warenzeichen+Marque+Trademark+Marques+de+Fabrique+Marques+de+Commerc>, s.e.t.18.11.2020.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 28 August 1992, s.e.t.12.10.2019.

olduğu mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve sicilde de görülmesi gereken işaret veya işaret kombinasyonudur<sup>12</sup>. Bu mal ve hizmetlerin ayırt edici nitelik kazanması ise çeşitli işaretler kullanılarak sağlanmaktadır. Kullanılan bu işaretler üretilen mal ve hizmetin marka olarak anlaşılmasını ve görüntülenmesini sağlamaktadır<sup>13</sup>. Ancak, bu işaretlerin ayırt edici nitelikte olması gerekmektedir<sup>14</sup>. Zira, mal ve hizmetlere yönelik işaretler ayırt edici nitelikte olduğu takdirde bu işaretler ilgililerce marka olarak tescil ettirilebilmektedir. Ayrıca, bu işaretlerin marka olarak tescil edilmesi halinde marka sahibi tescilli markanın ayırt edici niteliğinin zarar görmesine neden olabilecek teşebbüslerin de men edilmesini talep edebilmektedir<sup>15</sup>. Zira, markalar sicilde görüntülenebilen ayırt edici işaretlerdir.<sup>16</sup>

Bu çerçevede marka olarak tescil edilmek istenen işaret, bir simge, şekil, yazı, sayı resim vb. belirleyici ve ayırt edici ifadelerden oluşabilmektedir<sup>17</sup>. Buna göre, ayırt edici nitelikte olması halinde her türlü işaretin marka olarak tescil edilmesi mümkün bulunmaktadır<sup>18</sup>. İşletme/teşebbüslerin bu işaretleri kullanması oldukça önemlidir. İşletmeler kullandıkları bu işaretlerle diğer işletmelerle rekabet edebilme gücünü arttırmakla birlikte, piyasada kendilerine yer edinmeyi ve tanınırlıklarını arttırmayı amaçlamaktadır.<sup>19</sup> Bu nedenle, işletmeler, kişisel adlar, mecazi nitelikteki sözcükler, renk kombinasyonları, ve işaret kombinasyonlarını marka olarak tescil ettirme

<sup>12</sup> **Yılmaz, A. Lerzan** (2017) *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınları, s. 66; **Ozkok**, s. 27; **Bahadır, Zeynep** (2018) *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 6,

<sup>13</sup> **Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Füsün** (2015) *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 440-441; **Başbüyük, İsa** (2018) *Marka Haklarının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 6.

<sup>14</sup> **Puzakova/ Aggarwal**, p. 2.

<sup>15</sup> **Yurtoğlu Can, Mücella** (2016) *Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı*, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 6.

<sup>16</sup> **Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal, Temel** (2020) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 160; **Yılmaz**, s. 66.

<sup>17</sup> **Başbüyük**, s. 6; **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri**, s. 440-441.

<sup>18</sup> **Çolak**, s. 10; **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 160.

<sup>19</sup> **Özel**, s. 27.



yoluna gidebilmektedir<sup>20</sup>. Dolayısıyla, markanın ayırt edici (Unterscheidungsrunktion) nitelik taşıması oldukça önemlidir. Bir işaretin ayırt edilebilirliği yoksa bu işaretin marka olarak kabul edilmesi söz konusu değildir<sup>21</sup>. Ayrıca, ayırt edicilik, o mal ya da hizmetin belirleyici özelliklerini de göstermektedir<sup>22</sup>. Bunun yanında, bir markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanması da mümkündür. Ancak, oldukça yüksek seviyede ayırt ediciliği olan bir markanın zaman içinde kullanım sonucu yaygın bir ad (jenerik<sup>23</sup> ad) haline gelerek ayırt ediciliğini kaybetmesi de mümkün bulunmaktadır<sup>24</sup>. Örneğin kot sözcüğü buna örnek verilebilir. Türkiye'de blucin üretimini ilk kez, Muhteşem Kot tarafından yapılmıştır ve bu kişinin soyadı ülkemizde üretilen blucinlerde kot olarak kullanılmaya başlanmıştır. Ancak, daha sonra kot sözcüğü jenerik hale gelmiştir<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> **Yılmaz**, s. 66. İşletmelerin ürettikleri mal ve hizmetlere yönelik ayırt edici işaretler, işletmelerin marka hakkı kazanabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

<sup>21</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 160; **İmirlioğlu**, s. 5.

<sup>22</sup> **Özel**, s. 25; **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 160.

<sup>23</sup> **Akın, Lemi** (2014) "Jenerik Marka İsimlerinin Oluşumu ve TDK Sözlüğüne Giriş Şekilleri", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S. 31, s. 21-22: Bir markanın jenerik hale gelmesi temelde iki şekilde meydana gelmektedir. İlk olarak, bir işletme ya da teşebbüs yeni bir ürün piyasaya sürmektedir ve işletmenin ürün ve hizmete yönelik yaptığı reklamlar sonucu kısa sürede alıcılarda bu ürünün bilinirliğinin artırılması şeklinde olmaktadır. İkinci olarak bir işletme ya da teşebbüs bir ürünü piyasaya sürdüğünde zamanla ürünün alıcılar nezdinde bilinirliğinin normal süreç içinde artması şeklinde olmaktadır. Bu bağlamda yeni bir ürün hangi marka tarafından piyasaya çıkarılmışsa o ürün o markanın ismi ile örtüşmeye başlayabilir. Daha sonra diğer markalar benzer ürünleri kendi isimleri ile piyasaya sürmüş olsalar dahi, ürünü ilk piyasaya süren markanın ismi baskın gelmektedir. Dolayısıyla, o ürün ile o ürünü piyasaya ilk çıkaran firma arasında kavramsal bir bağ kurulmaktadır. Bu nedenle o ürünü daha sonra piyasaya süren markaların ismi çok bilinmemektedir.

<sup>24</sup> **İmirlioğlu**, s. 6.

<sup>25</sup> **Akın**, s. 23. Muhteşem Kot 1940 yılında Fransa'ya gerçekleştirdiği bir seyahatte blucinleri görmüştür. Kot, blucinlerin sağlamlığını ve dikim şeklini çok beğenmiştir. Bunun üzerine Kot bu ürünü Türkiye'de üretmeye karar vermiştir. Türkiye'ye dönünce Muhteşem Kot üretime başlar ve 1960 yılına gelindiğinde günde 200 adet kot üretmeye başlamıştır. Bu dönemde özellikle işçiler ve köylüler bu ürünü çok talep etmişlerdir. Bu şekilde 1960 yılında "kot" adı markalaşmıştır. Ancak, 1992 yılında satışları azalan firma üretime son vermiştir.

## B. MARKA TANIMI

### 1. Uluslararası Anlaşmalar Açısından Marka

TRIPS'nin<sup>26</sup> (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights<sup>27</sup>) 15. maddesinin 1. fıkrasında, bir işletmenin ürettiği mal ve hizmetleri, diğer işletmelerin ürettiği mal ve hizmetlerinden ayırmayı sağlayan herhangi bir işaretin veya işaret kombinasyonunun marka niteliğinde olabileceği kabul edilmiştir.

American Marketing Association'a (1960) göre marka, bir satıcı veya satıcı grubunun mal veya hizmetlerini tanımlamak ve farklılaştırmak amacıyla kullandığı bir isim, terim, tasarım, sembol veya bir kombinasyon olarak tanımlanmıştır<sup>28</sup>.

Bu bağlamda, ticari yaşamda boy gösteren işletmelerin ve bu işletmelerin ürettikleri mal ve/veya hizmetlerin birbirinden ayırt edilmesi için işletmelerin birtakım işaretler<sup>29</sup> kullanması gerekmektedir<sup>30</sup>. Kullanılan bu işaretler sayesinde işletmelerin ürettiği mal ve hizmetler ayırt edici nitelik kazanmaktadır<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/ta\\_docs\\_e/1\\_tripsandconventions\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/1_tripsandconventions_e.pdf), Article, 15/1, p. 10, s.e.t. 11.10.2019.

<sup>27</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 7 yıl kadar süren görüşmeler üzerine 15.04; 1994 tarihinde Uruguay Round görüşmeleri sonucunda vücut bulmuş ve 01.01.1995 tarihinden sonra 114 ülke ve Avrupa Topluluğu tarafından imzalanarak kabul edilmiştir. Ülkemiz ise, 25.01.1995 tarihinde, 26.03.1995 tarihinden itibaren geçerlilik kazanacak şekilde anlaşmaya taraf olmuştur. Bağlılar, Mehmet (2015) "TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması", Uzmanlık Tezi, TC. Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, s. 3.

<sup>28</sup> **Maurya, Upendra Kumar** (2012) "What is a brand? A Perspective on Brand Meaning", European Journal of Business and Management, Vol 4, No.3, p. 123.

<sup>29</sup> **Başbüyük**, s. 6; işaret, sözlük anlamı yönüyle, "anlam yükletilen şey, anlamlı iz, im", "belirti, gösterge, alamet" anlamına gelmektedir.

<sup>30</sup> **Yılmaz**, s. 65; **Çolak**, s. 9.

<sup>31</sup> **Güneş, İlhami** (2017) Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 56.

2015/2436 sayılı AB Direktifinin 3. maddesinde<sup>32</sup> ise, kişisel isimlerden, harflerden, rakamlardan veya tasarımlardan oluşan işaretlerin markaya konu olabileceği, markaya konu olan bu işaretlerin oluşturulmasında sözcüklerden oluşan işaretlerin de kullanılabilmesi ve sicilde temsil edilebilen ayırt edici niteliğe sahip renklerin, seslerin, malların şekillerinin veya malların ambalajlarının da marka olarak kullanılabilmesi düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Ayrıca, benzer bir düzenlemeye 1 Ekim 2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 4. maddesinde de yer verilmiştir<sup>34</sup>.

## 2. Türk Hukuku Açısından Marka

Türk Marka Hukukunun gelişimi uluslararası anlaşmalara uygun olarak şekillenmiştir<sup>35</sup>. Ancak, 6769 sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu'nda<sup>36</sup> tam anlamıyla açık şekilde bir marka tanımı yapılmamıştır. Buna karşın Sınâi Mülkiyet Kanunu'nun<sup>37</sup> "marka olabilecek işaretler"i düzenleyen 4. maddesinde marka

<sup>32</sup> 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi'nin (AB Direktifi) 3. maddesinde ve 2015/2424 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün (AB Tüzüğü) 4. maddesinin 1. fıkrasında,

"Bir markanın;

(i) Bir işletmenin mallarını veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırt edilmesini sağlama,

(ii) Yetkili otoritelerin ve kamunun, marka sahibine tanınan korumanın açık ve kesin konusunu belirlemelerini sağlayabilecek biçimde gösterilme şartlarını yerine getirmiş her işaretten, özellikle kişi adları dâhil olmak üzere kelimeler, şekiller, harfler, sayılar, renkler, malların biçimleri veya ambalajları veya seslerden, oluşabileceği" şeklinde markaların ayırt edici işlevi düzenlenmiştir.

<sup>33</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>, Article 3, s.e.t. 12.10.2019.

<sup>34</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1001&from=EN>, Article 4, s.e.t. 12.10.2019.

<sup>35</sup> **Suluk, Cahit/ Kenaroğlu, Yasemin** (2012) Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, s. 40.

<sup>36</sup> **RG.** 10.01.2017, S. 29944.

<sup>37</sup> 6769 sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu'nun "Yürürlükten kaldırılan mevzuat" başlıklı 191. maddesinin 2. fıkrasına göre, "...(3) 24/6/1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/6/1995 tarihli ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/6/1995 tarihli ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/6/1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde

tanımına yer verildiğini söylemek mümkün bulunmaktadır. Aynı şekilde Sınâi Mülkiyet Kanunu Tasarısı<sup>4</sup>'nın gerekçesinde de marka ile ilgili açıklamalar bulunmaktadır. Bu doğrultuda, "Marka tescilinde mutlak ret nedenleri" başlıklı 5'inci maddesinin gerekçesinde "Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir" şeklindeki ifadeden markanın açıklandığını söylemek mümkün bulunmaktadır.

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de de "Tanımlar" başlıklı 2. maddede ve "markanın içerdiği işaretler" ile ilgili düzenleme getiren 5. madde de marka tanımı yapılmamıştır. 506 sayılı KHK 2/6, "Marka, ortak markalar ve garanti markalar dahil ticari markaları veya hizmet markalarını ifade eder" şeklinde bir düzenleme getirmişse de bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere 556 sayılı KHK'da bir marka tanımı yapılmamıştır. Ayrıca daha sonra yürürlüğe giren Sınâi Mülkiyet Kanunu'nda tam anlamıyla bir marka tanımı yapılmamıştır.

## II. MODA

Tarihsel süreç içinde moda bir eğilim olarak ortaya çıkan bir akım olmuştur. Ancak, zaman içinde kaçınılmaz olarak diğer birçok alanda olduğu gibi moda akımlarında da bir değişim ve gelişim yaşanmıştır<sup>38</sup>.

Moda algısı özellikle Sanayileşme ile birlikte Avrupa'da 19. yüzyılda gelişim göstermiştir. Ortaya çıkan moda akımları birçok alanda etkisini göstermiştir. Özellikle, giyim sektörü bu moda akımından oldukça fazla etkilenmiştir<sup>39</sup>.

---

Kararname ve 22/9/1995 tarihli ve 566 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır." şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, 6769 sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK yürürlükten kalkmıştır.

<sup>38</sup> **Selvarajah, Dilashenyi Devi** (2018) "The Factor Influencing Brand Loyalty in Fashion Industry among Generation Y in Malaysia", *International Journal of Business and Management*, Vol. 13, No. 4 p. 202.

<sup>39</sup> **Mehraali, Nuray** (2015) *Moda Akımlarının, Giysi Koleksiyonu Oluşum Sürecine Etkisinin Araştırılması*, İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Moda ve Tekstil Tasarımı Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 8.

## A. MODA KAVRAMI

Moda kavramının kökeni oldukça eskidir. Moda kelimesi, Latince "modus" kelimesinden gelmektedir<sup>40</sup>. Ancak, moda kavramı zaman içinde değişim ve gelişim gösteren bir kavram olarak ortaya çıkmıştır<sup>41</sup>.

Moda kavramı, gerek toplum içi, gerek toplumlar arası etkileşimlere bağlı olarak gelişim gösteren bir kavram olmuştur<sup>42</sup>. Bu nedenle, moda kavramı günümüzde birçok anlama karşılık gelmektedir. Ancak genel olarak moda kavramını, birçok yönü bulunan ve çeşitli şekillerde uygulanan eğilimler şeklinde açıklamak mümkündür<sup>43</sup>.

## B. MODA TANIMI VE MODANIN ÖZELLİKLERİ

Moda genel olarak kıyafet tarzında popüler bir eğilim olarak tanımlanabilir. Bu nedenle moda, kısa süreli art arda yaşanan eğilimlerden etkilenmektedir ve zaman içinde değişime uğramaktadır. Dolayısıyla moda, zaman içinde son bulan ekonomik, sosyal, politik dönüşümlere göre değişiklik gösteren bir akımdır<sup>44</sup>.

Modanın temelinde değişim olgusu yatmaktadır. Değişim düşüncesinin de etkisiyle modanın belirleyici özelliklerinden biri de yenilik düşüncesidir<sup>45</sup>. Bu nedenle, modayı etkileyen birçok faktör barındırmaktadır. Bu faktörler değişim ve yenilik arayışı içinde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bireysel eğilimler, yaşam tarzındaki değişiklikler modanın takibinde

<sup>40</sup> **Ertürk, Nilay** (2011) "Moda Kavramı, Moda Kuramları ve Güncel Moda Eğilimi Çalışmaları", Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Hakemli Dergisi ART-E, C. 7, s. 6.

<sup>41</sup> **Selvarajah**, p. 203.

<sup>42</sup> **Gençtürk-Hızal, G. Senem** (2003) "Bir iletişim Biçimi Olarak Moda: "Modusunun Sınırları", İletişim Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, s. 68.

<sup>43</sup> **Koç, Fatma/ Saatçoğlu, Kenan/ Çelik, Raziye/ Nadasbaş, Serdar Egemen** (2016) "Moda Tüketicilerinin Giysi Seçiminde Trendleri (Eğilim) Kullanma Durumları ve Giysi Sitillerinin Belirlenmesine İlişkin Davranış Analizi", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 9 S. 43, s. 2588-2589.

<sup>44</sup> **Selvarajah**, p. 202.

<sup>45</sup> **Akdemir, Nihan** (2017) "Moda Sektöründe Toplumsal Cinsiyet Kavramının Varlığı", The Journal of Social Science Y. 4, S. 12, s. 253.

etkili olmaktadır. Dolayısıyla, moda karmaşık bir yapısı bulunan sosyal bir olgudur<sup>46</sup>. Bu nedenle, moda olgusu toplumsal etkileşimden oldukça fazla etkilenmektedir<sup>47</sup>. Zira, giysi/giyinme biçimleri toplumsal etkileşim açısından bir sembol ifade etmektedir. Moda özelinde bu semboller, toplumsal, kültürel, siyasal ve ekonomik yapıdan etkilenir ve bireyler bu şekilde toplum içinde bir kimlik kazanma çabası içine girerler. Bu şekilde moda bireylerin kendisini ifade etmesi açısından önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda moda, bireyin yaşam tarzına bağlı olarak dış dünyada nasıl görüldüğünün bir ifadesidir. Bir başka ifadeyle moda, bireyin kim ve ne olduğunu gösteren, öteki bireylerin izlenimlerini gösteren, toplumsal ilişkilerde yer alan ve kimliklerin inşa edilmesine etki eden bileşenlerden oluşan bir yapıdır. Bu kimlik yaratma çabası kişinin toplum içinde hangi kimlik özelinde algılanmak istediğine ve farkındalık yaratma düşüncesine göre şekillenmektedir<sup>48</sup>. Bu nedenle, moda olgusu bir yönüyle hiyerarşik açıdan toplumsal konumu gösterme ya da belli bir konuma ulaşmak için kullanılmaktadır. Bu amaçla moda olgusu toplumun tüm katmanlarında karşılık bulmaktadır ve bir statü sembolü olarak da kullanılmaktadır<sup>49</sup>.

### III. MARKA İLE MODA İLİŞKİSİ

Genel olarak marka, bir işletmenin ürettiği mal ve hizmetlerin diğer işletmelerin ürettiği mal ve hizmetlerden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> **Ciamine, Ramune/ Vienazindiene, Milila** (2014) "Management of Contemporary Fashion in Industry: Characteristics and Challenges", 19th International Scientific Conference: Economics and Management 2014, ICEM 204, 23-25 Riga, Laivia, p. 64.

<sup>47</sup> **Gençtürk-Hızal**, s. 67, Bireysel kimlik, bireyin kim olduğu sorusuna verdiği cevap ya da cevaplardır. Kimliğin bir yansıması olarak beden, duruş, yürüyüş, giyim gibi argümanlar, farklı yerlerde farklı görülebilme düşüncesi ve bu yönde çeşitli davranış şekilleri ortaya çıkmaktadır. Yaşam tarzı ve tüketim alışkanlıklarına bağlı olarak giyim şekli bu yönde moda olgusu kimliklerin bireysel veya kolektif şekilde ifade edilmesinde önemli bir yere sahiptir.

<sup>48</sup> **Gençtürk-Hızal**, s. 67.

<sup>49</sup> **Bat, Mikail** (2008) Moda Oluşturma Sürecinde Stratejik Planlama ve Halkla İlişkilerin Rolü, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, s. 11.

<sup>50</sup> **İmirlioğlu**, s. 3.

Ayrıca, marka sayesinde mal ya da hizmetlerin menşeinin tespit edilmesi de mümkün olmaktadır<sup>51</sup>.

Günümüz dünyasında markalar, gıda, ilaç, kozmetik, elektrik, ev eşyası, giyim gibi birçok alanda kullanılmaktadır. Özellikle giyim sektöründe markaların önemi giderek artmaktadır. Bunun temelinde özel ve yüksek bir kalite standardı yakalama ve imaj oluşturma düşüncesi yatmaktadır<sup>52</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle markalar, işletmelerle müşteriler arasında güven ilişkisinin kurulmasına büyük katkı sağlamaktadır<sup>53</sup>. Zira genellikle müşteriler güvendikleri, alışık oldukları ve bildikleri mal veya hizmetlere yönelmektedir<sup>54</sup>.

Bu çerçevede marka ile moda ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Zira moda tüketicisi de markanın imajına, markanın kalitesine, markanın güvenilirliğine göre moda sektöründe çeşitli markalara eğilim göstermektedir. Zira, moda sektöründe bir ürün ya da hizmetin sahip olduğu marka imajı moda tüketicisini bu ürün ya da hizmete çekmektedir<sup>55</sup>. Bu sebeplerle moda sektörü rekabet gücü oldukça yüksek bir sektör haline gelmiştir. Ayrıca moda sektöründe tüketicilerde zaman içinde bir talep ve davranış değişikliği de ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, moda endüstrisi tüketicilere daha kaliteli ve tüketicilerin taleplerini karşılayan ürünler sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun için moda sektöründe markanın önemi giderek artmaktadır<sup>56</sup>. Bu sebeplerle tüketiciler, sosyo-kültürel etkenlerle, farklı olma düşüncesiyle ya da içinde bulunulan ortamının etkisiyle kendilerini daha iyi hissettikleri moda markalarına yönelmektedir. Bunun yanında tüketiciler marka imajından da

<sup>51</sup> **Başak**, s. 28.

<sup>52</sup> **Özel**, s. 25.

<sup>53</sup> **Çolak**, s. 1, Markalar dünyanın her neresinde olursa olsun bu ürün veya hizmetin kime ait olduğunu göstermektedir. Bunun yanında marka ile işletmeler müşterilerine kolaylıkla ulaşabilirken, işletmeler müşterileri ile iletişime geçebilmektedir.

<sup>54</sup> **Fernando/ Kumara/ Mendis/ Wettawa/ Samarasinghe**, p. 48.

<sup>55</sup> **Sevil, Bengü** (2006) Moda Sektöründe Küresel Marka Yaratılması: Markalaşma Çalışmaları Üzerine Bir Uygulama, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Pazarlama Pazarlama Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, s. 73.

<sup>56</sup> **Selvarajah**, p. 202.

etkilenmektedir<sup>57</sup>. Bu şekilde bireyler yeni bir kimlik kazanma çabası içine girmektedir<sup>58</sup>.

Kanaatimizce, moda ile marka birçok noktada kesişmektedir. Zira, moda tüketicisi açısından da marka büyük önem taşımaktadır. Moda tüketicisi özellikle markanın imajına, markanın güvenilirliğine ve markanın kalitesine bakarak çeşitli markalara eğilim göstermektedir. Ancak, zaman içinde moda tüketicilerinin bu eğilimleri de değişebilmektedir.

#### IV. MODA VE TEKSTİL SEKTÖRÜ ÖZELİNDE MARKANIN FONKSİYONLARI

Markaların birçok fonksiyonu bulunmaktadır. Bu bağlamda markaların önemli bir fonksiyonu kaynak gösterme fonksiyonudur<sup>59</sup>. Özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı<sup>60</sup> (ABAD) markaların kaynak gösterme fonksiyonu<sup>61</sup> üzerinde oldukça fazla durmuştur. Zira marka, bir malın hangi teşebbüs ya da işletme tarafından üretildiğini veya bu mal ve hizmetin piyasaya sürülmesini hangi işletme/teşebbüsün sağladığını göstermektedir. Bu şekilde üretilen mal ya da hizmetin kaynağı anlaşılmaktadır. Müşteriler böylece aldıkları mal ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olurken, teşebbüs/işletme de ürettiği mal ve

<sup>57</sup> **Sonja, LahtiInen** (2014) Meanings for Luxury Fashion Brads Among Young Women in Finland and China, University of Tampere School of Management, Master's Thesis, p. 80.

<sup>58</sup> **Ciamine/ Vienazindiene**, pp. 64-65.

<sup>59</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 163.

<sup>60</sup> [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_en); Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği'nin hukuki uyumsuzlukları çözümlen yargı organıdır. Üye ülkelerin hukuki uyumsuzluğa düştüğü konularda ve bu ihtilaflı konuların çözümü noktasında ABAD önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, ABAD birlik ülkeleri için bir üst mercidir. ABAD bu şekilde Avrupa Birliği hukukunun Avrupa Birliği bünyesinde her yerde uygulanmasını ve ortak standartların belirlenmesini amaçlamaktadır s.e.t. 13.10.2019.

<sup>61</sup> ATAD, Sieckman kararında markanın kaynak gösterme fonksiyonlarını öne çıkartarak markanın asli fonksiyonunun herhangi bir çelişkiye yer bırakmayacak şekilde markaya konu olan mal veya hizmetin kaynağını göstermesi, kaynağını garanti etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu şekilde kaynağı farklı mal veya hizmetlerden markanın ayırt edileceğini ifade etmiştir. ECJ, Ralf Sieckmann v Alman Deutesch Patent, C-273/00, 12/12/2002. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=EN>, s.e.t. 14.10.2019.



hizmetlerin tanınmasını sağlamaktadır<sup>62</sup>. Ancak, markaların kaynak gösterme fonksiyonunda zaman içinde bir değişim yaşanmıştır. Örneğin mal sınıfında olan tescilli bir markanın geçmiş yıllarda hangi marka tarafından üretildiğinin anlaşılması açısından kaynak gösterme fonksiyonu oldukça fayda sağlamakta iken, zaman içinde ticaret hayatında ve üretim sürecinde yaşanan değişiklikler nedeniyle ürünün nerede üretildiği konusu önemini kaybetmiş ve ürünün kim tarafından üretildiği konusu önem kazanmıştır. Örneğin, "Adidas"<sup>63</sup> marka bir ürün almak isteyen tüketiciler, günümüzde lisans yoluyla ürünün Almanya'da mı, Endonezya'da mı veya Vietnam'da mı üretildiği konusunu çok önemsememektedir<sup>64</sup>.

Markanın önemli bir fonksiyonu da reklam<sup>65</sup> ve yatırım fonksiyonudur<sup>66</sup>. İşletmeler sunmuş olduğu mal ve hizmetlerin daha fazla talep edilmesi için reklam ve tanıtıma önem vermektedir ve bu yönde yatırım yapma ihtiyacı duymaktadır<sup>67</sup>. Zira, yapılan tanıtımlar sonucunda marka itibar kazanmaktadır ve bu şekilde markanın değeri artmaktadır<sup>68</sup>. Moda markalarının yaygınlaşması açısından da reklam ve tanıtım yapılması oldukça önemlidir. Zira, bu amaçla yatırımlar yapılmaktadır. Örneğin, giyim üzerine moda mağazaları açılmakta,

<sup>62</sup> Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 456; Özkök Gökmen, s. 28.

<sup>63</sup> <http://www.marka-marka.org/genel/markalarin-oykusu-a-adidas/> Üç banttan oluşan marka, Bavyera-Herzogenaurach bölgesinde ortaya çıktı. Marka Adolf Dassler tarafından yaratıldı ve markanın ismi kurucusunun isminin ilk üç harfi ve soy isminin birleşmesi ile ismini aldı s.e.t. 15.10.2019.

<sup>64</sup> İmirlioğlu, s. 8.

<sup>65</sup> Güzeloğlu, Can (2014) "Türkiye'de Moda Markalarının Göstergelerle Anlatıları: Ödüllü Moda Reklamlarının Görsel İletişim Tasarımına Yönelik Çözümleme", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S. 33, s. 748, Reklam iletisinin akılda kalıcı olmasını sağlayan, ikna edici yönü bulunan, bu nedenle bilgi vermeyi amaçlayan bir faaliyetdir. Bu bağlamda, reklam, yeni ürün ya da hizmetler hakkında tanıtıcı bilgi, ürünün kullanım özellikleri ve pazardaki diğer benzer ürünlerle fiyat ve nitelik yönünden karşılaştırma yapılabilmesi için birtakım bilgiler vermek amacıyla yapılmaktadır. Bu şekilde ürünün akılda kalıcı olması, hatırlanması amaçlanmaktadır.

<sup>66</sup> Suluk/ Karasu/ Nal, s. 163.

<sup>67</sup> Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri s. 457; Bahadır, s. 21.

<sup>68</sup> Ropo, Juha Pekka (2009) Brand Management and Branding: Creating a Brand Strategy for ADcode, Tamperrren Ammattikorkeakoulu University of Applied Sciences Business School, Degree Programme in International Business, p. 14.

defileler yapılmakta, sinema, reklam ve müzik klipleri de çekilmektedir. Böylece toplumda moda markaları üzerinde bir imaj algısı yaratmak amaçlanmaktadır<sup>69</sup>. Bu nedenle, yapılan reklam ve tanıtımlar sonucunda marka sahibi markasını korumak açısından da hak kazanmaktadır. Dolayısıyla, markalar açısından yapılan reklam ve tanıtımlar oldukça önemlidir. Zira bu şekilde markanın tanınmışlık düzeyi artmaktadır. Bu nedenle, marka hakkını önceden tescil ettiren marka hakkı sahibi, markasının tanınmışlığından üçüncü kişilerin haksız kazanç sağlamasını, marka itibarının zedelenmesini ya da markanın ayırt edici karakterinin zarar görmesini engellemek üzere harekete geçebilmektedir<sup>70</sup>.

Bu fonksiyonların dışında markaların garanti ve kalite fonksiyonu da bulunmaktadır. Buna göre, kullanılan marka ile bir nevi üretilen mal ya da hizmetin kalitesi garanti edilmektedir. Zira, üretici sunmuş olduğu mal ya da hizmetin kalitesine güvendiği takdirde aynı markalı mal ya da hizmetleri daha kolay sunabilmektedir<sup>71</sup>. Bu nedenle, moda markalarında da hedef kitle moda markasının kalitesine göre o ürün bazında bir markaya eğilim göstermektedir<sup>72</sup>. Ayrıca, kalite ve garanti fonksiyonu kapsamında satıcı satmış olduğu mal ya da hizmetin bakımını ve tamirini de üstlenmiş olmaktadır<sup>73</sup>.

Markanın bu fonksiyonlarının ortaya çıkması ile birlikte, markalı ürün ve hizmetler sınır aşan faaliyetler haline gelmiştir. Örneğin ABD'de orijinal olarak üretilen markalı bir kıyafet Türkiye'de, Japonya'da aynı anda üretilmekte ve satılmaktadır. Marka olgusunun uluslararası nitelik kazanması üzerine, markaların korunma ihtiyacı da artmıştır. Bu nedenle, uluslararası alanda markaların korunmasına yönelik Paris Sözleşmesi<sup>74</sup>, Madrid Anlaşması

<sup>69</sup> Güzeloğlu, s. 748.

<sup>70</sup> Bahadır, s. 21; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 164.

<sup>71</sup> Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 457.

<sup>72</sup> Sevil, s. 10.

<sup>73</sup> Suluk/ Karasu/ Nal, s. 164; İmirlioğlu, s. 10.

<sup>74</sup> Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi 20 Mart 1883 tarihinde kabul edilmiştir. Daha sonra Sözleşmede 14 Aralık1900'de Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washinton'da, 6 Kasım 1925'te La Haye'de, 2 Haziran 1934'te Londra'da, 31 Ekim 1958 Lizbon'da ve 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilmiştir. [https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/paris/trt\\_paris\\_001en.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/paris/trt_paris_001en.pdf) s.e.t.16.10.2019.

ve Madrid Protokolü<sup>75</sup>, Nice<sup>76</sup>, Viyana<sup>77</sup> ve en son da Marka Kanunu Anlaşması<sup>78</sup> gibi anlaşmalar kabul edilmiştir<sup>79</sup>.

## V. MODA VE TEKSTİL SEKTÖRÜ ÖZELİNDE MUTLAK RET NEDENLERİ

Mutlak ret nedenleri, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin niteliği ile ilgili itirazlardır<sup>80</sup>. Bu nedenle, hukukumuzda marka tescil<sup>81</sup> başvurusunda

<sup>75</sup> Madrid Anlaşması 14 Nisan 1891'de kabul edildikten sonra, Madrid Anlaşmasında sırasıyla, 14 Aralık 1900'de Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washington'da 6 Kasım 1925'te Lahey'de, 2 Haziran 1934'te Londra'da, 15 Haziran 1957'de Nice'de ve 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de ve 28 Eylül 1979'da değişiklikler yapılmıştır. [https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/madrid-gp/trt\\_madrid\\_gp\\_001en.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/madrid-gp/trt_madrid_gp_001en.pdf) s.e.t. 16.10.2019.

<sup>76</sup> Nice Anlaşmasının temelleri 15 Haziran 1957'de atılmıştır. Daha sonra, 1967'de Stockholm'de ve Cenevre'de Anlaşma revize edilmiştir. Nice Anlaşmasında Sınai Mülkiyetin Korunması Paris Birliği çerçevesinde hareket etmiş ve taraf olan ülkelerin bu doğrultuda hareket etmesi amaçlanmıştır. Nice Anlaşmasında yapılan sınıflandırmada marka tesciline ilişkin önemli düzenlemeler getirilmiştir. [https://www.wipo.int/export/sites/www/classifications/nice/en/pdf/8\\_list\\_class\\_order.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/classifications/nice/en/pdf/8_list_class_order.pdf) s.e.t.16.10.2019.

<sup>77</sup> Viyana Anlaşması 12 Haziran 1973'te Viyana'da imzalanmıştır ve daha sonra 26 Eylül 1980'de değişikliğe uğramıştır. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_265.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_265.pdf) s.e.t.16.10.2019.

<sup>78</sup> **Noyan, Erdal** (2015) Patent Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 17. Marka Kanunu Anlaşması (TLT) 27 Ekim 1994 tarihinde Cenevre'de imzalanmıştır.

<sup>79</sup> **Güneş**, s. 60.

<sup>80</sup> **Tekinalp, Ünal** (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 400.

<sup>81</sup> **Yılmaz, Hüseyin** (2015) Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 22. Marka hakkının kazanılması açısından tescil sistemi kabul eden ülkelerde, markanın hukuken bir sınai mülkiyet hakkı olarak kabul edilmesi ve akabinde ilgililerin marka hakkının korunabilmesi için kural olarak markanın tescil edilmesi gerekmektedir. Bu sistemi benimseyen ülkelerde markanın tescilden önce kullanılıyor olması koşulu marka hakkının kazanılması açısından aranmamaktadır. Dolayısıyla, bu sistemde marka hakkı tescil ile kazanılmaktadır. Bir başka ifadeyle tescil hak doğurucu niteliktedir, Güneş, s. 76. Marka hakkının kazanılması açısından çeşitli sistemler bulunmaktadır. Örneğin, ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupa ülkeleri tescille marka hakkının kazanılmasını kabul etmektedir.

mutlak ret nedenleri, Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesi,<sup>82</sup> 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 4. maddesi<sup>83</sup> ve 2015/2424 AB Marka Tüzüğü'ne uygun

<sup>82</sup> Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesinde Paris Birliğinin üyesi olan bir ülkede tescil ettirmek istenen bir markanın, koruma talep edilen bu ülkede aynı veya benzeri bir tescilli veya tescil başvurusu yapılmış bir marka var ise; itiraza dayanak oluşturan markanın o ülkede "tanınmış marka" niteliğinin incelenmesi gerektiği ve bunun yanında koruma talep edilen ülkede de marka olarak tescili istenen husus istenilen düzeyde tanınırlık kazanmışsa önceki markanın hükümsüzlüğünün veya reddinin dava açılarak veya itiraz yoluyla talep edilebileceği düzenlenmiştir. [https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/paris/trt\\_paris\\_001en.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/paris/trt_paris_001en.pdf), Article 6, p. 7, s.e.t.17.10.2019.

<sup>83</sup> 1. Aşağıdaki hallerde tescil yapılamaz veya tescil yapılmışsa da geçersiz sayılabilir

- (a) ticari bir marka oluşturamayan işaretler;
- (b) ayırt edici bir özelliğe sahip olmayan ticari markalar;
- (c) münhasıran türü belirlemek için ticarete hizmet edebilecek işaret veya göstergelerden oluşan ticari markalar, kalite, miktar, amaçlanan hedef, değer, coğrafi menşe veya malların veya hizmetin veya mal veya hizmetlerin diğer özelliklerinin sunulması;
- (d) Sadece mevcut dilde alışılmış hale gelen işaret veya göstergelerden oluşan ticari markalar. veya iyi niyetli ve ticaretin yerleşik uygulamalarında;
- (e) sadece aşağıdakilerden oluşan işaretler:
  - (i) malların doğasından kaynaklanan şekil veya başka bir özellik;
  - (ii) teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan malların şekli veya başka bir özelliği;
  - (iii) mallara önemli değer veren şekil veya başka bir özellik;
- (f) kamu politikalarına veya kabul gören ahlaki ilkelere aykırı ticari markalar;
- (g) kamuoyunu aldatmaya mahkum, doğası, niteliği veya mal veya hizmetin coğrafi orijini;
- (h) yetkili makamlar tarafından yetkilendirilmemiş ve reddedilmesi veya geçersiz kılınması gereken ticari markalar.

Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca;

(i) Birlik mevzuatı veya Üye ulusal hukuku uyarınca tescilden çıkarılan ticari markalar. İlgili Devlet veya ilgili Birliğin veya Üye Devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara, köken ve coğrafi işaretlerin tanımlanmasının korunmasını sağlamak;

(j) Birlik mevzuatı veya uluslararası sözleşmeler uyarınca tescilden çıkarılan ticari markalar. Birlik, şarap için geleneksel terimlerin korunmasını sağlayan bir partidir;

(k) Birlik mevzuatı veya uluslararası sözleşmeler uyarınca tescilden çıkarılan ticari markalar. Birlik, garantili geleneksel özelliklerin korunmasını sağlayan taraftır;

(l) daha erken bir bitki çeşidi cinsinden olan veya temel unsurlarında üreyen ticari markalar Birlik mevzuatı veya ilgili Üye Devletin ulusal yasalarına göre veya uluslararası Birliğin veya Üye Devletin taraf olduğu anlaşmalar, bitki çeşitliliğinin korunmasını sağlar. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>, Article, 4, s.e.t.17.10.2019.

şekilde hazırlanmıştır. Zira, gerek Mülga 556 sayılı KHK'nin 7. maddesi<sup>84</sup> gerek yürürlükte bulunan 6769 sayılı SMK'nin 5. maddesi<sup>85</sup> bu doğrultuda

<sup>84</sup> 556 sayılı KHK m.5 hükmüne göre, "Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:

- a) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler,
- b) (Değişik : 22/6/2004 - 5194/13 md.) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar,
- c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.
- d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,
- e) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler,
- f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar, g) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesi'nin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesine göre reddedilecek markalar, h) Paris Sözleşmesi'nin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyla ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar, ı) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2015/33, K.: 2015/50 sayılı Kararı ile.) j) Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar, k) Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar. (Ek fıkra : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik:22/6/2004 - 5194/13 md.) Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez" şeklinde mutlak ret nedenleri düzenlenmektedir.

<sup>85</sup> SMK m. 5 hükmünde, "(1) Aşağıda belirtilen işaretler, marka olarak tescil edilmez:

- a) 4 üncü madde kapsamında marka olamayacak işaretler.
- b) Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler.
- c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.
- ç) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler.
- d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da

kaleme alınmıştır. Bu bağlamda marka başvurusu sırasında SMK m. 5 kapsamında mutlak ret sebeplerinin<sup>86</sup> varlığı<sup>87</sup> halinde marka olarak belirlenmiş işaretlerin Türk Patent ve Marka Kurumu'nun<sup>88</sup> tuttuğu markalar siciline tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>89</sup>. Zira, mutlak ret sebepleri özü itibariyle kamu

esas unsur olarak içeren işaretler. e) Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler.

f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler.

g) Paris Sözleşmesi'nin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesine göre reddedilecek işaretler.

ğ) Paris Sözleşmesi'nin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler. h) Dinî değerleri veya sembolleri içeren işaretler.

ı) Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler.

i) Tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler.

(2) Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.

(3) Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir" şeklinde mutlak ret nedenleri düzenlenmiştir.

<sup>86</sup> **Sekmen, Orhan** (2013) Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayıncılık, s. 81; Marka başvurularında mutlak ret sebepleri, toplum menfaatlerini ilgilendiren ve toplumun genel değerleriyle doğrudan ilgili olan nedenlerdir. Bu nedenle, mutlak ret sebepleri defî niteliğinde olmayıp, itiraz halleridir. Dolayısıyla, marka tescil başvurusu üzerine Türk Patent Enstitüsü mutlak ret nedenlerinin bulunup bulunmadığını resen incelemektedir.

<sup>87</sup> **Yılmaz**, s. 235. Mutlak ret nedenlerinin varlığı işaretin doğrudan marka olma özelliğini etkilemektedir.

<sup>88</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu patentler, markalar, faydalı modeller, coğrafi işaretler, geleneksel ürün adları, tasarımlar ile entegre devre topoğrafyalarının ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda tescilini yapmakla birlikte, söz konusu hakların korunması açısından gerekli işlemleri yapan kurumdur. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/AboutUs> s.e.t.18.10.2019.

<sup>89</sup> **Bahadır**, s. 45.

düzenine<sup>90</sup> ilişkin hükümsüzlük<sup>91</sup> halleridir<sup>92</sup>. Bir başka ifadeyle mutlak ret nedenleri toplumun genel menfaatlerine hizmet etmektedir<sup>93</sup>. SMK'nin 5/1-1 hükmünde de "Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretler", marka olarak tescil edilemeyecek işaretler arasında düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarihli kararında<sup>94</sup> da bu duruma işaret edilmiştir. Zira, ülkemiz dışında AB çâtısı altında da konu bu şekilde ele alınmıştır. ABAD, IOIP Holdings LLC [Fort Wayne (ABD)] v OHIM (GLISTEN) kararında da, bir işaretin marka olarak tescil edilmesi açısından kamu yararının bulunması gerektiğini ifade etmiştir<sup>95</sup>. Dolayısıyla, mutlak ret nedenlerinin temelinde kamu yararı bir başka ifadeyle kamu menfaati bulunmaktadır<sup>96</sup>. Dolayısıyla mutlak ret nedenleri kamu düzenine ilişkin hükümsüzlük halleridir<sup>97</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle mutlak ret nedenlerinin bulunmasına

<sup>90</sup> **Giritli, İsmet/ Bilgin, Pertev/ Akgüner, Tayfun/ Berk, Kahraman** (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Dur Yayınları, s. 1041. Kamu düzeni, kamu menfaatlerine hizmet etmektedir. Bu kapsamda bir toplumun huzurunun, güvenliğinin, esenliğinin ve sağlığının korunması amacıyla birtakım kurum ve kurallar oluşturulmaktadır.

<sup>91</sup> **Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 282. Hükümsüzlük durumunda bir hukuki yaptırım uygulanmaktadır. Burada hükümsüzlüğün neticesinin ağırlığına göre farklı bir yaptırım gündeme gelmektedir. Bu kapsamda, "kesin hükümsüzlük" (butlan), "noksanlık" (eksiklik) ve "iptal edilebilirlik" şeklinde yaptırımlar uygulanmaktadır.

<sup>92</sup> **Tekinalp**, s. 400.

<sup>93</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 173-174.

<sup>94</sup> AYM, T.12.11.2015, E.2015/93, K.2015/99; "...Somut olayda Mahkememiz önündeki uyumsuzluğa uygulanması söz konusu olan ve fakat Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilen hüküm 5194 sayı ve 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı kanununun 13. maddesiyle değişik 556 sayılı KHK'nın 7/1-b madde ve bendidir. 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinde sayılan tescil engelleri kamu düzeni ile ilgilidir ve mutlak ret nedenleri olarak adlandırılırlar..." [https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru\\_Karari/2015-99.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2015-99.pdf), s.e.t.19.10.2019.

<sup>95</sup> T-648-13, 3 Aralık 2013 tarihinde açılan dava - IOIP Holdings - OHIM (GLISTEN), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_2014.061.01.0010.01.ENG&toc=OJ:C:2014:061:FULL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2014.061.01.0010.01.ENG&toc=OJ:C:2014:061:FULL) s.e.t.19.10.2019.

<sup>96</sup> **Yılmaz**, s. 235.

<sup>97</sup> **Tekinalp**, s. 400.

karşın bir markanın tescil edilmesi halinde, bu tescil hükümsüzlük davasına konu olacaktır. Ancak, mutlak ret nedenlerinin bulunmasına karşın bir markanın tescil edilmesi halinde, hükümsüzlük davası ile marka hükümsüz kılınmadıkça bu markanın sicilden terkin edilmesi söz konusu değildir<sup>98</sup>. Buna göre marka alanında hükümsüzlük, tescil edilmiş bir markanın gerekli koşulları taşımaması nedeniyle dava yoluyla iptaline ve önceden elde edilmiş marka haklarının sona ermesine yol açmaktadır<sup>99</sup>.

SMK m. 5 ile mutlak ret nedenleri sınırlı sayıda düzenlenmiştir. TÜRKPATENT<sup>100</sup> marka başvurularında mutlak ret sebeplerini resen incelenmektedir<sup>101</sup>. Buna göre TÜRKPATENT, marka başvurusuna yönelik yaptığı incelemede şekli açıdan bir eksiklik bulunmadığını tespit ettiği takdirde mutlak ret nedenleri yönünden inceleme yapmaktadır<sup>102</sup>. Ayrıca, başvuruların incelenmesi sürecinde bir veya birden çok mutlak ret nedeninin bulunması da mümkündür. Dolayısıyla, her iki durumda da ilgililerin marka başvurusu reddedilmektedir<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 222-223.

<sup>99</sup> <https://fikrimulkiyet.com/markanin-hukumsuzlugu-davalarinda-zamanasimi-hususunun-degerlendirilmesi/#:~:text=Markan%C4%B1n%20H%C3%BCK%C3%BCms%C3%BCzl%C3%BC%C4%9F%C3%BC%20Davalar%C4%B1nda%20E2%80%9CZamana%C5%9F%C4%B1m%C4%B1E2%80%9D%2 s.e.t.01.01.2021.>

<sup>100</sup> "Türk Patent Enstitüsü" adı 10 Ocak 2017 tarihli 29944 sayılı Resmi Gazete'de (RG) yayınlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile "Türk Patent ve Marka Kurumu" şeklinde değiştirilmekle birlikte, "TPE" kısaltması da "TÜRKPATENT" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, 09.08.2018 tarihli ve 30473/3 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan 703 sayılı KHK ile 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un adı Patent ve Marka Vekilliği ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir.

<sup>101</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 173.

<sup>102</sup> **İmirlioğlu**, s. 107.

<sup>103</sup> **Bahadır**, s. 45-46.



## A. SMK M.4 HÜKMÜ KAPSAMINDA MARKA OLAMAYACAK İŞARETLER

SMK m. 4 hükmünde<sup>104</sup> marka olabilecek işaretlerin neler olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu işaretlerin marka olarak tescil edilebilmesi için ilk olarak tescil başvurusunda bulunulan markanın ayırt edici niteliğinin bulunması gerekmektedir. Bunun yanında bu işaretin fiziki olarak tespit edilebiliyor olması ve sicilde görüntülenebilmesi gerekmektedir<sup>105</sup>. Ancak, burada kastedilen ayırt edicilik, soyut ayırt edicilik denilen bir ayırt edicilik halidir<sup>106</sup>. Buna göre soyut ayırt edici işaretler, kullanılacağı mal ve/veya hizmeti ifade etmeyen, tanımlamayan, onun karakteristik özelliklerini içermeyen, diğer işaretlerden farklı, diğerleri ile karıştırılmaya elverişli olmayan, belli bir firmaya aidiyeti gösteren işaretlerdir<sup>107</sup>. Ayrıca, bir işaretin soyut ayırt edici niteliğinin bulunması, o işaretin mal/hizmetlerin tamamı için ayırt edici bir niteliğe sahip olması anlamına gelmektedir<sup>108</sup>. Bu nedenle, işaretin, hem simgesel (söz, şekil, görüntü, ses ve renk tonu itibarıyla) ayırt edici nitelikte olması hem de o malın veya hizmetin işletmesel kökeni hakkında bilgi verici nitelikte olması gerekmektedir<sup>109</sup>. Aksi takdirde marka olarak tescil edilmek istenen işaretle bu şekilde bir ayırt ediciliğinin bulunmaması halinde hükümsüzlük söz konusu olmaktadır<sup>110</sup>. Buna göre, bir A4 sayfasının tamamını kaplayan düz bir yazının

<sup>104</sup> SMK m. 4 hükmünde; "- (1) Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir." şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

<sup>105</sup> Çolak, s. 130; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 159-160.

<sup>106</sup> Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 462-463.

<sup>107</sup> Suluk/ Karasu/ Nal, s. 161; Çolak, s. 130-131.

<sup>108</sup> İmirlioğlu, s. 22; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s.462-463.

<sup>109</sup> Yılmaz, s. 240.

<sup>110</sup> Sekmen, s. 105.

marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Zira, burada çok küçük seviyede dahi bir ayırt edicilik bulunmamaktadır<sup>111</sup>. Bunun yanında bir pantolon için pantolon işaretinin tescil ettirilmek istenmesi halinde de hiçbir ayırt ediciliğin bulunmaması nedeniyle bu işaretin marka olarak tescil ettirilmesi söz konusu değildir<sup>112</sup>.

Marka olarak kullanılan işaretin işlevsel olarak mal veya hizmetle bir ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir. Örneğin, ünlü Fransız ayakkabı tasarımcısı Christian Louboutin'in ürettiği ayakkabıların tabanı kırmızıdır. Ayakkabı tabanları halk tarafından ilk bakışta görünmediği hâlde, bu renk ayakkabının görülebilir bir yüzünde olmasından daha etkili ve ayakkabı tabanında olmasına rağmen ayırt edicidir. Ayakkabının tabanına yapıştırılan marka mala nesnel olarak bağlıdır, ancak maldan işlevsel olarak bağımsızdır<sup>113</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, bir markada ayırt edicilik unsurunun belirlenmesi açısından ilgili çevrenin algısı büyük önem taşımaktadır. Buna göre işaret dekoratif, estetik ya da işlevsel bir unsur olarak algılanabilir. Bu nedenle işaretin maldan bağımsız olarak algılanması durumu ortaya çıkmaktadır<sup>114</sup>.

## B. HERHANGİ BİR AYIRT EDİCİ NİTELİĞE SAHİP OLMAYAN İŞARETLER

2015/2436 sayılı Yeni AB Marka Direktifi'nin 4/1-b maddesinde ve 2017/1001 sayılı AB Yeni Marka Tüzüğü'nün 7/1-b maddesinde yer alan "herhangi bir ayırt edici karakterden yoksun markalar" (trademarks which are devoid of any distinctive character) şeklinde mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme SMK m. 5/1-b hükmüne de sirayet edilmiştir.

<sup>111</sup> Çolak, s. 132-133; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 174.

<sup>112</sup> Noyan, Erdal/Güneş, İlhami (2015) Marka Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 135-136.

<sup>113</sup> İmirlioğlu, s. 18.

<sup>114</sup> Bozkurt, Yıldız (2018) "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Pozisyon Markaları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, s. 82-86.

Ancak doktrinde SULUK 5/1-b hükmünde yer alan ifadenin, "tescil edilmek istenen mal veya hizmetler bakımından herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler" şeklinde kaleme alınmasının daha isabetli olacağını belirtmiştir<sup>115</sup>.

Kanaatimizce bu görüş yerindedir. Zira, marka olarak tescil edilmek istenen mal veya hizmetler bakımından kullanılacak işaretlerin herhangi bir ayırt ediciliğinin olmaması halinde, bu işaretlerin marka olarak tescili mümkün bulunmamaktadır. Aksi halde bir mal veya hizmet için kullanılan işaret ayırt edici nitelikte olmadığı için, bu işaret bir farklılık yaratmayacaktır.

Bu doğrultuda, herhangi bir ayırt ediciliği bulunmayan işaretler marka olarak tescil edilememektedir. Burada kastedilen ayırt edicilik<sup>116</sup> "somut ayırt edicilik"<sup>117</sup> halidir<sup>118</sup>. Bu nedenle, güçlü bir ayırt ediciliğin bulunması gerekir<sup>119</sup>. Buna göre, tescil edilmek istenen mal ve hizmet sınıfına göre bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir<sup>120</sup>. Burada, ayırt edicilik belirlenirken her mal veya hizmetin hedef kitlesi ve bu kitlenin özellikleri ve değerleri ayrı ayrı göz önünde tutulmalıdır<sup>121</sup>. Zira bazı mal/hizmetler için ayırt edici niteliğe sahip olan bir işaret, başka mal/hizmetler için bu niteliği

<sup>115</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 174.

<sup>116</sup> Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s. 34: "İşaretin ayırt ediciliği esas olarak farklı işletmeler tarafından üretilerek piyasaya sürülen mal ve hizmetlerin bu malların tüketicileri ya da hizmetlerin kullanıcıları tarafından birbirinden ayırt edilebilmesi fonksiyonuna işaret eder."

<sup>117</sup> **Mutluoğlu, Tarık** (2010) Markanın Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 24. Soyut ayırt ediciliğe sahip olan bir işaretin somut olarak tescile konu olan mal ve hizmetleri diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebiliyorsa bu işaretin somut ayırt ediciliği bulunmaktadır. Bu durumda artık işaretin marka olarak tescil edilmesi mümkün bulunmaktadır.

<sup>118</sup> Ayrıca bkz: **Doğan, Beşir Fatih** (2006), "Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu", EMR Dergisi, S. 3, s. 24.

<sup>119</sup> **Balık İfakat/Bektaş, İbrahim** (2019), "Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu - Mcdonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme", TFM Dergisi, C. 5, S. 1, s. 3.

<sup>120</sup> **Çolak**, s. 132; **Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve diğerleri**, s.463.

<sup>121</sup> **Yılmaz**, s. 240; **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 161.

taşımayabilir. Örneğin, Yargıtay'ın "Saten" kararına baktığımızda; "saten" sözcüğünün bir kumaş cinsi olması nedeniyle kumaşlara ilişkin mal sınıfında tescil edilemeyeceği ancak bir boya cinsi olmadığından, boya sınıfında marka olarak kullanılabilmesi görüşü ileri sürülmüştür<sup>122</sup>.

Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü isabetlidir. Zira, "saten" sözcüğü doğrudan kumaş çağrışımı yapmaktadır, bu nedenle "saten" sözcüğünün bir kumaş markası olarak tescil edilmemesi gerekir. Ancak, "saten" sözcüğü boya türünü çağrıştırmamaktadır. Bu nedenle, "saten" sözcüğünün bir boya markası olarak kullanılması mümkündür. Dolayısıyla, "saten" sözcüğü boya sektörü açısından ayırt edici niteliktedir. Zira, "saten" sözcüğünün kullanılması ile boya markası farklı ve ayırt edici bir kimlik kazanabilmektedir.

Bu doğrultuda, bir mal veya hizmet sınıfında marka olarak tescil edilmek istenen işaret o mal ve hizmetten ne kadar uzaklaşırsa, o mal ve hizmeti tanımlamaktan ne kadar uzaklaşırsa ayırt edicilik düzeyi daha fazla artmaktadır<sup>123</sup>. Örneğin "diesel" sözcüğü motorlu araçlar için bir yakıt türüdür. Bu nedenle, diesel sözcüğü bu alanda tescil edilmek istendiğinde ayırt edicilik düzeyi düşük olmaktadır. Ancak, diesel sözcüğü giyim sektöründe bir marka olarak tescil edilmek istendiğinde çok daha fazla ayırt edici olacaktır<sup>124</sup>. Bunun yanında, anlamsızlık tüketici zihninde genellikle daha kolay yer edebildiğinden; işaretlerin, türetilmiş olarak bazı sözcüklerin belirli kısımlarından oluşturularak seçilmesi ve bu şekilde ayırt edici niteliği güçlü markaların yaratılması tercih edilmektedir<sup>125</sup>. Adi (Adolf) Dassler'in kendi isminden türettiği "Adidas" sözcüğünü marka olarak tescil ettirmesi buna örnektir. Dolayısıyla, hiçbir ayırt ediciliği olmayan ve o mal ya da hizmetin hedef kitlesi olan tüketici nezdinde marka olarak anlaşılabilen işaretlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Buna göre, marka olarak tescili istenen işaretin mal ve hizmet sınıfı açısından ortalama tüketici tarafından marka

<sup>122</sup> Y.11. HD, T. 08.05.2000, E. 2000/2921, K. 2000/3904 ,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, s.e.t.20.10.2019.

<sup>123</sup> **Sekmen**, s. 105.

<sup>124</sup> **İmirlioğlu**, s. 19.

<sup>125</sup> **Güneş**, s. 87.

olarak anlaşılması gerekmektedir<sup>126</sup>. Bu bağlamda ayırt ediciliğin mal ve hizmet hakkında bilgi sahibi olan kullanıcıya mal ve hizmeti diğer mal ve hizmetlerle karşılaştırma olanağı verir nitelikte olması gerekmektedir<sup>127</sup>.

### C. TANIMLAYICI İŞARETLER

SMK m. 5/1-c'ye göre, "Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler" in tescil edilmesi söz konusu değildir. Bu işaretler genel olarak "tanımlayıcı işaretler" ya da "tasviri işaretler" olarak adlandırılmaktadır<sup>128</sup>. Bu bağlamda ticari hayatta herkes tarafından kullanılan, bir başka ifadeyle herkesin kullanımına imkan veren (serbest işaretler) işaretlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün bulunmamaktadır<sup>129</sup>. Buna göre, marka olarak tescili istenen işaretin ticaret yaşamında, mal ya da hizmetin cinsini, çeşidini ve kalitesini göstermeyen, söz konusu mal ve hizmetten uzaklaşmış olan, bu alanda başka işaretlerle karıştırılma imkanı olmayan ve belli bir teşebbüse aidiyeti gösteren bir işaret olması gerekmektedir<sup>130</sup>. Örneğin, "ahşap" sözcüğü mobilya eşyaları için cins ve çeşit belirttiği için mobilya markası olarak tescil edilemeyecekken, moda sektörü için tescil edilmek istendiğinde cins ve çeşit belirtmediği için ahşap sözcüğünün moda sektörü için tescil edilmesi mümkündür<sup>131</sup>. Bunun yanında, ticari hayatta cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, değer gösteren veya malların veya hizmetlerin diğer karakteristik yönlerini

<sup>126</sup> Çolak, s. 133; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s.463.

<sup>127</sup> Gezer, Hale Tuncay (2016) Tasarımın Tescili ve Hükümsüzlük Hallerinin Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 249. Kullanıcının markada kullanılan işaret vasıtasıyla o mal ya da hizmeti diğer mal ya da hizmetlerden ayırt edebilmesi için o alanda uzman bir kullanıcı olması şart değildir. Bu bağlamda kullanıcının dikkatli bir tüketici olması yeterlidir. Dolayısıyla işaretin ayırt edici yönü dikkatli tüketicinin gözünden kaçmayacak bir nitelikte olması gerekmektedir.

<sup>128</sup> Bahadır, s. 50.

<sup>129</sup> Yılmaz, s. 235; Tekinalp, s. 403.

<sup>130</sup> Sekmen, s. 105; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 175.

<sup>131</sup> İmirlioğlu, s. 114.

ortaya çıkaran işaretlerin ve adlandırmaların kısaltmalarının da marka olarak kullanılması söz konusu değildir. Örneğin, deve tüyünden yapılan bir kumaş türü olan "kamelhaar" kelimesinin kısaltması olan "KAMEEL" kelimesi marka olarak alınamaz<sup>132</sup>.

Bu doğrultuda marka oluşturulurken, cins, vasıf, çeşit, kalite gösteren işaret ve resimlerin seçilememesi ve ayırt edici niteliği bulunan işaretlerin seçilmesi gerekmektedir<sup>133</sup>. ABAD, bir işaretin tanımlayıcı olup olmadığını belirlenmesi açısından bu işaretin, tescil istenen mal/hizmet sınıfında diğer firmaların mal/hizmetlerinden ayırt edici nitelikte olması gerektiğini ve marka olarak tescili istenen işaretin temsil ettiği mal veya hizmet bakımından o mal veya hizmeti talep eden ortalama tüketicinin bu işareti ne şekilde algılayacağı konusuna bakılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>134</sup>. Bunun yanında ABAD, Kenzo-Kenzo Takada davasında, Kenzo'nun tanınmış bir marka olması nedeniyle yüksek düzeyde ayırt ediciliğinin bulunduğu, "Kenzo Takada" markasının aynı mal/hizmetlerde kullanılması durumunda "Kenzo" markası çatısı altında tüketici zihninde oluşan algıdan yararlanmış olacağını, özellikle moda, kozmetik ve parfüm sektöründe bu marka kullanıldığı takdirde yaygın bir pazarlama yolu olması nedeniyle markaların birbirinden ayırt edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>135</sup>. Ayrıca, ABAD, üye ülkelerden birinde ilgili mallar/hizmetler açısından tanımlayıcı olan bir markanın diğer bir üye ülkede de tanımlayıcı olacağını kabul etmemek gerektiğini, marka olarak tescil edilmek istenen sözcüğün üye ülkelerde farklı anlamlara gelebileceğini ifade etmiştir<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> Yılmaz, s. 256.

<sup>133</sup> Tekinalp, s. 403; Noyan/Güneş, s. 137-138.

<sup>134</sup> Linde AG (C-53/01), Winward Industries Inc. (C-54/01), Rado Uhren AG (C-55/01), [file:///C:/Users/ata/Downloads/C\\_2001\\_0053\\_ARRET\\_EL\\_2003\\_I\\_003177.pdf.el.pdf](file:///C:/Users/ata/Downloads/C_2001_0053_ARRET_EL_2003_I_003177.pdf.el.pdf), s.e.t.21.10.2019.

<sup>135</sup> T-468/04, 19.11. 2004, Kenzo Takada'nın İç Pazardaki Uyumlaştırma Bürosu'na (Ticari Markalar ve Tasarımlar) (OHIM) karşı getirdiği eylem, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2005/057/46&from=EN>, s.e.t. 21.10.2019.

<sup>136</sup> C-3/03, 28.04.2004, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57061&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8639691>, s.e.t.21.10.2019.

Yargıtay, "CHIFFON" kelimesinin Fransızca bir kumaş adı olduğunu, Türkçe dilinde ise, ince şeffaf kumaş olarak kullanıldığını bu nedenle, hem kelime anlamı, hem de Türkçe kullanım açısından cins, vasıf ve çeşit ifade ettiğini, dolayısıyla bu sözcüğün marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>137</sup>.

Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü oldukça isabetlidir. Zira, bir işaretin cins, çeşit, kalite, vasıf göstermesi halinde söz konusu işaret ayırt edici nitelik kazanmamış olacaktır. Bu bağlamda, "CHIFFON" sözcüğü cins, çeşit, kalite, vasıf gösteren bir sözcük olmakla birlikte, anlam itibarıyla da ince kumaş anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Yargıtay'ın görüşü yerindedir.

Bu çerçevede, tüketiciyi yanıltan ve kalite, vasıf çeşit gösteren "birinci kalite", "süper", "üstün kalite", "halis", "saf" gibi sıfatların ve coğrafi ad olarak kullanılan "Mardin", "İstanbul", "Toros" gibi sözcüklerin de hiçbir ayırt ediciliği olmaması ve herkesin kullanımına açık olması nedeniyle marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>138</sup>. Zira, coğrafi yer adlarının marka olarak tescil edilememesi açısından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Buna göre ayırt edici bir özelliği olmayan ve münhasıran bir ülke, bölge, şehir, göl ya da dağ ismi gibi her çeşit coğrafi adların marka olarak kullanılması söz konusu değildir. Buna göre, bir coğrafi adın bir tekstil markası olarak tescil edilmesi mümkün değildir<sup>139</sup>. Bunun yanında, malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren işaretlerin de marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>140</sup>. Örneğin, yazlık elbise için "yaz" sözcüğünün marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>141</sup>.

İki tanımlayıcı sözcüğün birleşimi ile oluşan bir sözcüğün marka olarak tescil edilip edilemeyeceği hususunda bu iki sözcüğün birleşmesinden oluşan sözcüğün bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda, iki tanımlayıcı sözcüğün birleşmesinden oluşan sözcük tanımlayıcı nitelikte değilse oluşan sözcüğün marka olarak tescili mümkündür. Örneğin, "babydry"

<sup>137</sup> Y. 11 HD, 17.02.2000, E.2000/236, K.2000/1141, A. Lerzan Yılmaz, s. 257.

<sup>138</sup> Güneş, s. 89.

<sup>139</sup> İmirlioğlu, s. 121-122; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 175-176.

<sup>140</sup> Tekinalp, s. 403.

<sup>141</sup> Noyan/Güneş, s. 141-142.

sözcüğünün marka olarak tescili ABAD tarafından uygun görülmüştür<sup>142</sup>.

#### D. AYNI VEYA AYIRT EDİLEMAYEYECER KADAR BENZER İŞARETLER

SMK m. 5/1-ç hükmüne göre, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar işaretlerin benzer olması mutlak ret nedenidir. Buna göre madde hükmünde, "aynı"<sup>143</sup> veya "ayırt edilemeyecek kadar benzer"<sup>144</sup> ibareleri dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, marka başvurusunun reddedilebilmesi için tescili istenen markanın aynı veya aynı nitelikte mal ve hizmet sunan başka bir marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olması gerekmektedir<sup>145</sup>. Buna göre, başka türde mal veya hizmetlerde kullanılmak üzere tescilli bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescil edilmesi mümkün bulunmaktadır. Zira, tescili istenen marka tescilli marka ile aynı türde mal ve hizmetler için kullanılmayacaktır<sup>146</sup>. Ancak, aynı türdeki mal veya hizmet sınıfı için bir markanın iki sahibinin olması söz konusu değildir<sup>147</sup>. Bu nedenle, markayı ilk tescil ettiren kişi rıza gösterse dahi aynı veya ayırt edilemeyecek nitelikteki işaretlerin öncelik ilkesi<sup>148</sup> gereği tescil edilmesi mümkün bulunmamaktadır<sup>149</sup>.

<sup>142</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 176.

<sup>143</sup> **Türk Patent Enstitüsü**, s. 34; "Başvuruya konu işaretin daha önce tescil edilmiş (veya başvurusu yapılmış) marka ile aynı olması, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, farksız, tıpa tıp taklit, aynen veya bire bir kopya olmalarını ifade eder. Aralarında küçük de olsa farklılık bulunan markalar ise aynı sayılamazlar."

<sup>144</sup> **Türk Patent Enstitüsü**, s. 34; "Ayırt edilemeyecek derecede benzerlik tespit edilirken ortalama tüketiciler esas alınacak ve incelenen başvuru ile önceki markalar arasında, markaların asli ayırt edici unsurları bakımından tereddüde yer vermeyecek derecede benzerlik durumu araştırılır."

<sup>145</sup> **Çolak**, s. 134; **Tekinalp**, s. 402.

<sup>146</sup> **Yılmaz**, s. 243.

<sup>147</sup> **Suluk/ Kenanoğlu**, s. 44.

<sup>148</sup> **Sekmen**, s. 115. Öncelik ve teklik ilkesine göre, gerek tescil edilmiş bir işaretle aynı olan gerek tescil edilmiş işaretle aynı olmasa dahi bu işaretle ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretler, gerek tescilli markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili gerek tescilli marka ile



Bu bağlamda bu hüküm kapsamında bir tescil engelinden söz edebilmek için aralarında öncelik sonralık ilişkisi bulunan markaların ya da marka başvurularının bulunması gerekmektedir<sup>150</sup>.

Bu doğrultuda, sonradan tescili talep edilen markanın önceden tescil edilmiş marka ile aynı veya benzer olmaması açısından, sonradan tescil talep edilen markanın diğer markadan ayırt edilebilmesi için sonradan tescili istenen markanın "ek" ya da "ekler" alması gerekmektedir. Bu şekilde iltibas da engellenmiş olacaktır<sup>151</sup>. Bu bağlamda, tescilli bir marka iptal edilmediği sürece, bu tescilli marka ile aynı sınıfta ve aynı içeriğe sahip başka bir emtia için başka kişilerce tescil ettirilmesi ve kullanılması söz konusu değildir<sup>152</sup>. Ayrıca, tescil ilkesi gereği, marka hakkı tescille kazanılmaktadır ve markayı önce tescil ettirmiş olan kişi marka üzerinde inhisari hak sahibi olmaktadır. Bu nedenle, bir başkasının aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işareti, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetler için marka olarak tescil ettirmesi söz konusu değildir. Zira öncelik hakkı, markayı önce tescil ettirmiş kişilere bir koruma sağlamaktadır<sup>153</sup>.

Bu bağlamda, tescili talep edilen markanın, aynı veya aynı nitelikte mal ve hizmet sunan başka bir marka ile aynı ya da ayırt edilmeyecek kadar benzer olmaması gerekmektedir. Ancak, şu husus belirtilmelidir ki, buradaki "ayırt edilmeyecek kadar benzer" ifadesinden maksat markalar arasındaki benzerliğin "ayırt edilmeyecek kadar" belirgin ve güçlü olmasıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde TÜRK PATENT tarafından marka tescil başvurusu resen incelenmektedir<sup>154</sup>. Ancak, kötü niyetli tescillerin yapılmaması açısından marka başvurularının iyi incelenmesi gerekmektedir<sup>155</sup>. Zira, markalar arasındaki benzerlik "ayırt edilmeyecek kadar benzer" olmadığı takdirde burada

---

aynı türden mal veya hizmetlere yönelik yeni marka başvurusunun tescil edilmesi söz konusu değildir.

<sup>149</sup> Tekinalp, s. 401; Güneş, s. 88.

<sup>150</sup> Bahadır, s. 55; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s.465.

<sup>151</sup> Yılmaz, s. 247-248.

<sup>152</sup> Noyan/Güneş, s. 142.

<sup>153</sup> Sekmen, s. 115; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 464-465.

<sup>154</sup> Çolak, s. 134; Tekinalp, s. 402.

<sup>155</sup> Suluk/ Kenan, s. 46.

bir nispi ret nedeni bulunmaktadır ve TÜRK PATENT tarafından resen incelemeyi gerektirecek bir durum söz konusu değildir<sup>156</sup>. Yargıtay, farklı sınıflarda olmak ve farklı tüketici kitlelerine hitap etmek şartıyla, aynı markanın alınıp kullanılmasını yasaya aykırı bulmamıştır. Zira sonradan tescil ettirilen, ancak farklı sınıflardaki ürünler için kullanılan markanın, tüketici zihninde tanınmış markayla ilişkilendirme olasılığının bulunmadığı ve bu nedenle de haksız bir yararın ortaya çıkmayacağı görüşündedir<sup>157</sup>. Ayrıca, Yargıtay bir kararında da "SHINE BLACK LABEL SERIES" markası ile "SHINESTORE markaları açısından, işaretler arasında esas unsurlar bakımından bir benzerlik bulunsa da bu iki ibare arasında görsel, işitsel semantik farklılıkların bulunması nedeniyle, bu iki ibarenin gözde ve kulakta bıraktığı intiba farklılaştığı, bu sebeple bu markaların "ayırt edilemeyecek kadar benzer" nitelikte olamayacağı yönünde karar vermiştir<sup>158</sup>. Ancak Yargıtay başka bir kararında, çift çıplak ayak logosu bulunan marka ile tek çıplak ayak logosu bulunan markanın görsel olarak birbirini çağrıştırdığı, bu nedenle tüketicilerin yanılarak bunları karıştırabileceği yönünde karar vermiştir<sup>159</sup>.

## E. TİCARET ALANINDA HERKES TARAFINDAN KULLANILAN VEYA MESLEK SANAT VE TİCARET ALANINDA BELLİ BİR GRUBA AİT İŞARETLER

Marka olarak tescil edilmek istenen bir işaretin herkesin kullanımına açık bir işaret olmaması gerekir<sup>160</sup>. Herkesin kullanımına açık olan işaretlerin ve sözcüklerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Bu tür

<sup>156</sup> İmirlioğlu, s. 116.

<sup>157</sup> Y. 11.HD. T. 10.05.2012, E. 2011/798, K. 2012/7525, <https://www.hukukmedeniyeti.org/arama/karar/?v=list&aranan=dava%20hakk%FD&kurumId=5&ictihatturu=2&daire=40&esasyil=2013>, s.e.t. 23. 10.2019.

<sup>158</sup> Y. 11.HD, T.14.02.2012, E.2010/2620, K.2012/1922, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari/hukuk-daireleri/11-hukuk-dairesi?pg=14>, s.e.t.23.10.2019.

<sup>159</sup> Y. 11. HD., E.2000/4615, K. 2000/5298, T. 08.06.2000, <https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti/turk-ticaret-kanunu-6762?pg=136>, s.e.t.22.10.2019.

<sup>160</sup> Tekinalp, s. 405.

işaretler herkesin kullanımına açık olduğu için bu tür işaretler tek bir kişinin tekeline bırakılmamaktadır<sup>161</sup>. Örneğin, "hesaplı" sözcüğünün tek kişinin tekeline bırakılması ve bu sözcüğün marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>162</sup>. Zira, bu tür işaretlerin bir markada asli unsur ve ayırt edici unsur olarak kullanılması söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle, bir markanın kendisinin ya da esas unsurunun herkesin kullanımına açık bir işaret olmaması gerekmektedir<sup>163</sup>. Örneğin "ARKO-Nem" sabun markasında "ARKO" esas unsurdur. Ancak, "Nem" sözcüğü esas unsur olarak kullanılsaydı marka olarak tescil edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>164</sup>. Bu tür ibarelerin tali unsur olarak kullanıldığı takdirde söz konusu işaret marka olarak tescil edilebilmekte ve markaya bir koruma sağlanabilmektedir<sup>165</sup>. Aksi takdirde bu tür sözcüklerin kendi başına herhangi bir ayırt ediciliği bulunmamaktadır<sup>166</sup>.

Yargıtay, "Saten" sözcüğünün düz parlak kumaş anlamına gelen bir sözcük olduğunu belirterek, bu sözcüğün boya markası olarak alınmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Zira, Yargıtay, "saten" sözcüğünün bir kumaş cinsi olduğunu ve bir boya cinsi olmadığını bu nedenle boya markası olarak tescil edilmesinde bir mahsur olmadığını ifade etmiştir<sup>167</sup>. Dolayısıyla, herkesin kullanımına açık sözcükler tek başına marka olarak kullanılamazlar, ayrıca bu sözcükler markanın esas unsurunda da yer alamazlar<sup>168</sup>. Zira, herkesin kullanımına açık işaretlerin marka olarak tescil edilmesi halinde üreticiler kadar tüketicilerin de bir zarar görmesi mümkün bulunmaktadır<sup>169</sup>. Örneğin Yargıtay, "best store" ifadesinin "en iyi mağaza" anlamına geldiğini ve

<sup>161</sup> Güneş, s. 8952; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 178.

<sup>162</sup> Noyan/Güneş, s. 142.

<sup>163</sup> Çolak, s. 172; Tekinalp, s. 407.

<sup>164</sup> Yılmaz, s. 254-235. Esas unsur, bir markayı diğer markalardan ayırmaya yarayan temel unsurdur.

<sup>165</sup> Bahadır, s. 64.

<sup>166</sup> Güneş, s. 89.

<sup>167</sup> Y.11 HD, 08.05.2000, E. 2000/2921, K.2000/3904, [https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti/\\_\\_\\_\\_\\_markalarin-korunmasi-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-556?pg=40](https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti/_____markalarin-korunmasi-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-556?pg=40), s.e.t.15.11.2019.

<sup>168</sup> Yılmaz, s. 266.

<sup>169</sup> Bahadır, s. 63.

bu ifadenin ticari hayatta herkesin kullanımına açık olduğunu ve bu ifadenin hiçbir ayırt ediciliğinin de bulunmadığını, bu nedenlerle bu ifadenin marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>170</sup>. ABD marka hukuk sisteminde de (gerek "the Lanham Act", gerek the "common law" açısından) ticari hayatta herkes tarafından kullanılan ortak isimlerin ayırt edicilik vasfının olmadığı ve bu nedenle, bu sözcüklerin münhasıran marka olmamaları ve bir markanın esas (asıl) unsurunu oluşturmamaları gerektiği kabul edilmiştir<sup>171</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, herkes tarafından kullanılan işaretler tescil edilmek istenen bir markanın esaslı unsuru ise, bu işaret marka olarak kullanılmak istenen emtianın özelliklerini ve muhtevasını ifade etmektedir şeklinde karar vermiştir<sup>172</sup>.

#### **F. MALIN DOĞASI GEREĞİ ORTAYA ÇIKAN ŞEKLİNİ YA DA MALIN TEKNİK ÖZELLİĞİ VEYA MALA ASLİ DEĞERİNİ VEREN ŞEKİL VE İŞARETLER**

SMK m. 5/1-e hükmüne göre malın asli şekli ya da ya da malın başka bir özelliğini gösteren işaretler mutlak ret nedenleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, malın kendine özgü yapısını ve doğal biçimini yansıtan işaretlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>173</sup>. Zira, bu tür şekillerin münhasıran kimseye verilmemesi gerekir. Bu şekilde tüketicinin algısı etkilenmekle birlikte, o alanda ilgili kesimlerin de rekabet gücü zayıflamaktadır<sup>174</sup>. Bu nedenle, malın herhangi bir özelliğini, teknik bir zorunluluktan veya mala asli şeklini veren bir özelliğinden kaynaklanan bir şeklin yanında, malın doğası, teknik yapısı veya asli değerini gösteren başka bir özelliğini ifade eden işaretler de marka olarak tescil edilememektedir<sup>175</sup>. Buna göre, teknik bir sonuç almak için zorunlu olan (fonksiyonel) ya da malın başka bir özelliğini münhasıran içeren şekillerin marka olarak tescil edilmesi

<sup>170</sup> Y.11.HD, T.12.03.2009, E. 2007/13386, K. 2009/2897; **Mutluoğlu**, s. 53.

<sup>171</sup> **Sekmen**, s. 133.

<sup>172</sup> **Tekinalp**, s. 405.

<sup>173</sup> **Güneş**, s. 91; **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri**, s.467.

<sup>174</sup> **Çolak**, s. 174; **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 179.

<sup>175</sup> **Bahadır**, s. 65.

söz konusu değildir. Bunun nedeni, bu amaçla oluşturulan şekiller fonksiyonel şekillerdir ve işin niteliği ile ilgilidir<sup>176</sup>. Zira, ticaret hayatında piyasaya sürülecek bir ürünün şekli tasarlanırken o ürün kullanım amacına göre tasarlanmaktadır. Ancak, tasarlanan şeklin teknik zorunluluk sonucu ortaya çıkması halinde bu şeklin bir kişinin tekeline bırakılması mümkün olmadığı için bu şeklin marka olarak tescil edilmesi de söz konusu değildir<sup>177</sup>. Bu bağlamda, malın doğal yapısını gösteren (elma, armut vb.), teknik zorunluluktan ortaya çıkan (otomobil, lastik, vb.) şekiller hiç kimsenin tekeline bırakılmamaktadır. Ancak özel bir tasarımla ortaya çıkan, malın doğal yapısından uzaklaşan, mala tümüyle kendine özgü şekil veren, bir şeklin marka olarak tescili mümkündür<sup>178</sup>. Örneğin; özgün bir çanta modelinin marka olarak alınması mümkün bulunmaktadır. Buna karşın hiçbir özel çaba sonucu ortaya çıkmamış ve diğer çantalarından hiçbir farkı olmayan bir çanta şekli marka olarak alınamayacaktır. Bu bağlamda, marka olarak kullanılması mümkün olmayan bir şeklin, münhasıran veya esas unsur olarak bir markayı oluşturması söz konusu değildir. Dolayısıyla, bu şekilde bir işaret özel bir çabaya gerek olmadan doğrudan mal veya hizmetin kendisini ya da bir özelliğini ifade ettiği takdirde marka olarak tescili mümkün olmayacaktır<sup>179</sup>. Aynı şekilde bir ayakkabı şeklinin de marka olarak tescil edilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>180</sup>.

ABAD, LOUBOUTIN kararında, kırmızı rengin ayakkabı tabanına yerleştirildiği ve "şekil" konseptinin, günlük dilde kullanıldığı anlamıyla ele alınması gerektiğini dile getirmiştir ABAD'a göre bu davada söz konusu olan işaret yüksek topuklu ayakkabı şekline yönelik olmayıp, başvuruda yer alan ayakkabı şekli sadece kırmızı rengin konumlandırıldığı yeri göstermektedir. Bu nedenle, başvurunun münhasıran mala yönelik bir şekil olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir<sup>181</sup>. Dolayısıyla ABAD, somut olayda bir

<sup>176</sup> Tekinalp, s. 407; Çolak, s. 178.

<sup>177</sup> Sekmen, s. 137; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 179.

<sup>178</sup> Yılmaz, s. 269.

<sup>179</sup> Noyan/Güneş, s. 143.

<sup>180</sup> Tekinalp, s. 408.

<sup>181</sup> C-163/16, 12.06.2018, LOUBOUTIN, [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192069&pa\\_geIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9006534](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192069&pa_geIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9006534), s.e.t.24.10.2019.

mutlak ret nedeninin bulunmadığı yönünde görüş ortaya koymuştur.

Bu açıklamalardan hareketle üç boyutlu şekilleri ele aldığımızda üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesi bazı şartların varlığı halinde mümkündür<sup>182</sup>. Üç boyutlu şekiller marka olarak tescil edilebilmektedir<sup>183</sup>. Ancak, tescili istenen üç boyutlu şekil, "malın doğası gereği ortaya çıkan şekil" değilse, bu alanda ortaya çıkan şekil önceki şekillerden farklı ve ayırt edici nitelikte ise tescil yapılabilmektedir. Aksi halde, tescili istenen şekil malın doğası gereği ortaya çıkan şekil ise tescil söz konusu olmayacaktır. Örneğin desensiz bir futbol topu için top şekli ürünün doğası gereği ortaya çıkan bir şekildir<sup>184</sup>. Dolayısıyla, her üç boyutlu şekil marka olarak tescil edilememektedir.

### G. MAL VEYA HİZMETİN NİTELİĞİ KALİTESİ VEYA COĞRAFI KAYNAĞI GİBİ KONULARDA HALKI YANILTACAK İŞARETLER

Markayı oluşturan işaretin yanıltıcı nitelikte olması bir ret sebebidir. Bu durumda, tescil başvurusunda bulunan kişinin bir aldatma kastının olup olmadığına bakılmamaktadır. Ayrıca, burada bir aldatmanın söz konusu olması için ortalama tüketicinin yanıltılması yeterlidir<sup>185</sup>. Buradaki yanıltıcılık, mal ve hizmetin niteliği, kalitesi, mal veya hizmetin üretim yeri veya coğrafi kaynağına ilişkin olabilmektedir<sup>186</sup>. Bu nedenle ticari yaşamda özellikle kalite, değer belirten işaretlerin aldatıcı yönü bulunmaktadır ve bu işaretlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>187</sup>. Bu durumda mutlak ret nedeni

<sup>182</sup> **Yılmaz**, s. 270. Üç boyutlu şekiller(cisimler) gerekli şartları taşıdığı takdirde marka sahibi adına, marka olarak tescil edilmekle birlikte, üç boyutlu cismin "yeni" ve "ayırt edici niteliği" taşıması halinde endüstriyel tasarım olarak da tescil edilmesi mümkün bulunmaktadır. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, marka tescili açısından yenilik şartı aranmamakla birlikte, endüstriyel tasarım için yenilik şartı istenmektedir. Bunun yanında, markalar ile endüstriyel tasarımların koruma süreleri de farklıdır. Markaların koruma süresi 10 yıl iken tasarımların koruma süresi 5 yıldır.

<sup>183</sup> **Suluk/ Kenanoğlu**, s. 59.

<sup>184</sup> **Çolak**, s. 175.

<sup>185</sup> **Suluk/ Karasu/ Nal**, s. 180.

<sup>186</sup> **Noyan/Güneş**, s. 143; **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri**, s.467.

<sup>187</sup> **Güneş**, s. 89.

ortaya çıkmaktadır. Buna göre bu işaretler markada kullanıldığı takdirde ya da bu işaretler markada ana unsur olduğu takdirde tescil engeli ortaya çıkmaktadır. Örneğin, en yüksek kalite, ekstra, lüks hafif, taze, antika, pahalı, eski, hakiki gibi ibareler, kalite ve değer belirten işaretlerdir. Ancak, bu işaretlerin yanıltıcı olmaması ve yardımcı unsur olarak markada yer alması halinde tescil edilmesi mümkün bulunmaktadır<sup>188</sup>. Ayrıca halkı yanıltıcı işaretler, mal ve hizmetin niteliği, kalitesi, coğrafi kaynağı ile sınırlı değildir. Bunlar dışında, malın başka bir karakteristik özelliği ile ilgili olarak halkı yanıltan ya da yanılgıya düşürecek işaretlerin de marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>189</sup>. Ancak, burada "halkı yanıltan" ifadesinden anlaşılması gereken ilgili tüketici kitlesi olmalıdır. Zira, bazı mal veya hizmetler özel ve belirli bir tüketici kitlesini ilgilendirmektedir<sup>190</sup>.

Yabancı sözcüklerde ise, marka olarak kullanılacak yabancı sözcükler her zaman halkı yanıltıcı nitelikte olmamaktadır<sup>191</sup>. Marka olarak tescil edilmek istenen işaretin halkı yanıltıp yanıltmayacağı önemlidir. Marka başvurusunda bulunan kişinin bu yönde bir kastının bulunup bulunmadığı sonucu değiştirmemektedir. İşaretin halkı yanıltıp yanıltmayacağı açısından söz konusu tehlikenin ciddi boyutta olup olmadığına bakılmaktadır<sup>192</sup>. Bu konuda önemli olan husus orta seviyede dikkat gösteren bir tüketicinin algı düzeyidir. Bir başka ifadeyle, marka tescil başvurusu yapılan işaretin Türk Patent ve Marka Kurumunca re'sen reddedilebilmesi için, bu işaretin objektif olarak halkı yanıltacak nitelikte bir işaret olması kafidir. Aldatma kastının bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur<sup>193</sup>.

Bu doğrultuda, marka hukukunun temel amaçlarından biri de ticaretin, dürüstlük kurallarına<sup>194</sup> uygun şekilde yapılmasını sağlamaktır. Bu sebeple,

<sup>188</sup> İmrilioğlu, s. 116-117; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 181.

<sup>189</sup> Yılmaz, s. 272; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 467.

<sup>190</sup> Bahadır, s. 65.

<sup>191</sup> Noyan/Güneş, s. 144.

<sup>192</sup> Çolak, s. 181.

<sup>193</sup> Yılmaz, s. 272.

<sup>194</sup> Kılıçoğlu, Ahmet (2018) Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 124-125. Dürüstlük kuralı, aklı yerinde, normal ve orta zekalı hareket edebilen kişilerin toplum içinde dürüst ve doğru davranışları neticesinde oluşan ve herkes tarafından kabul

markanın yanıltıcı nitelikte olmayacağı düşüncesi esas alınmaktadır. Zira, markanın tüketiciye ürün, ürünün kaynağı, kökeni, cinsi ile ilgili olarak doğru referanslar vermesi gerekmektedir. Örneğin, bir üretici Antalya'da ürettiği ginseng ürünü için "Çin ginsengi" markasını kullandığı takdirde halkı yanıltıcı nitelikte bilgi vermiş olacaktır. Bu durumda, kamu menfaati zarar görmeye birlikte ilgililerin rekabet gücü de zayıflamaktadır<sup>195</sup>.

## H. PARİS SÖZLEŞMESİNİN 2. MÜKERRER 6. MADDESİNE GÖRE REDDEDİLECEK İŞARETLER

SMK'nin 5/1 (g) maddesine göre "Paris Sözleşmesi'nin 2'nci mükerrer 6'ncı maddesine göre reddedilecek işaretler" de marka olarak tescil edilemeyecektir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere Paris Sözleşmesi, ülkemizce de kabul edilen<sup>196</sup> uluslararası sözleşmelerden biridir. Bu bağlamda, Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesi; "Birlik ülkelerine ait arma, bayrak ve diğer hükümlerlik belirtilerinin ve bu devletler tarafından kabul edilmiş resmi kontrol ve teminat, işaret ve damgalarının ayrıca diğer armacılık sanatı açısından her çeşit taklitlerin yetkili makamların izni alınmadan gerek fabrika ve ticaret markası ve bu markaları düzenleyen unsurlar olarak tescilini ret veya iptal eylemeyi, uygun tedbirlerle kullanılmasının yasaklanmasını temin hususunda Birlik Ülkeleri mutabık kalmışlardır." şeklinde kaleme alınmıştır. Ayrıca, Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesinin (b) bendi hükmüne göre bu yasak; "üye devletlerden birinin veya birçoğunun üyesi bulunduğu hükümetler arası örgütlerin emareleri, kısaltılmış kelimeleri ya da diğer amblemleri, bayrak ve armaları" bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.

Bu doğrultuda, Paris Sözleşmesi, Paris Birliğine üye olan ülkelerin bayrak veya arma gibi egemenlik göstergesi olan işaretlerinin ve kamusal yönü

---

edilen kurallardır. Akıntürk, Turgut (2006) Medeni Hukuk, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 92-93. Dürüstlük kuralı, orta zekâlı, normal, makul kişilerin toplum içinde kurdukları ilişkilerde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe uygun düşecek şekilde davranışlar sergilemesi anlamına gelmektedir.

<sup>195</sup> Sekmen, s. 139; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s.468.

<sup>196</sup> RG. 27.06.1995, S.22326.



olan işaret ve damgaların tescilinin mümkün olmayacağını deklare etmektedir<sup>197</sup>. Buna göre, Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden birine ait bayrak, para, devlet mührü, devlet nişanı, arma, flama, fors gibi işaret ve semboller marka olarak alınamaz. Zira, burada hükümsüzlük hali bulunmaktadır<sup>198</sup>. Bu nedenle, örneğin başka bir devletin bayrağının marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Bunun yanında, uluslararası kurumların kısaltmaları olan UNESCO, UN, ILO, EU, gibi kısaltmaların ve egemenlik sembolü olan bayrak gibi işaretlerin marka olarak tescili mümkün değildir<sup>199</sup>. Örneğin Türkiye'de İngiltere bayrağının marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Aynı şekilde "NATO" sözcüğünün de marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Ancak, "NATORAL" sözcüğünün marka olarak tescil edilmesi mümkün bulunmaktadır. Zira, bu sözcük tüketici zihninde "NATO" olarak değil, "doğal" olarak anlaşılmaktadır. "NATORAL" sözcüğü doğal anlamına gelen bir sözcüktür<sup>200</sup>. Bu nedenle, Yargıtay marka olarak tescil edilmek istenen "TURKO" sözcüğünün İspanyol'ca Türk anlamına geldiğini bu sebeple bu sözcüğün bir kişinin tekeline bırakılmayacağını ve bu sözcüğün kültürel bir değer taşıdığını ifade etmiş ve bu sözcüğün marka olarak tescil edilmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>201</sup>.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın görüşü oldukça isabetlidir. Zira, hangi dilde olursa olsun kültürel ve milli değerlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Bu tür sözcükler toplumlara mal olmuştur ve bir kişinin tekeline verilmesi söz konusu değildir.

Bu açıklamalardan hareketle, başka bir devletin bayrağının, uluslararası kurumların kısaltmalarının ve egemenlik sembolü olan arma, bayrak gibi işaretlerin marka olarak tescili mümkün bulunmamaktadır<sup>202</sup>. Ayrıca, söz konusu devletler tarafından kabul edilen resmi kontrol ve teminat işaretleri, resmi damgalar ile diğer her çeşit armanın taklitleri yetkili merciler izin vermediği takdirde marka olarak kullanılamaz ve marka olarak tescil

<sup>197</sup> Güneş, s. 92; Tekinalp, s. 409.

<sup>198</sup> Yılmaz, s. 277; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s.468.

<sup>199</sup> Bahadır, s. 68; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 181-182.

<sup>200</sup> Çolak, s. 187.

<sup>201</sup> Y.11.HD. T.31.01.2011, E.2009/8279, K. 2011/907, <https://www.etkiavukatlik.com/marka-tescilinde-mutlak-red-nedenleri>, s.e.t.25.10.2019.

<sup>202</sup> Tekinalp, s. 409; Güneş, s. 92.

ettirilemez<sup>203</sup>. Bunun yanında, bu tür ibarelerin bir markada esas unsur olarak da kullanılması söz konusu değildir<sup>204</sup>.

## I. PARİS SÖZLEŞMESİ'NİN 2. MÜKERRER 6. MADDESİ KAPSAMI DIŞINDA KALAN ANCAK KAMUYU İLGİLENDİREN TARİHİ VE KÜLTÜREL DEĞERLER

Her toplumun önem verdiği bazı değerler bulunmaktadır. Bu nedenle, bazı işaretler örneğin, armalar, flamalar, bayraklar, forslar, damgalar, nişanlar, mühür ve vb. işaretler, Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesi kapsamına girmese dahi korunması gerekmektedir. Zira, bu işaretler kamuyu ilgilendirmektedir.<sup>205</sup> SMK'nın 5/1-ğ bendine göre, "Paris Sözleşmesi'nin 2 nci mükerrer 6'ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş diğer işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler" marka olarak tescil edilememektedir. Bu doğrultuda, ülkeler açısından önem taşıyan, halka mal olmuş kültürel, geleneksel, tarihi ve kültürel değerlerin marka olarak tescil edilmesi ve bu değerlerin bir kişinin tekeline bırakılması mümkün değildir<sup>206</sup>. Zira, bu işaretler toplumun ortak malıdır<sup>207</sup>. Örneğin, TBMM, Anıtkabir, Atatürk Orman Çiftliği gibi değerler halka mal olmuş değerler ve bu nedenle bu ifadelerin marka olarak tescil edilmemesi gerekir<sup>208</sup>. Bu konuyla ilgili olarak iki İngiliz vatandaşı ATATÜRK kelimesini tescil ettirmek istemiş, EURO ilk başta bu başvuruyu kabul etmişse de Türkiye tarafından yapılan itiraz sonucu, ATATÜRK sözcüğünün Türk halkı için büyük önem taşıması nedeniyle başvuru reddedilmiştir<sup>209</sup>. Bunun yanında, bazı profil, resim ve fotoğrafların izin alınmaksızın kullanılması ve bu kişilerin inhisarına bırakılması söz

<sup>203</sup> Yılmaz, s. 277.

<sup>204</sup> Noyan/Güneş, s. 146-147.

<sup>205</sup> Tekinalp, s. 110; Suluk/ Karasu/ Nal, s. 184.

<sup>206</sup> Güneş, s. 93.

<sup>207</sup> Yılmaz, s. 284; Tekinalp, s. 110.

<sup>208</sup> Bahadır, s. 69.

<sup>209</sup> Çolak, s. 190.

konusu değildir. Selimiye Camisi, Süleymaniye Camisi buna örnek olarak verilebilir<sup>210</sup>.

## J. DİNİ DEĞERLERİ VEYA SEMBOLLERİ İÇEREN İŞARETLER

Dini değerlere veya sembolleri gösteren, bu sembollerle gerçeğe aykırı bir ilişki kuran ya da bu değerlerin saygınlığının zedelenmesine yol açabilecek işaretlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>211</sup>. Bunun yanında, marka tescil edildiği sırada dini ve ahlaki değerlere aykırı bir durum bulunmasa da zaman içinde değişen değer yargıları nedeniyle marka olarak belirlenen işaret kamu düzenine ve ahlaki değerlere aykırı hale gelmişse bu durumda markanın terkin edilmesi mümkün bulunmaktadır<sup>212</sup>. Zira, gerek Türk hukuk sisteminde, gerek Alman ve İsviçre hukuk sisteminde dini ifadelerin, dini sembollerin, dini resimlerin, dini mabetlerin ve dini isimlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün bulunmamaktadır<sup>213</sup>. Ayrıca, bu tür dini değerleri ve sembolleri içeren ifadelerin marka olarak tescil edilmemesi gerektiği anlayışı sadece İslamiyet dini için değil, diğer semavi dinler için de geçerlidir<sup>214</sup>. Örneğin, kutsal kitapların adının, Peygamberlerin, Halifelerin, azizlerin adlarının ve temsili resimlerinin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>215</sup>. İlaveten AB uygulamasında bir iç giyime haç işaretinin konulmak istenmesi de, bu tür dini değerlerin iç giyimde gösterilmesi ahlaka aykırı bit durum olarak görülmüştür<sup>216</sup>.

"Gerçek din" anlamına gelen "TRUE RELIGION" ifadesinin giyim eşyası için tescil başvurusunda Yargıtay, bu ifadenin kamu düzenine aykırı olmadığını ve bu ifadenin dini değerlere zarar vermediğini ifade etmiştir<sup>217</sup>.

<sup>210</sup> Tekinalp, s. 410.

<sup>211</sup> Noyan/Güneş, s. 148; Tekinalp, s.414.

<sup>212</sup> Meran, Necati (2015) Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 429-430.

<sup>213</sup> Yılmaz, s. 302; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 471.

<sup>214</sup> Bahadır, s. 71.

<sup>215</sup> Tekinalp, s. 415.

<sup>216</sup> <https://brainpark.net/assets/girisimcilik-egitimleri.pdf>, g.e.t.16.11.2020.

<sup>217</sup> Y.11.HD. T.08.02.2000, E.1999/7314, K.2000/1195, <https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti/markalarin-korunmasi-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-556?pg=30>, s.e.t.26.10.2019.

## K. KAMU DÜZENİNE VEYA GENEL AHLAKA AYKIRI İŞARETLER

Kamu düzeni kavramı genel olarak, toplum yaşamında düzeninin ve birliğin sağlanması, genel ahlakın korunması anlamına gelen bir kavramdır<sup>218</sup>. Bu nedenle, marka olarak tescili istenen işaretlerin de kamu düzenine uygun olması gerekir<sup>219</sup>. Ancak, kamu düzeni kavramına yüklenen anlam toplumdan topluma değişmektedir. Bu nedenle kamu düzeni kavramı, yer ve zaman itibarıyla değişkenlik gösteren bir olgudur. Bu bağlamda toplumsal hayatta yaşanan değişim ve dönüşüm kamu düzenini de yakından ilgilendirmektedir. Ayrıca, kamu düzeni anlayışı ve bu yönde uygulanan araçlar toplumdan topluma farklılık göstermektedir. Zira, bir toplumda kamu düzenine aykırı olan bir durum başka bir toplumda kamu düzenine aykırı olmayabilmektedir<sup>220</sup>.

Genel ahlak ise, toplumsal düzen içinde zamana yayılarak oluşan ve o toplumca genel bir şekilde kabul edilen, bunun yanında toplumun muhafaza etmek için çaba sarf ettiği davranış biçimleri ve davranış modelleridir<sup>221</sup>. Buna göre, bir ülkede geniş kabul gören genel ilke ve değerler açısından toplum düzenine zarar verebilecek, toplumun ahlak anlayışı ile örtüşmeyen, zararlı alışkanlıkları cezbeden, suça sevk eden, terörü destekleyen, küfür, hakaret, ırkçılık, ayrımcılık içeren ifadeler, şekiller ve benzeri ibareler kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı işaretlerdir<sup>222</sup>. Ancak, toplumların ahlak anlayışı zamana ve mekana göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenledir ki, hangi konunun genel ahlaka aykırı olduğu ve genel ahlakın kesin sınırlarının belirlenmesi her zaman mümkün bulunmamaktadır. Bunun içindir ki, hakimin bir markanın kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olup olmadığı incelerken markanın unsurlarını somut veriler eşliğinde ele alması gerekmektedir<sup>223</sup>. Bu doğrultuda, kamu düzenine ve genel

<sup>218</sup> Yılmaz, s. 306; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen ve diğerleri, s. 471.

<sup>219</sup> İmirlioğlu, s.25.

<sup>220</sup> Gezer, s. 262.

<sup>221</sup> Sekmen, Orhan (2012) Markaların Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, s. 132.

<sup>222</sup> Çolak, s. 193.

<sup>223</sup> Yılmaz, s. 308.

ahlaka aykırılık bakımından tüketicilerin bir kısmı için dahi rencide edici nitelikte olan işaretlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Bunun yanında, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık markanın kendisinden gelebileceği gibi markanın kullanılacağı ticari faaliyetten de kaynaklanabilir. Ancak, her iki durumda da marka başvurusunun reddedilmesi gerekir<sup>224</sup>. Örneğin, İngiliz sisteminde, İbranice "elhamdülillah" anlamına gelen "Haleluljah" sözcüğünün bayan giyiminde marka olarak tescil edilmesinin ahlaka aykırı olacağı kabul edilmiştir<sup>225</sup>. Gene İngiliz sisteminde kadın giyimi için "Jesus" kelimesinin marka olarak tescil edilmesi ahlaka aykırı bulunmuştur<sup>226</sup>. Yargıtay ise, bir markanın kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılığı, o markanın esas veya tali unsurlarını oluşturan sözcüklerle şekillerle, harflerle, isimlerle, resim ve fotoğraflarla topluma verilen mesajda ortaya çıkmaktadır ve marka sahibinin niyeti önem taşımamaktadır<sup>227</sup>.

## L. TESCİLLİ COĞRAFİ İŞARETTEN OLUŞAN YA DA TESCİLLİ COĞRAFİ İŞARET İÇEREN İŞARETLER

SMK'nin 5/1-i hükmüne göre: "tescilli coğrafi işarettten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler" in marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca SMK'ya göre, coğrafi işaret; belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından kökenin bulunduğu yöre, alan, bölge veya ülkeyle özdeşleşmiş ürünü gösteren işarettir. Buna göre, tescil edilmiş bu şekilde bir coğrafi işarettten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Coğrafi işaretler müstakil bir sınai hak olmakla birlikte, coğrafi işaretlerin ilgili oldukları ürünler marka tescili yapılmak suretiyle tekel oluşturulmaması amaçlanmaktadır<sup>228</sup>. Bir başka ifadeyle, tescil edilmiş coğrafi işaretler başka bir hak olarak koruma altında

<sup>224</sup> Noyan/Güneş, s. 151.

<sup>225</sup> Güneş, s. 93.

<sup>226</sup> Tekinalp, s. 415.

<sup>227</sup> Y.11.HD. T.08.02.2000, E.1999/7314, K.2000/1195, <https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti/markalarin-korunmasi-hakkinda-kanun-hukmunde-kararname-556?pg=30>, s.e.t.27.10.2019.

<sup>228</sup> Bahadır, s. 73.

bulunmaktadır. Bu şekilde tüketici açısından iltibas yapılmaması amaçlanmaktadır<sup>229</sup>.

Coğrafi işaretler özellikleri göz önünde tutulduğunda, menşe adı ya da mahreç işareti şeklinde tescil edilmektedir. Buna göre, coğrafi sınırları çizilmiş bir yöre, bölge veya istisnai hallerde de ülkeden kaynaklanan, tüm veya esas özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar menşe adıdır. Buna mukabil olarak coğrafi sınırları çizilmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri yönünden bu coğrafi alan ile özdeşleşen, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar mahreç işaret olarak isimlendirilmektedir<sup>230</sup>. Örneğin; Cenevre, İsviçre'nin bir şehridir ve Cenevre saatleriyle meşhurdur. Bu nedenle Cenevre'nin menşe adı saat markası olarak tek bir kişinin tekeline bırakılması ve marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir<sup>231</sup>. Zira, bir coğrafi işaretin varlığı için işaretin belirgin bir özelliği veya niteliği yönünden köken göstermesi lüzumludur<sup>232</sup>.

## SONUÇ

Marka, işletmeler açısından oldukça önemli, gayri maddi bir unsurdur. Zira, markalarda kullanılan işaret ya da semboller, markayı kullanan işletmenin bilinirliğini ve tanınırlığını arttırmaktadır. Ancak, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için ayırt edici nitelikte olması gerekmektedir.

Ayırt edici niteliği bulunmayan işaretlerin marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir. Bunun yanında, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin bazı koşulları taşıması gerekmektedir. Örneğin marka olarak tescil edilmek istenen işaretin kamu düzenine, genel ahlaka, dini değerlere, kültürel değerlere, ulusal ve uluslararası değerlere, uluslararası anlaşmalara aykırı

<sup>229</sup> Güneş, s. 94.

<sup>230</sup> Çolak, s. 191.

<sup>231</sup> Yılmaz, s. 311.

<sup>232</sup> Bahadır, s. 73.

olmaması gerekir.

Bu bağlamda bir işaretin ayırt edici nitelikte olması, o işaretin marka olarak tescil edilmesi açısından tek başına yeterli değildir. Burada söz konusu işaretin marka olarak tescil edilebilecek niteliğe haiz bir işaret olması gerekir. Örneğin, transparan bir elbisenin veya erotik bir giysinin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği noktasında genel ahlak ve kamu düzeni açısından bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

Bu açıklamalar kapsamında, bir elbise tasarımının gerekli şartları taşıması halinde marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Ancak, burada tasarımın özgün olması, yeni ve ayırt edici nitelikte olması gerekmektedir. Bu durumda ürünün görünümü hem tasarım kapsamında hem de marka kapsamında korunacaktır ve kümülatif koruma söz konusu olacaktır. Ancak, burada genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı bir işaretin marka olarak tescili mümkün olmayacaktır. Aksi halde kamu menfaatine aykırı bir durum oluşmaktadır. Bu durumda transparan bir elbisenin veya erotik bir giysinin marka olarak tescili mümkün bulunmamaktadır. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, genel ahlak ve kamu düzeni anlayışı toplumdan topluma değişen kavramlardır. Bir toplumda genel ahlaka toplum değerlerine aykırı olan bir husus başka bir toplumda genel ahlaka ve toplum değerlerine aykırı olmayabilir. Bu nedenle, marka başvurularında bu hususun da göz önünde tutulması ve marka başvurusunun nerede ve hangi şartlar altında yapıldığının değerlendirilmesi gerekir.

Günümüz dünyasında, marka imajı gerek işletmeler, gerek tüketiciler açısından oldukça önemlidir. Tüketiciler bir ürüne yönelirken, o ürünün marka imajına büyük önem vermektedir. Bu nedenle, işletme ya da teşebbüsler bir mal ya da hizmeti piyasaya sürerken bir marka imajı oluşturmayı hedeflemektedir. Oluşturulan marka imajı ile, işletme ya da teşebbüsler daha geniş kitlelere ulaşmayı hedeflemektedir.

Bu doğrultuda moda sektöründe de, tüketiciler çeşitli moda markalarına yönelmektedir. Tüketiciler, moda sektöründe özellikle giysi ve kıyafet tercihinde bulunurken çeşitli faktörlerden etkilenmektedir. Tüketiciler hedef kitle, giysi ve kıyafette bir markaya yönelirken, marka imajından etkilenmekle birlikte, daha iyi görünme, farklı olma, belli bir grubun içine

girebilme, daha çok beğenilme gibi nedenlerle daha kaliteli ve daha iyi olana yönelmektedir. Bu nedenle, moda sektöründe işletmeler bir marka oluşturma düşüncesi ile hareket ederek çeşitli yatırımlar yapmaktadır. Bunun için çeşitli işaret ve sembolleri marka olarak tescil ettirmek üzere tescil başvurusunda bulunmaktadır. Ancak, her işaret ya da sembolün marka olarak tescil edilmesi söz konusu değildir.

Marka başvurusu sırasında mutlak ret nedenlerinin bulunması halinde, marka başvurusu reddedilmektedir. Bu durumda marka tescilinin yapılması söz konusu değildir. Zira, mutlak ret nedenleri kamu düzenine ilişkin nedenlerdir. Bu nedenle, önemine binaen, gerek uluslararası alanda kabul edilen sözleşmelerde gerek ulusal düzeyde yapılan düzenlemelerde mutlak ret nedenlerinin neler olduğu tek tek düzenlenmiştir. Ulusal mevzuatımızda kabul edilen mutlak ret nedenleri uluslararası esaslar doğrultusunda şekillenmiştir. Ülkemizde mutlak ret nedenleri kamu düzenine ilişkin sebepler olduğu için TÜRKPATENT tarafından resen incelenmektedir.

Moda ve tekstil sektöründe bir işletme ya da teşebbüs marka başvurusunda bulunduğu anda, marka tescili için kabul edilen mutlak ret nedenleri açısından bir inceleme yapılmaktadır. Marka başvurusu sırasında bir mutlak ret nedeninin bulunmadığı tespit edildiği takdirde marka tescil edilmektedir.

Sonuç olarak, moda sektörü sürekli değişen ve yenilenen bir sektördür. Bu nedenle, moda ve giyim sektöründe markalaşmak, tüketici zihninde bir marka algısı oluşturmak oldukça önemlidir. Ancak, bir işletme ya da teşebbüsün moda sektöründe markalaşabilmesi için ilk olarak marka tescil başvurusunda bulunması ve başvuru sırasında mutlak ret nedenlerinin bulunmaması gerekmektedir.



**KAYNAKÇA**

- Akdemir, Nihan** (2017) "Moda Sektöründe Toplumsal Cinsiyet Kavramının Varlığı", *The Journal of Social Science / Y. 4, S. 12.*
- Akın, Lemi** (2014) "Jenerik Marka İsimlerinin Oluşumu ve TDK Sözlüğüne Giriş Şekilleri", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S. 31.*
- Bağırlar, Mehmet** (2015) "TRTPS Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması", *Uzmanlık Tezi, TC. Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara.*
- Bahadır, Zeynep** (2018) *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.*
- Başbüyük, İsa** (2018) *Marka Haklarının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.*
- Balık İfakat/Bektaş, İbrahim** (2019) "Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu -Mcdonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme", *TFM Dergisi, C. 5, S. 1, s. 1-17.*
- Bat, Mikail** (2008) *Moda Oluşturma Sürecinde Stratejik Planlama ve Halkla İlişkilerin Rölü, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir.*
- Bozkurt, Yıldız** (2018) "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Pozisyon Markaları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIV, S. 3, s. 63-95.*
- Chamine, Ramune/ Milila, Vienazindiene** (2014) "Management of Contemporary Fashion in Industry: Characteristics and Challenges", *19th International Scientific Conference: Economics and Management 2014, ICEM 204, Riga, Laivia.*
- Çolak, Uğur** (2018) *Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.*
- Doğan, Beşir Fatih** (2006) "Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu", *EMR Dergisi, S. 3, s. 17-42.*

- Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Gençtürk-Hızal, G.Senem** (2003) "Bir iletişim Biçimi Olarak Moda: "Modusunun Sınırları", İletişim Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1.
- Gezer, Hale Tuncay** (2016) Tasarımın Tescili ve Hükümsüzlük Hallerinin Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Giritli İsmet/ Bilgin, Pertev/ Akgüner, Tayfun/ Berk, Kahraman** (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Dur Yayınları.
- Güneş, İlhami** (2017) Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Güzeloğlu, Can** (2014) "Türkiye’de Moda Markalarının Göstergelerle Anlatıları: Ödüllü Moda Reklamlarının Görsel İletişim Tasarımına Yönelik Çözümleme", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S. 33.
- Fernando, H.S.M./ Kumara H.H.S.N./ Mendis H.I.A./ Wettawa W.M.B.S./ Samarasinghe H.M.U.S.R.** (2018) "Effects of "Brand Experience on Consumer Brand Loyalty in Fashion Retail Industry: Moderating the Role of Gender", Global Journal of Management and Business Research: E Marketing, Volume 18 Issue 7.
- İmirlioğlu, Dilek** (2018) Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet** (2018) Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Koç, Fatma/ Saatçioğlu, Kenan / Çelik, Raziye/ Nadasbaş, Serdar Egemen** (2016) "Moda Tüketicilerinin Giysi Seçiminde Trendleri (Eğilim) Kullanma Durumları ve Giysi Sitillerinin Belirlenmesine İlişkin Davranış Analizi", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 9 S. 43.
- Kumar, Maurya Upendra** (2012) "What is a brand? A Perspective on Brand Meaning", European Journal of Business and Management, Vol 4, No.3.
- Meran, Necati** (2015) Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Mehraali, Nuray** (2015) *Moda Akımlarının, Giysi Koleksiyonu Oluşum Sürecine Etkisinin Araştırılması*, İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Moda ve Tekstil Tasarımı Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Mutluoğlu, Tarık** (2010) *Markanın Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Noyan, Erdal/Güneş, İlhami** (2015) *Marka Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Noyan, Erdal** (2015) *Patent Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özkök Gökmen, Başak** (2015) *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu Kullanılması Nedeniyle Kısmen İptali*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Özel, Çağlar** (2015) *Marka Lisans Sözleşmesi*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Popo, Juha Pekka** (2009) *Brand Management and Branding: Creating a Brand Strategy for ADcode*, Tamperrren Ammattikorkeakoulu University of Applied Sciences Business School, Degree Programme in International Business.
- Puzakova, Marina/ Aggarwal, Pankaj** (2018) "Brands as Rivals: Consumer Pursuit of Distinctiveness and the Role of Brand Anthropomorphism", Published by Oxford University Press on behalf of Journal of Consumer Research, Vol. 0.
- Sevil, Bengü** (2006) *Moda Sektöründe Küresel Marka Yaratılması: Markalaşma Çalışmaları Üzerine Bir Uygulama*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Pazarlama Pazarlama Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir.
- Sekmen, Orhan** (2013) *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayıncılık.
- Selvarajah, Dilashenyi Devi** (2018) "The Factor Influencing Brand Loyalty in Fashion Industry among Generation Y in Malaysia", International Journal of Business and Management; Vol. 13, No. 4.

- Sonja, Lahti** (2014) Meanings for Luxury Fashion Brads Among Young Women in Finland and China, University of Tampere School of Management, Master's Thesis.
- Suluk, Cahit/ Kenaroğlu, Yasemin** (2012) Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası.
- Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal, Temel** (2020) Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Tekinalp, Ünal** (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Türk Patent Enstitüsü**, (2015) Marka İnceleme Kılavuzu.
- Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Füsün** (2015) Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Yılmaz, A. Lerzan** (2017) Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınları.
- Yılmaz, Hüseyin** (2015) Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Yurtoğlu, Can Mücella** (2016) Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

## ANONİM ŞİRKET GENEL KURULUNA KATILMAYA YETKİLİ VE KATILMAK ZORUNDA OLANLAR İLE KATILMAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI\*

Arş. Gör. Merve SARIKAYA\*\*

### ÖZET

Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 407 ile Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (“BakTemYön”) m. 32/4 birlikte değerlendirildiğinde genel kurul (“GK”) toplantısına katılacak olan sùjelerin ikili bir ayrıma tabi tutulduğu gör÷lmektedir. Murahhas üyeler ile en az bir yönetim kurulu (“YK”) üyesinin, denetçinin ve BakTemYön’de sayılan hallerde bakanlık temsilcisinin GK’ya katılımı zorunlu iken; diğer YK üyeleri ile pay sahiplerinin toplantıya katılması isteğe bağlıdır. Diğer bir ifade ile pay sahipleri ile diğer YK üyeleri açısından genel kurula katılım bir hak iken; murahhas üyeler ile en az bir YK üyesi, denetçi ve bakanlık temsilcisi açısından aynı zamanda bir zorunluluktur.

Çalışmamızda öncelikle GK’ya katılmaya yetkili ve zorunlu olanlar tek tek ele alınacak, daha sonra toplantıya katılmak zorunda olanların katılımı olmaksızın GK toplantısı yapılması halinde hangi hukuki müeyyidelerin söz konusu olabileceğine ve bu toplantıda alınan kararların akıbetine ilişkin doktrindeki görüşler ortaya konulacak ve varılan sonuçlar gerekçeleri ile sıralanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Genel Kurul, Katılım, Bakanlık Temsilcisi, Murahhas Üye, Murahhas Müdür, Denetçi.

---

\* DOI:10.33432/ybuhukuk.767359 - Geliş Tarihi: 11.07.2020 – Kabul Tarihi: 01.12.2020.

\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, merve.tugsavul@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5796-2468.

---

**THE PERSONS AUTHORIZED AND OBLIGED TO PARTICIPATE IN  
GENERAL ASSEMBLY OF JOINT STOCK COMPANY AND LEGAL  
CONSEQUENCES OF NON PARTICIPATION**

**ABSTRACT**

When evaluated together Art. 407/1 of the Turkish Commercial Code and Art. 32/4 of “Regulation on Procedures and Principles of the General Assembly Meetings of the Joint Stock Companies and the Representatives of the Ministry of Customs and Trade in these Meetings” (hereinafter “Regulation”), it can be seen that the ones who attend the general assembly meeting are subjected to a dual distinction. Despite the participation of executive directors as well as at least one of the board members, auditor and representative of the Ministry are mandatory; the attendance of other board members and shareholders is optional. In other words, while the attendance to the general assembly is a right for shareholders, the auditor and other board members; executive directors and at least one board member the ministry representative are obliged to attend the meeting.

In our study, firstly, those who are authorized and obliged to participate in the General Assembly will be handled one by one, then, in case of a general assembly meeting without participation of those under obligation, the opinions in the doctrine regarding which legal sanctions may come into question and the legal consequences of general assembly resolutions will be revealed and the conclusions reached will be listed.

**Keywords:** General Assembly, Attendance, The Representatives of the Ministry of Trade, Executive Director, Auditor.

## GİRİŞ

TTK m. 407/1 uyarınca pay sahipleri, bu konumlarından doğan haklarını kural olarak genel kurulda kullanırlar. Bu sebeple GK, şirketin işleyişine ilişkin bazı meselelerin görüşülüp karara bağlandığı bir platform niteliği taşır. Özellikle şirketin mali durumu, YK üyelerinin ve denetçilerin görevlerini layığıyla yerine getirip getirmediği gibi hususlar GK'da görüşülür ve varılan sonuçlar pay sahiplerine haklarını kullanırken yol gösterir<sup>1</sup>. Örneğin YK üyelerinin üzerlerine düşen görev ve yükümlülükleri yerine getirip getirmediikleri finansal tabloların görüşülmesi ile tespit edilebilir (TTK m 424). Bu saptama, YK üyelerinin ibrası yahut azli konusunda yapılacak bir oylamada pay sahiplerinin hangi yönde oy verecekleri hususunda belirleyici olacaktır. Bu yönüyle GK'nın en önemli işlevlerinden biri bilgi ve karar alma mekanizması olmasıdır<sup>2</sup>.

GK tarafından verilen kararlar toplantıda hazır bulunmayan veya olumsuz oy veren pay sahiplerini de bağlar (TTK m. 423). GK kararları, çoğunluğun iradesi doğrultusunda şekillenir (TTK m 418/2, m. 421). Her ne kadar pay sahipleri GK'ya katılma yükümlülüğü altında bulunmasalar da, GK toplantısına katılma ve oy kullanma hakları, şirketin vereceği kararların şekillenmesinde kilit role sahip olacaktır<sup>3</sup>. Bu sebeptendir ki GK toplantısına çağrının yapılış şekli (TTK m. 414) , gündeme bağlılık (TTK m. 413), hangi kararların hangi nisaplarla alınacağı (TTK m. 418, m. 421) gibi hususlar kanun koyucu tarafından sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> **Tekinalp, Ünal** (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 13-08.

<sup>2</sup> **Pulaşlı, Hasan** (2018) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 826.

<sup>3</sup> **Arslanlı Halil** (1960) Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 106. TTK m. 1527 ile ortaklık haklarının GK'da kullanımının artırılması suretiyle özellikle çok pay sahipli şirketlerin GK'larında yaşanan güç boşluklarının önlenmesi amacıyla elektronik ortamda GK yapılması hukuki zemine kavuşturulmuştur, **Yayla, Ümit** (2013) Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklık Genel Kurulları Elektronik Genel Kurullar, İstanbul, On İki Levha, s. 41.

<sup>4</sup> **Arslanlı**, s. 106.

TTK m. 407'ye göre, murahhas üyeler ile en az bir YK üyesinin, denetçiler ve bakanlık temsilcisinin GK'ya katılması bir zorunluluktur<sup>5</sup>. Böylece 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("eTTK") döneminde GK'ya katılmak zorunda olan, diğer bir ifade ile GK'ya katılımın bir yükümlülük haline geldiği kimselerin var olup olmadığı tartışması da açık bir yasal düzenlemeye kavuşmuş olmaktadır. Pay sahipleri ve diğer YK üyeleri ise genel kurula katılma hakkına sahip kişilerdir<sup>6</sup>.

## I. GENEL KURULA KATILMAK ZORUNDA OLANLAR

### A. MURAHHAS ÜYELER İLE EN AZ BİR YK ÜYESİ

#### 1. eTTK Dönemindeki Durum

"Toplantıya İştirak Hakkı" başlığı taşıyan eTTK m. 360, pay sahiplerinin şirket işlemlerine ilişkin haklarını kullanmaları için GK toplantısına katılma hakkını düzenlemekte, YK üyelerinin GK'ya katılımını bir zorunluluk olarak öngörmemektedir<sup>7</sup>. Bu sebeple doktrinde bir görüş, YK üyelerinin de tıpkı pay sahipleri gibi GK toplantısına katılmayabilecekleri yönündeydi<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> 7/8/1996 tarih ve 22720 sayılı RG'de yayımlanan "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik" m. 20/2'de YK üyelerinden en az birisinin *olağan* GK toplantılarında hazır bulunma yükümlülüğünden söz edildiğinden anılan yükümlülüğün *olağanüstü* GK'lar için de söz konusu olup olmadığı konusunda tereddüt bulunmakta idi. TTK döneminde ise ilgili yükümlülüğün hem *olağan* hem *olağanüstü* GK toplantıları bakımından geçerli olduğu kabul edilmektedir, **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal /Çamoğlu/Ersin** (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 680.

<sup>6</sup> Bir GK kararı yahut esas sözleşme ile pay sahiplerinin GK'ya katılımının bir yükümlülük olarak belirlenmesi mümkün değildir. Öte yandan bu yükümlülük pay sahiplerinin üçüncü kişilerle yapacağı oy sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir de bu halde de yükümlülük şirkete karşı değil, oy sözleşmesinin diğer tarafına karşıdır, **Teoman, Ömer** (2012) "Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar", Tüm Makalelerim C.3, İstanbul, On İki Levha, s. 222, dn. 1.

<sup>7</sup> eTTK m. 353/1.9 uyarınca denetçilerin GK toplantısına katılma yükümlülüğünün açıkça düzenlenmiş olması YK üyeleri için de benzer bir yorumun yapılıp yapılamayacağı noktasında tereddütlere sebep olmakta idi. Nitekim bu anlamda asıl bilgi verme



Diğer görüşe göre, YK üyeleri ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayanması nedeniyle YK üyelerinin GK toplantısına katılma zorunluluğu bulunduğu hatta bu yükümlülüğün bizzat yerine getirilmesi gerektiğinden bu kişilerin GK toplantısında hazır bulunması gerektiği savunulmakta idi<sup>9</sup>.

Ayrıca YK üyelerinin şirkete karşı bağlılık (sadaikat) borcu ve özen yükümlülüğü bulunduğu ve bunlar 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (“eBK”) uyarınca sözleşmeye konu işin bizzat yapılması noktasında kendini gösterdiğinden (eBK m. 390/3; TBK m. 506/1) üyelerin, YK toplantılarına bizzat katılmakla mükellef oldukları, katılımın bir temsilci aracılığı ile gerçekleştirilemeyeceği (eTTK m. 330; TTK m. 390/2)<sup>10</sup>; bu kuralın GK’ya katılım için de uygulanması gerektiği ifade edilmekte idi<sup>11</sup>.

Son ve belki de en önemli husus, bilgi alma hakkının muhatabı doğrudan YK üyeleri olduğundan ve özellikle bu kişilerin ibraları, azli gibi konularda sağlıklı bir karar alınabilmesi için GK toplantısında hazır

---

yükümlüsünün şirketin temsil ve ilzama yetkili olan YK olması gerektiği doktrinde savunulmaktaydı, **Kaya, Arslan** (2001) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 179 vd.

<sup>8</sup> **Doğanay, İsmail** (1990) Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1, 3. Baskı, Ankara, Feryal Matbaası, s. 929.

<sup>9</sup> **Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Bizzat Katılma Yükümü Var Mıdır?” Tüm Makalelerim C. 1-2 içinde, İstanbul, On İki Levha, s. 415 vd; **Kaya**, s. 184-185. YK üyeleri ile şirket arasında hizmet, adi ortaklık ilişkisi yahut nevi şahsına münhasır bir ilişki olabileceği görüşleri yanında, bu ilişkinin vekalet akdine dayandığı hakkında bkz. **Akdağ Güney, Necla** (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 279 vd.; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, C. 1, N. 544; **Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 454.

<sup>10</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve YK üyesinin toplantılara katılmaması durumunda sorumluluğunun ortaya çıkma şartları için bkz. **Çamoğlu, Ersin** (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 77-80; **Teoman**, (2012a), s.418; **Teoman**, (2012b), s. 226.

<sup>11</sup> **Teoman**, (2012a), s. 418; **Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu, Esra** (2014) Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, Beta, s. 72.

bulunmaları gerektiğinden<sup>12</sup> eTTK döneminde, kanunun lafzında açıkça yer bulmasa da YK üyelerinin GK'ya bizzat katılımı bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Bu tartışmanın sona erdirilmesi amacıyla TTK'da GK toplantısına katılımı zorunlu olan kişiler sayılmıştır. TTK m. 407/2'ye göre, murahhas üyeler ile en az bir YK üyesinin GK toplantısına katılması zorunludur. Aynı zorunluluk BakTemYön<sup>14</sup> m. 17'de de ifade edilmektedir. Aşağıda TTK döneminde murahhas üyeler ile en az bir YK üyesinin GK toplantısına katılması zorunluluğu irdelenecektir:

## 2. Murahhasların Katılım Zorunluluğu

Kanun'a göre murahhas üye, kendisine temsil yetkisi devredilmiş YK üyesidir (TTK m. 370/2)<sup>15</sup>. Temsil yetkisinin YK üyesi olmayan üçüncü bir kişiye devri halinde ise murahhas müdürden söz edilmektedir (TTK m.370/2).

<sup>12</sup> **Teoman**, (2012a), s. 419. YK üyesinin katılımı olmaksızın alınan GK kararının iptali dahi gündeme gelebilir, **Kaya**, s. 185.

<sup>13</sup> **Teoman**, (2012b), s. 225; **Teoman**, (2012a), s. 417.

<sup>14</sup> RG, 28.11.2012 S. 28481 "Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik".

<sup>15</sup> Murahhas sıfatının yönetim ve/veya temsil yetkisini haiz kişilerden hangisine ait olacağına ilişkin tartışmanın temelinde eTTK m. 319 yatmaktadır. Hüküm uyarınca yönetim ve temsil birlikte devrildiğinden murahhas sıfatı hem yönetim hem temsil yetkisi bulunan kişiye ait olmaktadır. Yine de *Ünal*, hükmün yönetim ve temsilin birbirinden ayrı olarak devredilemeyeceği şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmekteydi, **Ünal, Mustafa** (1982) "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", **BATİDER**, C. 10, S.3, s. 66. TTK'da yönetim ve temsilin ayrı ayrı devrine olanak sağlanmasına karşın tartışma sona ermiş değildir. *Tekinalp*'e göre, murahhas sıfatının doğabilmesi için yalnızca yönetim yetkisinin devri yeterli olmamaktadır, TTK m. 370/2 uyarınca murahhas üye ya da müdürden bahsedilebilmesi için yürütme ve imza yetkilerinin beraberliği gerekmektedir. Dolayısıyla TTK m. 370/2 hükmü ile TTK m. 367 hükmü birlikte ele alınmalı; bu sebeple temsil yetkisinin devri için de esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmalı ve bir iç yönerge çıkarılmalıdır, N. 12-68, 12-75. Bu yönde bkz. **Arslanlı**, s. 135. Kanun'da yalnızca temsil yetkisinin devri hükmünde murahhaslıktan bahsedildiğine dikkat çeken *Kırca* da, temsil yetkisi devredilmeksizin yalnızca yönetimin devri ile murahhas sıfatının kazanılamayacağını ifade etmektedir, **Kırca, (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 595.

Hüküm, bazı hususların muğlaklığı sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir. *Teoman*, TTK m. 407/2 hükmünün murahhas üyelerden söz edip murahhas müdürleri göz ardı etmesini bir eksiklik olarak nitelendirmektedir. Yazara göre her ne kadar hükmün lafzı murahhas müdürleri dışlasa da katılım zorunluluğunun hem murahhas üye hem de murahhas müdürler için söz konusu olması gerekir. Nitekim hem murahhas üyeler hem de murahhas müdürler temsil görevlerinin ifası ile ilgili olarak GK'ya bilgi verme yükümü altındadırlar<sup>16</sup>.

*Kanaatimizce*, bilgi verme yükümlülüğü bakımından murahhas üyeler ile murahhas müdürler arasında bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla her iki grup da kendilerine bırakılan konularda yürütülen iş ve işlemler hakkında GK'ya bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla TTK m. 407/2'de yalnızca murahhas üyelerden bahsedilmesi karşısında, kanun koyucunun bir bilinçli susma halinde olduğu ve murahhas müdürlerin toplantıya katılmak zorunda olmadığı şeklinde bir yoruma gidilmemesi gerekir<sup>17</sup>. Yine de TTK m. 407/2'de murahhas müdürlerin de açıkça zikredilmesi mevcut tartışmaların sona ermesi bakımından gereklidir<sup>18</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki murahhaslar kendilerine yetki devredilen konularda en geniş bilgi sahibi olan kimselerdir; bu bağlamda anılan konularda tüm yetki ve sorumluluğu devralmış olmaktadır<sup>19</sup>. Ayrıca murahhaslar, organ sıfatını kazanarak tıpkı YK üyeleri gibi bağlılık ve özen

---

Yönetimin devri halinde murahhas sıfatının ortaya çıktığı yönünde bkz. **Pulaşlı**, C. 2 s. 1360-1361; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, C. 1, N. 536.

<sup>16</sup> **Teoman**, (2012b), s. 232.

<sup>17</sup> Bilinçli susma halinde kanunda herhangi bir boşluk bulunmayıp kanun koyucu meseleyi olumsuz şekilde sonuca bağlamaktadır. Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. **Antalya, Gökhan/Topuz, Murat** (2019) *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 317, 326. Murahhas müdürlerin de toplantıya katılma zorunluluğu bulunduğu yönünde bkz. **Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan** (2013) *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Bursa, Dora, s. 299.

<sup>18</sup> Bu yönde bkz. **Orbay Ortaç, Nurdan/Al Kılıç, Şengül** (2018) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması", TFM, C.4, S. 2, s. 217.

<sup>19</sup> **Pulaşlı**, C. 2, s. 1382.

yükümlülüğü altına girerler<sup>20</sup>. Bu sebeple, murahhasların GK'ya katılması, kendilerine bırakılan hususlarla ilgili pay sahiplerine bilgi verme ve yöneltlen sorulara cevap verme noktasında zaruridir.

### 3. En Az Bir YK Üyesinin Katılım Zorunluluğu

TTK m. 407/2'ye göre GK'ya *en az bir* YK üyesinin de katılması şarttır. *Kanaatimizce* kanun koyucunun böyle bir hüküm sevk etmesinin altında yatan sebeplerden ilki YK'nın üst gözetim yükümlülüğüdür. Her ne kadar TTK m. 553/2 kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişilerin, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmayacaklarını öngörse de hükmün dar yorumlanmaması lazım gelir<sup>21</sup>. Nitekim TTK m. 375/1.e uyarınca YK'nın devredilemez görev ve yetkilerinden biri de üst gözetim yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, murahhas üyelerin seçimini müteakip, bu kişilerin gözetimi ile onlara talimat verilmesini de kapsar<sup>22</sup>. Bu bağlamda en azından bir YK üyesinin GK toplantısında hazır bulunması, kendisine yetki devredilen konularda murahhas üye/müdürlerin görevlerini layıkıyla ifa edip etmediklerinin değerlendirilmesi noktasında etkili yollardan biri olacaktır.

Kanun koyucunun YK üyelerinden en az birine GK toplantısında hazır bulunma mükellefiyeti yüklemesinin altında yatan bir diğer sebep, TTK 370/2. c. 2'dir. Buna göre, temsil yetkisinin YK üyelerine devrinin yanı sıra üçüncü kişilere devri de mümkündür. Temsil yetkisinin üçüncü kişilere devrinde, kanun koyucu en az bir YK üyesinin de temsil yetkisini haiz olmasını şart koşturmuştur. Anılan düzenleme ile kanun koyucu, temsil yetkisinin YK üyelerinden alınarak tamamen üçüncü kişilerin eline verilmesini engellemek istemiştir<sup>23</sup>. Öyleyse, murahhas müdüre yetki devri halinde, GK toplantısına

<sup>20</sup> Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 629.

<sup>21</sup> Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 612-613.

<sup>22</sup> Tekinalp, s. 382-383; Pulaşlı, C. 2, s. 1382; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 613; Bahtiyar, Mehmet (2019) Ortaklıklar Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta, s. 231.

<sup>23</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. 1, N. 540; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 628; Bahtiyar, s. 232.

murahhas müdürün yanı sıra en az bir YK üyesinin de katılması gerekir. Böylelikle, hükmün lafzında yer almayan murahhas müdürlerin de murahhas üyeler gibi GK toplantısına katılımının zorunlu olup olmadığı noktasındaki tereddütler de giderilmiş olmaktadır.

Bu düzenlemenin altında yatan nedenlerden biri de yönetim ve temsil yetkisinin bölünerek devredilmesi olasılığıdır. Bu noktada birtakım yetkilerin murahhaslara devredilip, diğer yetkilerin YK'da bırakıldığı hallerde, devredilmeyen konularda pay sahiplerine bilgi verme yükümlülüğünü YK'nın yerine getirmesi gerekecektir. Bu görevin ifası için en azından bir YK üyesinin GK'da hazır bulunması gerekir. Ayrıca TTK m.375'te düzenlenen hususların murahhaslara devri mümkün olmadığından bu konularda da YK üyesinin GK'da hazır bulunarak bilgi verme yükümünü ifa etmesi gerekecektir.

Kanun'da GK'ya katılacak bir YK üyesinin nasıl belirleneceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Hükmün mehzazını teşkil eden Aktiengesetz ("AktG") § 118/3'e göre, yönetici kurul üyelerinin tamamının GK toplantısına katılımı zorunlu tutulmuştur. Buna rağmen TTK, tüm YK üyeleri için değil, içlerinden en az biri için bu yükümlülüğü düzenleme yolunu tercih etmiş fakat GK'ya katılacak bir YK üyesinin nasıl belirleneceği konusuna bir açıklık getirmemiştir.

*Teoman*'a göre bu zorunluluk, kurul olarak çalışma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak tüm YK üyelerine ait olmalıdır<sup>24</sup>. Dolayısıyla, diğer YK üyelerinin "en az bir" ibaresinden faydalanarak sorumluluktan kurtulamaması gerekir. İlgili üyenin bir YK kararıyla da seçilemeyeceğini ifade eden yazar, hukuki sorunların önüne geçilmesi için murahhasların yanı sıra tüm YK üyelerinin de toplantıda hazır bulunması zorunluluğunun getirilmesi gerektiği düşüncesindedir<sup>25</sup>. *Kanaatimizce* de, kanun koyucu tarafından tüm YK üyelerinin GK toplantısına katılımının öngörülmesi hukuken daha isabetli olmakla birlikte, fiili durumda GK toplantısına katılacak olan YK üyesinin YK tarafından seçilmesinin önünde de herhangi bir engel yoktur<sup>26</sup>. Bu şekilde GK

<sup>24</sup> *Teoman*, (2012b), s. 233.

<sup>25</sup> *Teoman*, (2012b), s. 235.

<sup>26</sup> Bu yönde bkz. *Orbay Ortaç/Al Kılıç*, s. 218.

toplantısından önce YK tarafından hangi üyenin toplantıya katılacağı belirlenebileceği gibi, böyle bir belirleme olmaksızın üyelerden birinin toplantıya fiilen katılımı da mümkün olmalıdır.

YK kararı ile belirlenen üyenin GK'ya katılmaması halinde sorumluluğun yalnızca ilgili üyeye mi yoksa tüm YK'ya mı ait olacağı sorusu akla gelmektedir. Her ne kadar doktrinde, YK'nın alacağı bir karar ile belirlenen üyenin GK'ya katılmaması halinde sorumluluğun sadece katılımı öngörülen üyeye ait olması gerektiği görüşünü savunan yazalar bulunmakta ise de<sup>27</sup> kanaatimizce her durumda YK'nın alacağı böyle bir kararın YK üyelerinin sorumluluğu üzerinde bir etkisi olmayacak; GK'ya katılacak YK üyesi ismen belirlense dahi bu üyenin toplantıya katılmaması sonucu tüm YK müteselsilen sorumlu olacaktır (TTK m. 553).

GK toplantısına bir murahhas üyenin katıldığı ihtimalde, anılan murahhas üye aynı zamanda YK üyesi de olduğundan TTK m. 407/2'de öngörülen her iki katılım şartının gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu akla gelebilir. Ancak kanundaki ifade "*murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin*" şeklinde olduğundan kullanılan "-le" bağlacı "ve" olarak algılanmalı; murahhas üyenin yanında bir başka YK üyesinin de katılımı zorunlu görülmelidir.

## B. DENETÇİ

TTK m. 407/2'ye göre, GK toplantılarında hazır bulunması gerekli olanlardan bir diğeri denetçidir<sup>28</sup>. TTK'da denetçi, anonim şirketin bir organı olmaktan çıkarılmış ve denetimin TTK m. 399'a göre GK tarafından seçilecek bağımsız denetleme kuruluşları ile yeminli mali müşavir yahut serbest

<sup>27</sup> Orbay Ortaç/Al Kılıç, s. 218-219.

<sup>28</sup> Hükümün ilk halinde denetçi ile kendisini ilgilendiren konularda *işlem denetçisinin* de GK'da hazır bulunacağı öngörülmüştü. İlk kez TTK Tasarısı'nda düzenlenen işlem denetçisi, şirketin kuruluşu, sermaye artırımı, azaltılması, yapısal değişiklikler, menkul kıymet ihracı gibi konularda şirket işlem ve kararlarını denetlemek ile görevli kılınmış idi. İşte bu konuların görüşülüp karara bağlandığı GK'larda işlem denetçisinin toplantıya katılma yükümü düzenlenmişti. Ancak 6335 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile işlem denetçisi madde metninden çıkarılmıştır.

muhasebeci mali müşavirler eliyle yapılacağı yeni bir denetim sistemi öngörülmüştür.

Anonim şirketlerde denetçilerin görevlerini düzenleyen eTTK m. 353/1.9, GK toplantısına katılma yükümlülüğünü düzenlemekte idi. Doktrinde bu yükümlülüğün denetçilerin birden fazla olması halinde tamamı için geçerli olduğu ifade edilmekte idi<sup>29</sup>. Anonim şirkette zorunlu bir organ olan denetçiler, eTTK döneminde pay sahiplerinin bilgi alma taleplerinin öncelikli muhatabı kabul edilmekteydi<sup>30</sup>. Bu anlamda pay sahiplerinin bilgi alma hakkını kullandığı platform olan GK'ya, denetçilerin bizzat katılımı bir kanuni yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktaydı<sup>31</sup>. Bu durum mülga Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik<sup>32</sup> ("KomY") m. 20'de de açıkça ifade bulmaktaydı.

AŞ'lerde denetim TTK m. 397 vd.'nda düzenlenmektedir. Buna göre, kanun koyucu ikili bir ayırım benimsemiş; TTK m. 398 kapsamında denetime tabi tutulacak AŞ'lerin Cumhurbaşkanınca<sup>33</sup> belirleneceği, TTK m. 398/4 kapsamı dışında kalan AŞ'ler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşlarının ise bu fıkra hükümlerine göre denetleneceği hükme bağlanmıştır<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Teoman, (2012b), s. 223; Kaya, s. 170.

<sup>30</sup> Kaya, s. 168.

<sup>31</sup> Kaya, s. 168-169.

<sup>32</sup> RG, 7/8/1996 S. 22720.

<sup>33</sup> TTK m. 397/4 ile daha önceden Bakanlar Kuruluna verilen yetki, 700 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (RG, 02.07.2018 S. 30471) 192 inci maddesiyle Cumhurbaşkanına verilmiştir.

<sup>34</sup> Cumhurbaşkanınca henüz bir belirleme yapılmamıştır. Ancak hâlihazırda yürürlükte olan 2018/11597 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 3. maddesi ile aktif toplamı 35 milyon TL, yıllık net satış hasılatı 70 milyon TL ve çalışan sayısı 175 kişi olma kriterlerini üst üste iki hesap dönemi aşan AŞ'lerin bağımsız denetim kapsamında olacağı düzenlenmiştir. Ne var ki TTK m. 397/5 uyarınca, bu Kanun kapsamında denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun GK'ya sunulmasına ilişkin hususların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilse de bu konuda henüz bir düzenleme yapılmış değildir.

Bağımsız denetim, şirket ve diğer menfaat sahipleri bakımından zaruridir<sup>35</sup>. Şüphesiz, bu gereklilik en çok şirket içerisinde kendini gösterir zira finansal tabloların denetlenmesi özellikle şirketin yönetimini üstlenen kişilerin daha dikkatli davranmasını sağlar ve hukuka aykırılıklara karşı caydırıcı bir mekanizma öngörür<sup>36</sup>. Böylece, mevzuata uygun hazırlanan finansal raporlar ile menfaat sahipleri, şirketin ekonomik durumunun gidişatı hakkında sağlıklı bilgiye kavuşmuş olurlar.

Denetim, pay sahiplerinin de menfaatine yapılı ve bu denetim neticesinde elde edilen sonuçlar pay sahiplerinin bilgi ve incelemesine sunulur. Nitekim TTK m. 437/2'de pay sahibinin GK'da denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebileceği düzenlenmektedir. Denetçinin raporu pay sahiplerinin bilgi edinme hakkının kaynaklarından biridir<sup>37</sup>. Bu önem sebebiyledir ki TTK m. 407/2'de denetçilerin GK toplantısına katılımı bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Birden çok denetçi bulunması durumunda denetçilerin tamamının katılımı gereklidir zira YK üyelerinde olduğu gibi en az bir denetçinin yükümlülüğünden bahsedilmemesi ilgili yükümlülüğün bütün denetçiler bakımından söz konusu olduğunun bir ispatıdır<sup>38</sup>.

### C. BAKANLIK TEMSİLCİSİ

Anonim şirket GK'larına katılımı zorunlu tutulan son grup Bakanlık temsilcisidir. TTK m. 407/3'e göre, TTK m. 333 hükmü gereğince belirlenen şirketlerin GK toplantılarında Ticaret Bakanlığının temsilcisi de yer alacak; diğer şirketlerde, hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin GK'da bulunacağı ve buna ilişkin genel esaslar Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

BakTemYön m. 32/1 uyarınca,

<sup>35</sup> **Kocabıyık, Sami** (2018) Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, s. 43.

<sup>36</sup> Bağımsız denetimin diğer işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocabıyık**, s. 43-50.

<sup>37</sup> **Bahtiyar**, s. 247.

<sup>38</sup> **Teoman**, (2012b), s. 236.



- Kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin bütün GK toplantılarında,
- Diğer şirketlerde ise gündeminde, sermayenin arttırılması veya azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının arttırılması veya faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile
- Birleşme, bölünme veya tür değişikliği konuları bulunan GK toplantılarında,
- GK'ya elektronik ortamda katılım sistemini uygulayan şirketlerin genel kurul toplantılarında,
- Yurt dışında yapılacak bütün GK toplantılarında,
- Yurt dışında yapılacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantılarında

ve bunların ertelenmesi halinde yapılacak ikinci toplantılarda Bakanlık temsilcisinin bulunması bir zorunluluktur. Bunun dışındaki toplantılarda ise kural olarak temsilci bulundurma zorunluluğu bulunmaz. Ancak GK'yı toplantıya çağırانların talep etmeleri ve bu taleplerin görevlendirme makamınca uygun görülmesi halinde Bakanlık temsilcisi görevlendirilir (BakTemYön m. 32/2).

TTK m. 422'ye göre, GK toplantı tutanağı, Bakanlık temsilcisi tarafından imza edilmediği takdirde geçersizdir. BakTemYön de, anonim şirket GK'larına katılımı zorunlu olan kişiler arasında Bakanlık temsilcisini sayarak, bu kimselerin katılmadığı yahut toplantıyı terk ettiği hallerde alınan kararların geçerli olmayacağını ifade etmiştir (BakTemYön m. 32/4).

## II. GENEL KURULA KATILMAYA YETKİLİ OLANLAR

### A. PAY ÜZERİNDE HAK SAHİBİ OLANLAR

#### 1. Pay Sahipleri

Pay sahiplerinin GK toplantısına katılma hak ve yetkisi bulunsa da bu durum bir zorunluluk arz etmez. Diğer bir ifade ile pay sahiplerinin GK'ya katılımı TTK'da bir yükümlülük olarak öngörülmediğinden katılımı zorunlu olan kişiler hariç olmak üzere, pay sahiplerinin GK toplantısına katılmaları ve toplantının bitimine kadar GK'da bulunmaları şart değildir<sup>39</sup>.

GK, pay sahiplerinden müteşekkil bir organdır. Dolayısıyla, GK'ya katılma hakkı kural olarak pay sahiplerine aittir. Gerçekten de TTK'nın ilgili hükümleri, GK toplantısına katılabilmek için pay sahipliğinin ispatını şart koşar. GK'ya katılım vazgeçilmez hak<sup>40</sup> mahiyetinde olup, oy hakkı başta olmak üzere çeşitli pay sahipliği haklarının kullanım yeri de GK'dır. Pay sahibinin GK'ya katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlar batıldır (TTK m. 447).

GK'ya katılım aynı zamanda kişisel nitelikte bir haktır. Bu durum TTK m. 425'in başlığından da anlaşılmaktadır. Kişisel nitelikte olması hem hakkın

<sup>39</sup> Teoman, (2012b), s. 221; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 55.

<sup>40</sup> Pay sahibinin iradesinin önem taşımadığı, yalnızca pay sahibinin değil aynı zamanda ortaklığın temel yapısını da koruyan haklar vazgeçilmez nitelikte haklardır, **Tekinalp**, s. 301; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 1, N. 870e vd. Vazgeçilmez hak kavramını detaylı bir şekilde ele alan *Kırca*, bu kavramı, müktesep hak kavramı ile birlikte incelemektedir. Yazara göre bir hakkın müktesep hak mı yoksa vazgeçilmez hak mı olduğunun tespiti ancak hakkın süjesinin kendi iradesi ile bu hakları kullanmaktan yoksun kalıp kalamayacağı sorusunun cevabı ile yapılabilir. Bununla birlikte bir hakkın tek sefere mahsus olarak kullanılmaması o haktan vazgeçildiği anlamına da gelmemektedir. Vazgeçme ile ifade edilmek istenen hakkın kullanımından önceden feragat edilmesidir, **Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2016) Anonim Şirketler Hukuku C. 2/II - Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 28-29. Yazar, vazgeçilmez haklara aykırı GK kararlarının münferit yahut süreklilik arz edip etmediğine bakılmaksızın TTK m. 447/1.b uyarınca her halükarda butlanla sakat olması gerektiğini de ifade etmektedir, s. 74.

bireysel niteliğini hem paya bağlılığını ifade eder<sup>41</sup>. Bu bağlamda örneğin pay üzerinde intifa hakkı bulursa dahi pay sahibinin GK'ya katılması engellenemez<sup>42</sup>.

GK'ya katılma; oy hakkı, iptal davası açma, bilgi alma ve görüş bildirme, müzakerelere katılma gibi diğer birçok hakkın kaynağıdır. GK'ya katılım, oy hakkının varlığı şartına bağlanamaz<sup>43</sup>. Bu doğrultuda oydan yoksunluk hallerinde dahi pay sahibi yahut temsilcilerinin de GK'ya ve müzakerelere katılma hakları bulunmaktadır zira oy hakkını kullanamayacak olsa da pay sahibinin GK'ya katılmak suretiyle diğer birçok pay sahipliği hakkını kullanması engellenemez<sup>44</sup>.

TTK m. 494 uyarınca borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri halinde pay sahipliği sıfatı ve haklar ancak devralanın şirkete başvurusu ve şirketin kabulü üzerine devralana geçecektir. İşte bu halde iktisap edilme tarihi ile şirketin devri tanınması arasında geçecek sürede payı devralan kimse oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılır ve söz konusu paylar GK'da temsil edilemez<sup>45</sup>. Öyleyse bu kişiler şirketçe tanınıncaya kadar GK'ya katılma hakkını da haiz olmayacaktır<sup>46</sup>. Aynı durum borsaya kote nama

<sup>41</sup> **Tekinalp**, s. 312.

<sup>42</sup> Bu durum, daha ziyade pay sahibinin iptal davası açma hakkından ileri gelmektedir, **Tekinalp**, s. 312; **Kendigelen, Abuzer** (1994) Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Beta, s. 326, dn. 550'de zikredilen yazarlar. Aksi yönde bkz. **Kendigelen**, (1994), s. 326, dn. 548 ve 549'da zikredilen yazarlar.

<sup>43</sup> **Moroğlu, Erdoğan** (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.122.

<sup>44</sup> **Teoman, Ömer** (1983) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 173-174; **Arslanlı**, s. 25; **Moroğlu**, (2017) s. 122, dn. 199; **Doğanay**, s. 929; **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2019) Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 953; **Kaya**, s. 133. Oy hakkından yoksun kimselerin GK toplantısına katılamayacağı yönünde esas sözleşme hükmü geçersizdir, Yargıtay TD., 4.3.1965, E. 64/3347, K. 727 (**Teoman**, (1983), s. 174, dn. 4).

<sup>45</sup> Mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer bulan oydan yoksun pay kavramına, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile yer verilmemiştir. Esasen TTK m. 494 ve 497'de zikredilen teknik anlamda oydan yoksun pay olmayıp, devrin GK'ca tanınması anına kadar mevcut payların GK'da temsil edilememesi halidir.

<sup>46</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 946.

yazılı paylar bakımından da geçerli olacak ve bu paylar da GK'da temsil edilemeyecektir (TTK m. 497/3).

Oy hakkının donduğu hallerde ise GK'ya katılma ve ona bağlı hakların kullanımına gelince: Bilindiği üzere TTK'da oy hakkının donması iki halde mümkündür. İlk olarak, şirketler topluluğunda birbirlerinin paylarını iktisap ederek karşılıklı iştirak oluşturan sermaye şirketleri, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oy ve bedelsiz pay alma hakkı hariç olmak üzere diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir. Bu halde donmaya konu olmayan dörtte birlik pay oranına ilişkin hakların kullanımı bakımından pay sahibinin GK'ya katılımı gereklidir<sup>47</sup>. İkinci donma hali ise TTK m. 389'da düzenlenen şirketin kendi paylarını iktisabı halidir. Hükmün lafzı şirketin edindiği kendi paylarının “hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceğini” ifade etmektedir. Sonuç olarak bu halde şirketin kendi GK'sına katılma hakkını haiz olmayacağı açıktır<sup>48</sup>.

GK'ya katılabilmek için, katılma hakkının belgelenmesi gerekir. Hangi pay sahiplerinin bu yetkiyi haiz olduğu, YK tarafından düzenlenen “hazır bulunanlar listesi”ne göre belirlenir<sup>49</sup>. Buna göre, hazır bulunanlar listesinde adı bulunan senede bağlanmamış payların, ilmühaberlerin, nama yazılı payların sahipleri ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (“SPK”) m. 13<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Bu yönde bkz. **Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s. 200 vd. eTTK döneminde tüm pay sahipliği hakları donduğundan, ilgili pay sahibinin GK'ya katılımı kabul edilmemekte idi, **Teoman**, (1983), s. 174.

<sup>48</sup> Hem TTK m. 201 hem m. 389 bakımından GK'ya katılma haklarının da donacağına ilişkin bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 946.

<sup>49</sup> *Bahtiyar/Hamamcıoğlu*'na göre, hazır bulunanlar listesi isimlendirmesi isabetli olmayıp hazırlanan liste, katılanları değil, katılma hakkı olan pay sahiplerini ortaya koymaktadır, s. 56. *Teoman*'a göre, hazır bulunanlar listesinin düzenlenme amacı, toplantıda hazır bulunan veya temsil olunan pay sahiplerinin adlarının ve sahip olunan payların adedi hakkında diğer ortakları bilgilendirmek ve katılma hakkına ilişkin itirazların ve alınan kararların geçerliliğinin denetimi için hukuki bir kaynak yaratmaktır, **Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazırun Cetveli”, Tüm Makalelerim C. 1-2, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.1015 vd.

<sup>50</sup> TTK m. 415/2'de 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesine atıf yapılmaktadır. Anılan düzenlemenin meri Kanun'da karşılığı 13. maddedir.

uyarınca kayden izlenen pay sahipleri<sup>51</sup> veyahut anılanların temsilcileri GK'ya katılır. Gerçek kişilerin kimlik göstermeleri, tüzel kişilerin temsilcilerinin vekâletname ibraz etmeleri şarttır (TTK m. 415/2). YK, SPK m. 13 uyarınca GK'ya katılabilecek kayden izlenen payların sahiplerine ilişkin çizelgeyi ise Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlar. (TTK m. 417/1). Senede bağlanmamış bulunan veya nama yazılı olan paylar ile ilmühaberler bakımından pay defterinde kayıtlı olan pay sahibi, hak sahibi kabul edilir (TTK m 417/2).

Hamiline yazılı pay senedi sahipleri, GK'nın toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı alırlar ve bu kartları ibraz ederek GK toplantısına katılabilirler. Ancak, giriş kartının verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahipleri de GK'ya katılabilirler (TTK m. 415/3).

İlgili hükümlere göre GK toplantısına katılma haklarının bulunduğunu gerekli vasıtalarla ispatlayamayan kişiler ile temsilcileri GK toplantısına alınmazlar. Ne var ki bu kişilerin GK'ya katılımı bizatihi alınan kararların iptalini gerektirmemektedir. TTK m. 446/1.b'ye göre alınan kararlar ancak yetkisiz katılanın, kararın alınmasına etkili olduğu hususunun ispatı ile mümkün olur<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Kanun'da her ne kadar "kayden izlenen pay sahipleri" terimi kullanılsa da kayden izlenen, pay sahibi değil pay olduğundan bu ifade, "kayden izlenen payların sahipleri" olarak anlaşılmalıdır.

<sup>52</sup> **Moroğlu**, (2017), s. 125-126. Burada etkili olmanın salt bir yeter sayı problemi olmadığı, anılan kimselerin toplantıya katılmaları halinde diğer pay sahiplerinin kararlarının şekillenmesine de etkili olabileceğinin ispatlanması halinde GK kararının iptali kabil olması gerektiği yönünde bkz. **Moroğlu**, (2017), s. 251. *Kırca* da hükümde bahsedilen "etki"nin aslında illiyet bağı olduğunu vurgulamakta; iptal yaptırımı bakımından ise niteliksel ve niceliksel (sayısal) olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir. Niceliksel olarak yapılan inceleme sonucu, 446/1-b'de sayılan aykırılıklar sebebiyle iptal davası açamayanların sayısı, fiilen kullanılan olumsuz oyları aşarsa karar iptal edilmelidir. Öte yandan niteliksel hukuka aykırılığın tespitinde sayısal etkiye bakılmamalı, pay sahibinin davranışını etkileyen normatif illiyetin varlığı araştırılmalıdır, **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, (2016), s. 152-157.

## 2. İntifa Hakkı Sahipleri

TTK m. 432/2'ye göre, bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa oy, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır<sup>53</sup>. Oy hakkı ve oy hakkına bağlı iptal davası açma gibi haklar<sup>54</sup> intifa hakkı sahibine tanınmış olduğundan, intifa hakkı sahibinin GK'ya katılma yetkisi de bulunmaktadır. Bu yetkisini kullanırken intifa hakkı sahibinin pay sahibinin menfaatlerini gözetmesi ve hakkaniyet doğrultusunda hareket etmesi gereklidir. Aksi yönde hareket halinde intifa hakkı sahibi malike karşı sorumludur. Bu doğrultuda intifa hakkı sahibinin GK toplantısına katılmaması da malikin çıkarlarını zedeliyorsa intifa hakkı sahibinin malike karşı sorumluluğu doğar (TTK m. 432/2).

TTK m. 499/1'e göre, intifa hakkı sahiplerinin adı, soyadı, unvan ve adresleri de pay defterine kaydedilir. GK'ya katılmaya yetkili olanlar, pay defterine bakılarak saptanacağından bu kişiler de hazır bulunanlar listesinde yer alacaklardır. İntifa hakkı sahiplerinin bir sebeple pay defterine kaydının gerçekleşmemesi halinde hakkın kurulması için pay defterine kayıt

<sup>53</sup> Payın bir bölümü üzerinde intifa hakkı bulunması durumunda Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, intifa hakkının var olmasını yeterli görerek payın hangi oranda intifa hakkına konu olduğunu araştırmamış, oy hakkının sahibinin intifa hakkı sahibi olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD., 28.5.1981, E. 81/2243, K. 812678 [**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. II, N. 972]. *Kendigelen* de, eTTK döneminde pay üzerindeki intifa hakkının yüzde elli ve altında olması halinde oy hakkının pay sahibine ait olması gerektiğini savunarak oy hakkının her halde intifa hakkı sahibine ait olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır, (1994), s. 256. *Kanaatimizce* de, TTK m. 432/2 intifa hakkı sahibinin, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmesini düzenlediğinden payın tümü yahut büyük bölümü üzerinde intifa hakkı sahibi olan bir kimsenin sorumluluğu ile daha küçük oranda intifa hakkı bulunan bir kimsenin sorumluluğu *hakkaniyet gereği* aynı ölçüde olmamalıdır.

<sup>54</sup> İntifa hakkı sahibinin iptal davası açma hakkının olup olmadığı yönünde ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Teoman, Ömer** (2012) "Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu", *Tüm Makalelerim C. 1-2*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 365 vd. *Moroğlu*, pay sahibi ile intifa hakkı sahibinin münferiden dava açmaya yetkili olduğunu, bu durumda bu kişiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğunu ifade etmektedir, (2017), s. 270.

zorunluluğu bulunmadığından<sup>55</sup> bu kimselerin intifa hakkı sahibi olduklarını ispatlayıcı belgelerle GK toplantısına katılabilmeleri gerekir<sup>56</sup>. Aksi halde, bu kişilerin GK'ya katılımı haksız olarak engellendiğinden şartları oluşması durumunda TTK m. 446/1.b uyarınca ilgili GK'da alınan kararların iptali dava edilebilecektir.

Pay üzerinde intifa hakkı kurulmasına rağmen payın mülkiyeti pay sahibine ait olduğundan doktrinde, intifa hakkı sahibinin yanı sıra pay sahibinin de GK toplantısına katılabileceği, müzakerelere katılarak görüş bildirebileceği ifade edilmektedir, zira burada pay sahibinin şirkete ilişkin iş ve işlemlerle ilgili bilgi almasında hukuken korunmaya değer menfaati sürmektedir<sup>57</sup>.

### 3. Rehin ve diğer hak sahipleri

Rehin hakkı, hak sahibine yalnızca alacağı tahsil edemediğinde rehne konu malvarlığı unsurunu paraya çevirme ve bu tutar ile alacağını tahsil

<sup>55</sup> TTK m. 499/4 uyarınca, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir. Pay senetlerinin bağlamalı olması durumunda, bu sınırlama intifa hakkı kurulurken de geçerli olacaktır (TTK m. 492/2). Bu halde şirket, bağlı nama yazılı payların şirket onayıyla devredileceğini öngördüğünden devre (dolayısıyla intifa hakkı kurulmasına) onay verilmemesi halinde tüm haklar payın malikinde kalacaktır (TTK m. 494).

<sup>56</sup> Pay üzerinde intifa hakkının kurulması için pay defterine kaydın kurucu olmadığı yönünde bkz. **Narbay, Şafak** (2003) Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara, Seçkin, s. 68-69; **Kendigelen**, (1994), s. 105. İntifa hakkının kurulması bakımından değişik olasılıklar için bkz. **Kendigelen**, (1994), s. 77-101.

<sup>57</sup> **Moroğlu**, (2017), s. 272. GK toplantısına katılımla payı üzerinde intifa hakkı bulunan pay sahibinin ayrıca bilgi alma, azınlık haklarını kullanma, GK kararlarının iptalini dava etme vb. hakları da sürmektedir, **Kendigelen**, (1994), s. 327-328; **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 974. İntifa hakkı sahibinin iştirak ettiği bir GK toplantısında oy kullanma yetkisi aksi kararlaştırılmadıkça intifa hakkı sahibine ait olduğundan pay sahibinin karara olumsuz oy kullanma şartını sağlamsa da muhalefetini tutanağa geçirerek iptal davası açabileceği hakkında bkz. **Moroğlu**, (2017), s. 272-273. Oy hakkından yoksun pay sahibinin hukuki durumuna paralel olarak (TTK m. 436) oy hakkından bağımsız olarak iptal davası açılacağından pay sahibinin de iptal davası açabileceği yönünde bkz. **Kendigelen**, (1994), s. 307.

yetkisi veren bir aynı haktır<sup>58</sup>. Pay üzerinde rehin hakkı bulunması durumunda oy hakkı kural olarak pay sahibine aittir. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Dolayısıyla, rehin hakkı sahibine sözleşme ile oy hakkının tanınması halinde bu kimselerin de GK'ya katılma hakkı bulunacağı kuşkusuzdur<sup>59</sup>.

Rehin hakkı sahibi, GK'ya katılıma hakkını haiz olduğunu belgelemek durumundadır. Zira TTK m. 427/2, hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım ödücü sözleşmesi ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elde bulunduran kimsenin, pay sahipliği haklarını, ancak pay sahibi tarafından özel bir yazılı belge ile yetkilendirilmişse kullanabileceğini düzenlemektedir.

Bilindiği üzere hamiline yazılı pay senetlerinin devri ve diğer hukuki işlemlere konu olabilmesi için zilyetliğin devri yeterli olup başkaca bir işleme gerek bulunmamaktadır. Hamiline yazılı bir pay senedi üzerinde rehin hakkı, rehin cirosu ile tesis edilebileceği gibi doğrudan zilyetliğin geçirilmesiyle de kurulabilir. Bu halde hamiline yazılı senede zilyet olduğunu ispat ederek giriş kartı alan yahut hak sahipliğini sonradan ispat eden kişilerin GK'ya katılabileceklerini kabul etmek gerekir. Rehın hakkının, intifa hakkı gibi pay defterine kaydı da söz konusu olmadığından ayrıca bildirim yapılmadığı sürece şirketin, hamiline yazılı bir pay senedinde rehin hakkı bulunduğunu tespit edebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>60</sup>. Bu sebeple, TTK m. 427/2'de

<sup>58</sup> **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir Saibe** (2017) Eşya Hukuku 20. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 3176.

<sup>59</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 486-487. Rehın hakkı sahibi ile pay üzerinde vedia yahut ariyet bulunması halinde bu kimselerin iptal davası açma hakkının bulunup bulunmadığını tartışan *Moroğlu*, soruyu olumsuz yanıtlamaktadır, (2017), s. 273-274. Ancak tabi ki, TTK m. 427/2'ye göre rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi yahut kullanım ödücü sözleşmesi ile pay üzerinde hak sahibi olan kişilere pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi konusunda özel temsil yetkisi ya da vekâlet verilebilecektir.

<sup>60</sup> Bu yönde bkz. **Karamanlıoğlu, Argun** (2016) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili, İstanbul, Vedat, s. 250. Hamiline yazılı pay senetlerinde rehin hakkı rehin cirosuyla da tesis edilebilir. Bu halde GK'ya katılmak isteyen rehin hakkı sahibinin bu hakkı senet metninden anlaşılacağından anılan kişinin GK'ya katılma hakkının varlığına ilişkin yetkiyi belgelendirmesi gerekecektir. *Yılmaz*'a göre, pay sahibi rehin sözleşmesini ibrazı yanında rehin hakkı tesis edilirken hamiline yazılı senedin noter onaylı



aranan yazılı belgenin mevcudiyetinin araştırılması da söz konusu olmayacak, senede zilyet bulunan rehin hakkı sahibi bu şekilde GK toplantısına katılabilecektir<sup>61</sup>.

*Tekinalp*, hükmün düzenlenme amacının senede zilyet olan bir finansal kurumun, pay sahibi ile aralarındaki saklama, rehin vs. sözleşmesinde yer alan hükümler uyarınca pay sahipliği haklarını pay sahibinin bilgisi dışında kullanmasının önüne geçilmesi olarak ifade etmiştir<sup>62</sup>. Ne var ki yukarıda izah ettiğimiz sebeple bu düzenlemenin uygulamada amacını ne kadar gerçekleştireceği tartışmalıdır.

Rehin hakkı sahibine tanınan GK toplantısına katılma ve oy verme hakkı, rehin hakkı sahibi ile payın maliki arasında borçlar hukuku anlamında bir temsil yetkisi verilmesinden ibarettir. Bu anlamda rehin hakkını haiz kimsenin sahip olduğu hak, özünde GK'ya katılma ve oy kullanma hakkını içermediğinden, bu hak ancak bir borçlar hukuku sözleşmesi ile rehin hakkı sahibine tanınabilir. Kanun koyucu rehin hakkı sahibine tanınacak bu yetkinin, TTK m. 427/2 uyarınca ancak özel yazılı bir belge ile verileceğini öngördüğünden taraflar, bu belgeye oyun hangi yönde kullanılacağına ilişkin hükümler de koyabilirler<sup>63</sup>. Bu hükümlere aykırılık, tıpkı temsil ilişkisinde

---

bir örneğinin de ibrazı GK'ya katılım noktasında çıkabilecek sorunları ortadan kaldırması bakımından önemlidir, **Yılmaz, Abdüssamet** (2020) Anonim Ortaklık Payının Rehlin ve Hapis Haklarına Konu Olması, İstanbul, On İki Levha, s. 135.

<sup>61</sup> TTK m. 426/2 karşısında GK'ya katılım için zilyetliğe ek bir başka hususu talep hükmün lafzı ve amacıyla bağdaşmayacaktır. Nitelim hamiline yazılı senetlerin tedavülü kanun koyucu tarafından kolaylaştırılmıştır. Örneğin TTK m. 415/4 Genel kurula katılma ve oy kullanma hakkının, pay sahibinin, payların sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri veya pay senetlerini şirkete bir kredi kuruluşuna veya başka bir yere depo edilmesi şartına bağlanamayacağının düzenlenmesi de bunu bir başka ispatıdır. Aynı durum nama yazılı pay senedini görünürde temlik cirosuyla devralan gizli rehin hakkı sahibi bakımından da geçerlidir, **Yılmaz**, s. 133-134.

<sup>62</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 975a.

<sup>63</sup> Benzer şekilde borcu için payını rehnedan pay sahibinin de oyunu rehnalanın talimatları doğrultusunda kullanılacağına ilişkin bir oy sözleşmesi yapılması da mümkündür. **Moroğlu** bu durumu doktrinde sürekli nitelikte oy sözleşmesi olarak tanımlamıştır, **Moroğlu, Erdoğan** (2015) Oy Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 41.

olduğu gibi taraflar arasında borçlar hukukuna ilişkin bir talep gündeme getirebilirse de oyun geçerliliğine etki etmemelidir<sup>64</sup>.

## B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, eTTK döneminde YK üyelerinin GK toplantısına katılmasının bir zorunluluk olup olmadığı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamakta idi. Bu sebeple YK üyelerinin GK toplantılarına katılmayarak, pay sahiplerinin bilgi alma haklarını kullanılamaz duruma getirmesini eleştiren *Teoman*, hiç olmazsa bilançonun görüşüldüğü toplantılarda YK üyelerinin bizzat bulunma yükümlülüğü olduğunun kabulü gerektiğini ifade etmiştir<sup>65</sup>. Yazar, bu noktada kanundaki boşluğun bilinçsiz olduğunu kabul ederek, şirket ile YK üyelerinin arasındaki vekalet ilişkisi dolayısıyla YK üyelerinin GK toplantısına katılmalarının aynı zamanda kendileri açısından bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir<sup>66</sup>.

Anılan tartışma, TTK m. 407/2 ile giderilmeye çalışılmış, yalnızca Murahhas üyeler ile bir YK üyesinin GK toplantısına katılımı zorunlu tutulmuştur. Bu düzenleme ile YK üyelerinin tamamı için değil yalnızca bir YK üyesi için katılım hem hak hem bir yükümlülük olarak düzenlenmekte iken, kalan YK üyeleri için yalnızca GK toplantısına katılım ve görüş bildirme hakkı tanınmıştır<sup>67</sup>.

## C. PAY ÜZERİNDE HAK SAHİBİ OLAN KİMSELERİN TEMSİLCİLERİ

### 1. Adi Temsilci

Pay sahiplerinin ilke olarak GK'ya bizzat katılımı zorunlu olmadığından kendisini pay sahibi olan yahut olmayan bir temsilci aracılığı ile temsil ettirmesi de mümkündür (TTK m. 425). Pay sahibinin temsiline ilişkin hükümler TTK m. 427 vd.'nda düzenlenmektedir. Kanunun sistematığıne

<sup>64</sup> Tekinalp(Poroy/Çamoğlu), C. 2, N. 987d.

<sup>65</sup> *Teoman*, (2012b), s. 225; *Teoman*, (2012a), s. 417.

<sup>66</sup> *Teoman*, (2012b), s. 226; *Teoman*, (2012a), s. 417.

<sup>67</sup> Bkz. I.a.3.

bakıldığında bu hükümler, “*Pay Sahibinin Kişisel Hakları*” başlığı altında yer aldığından doktrinde, söz konusu hakkın “*pay sahibinin temsil hakkı*” adı altında vazgeçilmez bir kişisel pay sahipliği hakkı olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Oyun kullanılmaması sonucuna yol açacak şekilde temsil hakkını kısıtlayan yahut ortadan kaldıran esas sözleşme hükümleri geçersizdir<sup>69</sup>.

Temsil yetkisinin verilme şekli TTK m. 426/1 ile TTK m. 427/2 de gösterilmektedir. Buna göre, senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden doğan pay sahipliği haklarının temsilci aracılığı ile kullanılabilmesi için pay sahibinin temsilciyi yazılı olarak yetkilendirmesi gereklidir (TTK m. 426/1)<sup>70</sup>. Bu şekilde TTK m. 426/1, TBK m. 40 vd.’daki temsile ilişkin genel hükümlerdeki şekil serbestisinden sapmakta ve temsil yetkisinin verilmesini adi yazılı şekle tabi tutmaktadır. Bunun yanında, TTK m. 426/1, m. 427/2’nin aksine bu yetkinin ayrı bir belgede yer alması zorunluluğunu şart koşmamaktadır<sup>71</sup>. Yetkiyi verecek olan kişi ise hiç kuşkusuz pay defterine kayıtlı olan pay sahibidir. Yine de pay defterine kayıt kurucu olmayıp açıklayıcı nitelikte olduğundan, gerçekte pay sahibi olan kişiler de maddi anlamda hak sahipliklerini ispat ederek temsil yetkisi verebileceklerdir<sup>72</sup>.

GK’ya katılım ve oy kullanma hakkı bakımından alt temsilin mümkün olup olmayacağı da sorulabilir. TBK m. 506 uyarınca, temsilci, temsil yetkisini bizzat ifa etmekle yükümlü ise de temsil olunan tarafından bizzat yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde

<sup>68</sup> **Karamanlioğlu**, s. 144; **Bahtiyar**, s. 171; **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, C. 2, s. 46; **Bahtiyar/Hamamcioğlu**, s. 58.

<sup>69</sup> **Bahtiyar/Hamamcioğlu**, s. 58; **Narbay**, s. 214.

<sup>70</sup> Yetkinin hangi toplantı için verildiği mutlaka belirtilmelidir, toplantı ertelendiği takdirde yeni bir yetkilendirme gerekir, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 979.

<sup>71</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, C. 1, N. 681c; **Pulaşlı**, C. 1, s. 961; **Bahtiyar/Hamamcioğlu**, s. 59. Örneğin temsil yetkisi taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin içeriğine de dahil olabilir, **Karamanlioğlu**, s. 233.

<sup>72</sup> **Narbay**, s. 215; **Karamanlioğlu**, s. 235. Temsil yetkisi verenin maddi anlamda hak sahipliğini ispat eden temsilcinin GK’ya katılma ve oy kullanma talebini reddeden YK üyelerinin hukuki sorumluluğu söz konusudur, **Narbay**, s. 216.

temsilci, temsil yetkisini başkasına devredebilir. Buna alt temsil adı verilir. Şirketler hukukunda da pay sahibinin açık rızası ile alt temsil mümkündür. Bu izin yetki belgesinde açıkça yer almalıdır. Bu durumda alt temsilci GK toplantısına katılma hakkını haiz olacaktır. *Karamanlıoğlu'na* göre GK'ya katılım hakkının varlığı bakımından sorun yaşanmaması için alt temsil yetkisinin yetki belgesinin zorunlu içeriğinden olduğunun kabulü gerekir<sup>73</sup>.

TTK, temsil yetkisinin verilmesi için yalnızca yazılı şekli gerekli ve yeterli saymakta iken BakTemYön m. 18/7'de gerek nama gerek hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin verilecek temsil yetkisinin noter onaylı vekâletname ile olması yahut vekâletnameye vekâlet verenin imza beyanının eklenmesi şart koşulmuştur. BakTemYön m. 18/7'nin Kanun'da öngörülmeleyen bir şekil şartı öngörmesi ve düzenlemenin normlar hiyerarşisine aykırı olması doktrinde eleştirilmiştir<sup>74</sup>. *Kanaatimizce*, anılan düzenleme, TTK'da düzenlenen pay sahibinin temsiline ilişkin vazgeçilmez hakkın özüne aykırı olup, bu hakkı hükmün amacını aşar şekilde sınırlandırmaktadır. Nama yazılı pay senetleri açısından adi yazılı temsil yetkisinin varlığı temsilcinin GK'ya katılımı için yeterli olmalıdır<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> **Karamanlıoğlu**, s. 192.

<sup>74</sup> *Pulaşlı*, temsil belgesindeki imzanın noter onaylı olmasının esas sözleşme ile de bir zorunluluk olarak öngörülemeyeceğini zira bu durumda oy hakkının özünün zarar gördüğünü ve böyle bir maddenin kanuna aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir, C. 1, s. 961; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 977; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 60. Hükmün normlar hiyerarşisi, TBK m. 12 ve m. 503'e aykırı olduğu yönünde bkz. **Helvacı, Mehmet** (1997) Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, İstanbul, Beta, s. 47-49; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, C. 1, N. 681c; **Karamanlıoğlu**, s. 238.

<sup>75</sup> Aykırılık durumunda GK'da alınan kararların batıl mı yoksa iptal edilebilir mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. *Kırca*, münferit de olsa pay sahibinin kanundan kaynaklanan vazgeçilmez haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararların TTK m. 447/1.a uyarınca batıl olduğu görüşündedir, **Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat)**, C. 2, s. 74. *Moroğlu'na* göre ise doğrudan mutlak emredici olup kamu düzenine ilişkin bulunan GK kararları ile nispi emredici kurulların ilerisi için de kaldırılması sonucunu doğuran genel nitelikte kararlar batıl olup, münferit olarak nispi emredici kullara aykırı alınan GK kararları iptal edilebilirdir, (2017), s. 63 vd.

Hamiline yazılı pay senetleri bakımından kanun koyucunun amacı bu senetlerin içerdiği hakkın kullanımının kolaylaştırılmasıdır. Bunun bir örneğini, TTK m. 415/4 hükmünde görmek mümkündür. eTTK döneminden farklı olarak TTK m. 415/4, GK'ya katılım ve oy hakkı kullanımı bakımından pay senetlerinin şirkete, bir kredi kuruluşuna veya başka bir yere depo edilmesinin şart koşulamayacağını düzenlemektedir. Buna paralel şekilde ve senedin zilyetliğinin mevcudiyetini yeterli gören TTK m. 426/2'nin varlığı karşısında hamiline yazılı senedi rehin hakkı dolayısıyla elinde bulunduran kimsenin pay sahipliği haklarını kullanmasının ek bir taleple zorlaştırılmaması icap eder. Noter onaylı vekâletname ibraz edilmediği gerekçesiyle temsilcinin GK'ya alınmaması halinde pay sahibinin, GK'da alınan kararların iptalini dava edebilmesi gerekir<sup>76</sup>.

Anılan hüküm, rehin, hapis hakkı ile saklama ve kullanım ödücü sözleşmelerinin varlığında dahi GK'ya katılma ve oy kullanma hakkının pay sahibinde olduğu gerçeğinden hareketle, hamiline yazılı pay senedine zilyet olan hak sahibinin mülkiyet karinesinden faydalanarak bu hakları kendi adına kullanamayacağının altını çizmektedir. Temsil yetkisinin verilmesine dair şekli düzenlemeler pay sahibi ile temsilci arasındaki iç ilişkiye yönelik olup, temsilcinin toplantıya katılabilmesi için yalnızca zilyetliğin anonim şirket bakımından yeterli olması gerekir<sup>77</sup>.

GK'da pay sahibini temsil edecek temsilci, tam ehliyetli olmalıdır. Ayrıca farklı gündem maddelerine ilişkin konularda oy kullanma hakkını haiz birden çok temsilci de GK toplantısında bulunabilir<sup>78</sup>. Buna karşın birden çok temsilci atanması durumunda BakTemYön m. 18/8 uyarınca, oy bunlardan yalnızca birisi tarafından kullanılabilir ve yetki belgesinde hangi temsilcinin oy

<sup>76</sup> *Karamanlioğlu'na* göre, TTK m. 426/1'de senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden bahsedilmesine karşın hamiline yazılı pay senetlerinin kapsama dahil edilmemesi bilinçli bir tercihtir, zira TTK m. 427/2 saklı kalmak üzere, hamiline yazılı paylarda temsil yetkisi verilmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir, s. 251.

<sup>77</sup> *Narbay*, s. 216; *Karamanlioğlu*, s. 249-250.

<sup>78</sup> *Karamanlioğlu*, s. 228.

kullanmaya yetkili olduğu gösterilir<sup>79</sup>. Ayrıca BakTemYön m. 18/9'a göre, durumun belgelendirilmesi şartı ile kanuni temsilci olan veli yahut vasinin de GK'ya katılma hakkı vardır.

TTK m. 432'ye göre bir pay, birden çok kişinin ortak mülkiyetindeyse bunlar içlerinden birini veya üçüncü bir kişiyi, GK'da paydan doğan haklarını kullanması için temsilci olarak atayabilirler. *Bahtiyar/Hamamcioğlu*; haklı olarak, kanunun lafzından bu atamanın ihtiyari olduğunun anlaşıldığını, ne var ki pay üzerinde ortak mülkiyet bulunması halinde bir müşterek temsilcinin atanmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedirler<sup>80</sup>.

Kayden izlenen paylara ilişkin temsil yetkisi SPK m. 30/2 ile "*Vekaleten Oy Kullanılması ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanmasına*" ilişkin SPK II-30.1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca verilir. Buna göre, hamiline ya da nama olması fark etmeksizin halka açık ortaklıklarda vekâletname ile temsil, en az Tebliğ Ekinde yer alan bilgileri içeren vekâletname formlarının kullanılmasıyla mümkündür (m. 6/1)<sup>81</sup>. Oy hakkını haiz pay sahipleri elektronik GK sistemi vasıtasıyla veya fiziki olarak düzenlenen vekâletname formunda yer alan imzayı onaylattırarak veya noter huzurunda düzenlenmiş

<sup>79</sup> Birden çok temsilci bulunması halinde toplantı başkanlığının oy hakkını haiz olmayan temsilcileri GK'ya almamasının pay sahibinin toplantıya katılma hakkının ihlali olmadığı yönünde bkz. *Bilgili/Demirkapı*, s. 322.

<sup>80</sup> *Bahtiyar/Hamamcioğlu*, s. 61. Pay üzerinde birden fazla malikin bulunması halinde TTK m. 432/I'in, genel kurulda paydan doğan hakların kullanılması için temsilci atanabileceğini öngördüğü; eTTK m. 373/II'ün ise, bu halde hakların temsilci ile kullanımının zorunlu olduğu anlamını çıkararak şekilde "*ancak bir temsilci marifetiyle rey haklarını kullanabilirler*" düzenlemesini haiz olduğu; Gerekçe'de, hükmün, m. 373/II'nin tekrarı olduğu ifadesi ile yetinildiği ve ifade farklılığına ilişkin bir açıklama yapılmadığı; bu sebeple doktrinin, payın birden fazla malikin bulunması halinde, paya ilişkin hakların genel kurulda yalnızca bir temsilci aracılığıyla kullanılabileceği kanaatinde olup, hükmün önceki ve şimdiki versiyonu arasındaki farklılık dikkate alınmaksızın bu kanaatin muhafaza edildiği; oysa TTK m. 432/I'den böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. *Sarıkaya, Sinan* (2019) *Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması*, İstanbul, Vedat, s. 276.

<sup>81</sup> Vekaletname formunda vekil tayin edilen kişinin ad, soyad/ticaret unvanı ve T.C. Kimlik numarası/ticaret sicili ve numarası/vergi kimlik numarası ile Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarasının açıkça belirtilmesi ve yabancı uyruklu vekiller için anılan bilgilerin varsa muadillerinin sunulması zorunludur.

imza beyanını imzalı vekâletname formuna eklemek suretiyle vekil tayin ederler (m. 8).

TTK m. 427/2’de, adi temsilcinin pay sahibinden talimat alması zorunluluğu düzenlenmemiştir. Yine de talimatın varlığı halinde temsilcinin, temsil edilenin talimatlarına uyması gerekir. Bu talimat her bir gündem maddesine ilişkin yahut genel olarak verilebilir<sup>82</sup>. Talimata aykırılık oyu geçersiz kılmaz yalnızca temsil edilene karşı sorumluluk söz konusu olur (TTK m.427/1).

## 2. Tevdi Eden Temsilcisi

Tevdi eden temsilcisi (TTK m. 429)<sup>83</sup>, adi temsilci ile birlikte bireysel temsilcilerin diğer bir türü olup<sup>84</sup>, kendisine bir hukuki ilişki sebebiyle devredilmiş bulunan pay yahut pay senetlerinden doğan GK’ya katılım, oy kullanma haklarının özel bir yetkilendirme ile kullanımının devredildiği kimselerdir<sup>85</sup>. Pay sahibinin, pay senetlerini saklamak üzere bankalara, yönetilmek üzere portföy danışmanlarına, yatırım yöneticilerine, saklama kuruluşlarına, rehin alacaklısına, aracı kurumlara ve avukatlara tevdi etmesi

<sup>82</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, C. 1, N. 681c; **Karamanlıoğlu**, s. 438.

<sup>83</sup> *Pulaşlı*, tevdi eden temsilcisi ifadesinin, kimin temsil edildiğinin tam olarak anlaşılmasını sebebiyle tevdi temsilcisi olması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim İsviçre ve Alman hukukunda yer alan “*Depotvertreter*” ifadesinin tam karşılığı da tevdi temsilcisidir, C. 1, s. 967, dn. 381.

<sup>84</sup> 7099 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce temsil, bireysel ve kurumsal temsil olarak ikiye ayrılmakta; bireysel temsil türleri adi temsilci ile tevdi eden temsilcisi iken kurumsal temsilci olarak organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci düzenlenmekte idi. Ne var ki 10.3.2018 tarihli RG’de yayımlanan 7099 sayılı Kanun ile TTK’nın “*Organın Temsilcisi, Bağımsız Temsilci ve Kurumsal Temsilci*” başlığını taşıyan 428. maddesi ile “*Bildirge*” başlıklı 430. ve “*Bildirim*” başlıklı 431. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Ayan, Özge** (2012) “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 428 Maddesinde Düzenlenen Organın Temsilcisi ve Bağımsız Temsilci”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, S. 3, s. 7 vd.

<sup>85</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, C. 1, N. 681d. Tevdi, kural olarak GK’ya katılma ve oy hakkı vermemekle birlikte tevdi olunanlar ancak kendilerine pay sahibince özel yetki verilmişse bu hakları kullanabilirler, **Kendigelen, Abuzer** (2012) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 33; **Bahtiyar** (2020), s. 174; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 63.

mümkündür<sup>86</sup>. Kimlerin tevdi eden temsilcisi olabileceği BakTemYön m. 44'te yer almaktadır. Tevdi olunan kişiler, bağlı olacakları esas ve usuller ve temsil belgesinin içeriği Ticaret Bakanlığı'nca bir yönetmelikle<sup>87</sup> düzenlenir (TTK m. 429/3).

BakTemYön m. 45'e göre, GK toplantısına katılma ve oy hakkının, tevdi edilen tarafından kullanılabilmesi için, taraflar arasındaki sözleşmede bu hususta açık bir hükmün yer alması veya BakTemYön Ek-6'da yer alan örnekteki içeriğe uygun şekilde düzenlenecek temsil belgesinin verilmesi zorunludur. Dolayısıyla burada hamiline yazılı pay senetleri bakımından TTK m. 427/2'de aranan ayrı bir yazılı belge şartının aranmadığı görülmektedir. *Kanaatimizce*, tevdi eden temsilcisi esasen TTK m. 427/2'ye göre kendisine saklama sözleşmesi uyarınca pay senedini elde bulundurma hakkı verilen kişi olduğundan, temsil yetkisinin verilme şekli ve hukuki sonuçlarının tevdi eden temsilcisine de uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle, normlar hiyerarşisine aykırı BakTemYön m. 45'in değil, TTK m. 427/2 hükmünün tatbik edilmesi gerekmektedir<sup>88</sup>.

TTK m. 429/1 ve BakTemYön m. 46'ya göre, tevdi olunan, nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda talimat almak için, her GK toplantısından önce, tevdi edene başvurmak zorundadır. Zamanında istenmiş olup da talimat alınamamışsa, tevdi edilen kişi, katılma ve oy haklarını, tevdi edenin genel talimatı uyarınca kullanır; böyle bir talimatın yokluğu hâlinde oy, YK'nın yaptığı öneriler<sup>89</sup> yönünde verilir (TTK m. 429/2).

Ne var ki tevdi eden temsilcisinin pay sahibinin talimatına yahut YK üyelerinin önerilerine uygun hareket etmemesi halinde nasıl bir hukuki sonucun meydana geleceği konusunda hükümde bir açıklık

---

<sup>86</sup> TTK m. 429 gerekçesi.

<sup>87</sup> Tevdi olunan kişiler, bağlı olacakları esas ve usuller ve temsil belgesinin içeriği BakTemYön m. 44 ila 47 arasında düzenlenmektedir.

<sup>88</sup> Bu yönde bkz. **Karamanlıoğlu**, s. 253.

<sup>89</sup> Tevdi eden temsilcisinin hiç talimat almadığı hallerde oyunu dilediği yönde kullanabileceği görüşü için bkz. **Özdemir, Türkay/Yiğit, İlhan** (2007) Anonim Şirket Genel Kurullarında Pay Sahibinin Temsili ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C.1, İstanbul, s. 461.



bulunmamaktadır<sup>90</sup>. *Kendigelen*, gerekçede hükmün “*sosyal politika ile doğrudan ilgili emredici bir hüküm*” olduğunun belirtilmesi nedeniyle talimata aykırı olarak oy kullanılması halinde TTK m. 427/1’in uygulanması sonucu oyun geçersiz sayılmaması gerektiğini; ancak aynı saptamanın talimat yokluğu yahut YK’nın önerilerine aykırı oy kullanılması ihtimalinde yapılamayacağını; aksi halde GK’da alınan kararların iptali kabil olabileceğini belirtmektedir<sup>91</sup>.

### III. GK’YA KATILABİLECEK DİĞER KİŞİLER

TTK’nın 407. maddesinde zikredilen pay sahipleri, temsilcileri, murahhas üyeler, YK üyeleri ve denetçiler dışında, GK’ya katılma hakkı bulunan başkaca kimseler olup olmadığı gerek Türk gerek Alman doktrininde tartışma konusu olmuştur<sup>92</sup>. Uygulamada şirketin veya pay sahiplerinin avukatlarının, muhasebecilerinin, mali müşavirlerinin toplantıya katıldıkları sıklıkla gözlemlenmektedir<sup>93</sup>.

TTK m. 407 hükmünün gerekçesinde GK’ya katılma hakkının hükümde zikredilen kişilerden başkalarına tanınmasının “*ratio legis*”e uygun düşmediği ifade edilmektedir<sup>94</sup>. Konu hakkında detaylı bir çalışma kaleme alan *Teoman*, GK toplantısına dinleyicilerin katılıp katılamayacağını, bu konuda karar vermeye yetkili olan merciin kim olduğunu tartışmıştır. Konuyu eTTK döneminde ele alan yazar, bu hususta açık bir esas sözleşme hükmünün bulunması durumunda dinleyicilerin de GK toplantısına katılabileceğini ifade etmiştir<sup>95</sup>. Yazar, esas sözleşmede açık bir hüküm bulunmaması halinde de dinleyicilerin GK’ya katılabilmesini olanaklı görmekte, GK’nın pay sahipleri ve YK üyelerinden oluşan kapalı bir organ konumunda olmasının basın mensupları gibi dinleyicilerin katılımına engel oluşturmayacağını

<sup>90</sup> **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 64.

<sup>91</sup> **Kendigelen** (2012), s. 332.

<sup>92</sup> İlgili tartışmalar için bkz. **Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması”, *Tüm Makalelerim C. 1-2*, İstanbul, On İki Levha, s. 247.

<sup>93</sup> **Pulaşlı**, C. 1, s. 921; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 79.

<sup>94</sup> TTK m. 407 gerekçesi.

<sup>95</sup> **Teoman** (2012e), s. 247.

belirtmektedir. Bu halde dinleyicilerin GK'ya alınıp alınmayacağı konusunda yetkili kişi GK başkanıdır (TTK m. 419)<sup>96</sup>.

TTK döneminde ise bu husus “*Emredici Hükümler*” başlıklı m. 340 kapsamında değerlendirilmektedir<sup>97</sup>. Buna göre doktrinde, esas sözleşme ile dinleyicilere de GK'ya katılma hakkı öngörülmesinin, TTK m. 340'ın varlığı karşısında şüpheli olduğunu savunanların yanında<sup>98</sup>; esas sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunabileceğini ve bu hususun emredici hükümler ilkesi ile çelişki yaratmayacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır<sup>99</sup>. Bu yazarlara göre durumun esas sözleşme ile çözüme kavuşturulmaması halinde ise toplantı başkanı yahut GK'nın alacağı bir kararla dinleyicilerin GK'ya katılımı sorunu çözümlenebilecektir<sup>100</sup>.

Dinleyicilerin GK'ya katılımları konusunda BakTemYön ekinde yer alan “*Toplantı Yerine Giriş ve Hazırlıklar*” başlıklı m. 5'e göre de, toplantı başkanlığına seçilecek veya görevlendirilecek diğer kişilerin toplantıya girebileceği belirtilmektedir. Buna göre, şirketin diğer yöneticileri, çalışanları, misafirler, ses ve görüntü alma teknisyenleri, basın mensupları gibi kişilerin de toplantı yerine girmesi öngörülüyorsa bu durum ayrıca İç Yönerge'de (TTK m. 419/2) belirtilmelidir<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> **Teoman**, (2012e), s. 253.

<sup>97</sup> Emredici hükümler hakkında monografik bir çalışma olarak bkz. **Karasu, Rauf** (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.

<sup>98</sup> **Moroğlu** (2017), s. 134. *Tekinalp* ise üçüncü kişilerin AŞ GK'sına girmeye hakları olmadığı görüşündedir, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, C. 2, N. 949.

<sup>99</sup> **Pulaşlı**, C. 1, s. 921; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 83.

<sup>100</sup> **Pulaşlı**, C. 1, s. 921; **İmregün**, s. 129.

<sup>101</sup> *Moroğlu ve Pulaşlı*'ya göre, dinleyicilerin toplantıya alınması yahut alınmaması tek başına GK'da alınan kararların geçerliliğine etki etmez. Kararın iptali ancak bu kimselerin kararın alınmasında bir şekilde etkili olduklarının ispatı ile mümkün olacaktır, **Moroğlu** (2017), s. 135; **Pulaşlı**, C. 1, s. 921.

## VI. GK'YA KATILMAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

TTK m. 407, GK'ya katılması zorunlu bulunan kimseler ile GK'ya katılmaya yetkili olan kişileri açıkça hükme bağlamasına karşın; katılımı bir yükümlülük olan kişilerin GK toplantısına iştirak etmemeleri halinde yaptırımının ne olacağı hususunda suskundur<sup>102</sup>.

İfade ediliş şekli, hükmün emredici olduğu izlenimi uyandırmakta ise de madde gerekçesi incelendiğinde, Murahhas üyelerle en az bir YK üyesi ve denetçinin GK'ya katılımının bir zorunluluk olduğu ancak bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesinin GK'da alınan kararların geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>103</sup>. Hükmün lafzı ile gerekçe arasındaki bu uyumsuzluk, yükümlülüğe aykırı hareketin hukuki sonuçları hususunda tartışmalara gebe dir. Aşağıda GK toplantısına katılma yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımları ilgili görüşler ve kanaatimiz, Murahhas üyeler ile denetçi ve bakanlık temsilcisi bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

### A. MURAHHAS ÜYELER VE DENETÇİNİN GK TOPLANTISINA KATILMAMASI HALİNDE ALINAN KARARLARIN YAPTIRIMI

İkincil düzenlemelere bakıldığında tartışmaların özellikle KomY'nin yürürlükte olduğu dönemde ön plana çıktığı görülmektedir. Zira burada olağan GK toplantılarında YK üyeleri ile denetçilerden en az birisinin toplantıda hazır bulunması bir zorunluluk olarak öngörülmekte (KomY m. 20/2); aksi halde komiserin toplantının açılmamasına karar vereceği düzenlenmekte idi (KomY m. 31). eTTK'da, anılan kişilerin GK toplantısına katılım zorunluğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmazken; Yönetmelik maddesi ile komisere toplantının açılmasına engel olma yetkisi verilmesi doktrinde, haklı olarak, eleştirilmekte idi<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> **Moroğlu, Erdoğan** (2012) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 209; **Teoman**, (2012b), s. 238.

<sup>103</sup> TTK m. 407/2 gerekçesi. *Kendigelen*, ifade tarzının farklı yorumlara sebebiyet verebileceği gerekçesiyle hükmü eleştirmektedir, (2012), s. 306.

<sup>104</sup> **Helvacı**, s. 42-46. Yaptırımın yerinde olmadığı ve komiserin görevi ile bağdaşmadığı yönünde bkz. **Teoman**, (2012b), s. 230; **Bahtiyar, Mehmet** (2007) "Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Rapor Hazırlamaları ve Olağan Genel Kurul Toplantısına Katılmaları

Hâlihazırda yürürlükte olan BakTemYön m. 17, GK toplantılarında murahas üyeler ile en az bir YK üyesinin hazır bulunmasının şart olduğunu; diğer YK üyelerinin de GK toplantısına katılabileceğini, ayrıca denetime tabi olan şirketlerin GK toplantılarında denetçinin de hazır bulunması gerektiğini düzenleyerek ilgili TTK hükmünü tekrar etmekte; bakanlık temsilcisinin görevleri arasında toplantıya katılması zorunlu olan kişilerin katılmaması durumunda toplantının açılmamasına karar verme yetkisine yer verilmemektedir. Ayrıca “*Toplantının Yapılamaması*” başlıklı m. 27’de ise yalnızca, gerektiği halde Bakanlık temsilcisi bulunmamasının toplantının yapılmasına engel olacağı ifade edilmektedir.

eTTK ve KomY’nin yürürlükte olduğu dönemde katılması zorunlu kimselerin GK’ya katılmamasının hukuki sonuçlarını tartışan *Kaya*, konuyu bilgi alma hakkı bakımından değerlendirmektedir. Yazara göre, denetçiler ve YK üyeleri bilgi verme yükümlüsüdürler ve pay sahipleri bilgi alma haklarını GK’da kullanırlar<sup>105</sup>. eTTK’da denetçilerin bu yükümü açıkça zikredilmektedir. Zira yükümlülüğün asıl muhatabı denetçilerdir<sup>106</sup>. Bu sebeplerdir ki denetçilerin GK’ya katılmaması halinde yeteri kadar bilgi sahibi olamadığını ifade eden pay sahibinin, bu hususu toplantı tutanağına kaydettirerek iptal davası açabilmesi gerekir<sup>107</sup>. YK üyeleri açısından da konuyu ele alan yazar, kanunun YK’ya GK’nın toplanması ile ilgili vermiş olduğu ödevler ve YK’nın da geniş anlamda bilgi verme yükümlüsü olması karşısında, YK üyelerinin de GK toplantısına katılmasının bir zorunluluk olduğunu ve katılmama halinde somut gündem maddesi ile ilgili iptal davası açılabileceğini ifade etmiştir<sup>108</sup>.

*Teoman*’a göre, toplantıya katılma yükümlülüğüne aykırılık tek başına GK kararlarının geçerliliğine etki etmez, bu bir düzen hükmüdür. Yine de pay

---

Nedeniyle Komiserin Toplantıyı Açamamasının Sonuçları (Somut Bir Olaya İlişkin Notlar)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, s. 374; **Alışkan, Murat** (2007) Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul, Legal, s. 110.

<sup>105</sup> **Kaya**, s. 169.

<sup>106</sup> **Kaya**, s. 170.

<sup>107</sup> **Kaya**, s. 172.

<sup>108</sup> **Kaya**, s. 185.

sahipleri bilgi alma haklarını gereği gibi kullanamadıklarını ileri sürmek suretiyle iptal davası açabilmelidirler<sup>109</sup>. Aynı zamanda bu yükümlülüğün ihlali, murahhaslar ile YK üyeleri ve denetçilerin sorumluluğuna da yol açabilmelidir<sup>110</sup>.

*Moroğlu, Tekinalp, Bahtiyar ve Bilgili/Demirkapı*'ya göre, kanunen katılması zorunlu olan kimselerin GK toplantısına katılmamalarının yaptırımının kanunda gösterilmemesi ve gerekçede bu hükmün bir düzen hükmü olduğunun ifade edilmesi karşısında alınan kararların iptali söz konusu olmayıp, bu durum olsa olsa GK'ya katılmayan YK üyeleri ve denetçilerin sorumluluğuna yol açabilir<sup>111</sup>.

*Pulaşlı*, murahhas üyeler ile en az bir YK üyesi ve denetçinin GK toplantısında hazır olmamasının doğrudan toplantının ve alınan kararın geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre, gündemin müzakeresine geçilmeden önce, pay sahiplerinden birinin murahhas üyeler ile en az bir YK üyesinin GK toplantısında bulunmamasına yönelik bir itirazının bulunması ve bu itirazın tutanağa geçirilmesi şartıyla GK'da anılan kararların iptal edilebilmesi gerekir. Zira bu kimselerin toplantıda bulunmaması pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ihlalidir ve mutlak bir iptal sebebi teşkil eder<sup>112</sup>.

Denetçilerin de GK toplantısında hazır bulunmasının şart olduğunu belirten *Pulaşlı*, denetçinin özellikle olağan GK toplantılarına katılması

<sup>109</sup> **Teoman**, (2012b), s. 238. *Orbay Ortaç/Al Kılıç'a* göre de yalnızca ilgililerin GK'ya katılmaması sebebiyle pay sahibinin vazgeçilemez nitelikteki bilgi alma hakkının ihlal edildiği durumlarda ilgili madde ve bununla bağlantılı gündem maddeleri bakımından karara muhalif kalarak ve bu muhalefeti tutanağa geçirerek iptal edilebilirlik yaptırımı kabul edilmelidir. Yazarlar, toplantıya katılmama halinde ise 446/1-b hükmünün işletilemeyeceği kanaatinde, s. 230.

<sup>110</sup> **Teoman**, (2012b), s. 238. Ayrıca yükümlülüğe aykırı hareket azil için haklı bir sebep de teşkil edecektir, **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 75. YK üyelerine karşı açılacak olan sorumluluk davasında yükümlülüğün en az bir YK üyesine getirilmiş olması, diğer YK üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamına gelmez. Bu durumda dava tüm YK üyelerine yöneltilecektir, **Teoman**, (2012b), s. 235.

<sup>111</sup> **Moroğlu** (2017), s. 131-132; **Tekinalp**, s. 259; **Bilgili/Demirkapı**, s. 299.

<sup>112</sup> **Pulaşlı**, C. 1, s. 919.

gerektiğini, bu katılım zorunluluğunun İsvBK düzenlenmesinde olduğu gibi alınacak bir GK kararı ile de kaldırılamayacağını belirtmektedir. Bu sebeple, denetçinin GK’da hazır bulunmaması halinde GK’nın finansal tabloların tasdiki ve bilanço karının kullanımına ilişkin GK kararları iptali kabildir<sup>113</sup>.

*Çamoğlu*’na göre ise TTK’nın 407. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları emredici nitelikte olduğundan GK toplantısına katılması zorunlu olan kişilerden yoksun bir GK toplantısında alınan kararlar batıldır<sup>114</sup>.

Konuyu son dönemde ele alan *Kendigelen/Çonkar*’a göre, mehz kanunlardaki düzenlemeler<sup>115</sup>, hukuk güvenliği ve butlanın ikincilliği prensibi dikkate alındığında hükmün yaptırımının yokluk, butlan yahut her halükarda iptal edilebilirlik olmaması gerekir. Alınan kararın bilgi alma hakkı ile doğrudan bağlantılı olması halinde ise yaptırımın iptal edilebilirlik olup olmayacağı değerlendirilebilir<sup>116</sup>. Yazarlar TTK m. 407’ye aykırılığın kategorik bir iptal sebebi olmasına gerek bulunmadığını nitekim önemli olan hususun bilginin kimin tarafından verildiği değil, somut olayda bilgi alma hakkının kullanılıp kullanılmadığı olduğunun altını çizmekte; bu sebeple TTK m.

---

<sup>113</sup> **Pulaşlı**, C. 1, s. 919.

<sup>114</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, C. 1, N. 680. Yazar, her ne kadar toplantının batıl olduğunu ifade etse de kanaatimizce toplantıda alınan kararların butlanından bahsetmek daha isabetli olacaktır. Yazar, aynı eserin 2013 basısında toplantının geçersizliğinden söz etmekte fakat bu geçersizliğin yaptırımını belirtmemektedir. Hükmün ikinci ve üçüncü fıkrasının emredici olması, bu fıkralarda bakanlık temsilcisinin de zikredilmesi ve Bakanlık temsilcisinin bulunmadığı toplantılarda alınan kararların genellikle yoklukla malul olmasından yola çıkarak *Kendigelen/Çonkar*, yazarın yokluk görüşünü benimsediği kanaatine varmışlardır. **Kendigelen, Abuzer/Çonkar, Halil** (2019) “Genel Kurula İlişkin Uygulamada Karşılaşılan İki Güncel Sorun”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, s. 679. Aynı eserin son basısında ise *Çamoğlu*, açıkça hükme aykırılığın yaptırımının butlan olduğunu belirtmiştir.

<sup>115</sup> Örneğin, Alman hukukunda YK üyesinin GK’ya katılmaması halinde haklı sebeple azli yahut sorumluluğu gündeme gelirken; denetçinin toplantıya katılma yükümlülüğü yalnızca bilançonun onaylanması kararının GK’ya bırakıldığı hallerde mevcut olup bu yükümlülüğe aykırılık yalnızca bilançonun onaylanmasına ilişkin GK kararının iptaline neden olmaktadır, **Kendigelen/Çonkar**, s. 683.

<sup>116</sup> **Kendigelen/Çonkar**, s. 684-685.

407'ye aykırılığın bir sorumluluk yahut haklı sebeple azil nedeni olacağını belirtmektedirler<sup>117</sup>.

## B. BAKANLIK TEMSİLCİSİNİN GK TOPLANTISINA KATILMAMASI HALİNDE ALINAN KARARLARIN YAPTIRIMI

Anonim şirket GK toplantılarına katılması bir zorunluluk olarak öngörülen diğer grup ise Bakanlık temsilcisidir. Bu zorunluluk hem TTK m. 407/3 hem de BakTemYön m. 32'de düzenlenmektedir.

BakTemYön uyarınca, Bakanlık temsilcisinin bulunmasının zorunlu olduğu GK'larda, temsilcinin yokluğunda alınan kararlar geçerli olmayacaktır. Temsilci bulunması zorunlu olmayan hallerde de GK'yı toplantıya çağırınların talep etmeleri halinde Bakanlık temsilcisi görevlendirilir. Bu hallerde de temsilcinin yokluğunda alınan GK kararları geçersiz olup (BakTemYön m. 32/4) temsilcinin katıldığı fakat toplantı tutanağını imzalamadığı hallerde de alınan kararlar geçersizdir (BakTemYön m. 26/5).

BakTemYön m. 26/5 ile m. 32/4, "geçersizlikten" söz etmekte fakat bu geçersizliğin türünün ne olacağını belirtmemektedir. Doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere Bakanlık temsilcisinin GK toplantısında bulunmamasının (yahut tutanağa imza atmamasının) yaptırımını GK'da alınan kararların yokluğudur<sup>118</sup>. Buna göre, "toplantı tutanağının kanunda öngörülen şekilde tutulması ve temsilci tarafından imzalamasının alınan kararların geçerlilik şartı olduğu" ifade edilmekte; bu görüş, Yargıtay'ca da kabul görmektedir<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Kendigelen/Çonkar, s. 686.

<sup>118</sup> Arslanlı, s. 44; Moroğlu (2017), s. 132, 146; Teoman, (2012b), s. 239; Helvacı, s. 30; Bahtiyar, (2020), s. 167, dn. 230; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 77; Alışkan, s. 89; Şener, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 485. eTTK dönemi bakımından aynı değerlendirme için bkz. İmregün, s. 142; Yiğit, İlhan (2005) Anonim Ortaklık Genel Kurullarının İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul, Vedat, s. 140.

<sup>119</sup> "865 sayılı TK'nın 482. maddesi yoluyla kooperatiflerin umumi heyetleri hakkında da tatbik olunan 297 ve 378. maddeleri hükmünce Ticaret Vekaleti komiserini toplantılarda bulunup zabıtları imzalamış olması kararların muteberliği için zaruri bir şarttır. Demek ki bu zaruri şart gerçekleşmiş olmadığı takdirde artık bir karar söz konusu olmayacaktır. Yani ortada

Son dönemde konuyu ele alan *Bahtiyar*'a göre ise sorun, şirket iradesinin ortaya çıkma anı bakımından değerlendirilmelidir<sup>120</sup>. Zira ancak bu halde bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan yahut onun tarafından imza edilmemiş bulunan kararların hukuki akıbeti ortaya çıkabilir. Yazara göre, eTTK'nın aksine yalnızca kanunda sayılan GK toplantılarına Bakanlık temsilcisinin katılımının öngörülmesi temsilcinin varlığının GK kararlarının kurucu bir unsuru olmadığıdır<sup>121</sup>. Bu bakımdan tescilin yahut

*keenlemeyekün bir karar bulunacaktır.*" Yargıtay HGK 6.2.1957, E. 50, K. 20 (**Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer** (2014) İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 335).

*"T.T.K.'nun 378. maddesinin kendisine atıfta bulunduğu aynı kanunun 297. maddesi sarahatine göre, genel kurul toplantılarında hükümet komiserinin o toplantının başlangıcından sonuna kadar hazır bulunması ve müzakere zabıtlarının kanuna uygun bir şekilde tutulmalarına nezaret etmesi ve yapılan toplantının kanunun öngördüğü şekil ve şartlara göre toplanıp toplanmadığını kontrol ve nezaret etmesi gerekli olup, olayda ise vazifeli hükümet komiserinin genel kurul toplantı zabıtında yazılı olduğu şekilde kanunun öngördüğü şartlara, riayet edilmeden toplantı yapıldığını belirtmiş ve toplantıda hazır bulunanların toplantıya devam etmekte ısrar etmeleri üzerine keyfiyeti zapta geçirek genel kurulu terketmiş olmasına, hükümet komiserinin yukarıda değinildiği şekilde toplantıda bulunmaması TTK'nun 297 ve 378. maddelerinin gerekçesinde ve bu maddelerin kenar başlıklarında açıkça yazılı olduğu şekilde ( kararların muteberlik şartı ) olmasına göre, ticaret sicil memurunun geçerli olmayan böyle bir kararı tescil etmemesi yerinde iken, mahkemece aksine düşünce ile ticaret sicil memurluğu kararının kaldırılmasına ve olağanüstü genel kurul zabıtlarının tescil ve ilanına karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir."* Yargıtay 11. HD., 5.4.1982, E. 1512, K. 1491 (Kazancı İBB, Erişim Tarihi: 7.5.2018).

*"Komiserin toplantıda bizzat hazır bulunduğu zabıtlardan anlaşılması yeterli olmayıp ancak komiserin zabıtları imzalamış olması halinde alınan kararlar muteber hale gelir."* Yargıtay 11. HD., 14.5.1964, E. 1963/4265, K. 1775 (**Moroğlu** (2017), s. 132, dn. 217). KoopK. m. 87 dolayısıyla Kooperatif şirketlerde bu yönde bkz. *"Görevlendirilen bakanlık temsilcisinin gelmemesi üzerine mahalli idare amirine durum bildirilmeli, temsilcinin bu bildirim ve bir saat beklenmesine rağmen yine gelmemesi halinde toplantıya başlanmalıdır. Bu prosedür uygulanmadan alınan kararların yok hükmünde sayılacağı..."* Yargıtay 23. HD., 24.2.2014, E. 737, K. 1273 (Kazancı İBB, Erişim Tarihi: 7.5.2018).

<sup>120</sup> **Bahtiyar, Mehmet** (2019) "Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü- Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, İstanbul, Seçkin, s. 56.

<sup>121</sup> **Bahtiyar**, (2019), s. 57.



bakanlık temsilcisinin tutanağı imzalamasının her durumda GK'da alınan kararın ortaya çıkması için zaruri olduğu yorumunda isabet bulunmamaktadır.

Bu açıdan daha önce kendisinin de iştirak ettiği yokluk yaptırımının her halükarda kabul edilmesinin sakıncalı olacağını ifade eden yazar, Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu hallerde onun yokluğunda alınan kararların yok olması gerektiğini savunmakla birlikte temsilcinin toplantıda bulunup da çeşitli gerekçelerle toplantı tutanağını imzalanmaması halinde alınan kararların batıl olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>122</sup>. Zira tutanak emredici nitelikte bir *şekil* kuralıdır ve şekle aykırılığın yaptırımı TBK m. 12 uyarınca butlandır<sup>123</sup>.

### C. KANAATİMİZ

*i. Kanaatimizce*, AŞ'lerde GK'ya katılımı bir zorunluluk olarak öngörülen murahhas üyeler ile –kabulümüzce murahhas müdürlerin- en az bir YK üyesinin ve denetçinin GK toplantısına iştirak etmemesi, ilgili GK'da alınan kararların geçerliliğini etkilememelidir. Bu doğrultuda TTK m. 407 bir düzen hükmüdür. Böyle bir yükümlülüğün ikincil bir düzenleme olan yönetmelikle getirilmesi ise hukuk tekniğine uygun değildir. Nitekim, KomY'nin yürürlükte olduğu dönemde komiserin, katılımı zorunlu kişilerin bulunmadığını tespiti ile GK toplantısının açılmamasına karar vermesi doktrinde yoğun eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu doğrultuda ilgili hükmün BakTemYön'e alınmaması, TTK m. 407'nin bir düzen hükmü olduğunu destekler niteliktedir ve bilinçli bir tercihtir.

Kaldı ki katılması zorunlu kişilerin toplantıya katılmamalarının yaptırımının GK'nın yapılamaması yahut alınan kararların mutlak olarak iptali olduğu sonucuna varılması bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Bu kişiler, toplantıya sürekli olarak katılmayıp GK'nın çalışmasını engelleyerek hükmü kötüye kullanabilirler<sup>124</sup>. Dolayısıyla, ilgili

<sup>122</sup> Bahtiyar, (2019), s. 63.

<sup>123</sup> Bahtiyar, (2019), s. 45. Aynı yönde bkz. Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), C. 2, s. 54.

<sup>124</sup> Bu yönde bkz. Bahtiyar, (2019), s. 61; Kendigelen/Çonkar, s. 685; Helvacı, s. 44-45

hükmün bir düzen hükmü olduğunun kabulü daha isabetlidir. Hal böyle olmakla birlikte GK'ya katılma yükümlülüğü altında bulunan kişilerin toplantıya katılmamasının pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını zedelemesi de söz konusu olabilir.

Bilgi alma hakkı toplantı dışında kullanılabilceği gibi GK toplantısı sırasında bilgi verme yükümlülerine soru sormak suretiyle de kullanılabilir. TTK m. 437/2'ye göre, bilgi verme yükümlüleri YK ve denetçilerdir. TTK m. 437/6'ye göre bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamayacağı yahut sınırlandırılmayacağı gibi hakkın kullanımının zorlaştırılmaması da gerekir. Bu bağlamda bilgi verme yükümlülerinin GK toplantısında hazır bulunması bir zorunluluktur. Bu yükümlülüğe aykırı davranış halinde GK'ya katılmakla birlikte ilgili konuda bilgi edinemeyen (örneğin finansal tabloların onaylanması maddesinde denetçilere soru yöneltemeyen) pay sahibinin TTK m. 437/5 uyarınca bilgi alma hakkını dava yoluyla kullanabilme imkanının yanı sıra karara olumsuz oy verip muhalefetini tutanağa geçirerek iptal davası açabilmesi gerekir (TTK m.446/1.a). Bu noktada *Kendigelen/Çonkar*'ın haklı olarak ifade ettiği üzere açılacak olan bir iptal davasında esasen bilgi alma hakkının ihlalinin alınan karar üzerinde etkili olup olmadığı inceleneceğinden, TTK m. 407'ye aykırılığın ayrıca bir iptal sebebi olarak öngörülmesi gerekli de değildir. Örneğin, pay sahibi tarafından YK'ya toplantı öncesi sorular yöneltilmiş ve buna bilgi alma hakkının gereğine uygun cevaplar verilmişse, artık bilgi verme yükümlülerinin toplantıya katılmadıklarından bahisle iptale gidilememelidir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda TTK m. 407/1-2 hükmünün varlık sebebi sorgulanabilirse de anılan hükmün tamamen işlevsiz olduğundan bahsedilemez. *Kanaatimizce* burada, YK üyeleri ve denetçilerin görevlerinin doğası gereği yükümlülüğü olan GK'ya katılma, hukuki bir düzenleme ile pekiştirilmiş ve açılacak olan sorumluluk davalarında YK üye ve denetçilerinin GK'ya katılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının; YK üyelerinin azli halinde ise haklı sebebin mevcudiyetinin ayrıca tartışma konusu yapılmasının önüne geçilmiştir.

ii. Bakanlık temsilcisinin bulunmadığı yahut GK toplantı tutanağını imzalamadığı hallerde alınan kararların akıbetinin ne olacağı sorusu ise TTK m. 422, BakTemYön m. 26/5, m. 32/4 ve kanun koyucunun GK toplantılarında bakanlık temsilcisinin bulunmasına ilişkin iradesi ışığında cevaplandırılmalıdır. BakTemYön m. 32/4, Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların *geçerli olmadığını* düzenlemektedir<sup>125</sup>. *Kanaatimizce*, bu geçersizliğin türü yokluktur. eTTK'da Bakanlık temsilcisinin tüm GK toplantılarında hazır bulunması bir zorunluluktur. BakTemYön m. 32 uyarınca ise yalnızca hükümde sayılan gündem maddelerinin söz konusu olduğu GK toplantılarında Bakanlık temsilcisi bulunmalıdır. eTTK'dan farklı olarak yalnızca bazı gündem maddelerinin müzakere edileceği GK toplantılarında Bakanlık temsilcisinin hazır bulunmakla yükümlü olması, kanaatimizce bu zorunluluğun mevcut olduğu hallerde Bakanlık temsilcisinin iradesinin, GK iradesinin tamamlayıcı bir kurucu unsuru olduğuna işaret eder<sup>126</sup>. Nasıl ki bir sözleşmenin kurucu unsuru tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri ise hukuken geçerli bir GK kararının ortaya çıkabilmesi için pay sahiplerinin yanı sıra Bakanlık temsilcisinin de iradesinin GK kararına yansması gereklidir. Bu nedenle, Bakanlık temsilcisinin katılmak zorunda olduğu bir GK toplantısına iştirak etmemesi halinde GK'da alınan kararlar yoklukla sakat olacaktır<sup>127</sup>.

BakTemYön m. 32/4, Bakanlık temsilcisinin GK toplantısına *katılmaması* halini düzenlemekte, temsilcinin katılmasına karşın GK toplantı tutanağını imzalamaması halinden ise söz etmemektedir. TTK m. 422 ve BakTemYön m. 26/5, GK toplantı tutanağının Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanacağını aksi halde *tutanağın* geçersiz olacağını düzenlemektedir<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> Bahtiyar, "geçersizdir" sözcüğünün butlan yaptırımını karşılaması gerektiğini ifade etmektedir, (2019), s. 59. Kanaatimizce anılan ifade "yokluk" yaptırımını işaret etmektedir.

<sup>126</sup> Bahtiyar ise aynı gerekçeyle farklı sonuca varmaktadır, (2019), s. 57.

<sup>127</sup> Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, C. 2, s. 10, Bakanlık temsilcisinin mevcudiyetinin gerekli olduğu ifade edilmek suretiyle bu yönde bkz. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin (2003) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 696.

<sup>128</sup> Her ne kadar hükmün lafzı tutanağın geçersizliğinden bahsetse de doktrinde, tutanağın geçersizliğinin GK kararlarının geçersizliğine yol açtığı kabul edilmektedir. Tutanağın işlevi ve önemi hakkında detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, C. 1, s. 1000 vd.

Her ne kadar doktrinde hemen hemen ihtilafsız biçimde<sup>129</sup> Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılmaması ile tutanağa imza atmaması hali bir ayırım yapılmaksızın yokluk yaptırımına tabi tutulsa da *kanaatimizce* Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılmaması ile toplantı tutanağını imzalamaması hallerini birbirinden ayırmak isabetli olacaktır. Bu bağlamda zorunlu hallerde bakanlık temsilcisinin GK toplantısına katılmasına karşın tutanağı herhangi bir sebeple imzalamamış olmasına yokluk yaptırımının uygulanması tutanağa, GK kararının ortaya çıkışı bakımından bir kuruculuk atfeder ki bu her zaman isabetli olmayan bir tespittir. Bu sebeple tutanağın kararın ortaya çıkması bakımından kurucu mu olduğu yoksa yalnızca GK'da alınan kararların, pay sahiplerinin özelliklerinin ve verdikleri oyların yönünün tespitini mi sağladığı sorusu önem taşımaktadır.

Doktrinde bir GK kararının ortaya çıkması için bir kurulun yapılması ve bu kurulda bir karar alınmış olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>130</sup>. TTK m. 422'de de tutanağın, toplantıya katılan pay sahipleri, payların itibari değerleri gibi bilgilerin tespitini içeren bir belge olduğu düzenlenmektedir. Ticaret siciline tescilin kurucu olduğu sermaye artırımını gibi ayrıksı durumlar bir kenara bırakıldığında GK'da alınan kararlar, alındıkları anda hüküm ve sonuç doğurur. Esas sözleşme değişiklikleri bakımından bu husus, TTK m. 455'te düzenlenmektedir. Hükmün mefhumu muhalifinden değiştirme kararının iç ilişkide alınma anından itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacağı anlaşılmaktadır.

*Kanaatimizce*, Bakanlık temsilcisinin sonuna kadar nezaret ederek kanuni vazifesini ifa ettiği fakat tutanağı imzalamadığı hallerde, alınan kararların yoklukla malul olduğunu söylemek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Zira Bakanlık temsilcisinin kanunda sayılan hallerde yükümlülüğü ilgili toplantıda hazır bulunarak, toplantıya nezaret etmek ve BakTemYön m. 34'teki görev ve sorumlulukları yerine getirmektir. Bunun sonucunda ilgili hususların şerh düğüldüğü tutanağın ilgililer ve son tahlilde Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması tamamlayıcı bir şekil şartı niteliği

<sup>129</sup> İmregün, s. 152; Moroğlu (2017), s. 147; Arslanlı, s. 65; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, C.1, N. 722a; Pulaşlı, C. 2, s. 1013; Alışkan, s. 89.

<sup>130</sup> Moroğlu (2017), s. 77, 135.

taşımaktadır. Dolayısıyla Bakanlık temsilcisinin sonuna kadar katıldığı bir GK toplantısından zorunlu bir hal nedeniyle ayrılması sonucu tutanağı imzalamamış olması durumunda alınan kararların yokluğundan değil, şekil şartına aykırılık nedeniyle butlanından bahsedilmelidir. Bu ayırımın yapılması önemlidir zira pratikte butlan ile yokluk arasında sonuç itibarıyla bir fark olmadığı ileri sürülse de yokluğun aksine butlanı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması (TMK m.2) teşkil edebilir. Bu itibarla, pay sahiplerinin iradelerinin yok sayılması suretiyle Bakanlık temsilcisinin sonuna kadar nezaret ettiği bir toplantıdan mazereti sonucu tutanağı imzalamadan ayrılması halinde alınan kararların batıl olduğu ileri sürülebilirse de pay sahiplerince bu iddianın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu savunması yapılabilecektir<sup>131</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki bu halde Bakanlık temsilcinin BakTemYön m. 39 uyarınca sorumluluğu da gündeme gelebilecektir.

## SONUÇ

Anonim şirket GK'ları bir pay sahipleri kurulu olup, olağan katılımcıları pay sahipleridir. Pay sahiplerinin yanında hiç kuşkusuz pay sahiplerinin temsilcileri, intifa hakkı sahipleri ve kendilerine bu hususta yetki verilmiş ise rehin, hapis hakkı vb. sözleşmenin taraflarının da GK'ya katılma hakkı bulunmaktadır.

Bu kimseler için öngörülmüş bulunan GK'ya katılma hakkı diğer bazı kişiler için ise hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK'nın 407. maddesi uyarınca murahhas üyeler ile en az bir YK üyesinin, denetçilerin ve Bakanlık temsilcisinin GK'ya katılması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Mehz Alman hukukuna bakıldığında bu yükümlülük tüm YK üyelerine ait iken; Türk hukukunda niçin yalnızca bir YK üyesi bakımından bu zorunluluğun getirildiği net değildir. *Kanaatimizce*

---

<sup>131</sup> Butlan ile yokluk arasındaki farklılık kendini, tahvil imkânının varlığı ve geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği noktalarında göstermektedir. Hukuki sonuç bakımından iki yaptırım türünün bir farkı olmadığı yönünde bkz. **Pulaşlı**, C. 2, s. 1013, dn. 525.

olması gereken hukuk bakımından madde metni “YK üyelerinin tamamı ile *murahhas müdürlerin*” GK toplantısına katılım zorunluluğunu açıkça ifade etmelidir.

Bu zorunluluğa uyulmaması halinde ilgili kişilerin nasıl bir yaptırımla karşılaşacakları hususunda ise kanun koyucu bir düzenleme yapmamıştır. TTK m. 407, gerekçede de belirtildiği üzere bir düzen hükmü olup, YK ile denetçilerin GK toplantısına katılımlarına ilişkin olağan yükümlülüklerinin kanuni düzenleme ile pekiştirilmesine hizmet etmektedir. Bu noktada, YK üyelerinden en az biri, *murahhas üyeler* ile *müdürler* ve denetçilerin GK toplantısına katılmaması, GK kararlarının geçerliliğine kural olarak etkili değildir, ancak bu kişilerin sorumluluğunu doğurabilir. Ne var ki toplantıya katılmama sonucu pay sahiplerinin bilgi alma hakkının zedelenmesi söz konusu ise, GK’da alınan kararlar iptal davasına konu olabilecektir. Katılma yükümü her ne kadar YK üyelerinden en az biri için söz konusu olsa da, katılmama durumunda sorumluluk tüm YK üyelerine ait olmalıdır.

Bakanlık temsilcisinin katılması zorunlu olan GK toplantısına katılmaması durumunda, alınan kararlar, Bakanlık temsilcisinin varlığının bu kararların ortaya çıkışı bakımından bir kurucu unsur olması nedeniyle yoklukla sakat olmalıdır. Buna karşın, toplantıya nezaret görevini yerine getiren Bakanlık temsilcisinin tutanağı imzalamaması ise ancak şekil şartına aykırılık teşkil eder. Bu durumda kararın yok olmayıp, şekil şartına aykırılık nedeniyle batıl olacağının ve ancak hakkın kötüye kullanılması söz konusu değil ise ileri sürülebileceğinin ilgililerin menfaatine olduğunun kabulü gerekir.

**KAYNAKÇA**

- Akdağ Güney, Necla** (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Alışkan, Murat** (2007) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul, Legal.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat** (2019) Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Arslanlı, Halil** (1960) Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Ayan, Özge** (2012) "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 428 Maddesinde Düzenlenen Organın Temsilcisi ve Bağımsız Temsilci", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 3, s. 1-46.
- Bahtiyar, Mehmet** (2007) "Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Rapor Hazırlamamaları ve Olağan Genel Kurul Toplantısına Katılmamaları Nedeniyle Komiserin Toplantıyı Açamamasının Sonuçları (Somut Bir Olaya İlişkin Notlar)", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan.
- Bahtiyar, Mehmet** (2019) "Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü- Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, İstanbul, Seçkin, s. 35-65.
- Bahtiyar, Mehmet** (2020) Ortaklıklar Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu, Esra** (2014) Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, Beta.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan** (2013) Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora.
- Çamoğlu, Ersin** (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Doğanay, İsmail** (1990) Türk Ticaret Kanunu Şerhi C.1, 3. Baskı, Ankara, Feryal Matbaası.

- Helvacı, Mehmet** (1997) Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları Ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, İstanbul, Beta.
- İmregün, Oğuz** (1989) Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, Yasa.
- Karamanlioğlu, Argun** (2016) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili, İstanbul, Vedat.
- Kaya, Arslan** (2001) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kendigelen, Abuzer** (1994) Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Beta.
- Kendigelen, Abuzer** (2012) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kendigelen, Abuzer/Çonkar, Halil** (2019) “Genel Kurula İlişkin Uygulamada Karşılaşılan İki Güncel Sorun”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, s. 675-690.
- Karasu, Rauf** (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku C.1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2016) Anonim Şirketler Hukuku C. 2/II- Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- Kocabıyık, Sami** (2018) Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Seçkin.
- Köksal, Aytaç** (2010) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 309 ila 406. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan C.1, Ankara, s. 1387-1419.
- Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer** (2014) İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha.



- Moroğlu, Erdoğan** (2012) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Moroğlu, Erdoğan** (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Moroğlu, Erdoğan** (2015) Oy Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Narbay, Şafak** (2003) Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara, Seçkin.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir Saibe**, (2017) Eşya Hukuku 20. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, On İki Levha.
- Orbay Ortaç, Nurdan/Al Kılıç, Şengül** (2018) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması", TFM, C.4, S. 2, s. 211-238.
- Özdemir, Türkay/Yiğit, İlhan** (2007) Anonim Şirket Genel Kurullarında Pay Sahibinin temsili ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C.1, İstanbul, s. 433-466.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin** (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat (C.1)
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin** (2019) Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul, Vedat (C.2).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin** (2003) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Pulaşlı, Hasan** (2018) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 3. Baskı, Ankara, Adalet (C. 1).
- Pulaşlı, Hasan** (2018) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.2, 3. Baskı, Ankara, Adalet (C. 2).
- Sarıkaya, Sinan** (2019) Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması, İstanbul, Vedat.
- Şener, Oruç Hami** (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tekinalp, Ünal** (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat.

- Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazirun Cetveli”, Tüm Makalelerim C.1-2, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 1015-1034 (2012c).
- Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Bizzat Katılma Yükümü Var Mıdır?” Tüm Makalelerim C.1-2 içinde, İstanbul, On İki Levha, s. 415-421 (2012a).
- Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, Tüm Makalelerim C.1-2, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 365-375 (2012d).
- Teoman, Ömer** (2012) “Yürürlükteki Hukukumuzda Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar”, Tüm Makalelerim C.3, İstanbul, On İki Levha, s. 221-239 (2012b).
- Teoman, Ömer** (1983) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Dinleyicilerin Katılması”, Tüm Makalelerim C.1-2, İstanbul, On İki Levha, s. 245-262 (2012e).
- Ünal, Mustafa** (1982) “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, BATİDER, C.10, S.3, s. 49-89.
- Yayla, Ümit** (2013) Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklık Genel Kurulları Elektronik Genel Kurullar, İstanbul, On İki Levha.
- Yılmaz, Abdüssamet** (2020) Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapis Haklarına Konu Olması, İstanbul, On İki Levha.
- Yiğit, İlhan** (2005) Anonim Ortaklık Genel Kurullarının İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul, Vedat.

## ÇEVRESEL GÜRÜLTÜ NEDENİYLE KİRAYA VERENİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU\*

Çiğdem İLERİ, LL.M.\*\*

### ÖZET

Manevi ayıp dolayısıyla kiralananın ayıplı hale gelmesi, uygulamada daha da artan bir sıklıkla ortaya çıkabilmektedir. Bu çalışmanın esas amacı, kira sözleşmesinde kiralananın manevi ayıp hallerinden biri olan çevresel gürültü nedeniyle ayıplı hale gelmesi sebebiyle kiraya verenin sorumluluğunu ve kiracının haklarını incelemektir. Türk hukukunda mesele, manevi ayıp bakımından genel hatlarıyla ele alınmış olmakla beraber, bilhassa çevresel gürültüye ilişkin Alman ve İsviçre hukukundaki detaylı öğreti görüşleri ve mahkeme kararları, Türk hukuku bakımından da yol gösterici niteliktedir. Genel itibariyle, kiraya veren, Türk Borçlar Kanununun 305/2. maddesi uyarınca kiralananı kira süresi boyunca kullanıma uygun bulundurmakla yükümlü olsa da, bu sorumluluğun kapsamı belirlenirken gürültünün yoğunluğu, süresi, etkisi gibi hukuki kriterler nazara alınmalı ve gürültü emisyonunun hangi şartlarda ayıp teşkil edeceği ile özellikle kira bedelinde indirim hakkı olmak üzere ayıptan doğan hakların ne şekilde kullanılacağı tespit edilmelidir. Tüm bu değerlendirmenin odağında ise kiracının gürültü sorunundan somut olarak etkilenip etkilenmediği sorusu yer almalıdır. En nihayetinde, kiralananın çevresel gürültü emisyonu nedeniyle ayıplı hale gelmesi konusunun hem öğreti hem de yargı organları tarafından da daha detaylı biçimde ele alınmaya muhtaç olduğu aşîkârdır.

**Anahtar Kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Çevresel Gürültü, Manevi Ayıp, Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Kira Bedelinde İndirim Hakkı.

---

\* DOI: 10.33432/ybhukuk.809530 - Geliş Tarihi: 12.10.2020 – Kabul Tarihi: 24.12.2020.

\*\* Avukat, Bucerius Law School Hamburg Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, cigdemileri2@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4732-3240.

## OWNER'S WARRANTY AGAINST DEFECTS IN THE RENTAL AGREEMENT DUE TO ENVIRONMENTAL NOISE

### ABSTRACT

In real life, it may frequently occur that the leased object becomes defective due to moral defects. The main purpose of this study is to examine the owner's warranty against defects in the rental agreement due to noise emission, the prerequisites of this responsibility and the rights of the tenant. Although the mentioned issue has generally been addressed in Turkish law, the relevant detailed literature and court decisions in German and Swiss law are also guiding for Turkish law. In principle, although the owner is obliged to keep the leased property according to Art. 305/2 Turkish Code of Obligations in accordance with the contract during the lease term, the legal criteria should be determined with regards to the intensity, duration and effect of the noise while specifying the scope of this responsibility. Besides, the conditions under which the noise emission will constitute a defect and how the rights arising from the defect will be used by the tenant should be assessed. The focus of this analysis should be on the question of whether the tenant is affected by the noise emission or not. Ultimately, it is evident that the issue of defective leased property due to noise emission needs to be addressed and examined elaborately by literature and court decisions.

**Keywords:** Rental Agreement, Noise Emission, Environment Defect, Owner's Warranty Against Defects, The Right Of Owner To Reduce Rent.

## GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) 299-378. maddeleri arasında düzenlenen kira sözleşmelerine, uygulamada sıklıkla adi kira ile konut ve çatılı işyeri kiralari olarak rastlanmaktadır.

Türk Borçlar Kanununun 305. maddesine göre; kiralayan, kiralananı sözleşme süresince kullanıma elverişli şekilde bulundurmak zorundadır. Bu hükümden hareketle, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda da kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararın giderilmesini isteyebilmektedir.

Konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından, taşınmazın kiralandığı sırada mevcut olmayıp sonradan (örneğin komşu arazide başlayan inşaat çalışmaları sebebiyle) ortaya çıkan gürültü sorununun kiraya verenin sorumluluğunu gerektiren bir ayıp niteliği taşıyıp taşımadığı hususu incelemeye muhtaçtır. Bu kapsamda; çevresel gürültü kaynaklı ayıp dolayısıyla, kiracının hangi seçimlik hak ya da hakları, hangi kapsamda kullanabileceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anılan inceleme yapılırken; Türk hukukundaki düzenlemeler kısaca ele alındıktan sonra, değerlendirmeye ışık tutacak emsal Alman yargı kararları ile İsviçre hukukundaki konuya ilişkin mahkeme kararları ve öğreti görüşleri uyarınca değerlendirme yapılacak ve belirtilen sorulara cevap aranacaktır.

## I. KİRALANANIN SONRADAN AYIPLI HALE GELMESİNDEN SORUMLULUK

Türk Borçlar Kanununun 304. ve 305. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde iki farklı ayıp türünden söz edildiği anlaşılmaktadır.<sup>1</sup> Buna göre; ilk ayırım “önemli-önemli olmayan ayıp” iken, ikinci ayırım ise “teslim anındaki ayıp-sonradan ortaya çıkan ayıp” ayırımıdır.

Öğretide tanımlandığı şekilde önemli ayıp, kiralananındaki mevcut eksiklik veya bozukluğun, sözleşmede belirlenen kullanımı bütünüyle

---

<sup>1</sup> Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak (2019) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 251 vd.

engellemesi veya kiralanan kullanılabilir olmakla birlikte kiracının umduğu yararın ciddi surette azalması ve bu haliyle kiracıdan kiralananı kullanmasının objektif olarak beklenemeyeceği ayıbı ifade etmektedir.<sup>2</sup> Bir diğer ifadeyle; kiracının ve ailesinin sağlığını tehlikeye atan, sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde kiralananın kullanımını imkânsızlaştıran veya onarım için yapılacak masraf yüksek meblağları gerektiriyorsa bu durumda önemli ayıp söz konusudur.<sup>3</sup> Öğretide önemli ayıba örnek olarak; komşunun sürekli biçimde kiralananana saldırida bulunması, kiralanan konutun ısıtma sisteminin yetersizliği, kiralanda havalandırma sisteminin bozuk olması, kiralandaki su tesisatının su sızdırması, kiralanan kasanın güvenlik sisteminin çalışmaması, kiralanan arabanın frenlerinin tutmaması vb. haller verilmektedir.<sup>4</sup>

Önemli olmayan ayıp ise kiralananın kullanımını engellemeyen ancak yine de kiracının kullanıma bağlı umduğu edim yararına –kayda değer büyüklükte olmasa da- zarar veren ayıp türüdür.<sup>5</sup> Gürültü sorunu nedeniyle kiralananın kullanımının etkilenmesi durumunda, önemli ayıbın hangi şartlarda mevcut olacağı meselesi aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır.

Bu ayırımın önem arz ettiği husus, kiracının sözleşmeyi Türk Borçlar Kanununun 304/1, 305/2 ve 306/2 maddeleri uyarınca feshetme imkânı bakımındandır. Önemli ayıbın varlığı halinde kiracı, genel hükümler (Türk Borçlar Kanununun madde 125/1 ve 2 hükümleri) ve kira sözleşmesine ilişkin özel hükümler (Türk Borçlar Kanunu madde 306/2) uyarınca uygun bir süre vermek suretiyle sözleşmeyi feshedebilecektir.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, s. 251; **Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 331.

<sup>3</sup> **Nuhoğlu, Beyza** (2013) “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 55.

<sup>4</sup> **Nuhoğlu**, s. 55; **Gümüş, Mustafa Alper** (2012) “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 107.

<sup>5</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, s. 252.

<sup>6</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, s. 251

Diğer ayrıma göre; teslim anındaki ayıp, baştan beri mevcut olan ayıp olarak nitelendirilmekte, öte yandan sonradan ortaya çıkan ayıp kavramı ise kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratmasına ve buna bağlı olarak 301/c.1 maddesinde düzenlenen kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli durumda bulundurma yükümlülüğüne ilişkindir.<sup>7</sup> Bir diğer ifadeyle, kira sözleşmesi akdedilerek kiralanan kiracıya teslim edilmiş olmakla, kiraya verenin borcu sona ermemektedir; buna göre, kiraya veren, kira süresince kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli halde bulundurmaya yükümlüdür.<sup>8</sup> Söz konusu yükümlülüğün ihlali halinde ise “kiralanda sonradan meydana gelen ayıp” ortaya çıkmaktadır. Kiralanda sonradan meydana gelen ayıp, öğretide, kiralananın kullanıma elverişliliğini sonradan kısmen ya da tamamen ortadan kaldıran eksiklik veya bozukluk olarak ifade edilmektedir.<sup>9</sup>

Öğretide kiralananının sonradan ayıplı hale gelmesine örnek olarak; kira sözleşmesinin kurulması akabinde kiralanan binaya kiracının girişini önleyecek şekilde iskele kurulması, kiralananın kapı ve pencerelerinin kiraya veren tarafından sökülüp götürülmesi, kiralanan apartman dairesinin altı önceden bakkal dükkânı olarak kiraya verilirken sonradan koku ve duman çıkaran bir lokantaya çevrilmesi, deprem ya da yangın sebebiyle kiralanda tamire ihtiyaç olması vb. haller verilmektedir.<sup>10</sup>

Kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda kiraya verenin sorumluluğunun kapsamı ve şartları Türk Borçlar Kanununun 305. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre: “Kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak, zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez. Önemli ayıp durumunda kiracının

<sup>7</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 253.

<sup>8</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 253.

<sup>9</sup> Tandoğan, Haluk (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/2, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 114; Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan (2020) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 227; Yavuz/Acar/Özen, s. 196.

<sup>10</sup> Tandoğan, s. 114; Yavuz/Acar/Özen, s. 196.

sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır.” Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere; kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda, ayıbın önemli olup olmaması, sözleşmenin feshi bakımından önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle, kiralananadaki ayıbın ancak önemli olması durumunda kira sözleşmesinin feshi mümkündür. Bununla birlikte ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 331. maddesi bakımından da bir değerlendirme yapılmalıdır ki söz konusu hüküm uyarınca, kira sözleşmesinin taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir.

## II. ÇEVRESEL GÜRÜLTÜ EMİSYONU NEDENİYLE ORTAYA ÇIKAN AYIP (ÇEVRESEL AYIP)

Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nin “Tanımlar” kenar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendi uyarınca; “çevresel gürültü” kavramı ile ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava sesleri kastedilmekte olup bu çalışmada da, çevresel gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi değerlendirilirken, anılan Yönetmelik'te ifadesini bulan tanımdan yola çıkılarak bilhassa inşaat ve trafik gürültülerinin yol açtığı emisyon sorunu dolayısıyla kiralananın ayıplı hale gelmesi meselesi üzerinde durulmuştur. Burada ele alınan çevresel gürültü kavramının içerisine, Yönetmelik'te yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere, apartmandaki komşulardan kaynaklı gürültü dâhil değildir.

Çevresel gürültü sorunu; Alman hukukunda çevresel ayıp (*Umweltfehler*)<sup>11</sup> kavramı içerisinde tanımlanırken, Türk hukukunda manevi ayıp olarak nazara alınmakta ve bu kapsamda değerlendirilebilmektedir.

<sup>11</sup> Çevresel ayıp kavramı (*Umweltfehler*) bakımından, Alman hukukunda konuyu doğrudan düzenleyen bir kural bulunmasa da, çeşitli mahkeme kararları ve öğretici görüşleriyle çevresel



Öğretide ifade edildiği şekliyle manevi ayıp, esas itibarıyla kiraya verenin kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun bulundurma borcunun ihlalinden kaynaklanmaktadır.<sup>12</sup> Manevi ayıplardan sorumluluk ilkesi gereğince; kiraya veren, sadece kiralananın kullanımını fiziksel yönden engelleyen durumlardan ötürü değil, aynı zamanda kiracının kiralananı amaca uygun surette kullanmasını manevi açıdan güçleştiren ve bir anlamda onu rahatsız eden ayıplardan da sorumlu olmaktadır.<sup>13</sup>

Manevi ayıp durumunda; kiracının kiralananı kullanımını, kiraya veren veya üçüncü kişilerle olan ilişkileri dolayısıyla etkileyen birtakım sorunlar mevcuttur.<sup>14</sup> Bu bağlamda, özellikle dikkat edilmelidir ki, bilhassa konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, kiralananı kullanırken, kendisiyle birlikte aynı taşınmazda bulunan kişiler tarafından rahatsız edilmemeyi talep etme hakkına sahiptir.<sup>15</sup> Kiraya veren, bu bağlamda kiracının diğer kiracılar tarafından rahatsız edilmesine de engel olmakla yükümlüdür.<sup>16</sup>

Gürültü yapma, duman koku yayma, kiracıya devamlı hakaret ve onu tehdit, kiralanan dükkânın vitrininin önüne devamlı surette otomobil park etme gibi durumlar öğretide manevi ayıba örnek olarak verilmektedir.<sup>17</sup> Öğretide, alt komşuların sürekli gürültü yaparak kiracıyı rahatsız edici hareketlerde bulunması manevi ayıp sayılmakta, hatta önemli ayıp olarak

---

ayıp hususuna ilişkin hukuki kapsam belirlenmektedir. Öğreti ve yargı görüşlerinde çevresel ayıp ile kastedilen husus esasen, kiralananın kendisinden kaynaklanmayıp çevresel etkenlerden doğan ve kiralananın kullanımını etkileyen sorunlardır. Çevresel ayıba örnek olarak, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 906. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen, gaz, buhar, koku, duman, is, ısı, gürültü, titreşimler ve benzeri emisyonların kiralanan üzerinde yarattığı sorunlar verilmektedir. Konunun detaylı şekilde ele alındığı kararlar bakımından bkz. BGH, Urt. v. 01.07.1981 — VIII ZR 192/80, NJW 1981, s. 2405; BGH, Urt. v. 23.9.2009 - VIII ZR 300/08, NJW 2009, Rz. 12 vd.; BGH, Urt. v. 21.9.2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, s. 899.

<sup>12</sup> **Gümüş** (2012), s. 102.

<sup>13</sup> **Nuhoğlu**, s. 40.

<sup>14</sup> **Nuhoğlu**, s. 40.

<sup>15</sup> **Nuhoğlu**, s. 40.

<sup>16</sup> **Tandoğan**, s. 112.

<sup>17</sup> **Nuhoğlu**, s. 40.

değerlendirilmektedir.<sup>18</sup> Nitekim yine öğretide, tereddüt olması halinde manevi ayıpların da önemli ayıp olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>19</sup>

Bunun ötesinde kiraya veren yalnızca kiralananın taşınmazdaki diğer kat sakinlerinin değil, aynı zamanda başka üçüncü kişilerin de kira akdinden beklenen kullanmayı azaltacak şekilde kiracısını rahatsız etmelerini engellemek durumundadır. Öğretide ileri sürüldüğü üzere; kiracının söz konusu üçüncü kişilere karşı hukuki yollara sahip olması, onun kiracıya karşı kira sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, dolayısıyla bu sebeple kiraya veren, malik sıfatıyla, komşuluk hükümlerine dayanarak üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını aşmalarına engel olma yükümlülüğü altında bulunmaktadır.<sup>20</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi: “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir” hükmü ile malikin mülkiyet hakkını hangi hukuki sınırlar dâhilinde kapsamında kullanabileceğini düzenlemiştir. Aynı kanunun taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarını düzenleyen “komşu hakkı” kısmında bulunan “kullanım biçimi” başlıklı 737. maddesi de: “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür” hükmünü haizdir. Taşkınlıktan etkilenen kişinin komşu sayılması ve komşuluk hukuku kapsamında değerlendirilmesi için söz konusu taşınmazın maliki olması şart değildir. 737. madde gereğince taşınmazda “kiracı” sıfatıyla bulunan bir kimsenin komşusunun taşkınlıklarına katlanması beklenemez, çünkü Medeni Kanun’un anılan hükmü, yalnızca “komşu” kavramından yola çıkmış, komşunun malik olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Dolayısıyla komşuluk ilişkisinden zarar gören ve Medeni Kanun’un 737. maddesine göre, komşuluk hukuku uyarınca korunacak kimsenin malik olması zorunluluğu yoktur.

<sup>18</sup> Nuhoglu, s. 55.

<sup>19</sup> Gümüş (2012), s. 107.

<sup>20</sup> Tandoğan, s. 113.

Ayrıca öğretide<sup>21</sup> ileri sürüldüğü üzere, kiralananın kiraya verenin vaat ettiği niteliklerden yoksun olması durumunda da kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulması mümkündür ki ayıba karşı tekeffül hükümlerinde kanun koyucu, kiralananın kiraya verenin vaat ettiği özelliklere sahip olmamasını bir ayıp olarak açıkça öngörmemiş olsa dahi, kiralananda vaat edilen vasıfların mevcut olmaması halinde, kiraya veren sözleşmedeki taahhüdü gereği sorumlu tutulmaktadır. Ancak bununla birlikte, tarafların kiralananın vasıflarını açıkça belirlemediği, bunların zımni şekilde öngörüldüğü ya da sözleşmede kiralananın niteliklerine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması durumunda kiraya verenin sorumluluğunun nasıl ve ne şekilde gündeme gelebileceği hususunda bir görüş ileri sürülmemiştir. Kiralanan taşınmazın niteliklerinin sözleşmede açık ya da zımni şekilde belirlenmediği durumda, kiralananın objektif kullanım amacı göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda; devir teslim protokolü, kiralanın taşınmaza ilişkin ilan, emlakçının teşhiri, fotoğraflar ile kiralananın fiili ve yasal koşullarından, özellikle de kiralık taşınmazın türü, yeri, yaşı ve durumundan hareketle kiralananın sahip olması gereken objektif vasıflar tespit edilmeli ve bunlara aykırılık halinde kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilmelidir.

### III. ÇEVRESEL GÜRÜLTÜ EMİSYONU NEDENİYLE KİRALANANIN AYIPLI HALE GELMESİ VE KİRA BEDELİNDE İNDİRİM HAKKI

#### A. GENEL OLARAK

Alman ve İsviçre hukuklarında çevresel nedenlerle ortaya çıkan gürültü sorunu dolayısıyla kiralananın ayıplı hale gelmesi meselesi, öğreti görüşleri ve bilhassa yargı kararlarında kapsamlı şekilde ele alınmış iken, Türk hukukunda görece daha az sayıda mahkeme kararı ve öğreti kaynağı konuyu irdelemiştir. Çevresel gürültü emisyonu özelinde çevresel ayıp kavramı, özellikle büyük

---

<sup>21</sup> **Arbek, Ömer** (2005) Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 175; **Gümüş, Mustafa Alper** (2018) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 316.

şehirler ve şehir düzeni sıklıkla değişen/ dönüşen yerler bakımından sıklıkla rastlanabilir bir mevzuu olduğundan, Türk hukuku açısından da çeşitli ihtimaller ve hukuki kriterler bakımından daha kapsamlı biçimde merccek altına alınmalıdır.

Aşağıda detaylı şekilde ele alınacağı üzere; Alman hukukunda çevresel ayıp bakımından bir dönüm noktası teşkil eden Alman Federal Mahkemesinin (BGH-Bundesgerichtshof) “Bolzplatz” kararında,<sup>22</sup> çevresel gürültü nedeniyle kiralanan taşınmazın ayıplı hale gelip gelmeyeceği, hangi şartlarda ayıptan ve kiraya verenin sorumluluğundan söz edileceği ve ayıptan doğan hakların ne şekilde kullanılacağı ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Ayrıca Bolzplatz kararından önce ve sonra da çevresel gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi meselesi, çeşitli yargı kararlarına konu olmuş, ayrıca öğretide de çeşitli açılardan ele alınarak değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Kiracı açısından görece aleyhe nitelik taşıdığı ileri sürülebilecek olan Bolzplatz kararında; Federal Mahkeme, kiracının, kira sözleşmesi devam ettiği müddetçe, sözleşmenin başındaki mevcut çevresel koşulların aynı şekilde devam edeceğini bekleyemeyeceğini, böyle bir beklentinin kabul görebilmesi için kira sözleşmesinde zımni ya da açık mutlaka bir düzenlemenin varlığı aranmaktadır.

Yine Alman hukuku ile benzer şekilde İsviçre hukukunda da (özellikle inşaattan kaynaklanan) gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi meselesi, pek çok yargı kararına konu olmuştur. İsviçre yargı kararlarında<sup>23</sup> sorunun çeşitli hukuki kriterlere bağlanması gerektiği ifade edilmiş; örneğin ayıbın tespiti bakımından, gürültünün kiracıların sağlığını etkileyip etkilemediği, gürültünün hangi saatlerde vukuu bulunduğu, süresi, devamlılığı ve yoğunluğu gibi kriterler ileri sürülmüştür.

Türk hukuku bakımından ise ifade edilmelidir ki birtakım eser ve kararlarda, çevresel ayıbın Türk hukukundaki karşılığı olan manevi ayıp

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2177 vd.

<sup>23</sup> Mietgericht Vaud, Urt. v. 09.12.1986, mp 3/87 S. 51 vd., BGE 91 II 105 vd., BGE 83 II 382 vd., BGE 91 II 105 vd., Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U, BGE, Urt. v. 31.07.2009 - 4A.281/2009 E. 3.2., MRA 1/10 s. 26 vd., BGH, Urt. v. 23.02.1966 - VIII ZR 63/64 MDR 1966, s. 497, BGH, Urt. v. 23.02.1966 - VIII ZR 63/64 MDR 1966, s. 497.

kavramı genelinde, çevresel gürültü dolayısıyla kiralananda manevi ayıptan söz edilebileceği belirtilmiş ve mesele, hukuki kriterlere bağlanmadan yalnızca genel değerlendirmeler üzerinde durulmuştur.

Aşağıda öncelikle Alman hukuku, ardından da Türk-İsviçre hukuku bakımından çevresel gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi bakımından içtihatlar ve öğretideki görüş ve incelemeler sunulacak, ardından da Türk hukuku bakımından çevresel gürültü özelinde bir değerlendirme yapılacaktır.

## B. ALMAN HUKUKU

Alman hukukunun meseleye yaklaşımı incelenirken mutlak surette Alman Federal Mahkemesinin 2015 yılındaki “Bolzplatz”<sup>24</sup> kararı ekseninde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çevresel ayıp meselesi, Bolzplatz (futbol sahası) kararından önce de çeşitli mahkeme kararlarında<sup>25</sup> ele alınmış olsa da –cevaplamadığı önemli sorular bakımından Alman hukukunda eleştirilmekle beraber- Bolzplatz kararı ile detaylı şekilde ele alınmış ve çeşitli kıstaslara bağlanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu mahkeme hükmü, kiracı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek ve kiraya verenin kiracı karşısındaki konumunu güçlendiren bir karar niteliğindedir.

Gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelip gelmeyeceği sorusunun cevaplanmasında nazara alınacak kıstaslardan bahsetmeden önce, sorunun tam olarak ortaya konulabilmesi adına, Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olan somut olaya kısaca değinmek gerekmektedir: Söz konusu hükümde özetle, kiralanın konutun hemen yanındaki boş araziye kira sözleşmesinin akdedilmesinden uzun süre (sözleşmenin kurulmasından 17 yıl) sonra çocuk ve gençlerin kullanımı için bir futbol sahası inşa edilmesi halinde, bu durumun geçici olmaması dolayısıyla kiracının futbol sahasından (çocuk ve gençler ile sahayı izin verilen saatler dışında kullanan üçüncü

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2177 vd.

<sup>25</sup> AG Brandenburg, Urt. v. 13.10.2017 - 31 C 156/16, NZM 2018, s. 464; AG Berlin-Köpenick, Urt. v. 28.11.2012 Az.: 6 C 258/12, GE 2013, s. 215; BGH, Urt. v. 23.02.1966 - VIII ZR 63/64, MDR 1966, s. 497; BGH, Urt. v. 23.04.2008 - XII ZR 62/06, NZM 2008, s. 609.

kişilerden) gelen gürültü sebebiyle kiralananın ayıplı hale geldiği iddiası ve kira bedelinde indirim talebi reddedilmiş, bu kapsamda ayrıca kiracının (gürültüye) katlanma yükümlülüğüne değinilmiştir.<sup>26</sup>

Bolzplatz kararına göre, çevresel ayıbın mevcudiyeti bakımından sağlanması gereken ilk kıstas, komşuluk hukuku yönünden nazara alınması gereken Alman Medeni Kanununun 906. maddesinden<sup>27</sup> hareketle ortaya çıkmaktadır. Federal Mahkemeye göre, kira ilişkisi süresince dışarıdan gelen ve kiralanın mülk üzerinde olumsuz etkileri bulunan çevresel sorunlar ortaya çıkarsa, bu durum, kiralananın (“çevresel ayıp” nedeniyle) ayıplı hale geldiği sonucunu doğurabilir.<sup>28</sup> Bununla birlikte, sözleşmede konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı durumda, sözleşmenin akdedildiği tarihte mevcut olan çevresel koşul ya da koşulların, kira ilişkisi boyunca kiracı bakımından olumsuz bir durum oluşturmayacağı ve bunun da kiraya veren tarafından garanti edilerek sözleşmede zımnen kabul edildiği yönünde bir çıkarım yapılması ve dolayısıyla sözleşmenin bu kapsamda yorumlanması mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle; kiracı, kira sözleşmesi devam ettiği müddetçe, sözleşmenin başındaki mevcut çevresel koşulların aynı şekilde kalacağını bekleyemez. Bu beklentinin haklı çıkabilmesi için sözleşmede konuya ilişkin (en azından zımni) bir düzenlemenin mevcudiyeti gerekmektedir. Sözleşmenin yapıldığı sıradaki çevresel koşulların sözleşmenin ayakta kaldığı tüm zaman dilimi boyunca ne şekilde devam edeceği, akıbetinin nasıl olacağı soruları bakımından sözleşmede açık ya da zımni herhangi bir düzenleme bulunmaması durumunda, Federal Mahkeme’ye göre sözleşmede boşluk bulunduğu kabul edilerek bahsi geçen boşluğun sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yoluyla (ergänzende Vertragsauslegung) doldurulması yoluna gidilmeli ve bu yorum metodu uyarınca, tarafların farazi iradesi tespit edilmelidir.<sup>29</sup> Bir diğer ifadeyle; tarafların sözleşme akdedilirken sözleşmede yer vermedikleri

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2178 vd.

<sup>27</sup> Söz konusu temel hükmün İsviçre Medeni Kanunundaki karşılığı ZGB 684. maddesi ve Türk Medeni Kanunundaki karşılığı ise 737. maddesidir.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2179.

<sup>29</sup> Bu görüşte ayrıca bkz. **Selk, Michael** (2015) “Baulücke, Baulärm & Co. im Mietverhältnis und kein Ende”, NZM 2015, s. 857; **Eisenschmid, Norbert** (2016) “Neuere Entwicklungen beim BGH zum Mietminderungsrecht bei Umfeldmängeln”, NZM 2016, s. 841.

“sözleşme kurulurken mevcut olan çevresel koşulların akıbeti” hususunda sözleşmede bir düzenleme yapsalardı, sözleşmenin amacı, dürüstlük kuralı ile ticari teamüller (cari telakki) esaslarına göre hangi düzenlemeyi kararlaştıracaklarının belirlenmesi gerekmektedir.<sup>30</sup>

Yüksek Mahkeme üyeleri, somut olayda, sözleşme boşluğunun doldurulması ve tarafların farazi iradelerinin saptanması bakımından Alman Medeni Kanununun 906. maddesinin nazara alınması gerektiği kanaatindedir.<sup>31</sup> Yüksek Mahkemeye göre; sözleşmenin akdinden sonra komşu arazide inşa edilen futbol sahasını tahsis amacı ve izin verilen saatler dışında kullanan üçüncü kişilerin yol açtığı gürültü emisyonu bakımından tarafların farazi iradesi şu şekilde olmalıdır: Kiraya veren, Alman Medeni Kanununun 906. maddesi uyarınca kendisi de aynı durumda olsa komşularına karşı göstereceği olağan katlanma ve hoşgörü sınırları içinde kalan hallerde, kiracıya sözleşmenin imzalandığı sırada taşınmazın maruz kaldığı gürültü seviyesinin mevcut haliyle kalacağını garanti etmek durumunda değildir, bu yönde bir vaatte bulunması da dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenemez.<sup>32</sup> Dolayısıyla, mevcut olayda futbol sahası dolayısıyla ortaya çıkan çevresel gürültü emisyonu, kiraya verenin kendisinin de bu duruma katlanması gerektiği durumlarda, ayıp teşkil etmemektedir. Futbol sahasında oynayan çocukların sebep olduğu gürültü sorunu bakımından, 2011 yılında yürürlüğe giren Federal Emisyon Kontrol Kanununun 22. maddesinin 1a bendinde<sup>33</sup> ifadesinin bulan “hoşgörü ilkesi” nazara alınmaktadır. Sonuç olarak; Federal Mahkeme kararına konu olan somut olay açısından, kanundan ve komşuluk hukukundan doğan bir katlanma yükümlülüğü söz konusu olduğundan futbol sahasında oynayan çocukların sebep olduğu gürültüye kiracı tarafından katlanılması gerektiği, aynı durumda kiraya veren de bulunsa onun da katlanma yükümlüğünün söz konusu olacağı ve en nihayetinde

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2179.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2179.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2180.

<sup>33</sup> Söz konusu hükme göre; kreş ve gündüz bakımevlerinden, çocuk oyun alanlarından ve futbol sahası gibi benzer nitelikteki tesislerden gelen çocuk gürültülerinin kural olarak çevreye zararlı bir etkisi bulunmamaktadır.

kiracının ileri sürdüğü gürültü sorununun, kiraya verenin sorumluluğunu gerektirecek bir ayıp niteliğinde olmadığı hükme bağlanmıştır.<sup>34</sup>

İfade edildiği üzere; Federal Mahkeme'nin Bolzplatz kararının, kiralanan taşınmazın kullanımını etkileyen gürültü sorununun doğrudan doğruya (çevresel) ayıp teşkil etmeyeceği, ayıbın ancak (Alman Medeni Kanununun 906. maddesi uyarınca) bazı kıstasların gerçekleşmesi halinde söz konusu olabileceği ve gürültünün hoşgörü/ katlanma sınırını aştığını ispat yükümlülüğünün ise kiracıya ait olduğunu hükme bağlamış olması sebebiyle kiracı aleyhine bir nitelik taşıdığı söylenebilmektedir.<sup>35</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere; Bolzplatz kararı, çevresel ayıp meselesinin hukuki kıstaslara dayandırılarak kapsamlı şekilde ele alınması yönünden Alman hukukunda yargı içtihatları ve öğretisi bakımından bir dönüm noktası teşkil etmekle, aynı şekilde pek çok eleştiriye de maruz kalmıştır.<sup>36</sup> Bu kapsamda, karara yönelik en önemli eleştirilerden birisi, gürültü sorununun öngörülebilir ya da belirli bir süre için devam edeceğinin açık olması halinde Bolzplatz kriterlerinin gündeme gelip gelmeyeceğinin kararda bir sonuca bağlanmamış olmasına yöneliktir. Bir diğer ifadeyle; komşu arazide ne kadar süreceği tahmin edilebilir (ve normal şartlar altında birkaç yılı aşmayan) inşaat çalışmalarından kaynaklanan gürültü sorununun, inşaatın devam ettiği süre bakımından ayıp teşkil edip etmediği ve dolayısıyla kira bedelinde indirim hakkının kullanıp kullanılmayacağı yönünden Federal Mahkeme, Bolzplatz kararında herhangi bir görüş bildirmemiştir.

Bolzplatz kararından bir sene sonra, Berlin Eyalet Mahkemesi<sup>37</sup>, kiracının inşaat gürültüsü nedeniyle kiralananın ayıplı hale geldiği ve kira

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2180.

<sup>35</sup> Benzer değerlendirmeler için bkz. **Börstinghaus, Ulf** (2018) "Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Mietrecht", NZM 2018, s. 533; **Suilmann, Martin** (2017) "Zur Darlegungs- und Beweislast bei einer Mietminderung aufgrund von Lärmbelästigungen", MietRB 2017, s. 154; **Bruns, Patrick** (2017) "Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 21.2.2017 – VIII ZR 1/16", NJW 2017, s. 1879.

<sup>36</sup> Bkz. **Selk, Michael** (2019) "Der „Bolzplatz“ ist überall: Umfeld- und Umweltmängel im Mietrecht", NZM 2019; **Eisenschmid**, s. 847 vd.

<sup>37</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 681 vd.



bedelinde indirim yapılması gerektiği talebini değerlendirerek hükme bağladığı bir kararında yukarıda değinilen sorunu ele almış ve inşaat çalışmaları nedeniyle çevresel koşulların geçici bir süre değiştiğinden bahisle Bolzplatz kararının somut olayla paralellik taşımaması nedeniyle nazara alınamayacağını belirtmiştir.

Berlin Eyalet Mahkemesinin kararına konu olan somut olayda; bir kiracı (davacı), Almanya'nın başkenti Berlin'in Mitte bölgesinde bulunan bir apartman dairesi için 2000 yılında belirsiz süreli bir kira sözleşmesi akdetmiştir. Kira sözleşmesinin akdedildiği dönemde; kiralanan evin hemen yakınında, ağaçlarla kaplı boş bir alan mevcuttur ancak 2013 yılında, söz konusu alanda bir inşaat projesi başlamış ve 2013-2015 yılları arasında bir yeraltı otoparkı ve bir bina inşa edilmiştir. Söz konusu inşaat faaliyetlerinin, ciddi bir inşaat gürültüsüne sebep olduğu ve bu durumun inşaat süresi boyunca devam ettiği kiracı tarafından ileri sürülmüştür.

Berlin Eyalet Mahkemesi; inşaat faaliyeti sebebiyle ortaya çıkan ve kısmen hafta sonları da devam eden gürültü, kirlilik, toz, titreşim gibi esaslı etkiler dolayısıyla, somut olayda söz konusu inşaat faaliyetinin geçici olması ve kira sözleşmesi kurulurken her iki tarafın da zımnen kiralanan taşınmazın kendisinden beklenebilecek asgari standarda haiz olduğunu kabul etmiş olduklarından bahisle, kiracının %20'ye varan oranda kira bedelinde indirim talep edebilme hakkına sahip olduğunu karara bağlamıştır.<sup>38</sup> Yüksek Mahkeme üyelerine göre; söz konusu zımni kabul, aynı zamanda kiralanan yerin de güvenli ve sağlık açısından elverişsiz olmayan bir muhitte bulunduğu beklentisini de bünyesinde barındırmaktadır ki bu durum, Berlin gibi büyük metropol şehirleri için de geçerlidir; çünkü büyükşehirde bulunmakla beraber, somut olaydakine benzer olumsuzluklardan etkilenmeyen/ bunlara maruz kalmayan pek çok konut bulunmaktadır.<sup>39</sup> Bir diğer ifadeyle, kiracının kiraladığı yerin sağlıklı ve elverişli bir çevrede bulunduğunu düşünmekte haklı bir çıkarı vardır. Yüksek mahkeme kararında; tarafların sözleşme kurulurken zımnen kabul etmiş oldukları asgari standardın, inşaat faaliyetleri dolayısıyla

<sup>38</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 684.

<sup>39</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 684.

bozulduğunu ve ev sahibinin söz konusu sorunu düzeltebilmek için hiçbir yasal yolun mevcut olmamasının kiracının kira bedelinde indirim hakkını ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir.<sup>40</sup>

Eyalet Mahkemesinin gerekçesini dayandırdığı ve Bolzplatz kararından ayırdığı önemli hususlardan biri de gürültünün kaynağı olan inşaat faaliyetlerinin geçici nitelik taşımasıdır (2 sene sürmesidir). Eyalet Mahkemesi; Bolzplatz kararına konu olan somut olayın sürekli nitelik taşıyan gürültü emisyonuna dayandığını, ancak buradaki uyumsuzluğun ise yaklaşık iki sene sürecek olan (geçici nitelik taşıyan) inşaat faaliyetlerinden kaynaklandığını, dolayısıyla inşaat süresi boyunca gürültü sorununa dayalı kira bedelinde ayıp indirimi talebinin haklı olduğunu ifade etmiştir.<sup>41</sup>

Eyalet Mahkemesinin bu tutumu, öğretilerde sert bir şekilde eleştirilmiştir.<sup>42</sup> Bolzplatz kararında bu hususta bir açıklama yapılmadığından, Federal Mahkeme'nin Bolzplatz kıstaslarını geçici süreyle ortaya çıkan gürültüler ya da benzeri sorunlar bakımından uygulayıp uygulamayacağı tartışmaya açık olmakla birlikte, Selk'e göre,<sup>43</sup> Bolzplatz kararı uyarınca kiracıya gürültünün devamlı olacağı (muhtemelen kira ilişkisinin sona ermesine kadar devam edeceği) durumda kira bedelinde indirim hakkı tanınmaz ya da söz konusu hak, 906. maddenin ağır kıstaslarına bağlanmış durumdayken, yalnızca gürültü emisyonunun daimi nitelik taşımadığı gerekçesiyle kiracıya yalnızca bir ya da iki sene devam edecek gürültü sorunu nedeniyle kira bedelinde indirim hakkının tanınması oldukça çelişkili bir yaklaşımdır. Berlin Eyalet Mahkemesinin görüşünün aksine, Federal Mahkeme'nin sınırlayıcı kıstaslarının gürültü sorununun geçici olduğu durumlarda da uygulanması savunulmaktadır çünkü inşaat faaliyetleri boyunca gürültüye yalnızca kısıtlı bir süre maruz kalan kiracı, Selk'e göre gürültü sorununa öngörülemeyen (sınırsız) bir süre katlanması gereken ve herhangi bir tazminat vs. imkânı bulunmayan kiracıdan daha iyi bir hukuki konum elde etmektedir ki bu durum, hukuk mantığına ve hayatın olağan

<sup>40</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 685.

<sup>41</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 685.

<sup>42</sup> Selk (2019), s. 126.

<sup>43</sup> Selk (2019), s. 126.

akışına aykırı düşmektedir.<sup>44</sup> Ayrıca, kısa süreli gürültünün "uzun süreli/devamlı gürültü sorunu"ndan nasıl ayrılacağı hususuna ilişkin de herhangi bir kriter ileri sürülmemiştir. Somut olayda nazara alınan bir ya da iki yıllık süre, herhangi bir kıstasa dayandırılmamıştır.<sup>45</sup>

Sonuç itibarıyla, tamamlayıcı yorum yöntemi uyarınca, Bolzplatz kriterlerinin uzun süreli/daimi ya da geçici problemler bakımından uygulanması bakımından bir fark oluşturmayacağı ileri sürülmektedir.<sup>46</sup> Federal Mahkeme görüşünün sona erdiği düşünülecek olursa da bu durumda, tarafların muhtemel sorunu, sözleşmenin kuruluşu aşamasında öngörmüş olsalardı hangi düzenlemeyi kabul edeceklerinin tespit edilmesi gerekir ki bahsi geçen yorum metodu uyarınca, söz konusu sözleşme boşluğunun, "sonsuz dek" sürecek sorunlarla karşılaştırıldığında, bilhassa kısa süreli gürültü ya da benzeri bir rahatsızlık mevcut olduğunda herhangi bir tazminat hakkı öngörmeyen Alman Medeni Kanununun 906. maddesi uyarınca doldurulması gerekir.<sup>47</sup> Ayrıca ifade edildiği üzere, gürültü sorununun devam edip etmeyeceği ya da tam olarak ne kadar daha süreceği -yargılamanın son duruşmasında dahi- asla kesin olarak belli olmamıştır.<sup>48</sup>

Bolzplatz kararı, ifade edildiği üzere, Alman yargı kararları bakımından bir dönüm noktası teşkil etmiş ve sonrasında da benzer konulardaki (gürültü sorununa ilişkin) uyuşmazlıkların değerlendirilip sonuca bağlanmasında Bolzplatz kararı ve kıstaslarına atıfta bulunulmuştur.<sup>49</sup> Bunlar arasında önem arz eden bir hükümde, Yerel Mahkeme (Kempten), Bolzplatz kriterlerini

<sup>44</sup> **Selk** (2019), s. 126.

<sup>45</sup> Söz konusu Eyalet Mahkemesi kararı, Federal Mahkeme'nin "trafik gürültüsü kararı" olarak da bilinen ve şehir içinde kiralanılan konuta ulaşan geçici süreli (somut olayda bir yılı aşkın süre) trafik gürültüsü bakımından kiracının katlanma yükümlülüğü bulunması gerektiğine işaret eden hükmü ile de ters düşmektedir (Daha detaylı bilgi için bkz. BGH, 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, NZM 2013, s. 184. Ayrıca bkz. **Eisenschmid**, s. 845).

<sup>46</sup> **Selk** (2019), s. 126.

<sup>47</sup> **Selk** (2019), s. 126.

<sup>48</sup> **Selk** (2019), s. 126.

<sup>49</sup> Örnek karar bakımından bkz. AG Berlin-Schöneberg, Urt. vom 22.09.2015 - 15 C 353/14, BeckRS 2015, 20482 (Mahkeme, gürültü emisyonunun ele alındığı somut olay bakımından Bolzplatz kararına detaylı şekilde değinerek kararı hükmüne esas almıştır).

değerlendirirken ilk kez kısa süreli ve uzun süreli gürültü sorunu arasında ayırım yapmıştır.<sup>50</sup> Komşu arazideki inşaat faaliyetlerinden kaynaklanan gürültü sebebiyle kira bedelinde indirim istemiyle açılan bir diğer davada, Münih I Eyalet Mahkemesi, Bolzplatz kıstaslarının yalnızca çocuk gürültüsünde değil, inşaat kaynaklı gürültü söz konusu olduğunda da nazara alınacağını bildirmiştir.<sup>51</sup> Kararda dikkat çeken bir diğer husus ise ispat yüküne ilişkindir. Mahkemeye göre; kiraya veren, gürültü sorununa karşı bir tazminat imkanı bulunmadığının ispatı ile yükümlüdür.

Kempton Eyalet Mahkemesi,<sup>52</sup> Mayıs 2016'da verdiği kararında Federal Mahkeme'nin komşu araziden gelen inşaat gürültüsüne kiracının katlanma zorunluluğu bulunduğu yönelik kriterini hükme esas almıştır. Mahkemeye göre, ayrıca, gürültü sorununa üçüncü bir kişinin sebep olması ya da kiraya verenin sebep olması arasında hukuki açıdan hiçbir fark bulunmamaktadır. Son olarak, Eyalet Mahkemesi, Alman Medeni Kanununun 906. Maddesi kıstaslarının mevcudiyetine ilişkin ispat yükünün kiracıya ait olduğunu belirtmiştir.

Berlin Eyalet Mahkemesi,<sup>53</sup> Haziran 2016'da verdiği bir kararında ise ortalama üç yıl boyunca devam eden ve kiracı açısından önemli sıkıntılara sebebiyet veren inşaat gürültüsü ele alınmıştır. Eyalet Mahkemesine göre, Bolzplatz kriterleri somut olayda devamlı olmayan, bir diğer ifadeyle geçici nitelik taşıyan gürültü sorunu (çevresel ayıp) söz konusu olduğundan uygulanabilir nitelikte değildir. Federal Mahkeme kıstaslarının somut uyumsuzluk bakımından nazara alınmamasının bir diğer nedeni ise somut olayda tarafların kiralananın asgari standart ve niteliğine ilişkin zımni bir anlaşma yapmış olmalarıdır. Böylesi bir anlaşmanın varlığı halinde tamamlayıcı yorum yöntemine başvurulamaz.<sup>54</sup> Mahkemeye göre, sözleşmenin yorumlanması bakımından nazara alınacak olan Alman Medeni

<sup>50</sup> AG Kempton, Urt. v. 14.07.2016 - 3 C 1311/15, BeckRS 2016, s. 13711.

<sup>51</sup> LG München I, Urt. v. 14.01.2016 - 31 S 20691/14, NZM 2016, s. 237.

<sup>52</sup> LG Kempton, Endurteil v. 11.05.2016 – 52 S 2022/15, BeckRS 2016, s. 13714.

<sup>53</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 681.

<sup>54</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 – 67 S 76/16, NZM 2016, s. 681 ve ayrıca bkz. BGH, Urt. v. 03.12.2014 - VIII ZR 370/13, NJW 2015, s. 1167.

Kanununun (BGB) 133 ve 157. maddeleri ışığında, sözleşmede yer alan zımni garanti hükmü, kullanımı etkileyen ya da gelecekte etkileyebilecek tüm ayıpları -kiraya verenin meydana gelen ayıptan sorumluluğu bulunup bulunmaması ya da ayıbı engelleyecek durumda olup olmadığına bakılmaksızın- kapsamına almaktadır.

Taraflarca sözleşmede kararlaştırılan düzenleme, kiraya verenin kira sözleşmesinin kuruluşundaki mevcut çevre koşullarının sözleşme boyunca devam edeceğini kiracıya garanti etmesi biçiminde geniş şekilde yorumlanamaz ve çevresel gürültü sorununun sözleşmenin devamı süresince, sözleşmenin kuruluşundaki çevresel koşullara kıyasla artmış olması tek başına kiralananı ayıplı hale getirmez.<sup>55</sup> Eyalet Mahkemesine göre, ayıptan söz edilebilmesi için benzer nitelikteki kiralanan taşınmazların olağan kullanımı bakımından normal sayılabilecek gürültü sınırının aşılmış olması ya da olağan kullanım koşullarından bağımsız olarak zamansal ve sağlık kriterleri göz önünde alındığında kiralanan taşınmazın kullanım alanlarının kullanımının önemli ölçüde etkilenmesi gereklidir.<sup>56</sup> Mahkemece, somut olayda ayıbın varlığı için bahsi geçen ek koşulların mevcudiyeti kabul edilerek sözleşmede kararlaştırılan subjektif şartlara aykırılığın bulunduğu tespit edilmiştir.

Yukarıda değinilen içtihatlar haricinde Alman yargı kararlarında, kiralanan taşınmazın kullanımını etkileyen ve farklı sebeplerden doğan kısa ya da uzun nitelikli gürültü sorunları bakımından bunların nitelikleri ve ayıp sayılıp sayılmayacakları ile kira bedelinde indirim gerektirip gerektirmeyeceği hususlarında çeşitli hükümler<sup>57</sup> verilmiş olmakla beraber, Federal Mahkeme'nin Bolzplatz kararı çevresel ayıp kavramının ele alınışı ve kapsamı bakımından Alman hukuku bakımından halen bir dönüm noktası niteliğindedir.

<sup>55</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NZM 2015, s. 481.

<sup>56</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.06.2016 - 67 S 76/16, NZM 2016, s. 682.

<sup>57</sup> LG München I, Urt. v. 27.10.2016 - 31 S 58/16, NZM 2018, s. 228; AG Dresden, Endurteil v. 07.12.2016 - 144 C 2816/16, BeckRS 2016, 116014; AG Berlin-Wedding, Urt. v. 13.03.2017 - 9 C 46/16, GE 2017, s. 601; AG Reinbek, Urt. v. 02.06.2017 - 14 C 955/16, BeckRS 2017, s. 114101; LG Berlin, Urt. v. 14.06.2017 - 65 S 90/17, NJOZ 2018, s. 1089; AG Berlin-Köpenick, Urt. v. 11.07.2017 - 7 C 391/16, GE 2018, s. 61.

### C. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU

Alman hukuku ile benzer şekilde, İsviçre hukukunda bilhassa inşaat gürültüsü nedeniyle kira bedelinde indirim hakkının yargı kararlarında ele alındığı görülmektedir. Benzer şekilde, Türk hukuku bakımından da çevresel gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi durumu görece az sayıda yargı kararının konusunu oluşturmuştur. Bu kapsamda, Türk hukuku bakımından nazara alınacak ancak konuyu derinlemesine ele almayan mahkeme hükümleri ve İsviçre yargı kararları ile yalnızca “manevi ayıp” ekseninde, öğretilerdeki –yukarıda da detaylı şekilde alınan- teorik değerlendirmeler üzerinde durulacaktır.

Burada kiralananın gürültü sorunu nedeniyle ayıplı hale gelmesi ekseninde ve özelinde değerlendirme yapıldığından hemen ifade edilmelidir ki hem Türk yargı kararları hem de öğreti görüşlerinde, anılan bu durum, “manevi ayıp” kavramı içerisinde incelenmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında,<sup>58</sup> Türk Borçlar Kanununun 305. maddesine atıfta bulunularak kiralanana kira süresi boyunca kullanıma uygun bulundurma borcunun kapsamına sadece maddi nitelikteki noksanlıklardan arındırılmış şeklinin değil, aynı zamanda ihlali halinde manevi ayıp sayılacak gürültü yapmama, kötü koku yaymama veya kiracıya hakaret etmeme gibi davranışların da dâhil olduğu belirtilerek manevi ayıbın mevcudiyeti ve şartlarının gerçekleşmesi halinde de kiracının, ayıbın giderilmesini talep etme, kira parasının indirilmesini isteme, sözleşmeden dönme/fesih hakları yanında tazminat talep etme hakkı da bulunduğu ifade edilmiştir.

Öğretilerde tanımlandığı şekilde manevi ayıp, kiracının kiraladığı şeyin kullanımını olumsuz etkileyen, rahatsızlık verici nitelikteki tüm hususlardır.<sup>59</sup> Bu rahatsızlık verici eylem ve davranışlara, kiraya veren tarafından yol açılmasına da gerek bulunmamaktadır, bir diğer ifadeyle söz konusu

<sup>58</sup> Yargıtay HGK, E: 2013/13-66, K: 2013/1417, T: 02.10.2013 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi, 12.10.2020).

<sup>59</sup> **İnceoğlu, M. Murat** (2014) Kira Hukuku C. 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 130; **Üçer, Mehmet/ Meriç, Nedim** (2014) “Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Kapsamı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 30-31, s. 413.

rahatsızlıklara üçüncü kişiler de sebep olabilmektedir.<sup>60</sup> Çeşitli durumların yanında, öğretilerde acil tamirat dışında, kiralanın yerde inşaat yapılması, manevi nitelikteki ayıplara tipik örnek olarak gösterilmektedir.<sup>61</sup> İnşaat gürültüsünün yol açacağı gürültü sorununun manevi ayıp teşkil edebileceği belirtilmekle beraber, bu durum, herhangi bir hukuki kritere bağlanmamış, bir diğer ifadeyle gürültünün manevi ayıba yol açabilmesi için hangi şiddet ve sürede, hangi yoğunlukta devam etmesi gerektiği ya da gürültüye kiraya veren ya da bir 3. kişinin sebep olması durumunda ayıptan doğan sorumluluğun farklılık gösterip göstermeyeceği hususlarına ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Ancak öğretilerde genel olarak ileri sürüldüğü üzere; gürültü nedeniyle manevi ayıbın söz konusu olması ve kiraya verenin sorumluluğunun gündeme gelmesi için bu ayıbın, yukarıda ifade edildiği üzere önemli ayıp niteliğinde olması gerekmektedir.<sup>62</sup>

Kiralananın kullanımını etkileyen gürültü sorununun hangi şartlarda önemli manevi ayıp teşkil edeceği konusunda yol gösterici nitelikte olan birtakım Yargıtay kararları bulunmaktadır. Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki Eski Borçlar Kanunu döneminde kiracı ancak kiralananındaki önemli ayıplar dolayısıyla kira bedelinde indirim talep hakkını kullanabilmekteyken, Türk Borçlar Kanunu'nun 307. maddesi uyarınca kiracının bu hakkını kullanması bakımından ayıbın önemli olup olmaması herhangi bir rol oynamamaktadır. Bir diğer ifadeyle, kiralananın kullanımını etkileyen bir ayıbın varlığı halinde kira bedelinde indirim hakkı gündeme gelebilecektir. Buna göre, önemsiz manevi ayıplar dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 307. maddesine göre kira bedelinde indirim hakkı istenmesi yeni Kanun döneminde mümkün hale gelmiştir.

Eski kanun döneminde verilmiş Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin bir kararında,<sup>63</sup> önemli ayıp kriteri olarak ayıbın, kiracının yahut kendisiyle

<sup>60</sup> Üçer/ Meriç, s. 413.

<sup>61</sup> Zevkililer, Aydın/ Gökyayla, Emre (2020) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 258.

<sup>62</sup> Eren, s. 331; İnceoğlu, s. 121.

<sup>63</sup> Yargıtay 3. HD., E: 2002/10568, K: 2002/1015, T: 23.09.2002 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi, 12.10.2020).

birlikte yaşayan kimselerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmesi görülmüştür. Buna göre, Yargıtay hükmünde, (manevi) ayıp dolayısıyla kiracının seçimlik haklarını kullanabilmesi için kiralanan taşınmazın kiracının sağlığına tehlikeli olacak şekilde ayıplı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda bir çıkarım yapılacak olursa, bilhassa inşaat ya da herhangi bir çevresel sebepten doğan çevresel gürültü emisyonu nedeniyle kiracının seçimlik haklarını kullanabilmesi için söz konusu gürültünün kiracı ve beraberinde yaşayanların sağlığı bakımından ciddi şekilde tehlike arz etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Sağlığı tehlikeye atacak şekilde ciddi bir sorunun kapsam ve boyutunun ne şekilde olacağı bakımından Yargıtay kararında herhangi bir somut kriter ileri sürülmediğinden böylesi bir durum ancak somut olayın şartları nazara alınarak, yüksek ihtimalle bilirkişi raporu ile desteklenerek hakim tarafından değerlendirilecek ve sonuca bağlanacaktır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi ise bir kararında,<sup>64</sup> doğrudan gürültü nedeniyle ayıbın ortaya çıkıp çıkmayacağı şeklinde bir değerlendirme yapmasa da “trafik yoğunluğu ve gürültüsünün, bugünkü büyük kentlerde özellikle işler yol ve caddeler üzerinde bulunan konutlar için, genel ve kaçınılmaz sosyal bir problem” olduğunu belirtmiştir. Trafik gürültüsü ve inşaat faaliyetlerinin günümüzdeki kadar yoğun olmadığı bir dönemde verdiği kararda dahi trafik gürültüsünün büyükşehirler bakımından kaçınılmaz olduğunu değerlendirmesi bakımından Yargıtay’ın benzer bir uyumsuzluğun önüne gelmesi ve trafik, inşaat ya da herhangi bir çevresel faktör kaynaklı gürültünün önemli bir ayıp teşkil edip etmeyeceğinin incelemesini yapması durumunda, tıpkı Alman Federal Mahkemesi’nin Bolzplatz kararında olduğu gibi çevresel faktörlerden doğan gürültü sorununa kiracının katlanması gerektiği şeklinde bir değerlendirme yapması şaşırtıcı olmayacaktır.

Konuyla ilgili sunulacak bir diğer Yargıtay kararı ise yine doğrudan gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi konusunda değerlendirme yapmasa da bu çalışmada nazara alınabilecek önemli kanaatleri ihtiva

<sup>64</sup> Yargıtay 6. HD., E: 1991/10014, K: 1991/10638, T: 23.09.2002 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi, 12.10.2020).



etmektedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi bir başka kararında;<sup>65</sup> dava, her ne kadar erken fesih nedeniyle tazminat, kira alacağı ve ecrimisil bedelinin tahsili istemine ilişkin olsa da kararda çevresel faktörlerin kiralananın kullanımına (önemli ölçüde) etkisi bakımından nazara alınması gereken değerlendirmeler yapılmıştır.

Somut uyuşmazlıkta kiracı – davalı, (kiralanan taşınmazın yanında) bitişik taşınmazda hali hazırda devam eden stadyum inşaatı nedeniyle kaya parçaları ve moloz kazaları yaşandığını, kiralanan alana taş ve inşaat malzemelerinin döküldüğünü, söz konusu durumun (kiracı – davalının) bir yayın kuruluşu olması nedeniyle davalıyı olumsuz yönde etkilediğini, kira sözleşmesinin yapıldığı tarihe göre sözleşme koşullarının önemli ölçüde değiştiğini, bu nedenle feshin haklı olduğunu ileri sürmüştür. Karardan anlaşıldığı üzere, kiracının kiralanan taşınmazda televizyon yayıncılığı faaliyeti yürüttüğü ve taşınmazın bu amaçla kiraya verildiği taraflar arasında tartışmasızdır. Kiracının feshe gerekçe olarak gösterdiği olumsuzluklar bakımından mahallinde keşif yapılmış ve ayrıca bilirkişi raporu alınmış olmakla, alınan raporda Yargıtay kararında alıntılanıldığı üzere: “(Kiralanan) taşınmazın davalı tarafından stüdyo ve çalışma alanı olarak kiralandığı, parselin bitişğinde üst bölümünde devam etmekte olan stadyum inşaatının kazı ve dolgularından kopan kaya ve taş parçalarının çevrede bol miktarda bulunduğu, stüdyo olarak düzenlenmiş bölümlerin zemininde daha önceki su baskını ile oluşan çamur tabakasının mevcut olduğu, gerek stadyum inşaatı sırasında oluşan gürültü, moloz ve taş düşmesi gerekse daha sonra meydana gelen ve izleri mevcut olan su baskınları nedeniyle söz konusu bina ve tesislerde televizyon yayıncılığı yapılması ve bu mahallerin stüdyo olarak kullanılmasının uygun olmadığı” tespit edilmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda da Türk Borçlar Kanununun 305. maddesi uyarınca kiraya verenin sorumluluğu söz konusu olup bu hüküm doğrultusunda kiraya veren, kiralananı sözleşme boyunca sözleşme ile güdülen amaca uygun bir halde

---

<sup>65</sup> Yargıtay 6. HD., E: 2012/14773, K: 2012/17665, T: 23.09.2002 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi, 12.10.2020).

bulundurma borcu altındadır, buna göre kiracı, kendisinin kusuru olmaksızın kiralananın sonradan meydana gelen somut olaydaki gibi hallerde kira bedelinden uygun bir miktar indirilmesini isteyebileceği gibi ayıp uygun bir süre zarfından giderilmez ise akdi dahi feshedebilir. Buna göre; Yargıtay, sözleşme kurulduktan sonra sözleşme ile güdülen amaca göre kullanmanın önemli ölçüde zorlaşması veya ortadan kalkması gibi durumlarda kiraya verenin sorumluluğunu gerektirir bir ayıbın varlığını kabul etmektedir. Yukarıda anılan kararda belirtilen kıstastan (kiracı ve beraberinde yaşayanların sağlığının etkilenmesi hususu) farklı olarak, bu hükümde Yüksek Mahkeme, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi ve önemli ayıbın mevcudiyeti bakımından kiralananın kullanım amacının önemli ölçüde etkilenmesini aramıştır.

İfade edildiği üzere; gürültü dolayısıyla kiralananın ayıplı hale gelmesi bakımından Türk öğretisi ve yargı kararlarında, yalnızca genel değerlendirmeler yapılmış, kriterler yönünden konuya ilişkin doğrudan doğruya bir inceleme yapılmamıştır. Öğretide, kiralanan yerde inşaat yapılmasının manevi nitelikteki ayıba örnek teşkil edeceği belirtilmiş olmakla beraber, inşaat gürültüsü söz konusu olup hangi şartlarda önemli ayıbın ortaya çıkacağı hakkında herhangi bir kıstas ileri sürülmemiştir. Yukarıda değinilen bazı (dolaylı) kararlarda, önemli (manevi) ayıbın varlığı bakımından sözleşme ile güdülen amaca göre kullanmanın önemli ölçüde zorlaşması veya amacın ortadan kalkması ile kiracı ve beraberinde yaşayanların sağlığının ciddi şekilde etkilenmesi kıstaslarına değinilmektedir.<sup>66</sup> Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 307. maddesi uyarınca kiracının kira bedelinde indirim hakkını kullanması bakımından aranan şart, ayıbın kiralananın kullanımını etkilemesi durumudur. Dolayısıyla, konuya ilişkin yeni Kanun döneminde verilmiş bir Yargıtay kararı bulunmamakla

---

<sup>66</sup> Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında: "Kiralanan yer oksijenle kaynak işleri yapılmak üzere kiralananmış olsa bile yapılan bu işlerin sağlığa zararlı ve tahammül edilmez derecede gürültüye sebebiyet verdiğinin tespiti halinde bu durum mühim sebep sayılır." değerlendirmesi yapmış ve gürültünün önemli ayıp sayılması için sağlığa zararlı ve tahammül edilmez derecede şiddetli olması gerektiğini belirtmiştir. (Yargıtay HGK, E: 1968/593, K: 1968/826, T: 11.12.1968).

birlikte, unutulmamalıdır ki Türk Borçlar Kanunu'nun açık hükmü karşısında manevi ayıp dolayısıyla kira bedelinde indirim hakkının kullanılması için çevresel gürültünün kiracının kullanıma bağlı umduğu edim yararına ulaşmasını engelleyen nitelikte olması yeterli olacaktır.

İsviçre yargı içtihatları bakımından, Alman hukukundaki Bolzplatz kararı gibi dönüm noktası özelliği taşıyan bir hükümden söz etmek mümkün değilse de çevresel ayıbı ele alan ve bu husustaki kıstasları belirleyen önemli içtihatlar bulunmaktadır ki bunlardan bir kısmı, önem arz eden noktalarıyla aşağıda sunulacaktır. Yine de özetle belirtmek gerekir ki yargı kararları ve öğreti görüşlerine göre, İsviçre Borçlar Kanununun (Obligationenrecht - OR) 259a maddesine göre (TBK 305. maddesi), kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda kiracı, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını talep edebilir. Kiracı, kira indirimi talep edebilmek için İsviçre Medeni Kanununun (Zivilgesetzbuch – ZGB) 8. maddesi (TMK 6. maddesi) uyarınca kiralanan taşınmazın koşullarının sözleşmeye bağlı kullanıma uygun olmadığını, ayıbın ortaya çıktığını ve taşınmazın kullanımını çekilmez hale getirdiğini kanıtlamalıdır. Dolayısıyla Alman yargı kararlarındaki tartışmanın aksine, İsviçre hukukunda kiralananın gürültü ve benzeri emisyon sorunları nedeniyle ayıplı hale geldiği ve bu durumun kiracı bakımından çekilmez bir hal aldığı ispat yükü kiracı üzerinde bırakılmıştır. Ayrıca yargı kararları ve öğreti görüşlerinde ifade edildiği üzere,<sup>67</sup> kiralananın ayıbından söz edebilmek için ayıbın muhakkak ki kiralananın kendisinde doğmasına gerek yoktur, ayıp, kiralanan eşyanın bulunduğu çevreden (çevresel ayıp) ya da bir 3. kişinin hal ve hareketlerinden de kaynaklanabilir. Bunun yanında, ayıbın, kiraya verenin etki alanının içinde ya da dışında bulunması da önem arz etmemektedir. Öte yandan kiracının, İsviçre Medeni Kanununun 679. maddesi uyarınca komşunun kiraya veren malike karşı da dava açabilme imkânının bulunması; kira sözleşmesine dayanarak kiralananın ayıplı hale geldiği iddiası ve bunun hukuki sonuçları bakımından önem arz etmemektedir.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> **Corboz, Bernard** (1979) Les défauts de la chose louée, Semaine judiciaire s. 130; **Oftinger, Karl** (1959) Entwicklungen im Recht der Lärmbekämpfung, SJZ, s. 118 vd.

<sup>68</sup> Mietgericht Vaud, Urt. v. 09.12.1986, mp 3/87 S. 51 vd.

İnşaat gürültüsü dolayısıyla kiralananın ayıplı hale geldiği iddiasının ve kira bedelinde indirim hakkının değerlendirildiği Vaud Kantonu Kira Mahkemesinin 1986 yılında verdiği bir karara<sup>69</sup> konu somut olayda; kiracı, kiraladığı evinin komşu arazisindeki şantiyedeki inşaat çalışmalarından gelen buldozer ve patlama sesleri dolayısıyla rahatsız olduklarını ileri sürmüş ve yargılama sırasında yapılan değerlendirmelerde de şantiyedeki çalışmaların neredeyse tüm gün sürdüğü ve gürültü ile toz sebebiyle kiralanan konutun pencerelerinin tüm gün açılmadığı tespit edilmiştir. Kiracı aynı zamanda eşi ve çocuğunda gürültüye bağlı asabiyet geliştiğini gösterir doktor raporu sunmuştur. Mahkemeye göre, her ne kadar şantiye çalışma saatlerine riayet edilse dahi, kiralanan evin yakınındaki şantiye alanından gelen inşaat gürültüsü ve toz dolayısıyla -kiraya verenin bu probleme herhangi bir etkisi olup olmadığına bakılmaksızın- kira bedelinde (%35 oranında) indirim yapılması kabul edilmiştir.

Konunun ele alındığı bir Federal Mahkeme kararına göre,<sup>70</sup> İsviçre Borçlar Kanununun 259a maddesinin ilk fıkrası ve ayıbın derecesi (önemli olup olmadığı) nazara alınarak; kiracı, hayatın olağan akışına göre kiralananın kullanımı sırasında ortaya çıkabilecek “makul ölçüdeki küçük çaplı aksaklıkları” göze almakla ve bunlara katlanmakla mükelleftir ki böylesi aksaklıklar, kira bedelinde indirim yapılmasını gerektirmez. Eğer ki ortaya çıkan ayıp esaslı nitelikteyse ve kiralananın kullanımını önemli ölçüde etkiliyorsa bu durumda, kira bedelinde indirim hakkı gündeme gelebilecektir. Bu değerlendirme yapılırken kiralananın kullanımını etkileyen sorunun (inşaat gürültüsünün) süresi ve devamlılığı da oldukça önem arz etmektedir. Bu bağlamda, kısa süreli aksaklıklar (örneğin onarım-tamirat işleri gibi görece kısa süren faaliyetlerden doğan gürültüler) dolayısıyla kira bedelinde indirim talep edilemez. Buna göre; kiracı, ortaya çıkan ayıbı kiraya verene bildirmek ve ayıbın giderilmesi için kendisine uygun bir süre tanımakla mükelleftir. Kiracı, kiraya verene zararı hafifletmek için gerekli önlemleri alma fırsatı vermek adına dürüstlük kuralı içinde hareket etmeli ve dolayısıyla ayıbı gecikmeden bildirmelidir, ancak kiraya veren, ayıptan bir şekilde haberdar olmuşsa -

<sup>69</sup> Mietgericht Vaud, Urt. v. 09.12.1986, mp 3/87 S. 51 vd.

<sup>70</sup> Semaine judiciaire 1985 S. 575 vd.

bilhassa zarara kendisi sebebiyet vermişse- ona ayıp bildirim yapılmak zorunda değildir.

Federal Mahkemeye göre; İsviçre Medeni Kanununun komşuluk hukukuna ilişkin 679. (Türk Medeni Kanunu 730. maddesi) ile 684. (Türk Medeni Kanunu 737. maddesi) hükümleri ile bu maddelere dayalı olarak geliştirdiği ilkeler, somut olayda da kıyasen uygulama alanı bulmalıdır.<sup>71</sup> Bundan hareketle, kiralanan konutun yanındaki inşaat alanından gelen gürültü; tipi, yoğunluğu ve süresi itibariyle komşuluk hukuku gereğince taşınmazın normal olarak kullanımı süresince ortaya çıkabilecek ve katlanılması gereken sınırın ötesinde olursa, bu durumda taşınmazın kullanımını önemli ölçüde etkileyen bir ayıp söz konusudur. İnşaat faaliyeti, tamamen yasaların öngördüğü sınırlar ölçüde gerçekleştirilmiş olsa da, yukarıda ifade edilen kriterler somut olayda vuku bulduğu sürece yine (çevresel) ayıp söz konusudur. Mahkeme üyelerince, bahsi geçen kıstasın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği incelendiğinde, kiralanan taşınmazın yakınında sürdürülen inşaat faaliyetlerinin, kiralananın kullanımını önemli ölçüde kötüleştirmiş ve süresi (birkaç ay), yakınlığı (doğrudan şantiyenin karşısında bulunan daire ve pencere) ile yoğunluğu itibariyle tüm tanık ifadelerine göre son derece büyük çaplı olmakla, alışılmışın ötesinde bir gürültü kirliliğine sebep olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda, kiralananın kullanımının önemli ölçüde etkilendiği nazara alındığında kira bedelinde indirim hakkının kullanılması kabul edilmelidir.

Bununla birlikte ayıbın varlığı halinde, kira bedelinde indirimin hangi oranda yapılacağı da ayrı bir değerlendirmenin konusudur ki bu oran, objektif kriterlere göre tespit edilecektir.<sup>72</sup> Bir diğer ifadeyle, indirim oranı bakımından, kiralayanın kişisel koşullarının herhangi bir önemi yoktur, çünkü bu koşulların kira bedelinin belirlenmesinde de bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>73</sup> Federal Mahkemeye göre, kiracının her gün gürültü sorunu nedeniyle evi terk etmek zorunda kalışı, kiralanan taşınmazın kullanım kaybına eşdeğerdir ki

<sup>71</sup> Semaine judiciaire 1985 s. 575 vd.; BGE 91 II 105 vd.; BGE 83 II 382 vd.

<sup>72</sup> BGE 91 II 105 vd.

<sup>73</sup> Semaine judiciaire 1986, s. 199.

kira bedelinde yapılacak olan indirim de bu kapsamda değerlendirilmelidir.<sup>74</sup> Karara konu somut olayda, kiralanan taşınmazın kullanımı, inşaat faaliyetinin devam ettiği gündüz saatlerinde önemli ölçüde etkilenmekte ve zarar görmektedir. Buna karşın, kiralananın kullanımını geceleri etkileyen (gürültü vs. gibi) herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Bu durumda, kiralanan taşınmaz %50 oranda (yarı yarıya zamanda) sorunsuzca kullanılabilir. Bu bağlamda mahkemeye göre, dürüstlük kuralı uyarınca, gündüz saatlerindeki gürültü sorunu taşınmazın kullanımını %70 oranda etkilemekle kiralananın (gece saatlerinde) yarı yarıya zamanla sorunsuz kullanımı göz önüne alınarak en nihayetinde %35 oranında indirim yapılması makuldür.

Gürültü sorunu nedeniyle kiralananın ayıplı hale geldiği iddiasının değerlendirildiği bir başka kararda Zürih Kira Mahkemesi,<sup>75</sup> toplamda 45 gün süren inşaat çalışmaları boyunca ortaya çıkan inşaat gürültüsü ve kısmi toz sorununa rağmen, çevresel gürültü açısından gerekli sınırlar ve ölçütler arasında kalınmış olmakla, kiralananın öngörülen kullanım amacının gerçekleştirilebilmekte olduğunu hükme bağlamıştır. Somut olayda kiracılar, oturdukları kiralık evi buldukları İsviçre'deki ünlü bir emlak web sitesinde yer alan reklamda, evin gürültüsüz bir yerde bulunduğuna yönelik kiraya vereni bağlayıcı bir garanti beyanı bulunduğunu iddia etmişlerdir. Mahkemeye göre, ilgili internet sayfasında yer alan evin "sessiz bir muhitte" bulunduğu ifadesi, bir güvence değil, yalnızca çekici bir tanıtım cümlesidir.<sup>76</sup> Dolayısıyla kiralık eve ilişkin reklamdan, kiracıların iddiası lehine bir çıkarımda bulunulması mümkün değildir, ayrıca kira sözleşmesinde de böyle bir güvence bulunmamaktadır.

Mahkeme kararında işaret edildiği üzere; gürültü nedeniyle kira bedelinde indirim yapılabilmesi için, gürültünün bilhassa uzun süre devam edip etmediği, yoğun olup olmadığı ya da özellikle rahatsız edici bir zaman diliminde vuku bulup bulmadığı ve bu nedenle, kiralananın normal şekilde kullanılmasına yönelik sınırın aşıp aşılmadığının incelenmesi

<sup>74</sup> Semaine judiciaire 1986, s. 199.

<sup>75</sup> Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U.

<sup>76</sup> Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U.

gerekmektedir.<sup>77</sup> Örnek olarak, gece saatlerindeki uykuyu etkileyecek/ bozacak şiddetteki gürültü, bu kapsamda değerlendirilmiş ve bahsi geçen gürültü sorunu nedeniyle kiralananın ayıplı hale geldiği tespit edilmiştir.<sup>78</sup>

Zürih Kira Mahkemesinin kararına konu olan somut olayda kiracılar, - her ne kadar inşaat iki sene süreyle devam etse de- bilhassa yıkım işleri sırasında ortaya çıkan gürültünün yoğun olduğunu belirtmiş, mahkemece bu sürenin (yıkım süresi) ise 45 gün olduğu tespit edilmiştir. Kiracıların, izin verilen inşaat sürelerine uyulmadığı veya inşaat işinin izin verilen çalışma saatleri dışında ifa edildiği gibi bir iddiaları bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mahkemece, 45 günlük yoğun yıkım sürecinde dahi gürültü emisyonu açısından gerekli sınırların korunduğu ve kiralanan evin kullanım koşullarının etkilenmediği kanaatine varılmıştır.<sup>79</sup> Bir diğer yönden, kiracıların sağlık açısından özel bir durumunun bulunmadığı, bu nedenle inşaat gürültüsünün etkili olduğu gündüz saatleri boyunca uyuma gereksinimlerinin bulunmadığı, dolayısıyla inşaat faaliyetleri sırasında kiralananın normal ve amacına uygun şekilde kullanımına aykırılık yaratacak bir durumun mevcut olmadığı tespit edilmiştir.<sup>80</sup> Ayrıca, yargılama sırasında tespit edildiği üzere kiracıların yatak odası şantiyeden uzağa bakan taraftadır ve bu nedenle, gürültüye maruz kalma olasılıkları da daha düşüktür. Açıklanan gerekçelerle, kiracıların inşaat gürültüsü nedeniyle kiralanan taşınmazın ayıplı hale geldiği iddiası –kiracı tarafından bu hususta yeterli kanıt sunulmadığı gerekçesiyle- yerinde görülmemiş, dolayısıyla kira bedelinde indirim hakkının gündeme gelmeyeceği sonuç ve kanaatine varılmıştır.<sup>81</sup>

#### D. DEĞERLENDİRME

Uzun süreli ya da süresiz şekilde akdedilen konut ve işyeri kira sözleşmelerinin sözleşmenin kurulduğu sırada kiralananın bulunduğu yerdeki

<sup>77</sup> Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U.

<sup>78</sup> Bahsi geçen sorunun ele alındığı somut olayın incelenmesi bakımından bkz. BGE, Urt. v. 31.07.2009 - 4A.281/2009 E. 3.2., MRA 1/10 s. 26 vd.

<sup>79</sup> Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U.

<sup>80</sup> Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U.

<sup>81</sup> Mietgericht Zürich, Urt. v. 27.10.2014, MD130015-L/U.

çevresel koşulların ne şekilde değişeceğine ve buna karşın kiracı ve/veya kiraya verenin nasıl bir hukuki konumda bulunacağına ilişkin olarak kira sözleşmesinde açık ya da zımni herhangi bir düzenlemeye rastlanması düşük bir olasılıktır. Ülkemizde çevresel şartlar sıklıkla değişmekte, özellikle nüfusu giderek artan şehirlerde sakin ve sessiz bir semtte olduğu düşünülerek kiralanan bir konut, yalnızca birkaç sene içerisinde adeta bir metropol merkezi haline gelebilmektedir. Bir diğer ifadeyle, kiralananın dâhil bulunduğu çevresel şartlar öngörülemez biçimde hızla değişmektedir ki bu durumun da kira sözleşmesinin kurulduğu sırada düşünülerek sözleşmede hükme bağlanması beklenebilir bir durum değildir. Dolayısıyla akdedilen kira sözleşmesinde çoğunlukla bir düzenleme bulunmayacağı göz önüne alınarak, çevresel koşulların bilhassa gürültü nedeniyle kira sözleşmesinin kurulmasından sonra değişmesi durumunda ayıptan doğan seçimlik hakların nasıl ve hangi şartlarda gündeme geleceğinin belirlenmesi gerekir.

Yukarıda açıklandığı gibi Alman hukukunda “çevresel ayıp” olarak ele alınan kavram, Türk hukukunda karşımıza manevi ayıp üst başlığı olarak çıkmakta ve bu bağlamda değerlendirilmektedir.

En geniş ifadesiyle kira sözleşmesinin akdedilmesinden bir süre sonra çevresel koşulların öngörülemeyen bir şekilde değişmesi durumunda -bilhassa burada ele alındığı üzere kiralananın yakınında gerçekleşen ve kiralananın kullanımı etkileyen gürültü sorunu söz konusu olduğunda- kural olarak ve elbette şartları varsa Türk Borçlar Kanununun 305/2 hükmü uyarınca kiralananın sonradan ayıplı gelmesi nedeniyle, kiracının kanundan doğan seçimlik haklarını kullanması söz konusu olabilecektir.

Elbette kabul edilmelidir ki bir konut ya da çatılı işyeri kira sözleşmesinde, kiralananın bulunduğu yer ve ait olduğu çevrenin özellikleri sözleşme şartlarının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Hatta kiralananın bulunduğu yerdeki çevresel koşullar kimi zaman kiracı bakımından sözleşmenin yapılıp yapılmaması ayırımına götürecek kadar güçlü bir saik teşkil edebilmektedir. Kiraladığı evin sakin ve sessiz bir muhitte bulunduğu varsayımıyla bir kira sözleşmesi akdeden kişi, inşaat sektörünün özellikle büyük şehirlerdeki hızlı faaliyetleri sonucunda, inşaat çalışmaları boyunca -esasinda geçici olarak- gürültü sorununa maruz kalabileceği gibi,



kiraladığı yerin zaman içinde bir şehir merkezine gelmesi neticesinde daimi şekilde gürültü sorunundan muzdarip hale de gelebilir. Kısacası, kiralananın ait olduğu çevresel koşulların -bilhassa gürültü emisyonu özelinde- değişmesi durumunda kiralananın ayıplı hale gelip gelmeyeceği ve bu soruya olumlu yanıt verilebilirse kiralananın ayıplı hale gelmesinden doğan seçimlik hakların nasıl ve ne şekilde kullanılabilceği tespit edilmelidir.

En genel şekilde belirtmek gerekir ki yukarıda ifade edildiği üzere; kiraya veren, kiralanayı Türk Borçlar Kanununun 305/2 maddesi gereğince kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra ve kira süresi boyunca sözleşmedeki kullanım amacına uygun şekilde bulundurmakla yükümlüdür. Bu bağlamda yine Alman Federal Mahkemesinin 1966 yılına ait bir kararında<sup>82</sup> işaret edildiği gibi, kiralananın sözleşmede öngörülmüş kullanım amacına uygun bulundurma yükümlülüğünün kapsamına 3. kişilerin sebebiyet verdiği rahatsız edici davranış ve olguların engellenmesi olgusunun da dâhil olduğu ileri sürülebilir. Ancak açıkça ifade etmek gerekirse, çevresel koşulların çoğunlukla kiraya verenin kontrolünde olmadığı ve hızla değiştiği bilhassa büyük şehirlerde, kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu bu kapsamda geniş tutmak adil bir yaklaşım olmayacaktır.

Yukarıda Alman ve Türk-İsviçre hukuklarının ele alınması bölümünde değinilen “kiralananın kullanım amacının ve (çevresel) özelliklerinin sözleşmede açık ya da zımni şekilde belirlenmesi zorunluluğu” bakımından ise Alman Federal Mahkemesi tarafından; kiracının kiralanana ilişkin birtakım taleplerini kiraya verene bildirmesinin yeterli olmadığı, kiraya verenin de bir şekilde bu taleplere olumlu yanıt vermesi gerektiği ileri sürülmektedir ki<sup>83</sup> bu bakış açısı, kiraya verenin yukarıda değinilen geniş sorumluluğunun sınırlandırılması ve çerçevesinin belirlenmesinde önemli bir kıstas olacaktır. Bu kapsamda, kiralananın kullanım amacına ve kira koşullarına ilişkin karşılıklı bir zımni ya da açık irade uyuşması bulunmadıkça, kiracının kiralananın niteliklerine ilişkin tek taraflı beklentileri, bu beklentilere aykırılığın ortaya çıkması durumunda kiraya verenin ayıba karşı tekeffül

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 23.02.1966 - VIII ZR 63/64 MDR 1966, s. 497.

<sup>83</sup> BGH, Urt. v. 23.09.2009 - VIII ZR 300/08, NZM 2009, s. 855.

sorumluluğunu doğurmayacaktır. Örneğin, İstanbul ya da Ankara gibi büyük bir şehrin nispeten sakin bir muhitinde de olsa ev kiralayan bir kişinin, kira sözleşmesi akdedilirken mevcut olmayan ancak kira sözleşmesi sırasında ortaya çıkan, kiralanan konutun çevresindeki -belli bir süre devam eden ya da kiralananın çevresel koşullarını kısmen ya da tamamen değiştirecek kadar uzun süren/ devamlılık arz eden- inşaat faaliyetleri, yol yapım çalışmaları ya da artan trafik gürültüsü nedeniyle kiralananın ayıplı hale geldiği iddiasının geçerli olması için kira sözleşmesinde açık ya da zımni şekilde sözleşmenin kuruluş aşamasındaki çevresel koşulların kira sözleşmesi boyunca devam edeceği şeklinde bir sözleşme hükmünün bulunması gerekmektedir.<sup>84</sup>

Alman Federal Mahkemesi'nin Bolzplatz kararında işaret edildiği üzere; sözleşmede tarafların kiralananın niteliklerine ve kullanım amacına yönelik açık ya da zımni bir irade uyuşmasına varıp varmadıklarının tespit edilmesi bakımından aranan şart şu olmalıdır: Kiracı, sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki çevresel koşulların kira sözleşmesi boyunca devam edeceği hususunun kiralananın kullanım amacı bakımından belirleyici ve vazgeçilmez bir kıstas teşkil ettiğini açık ya da zımni şekilde kiraya verene bildirmeli ve bu durum, kiraya veren tarafınca da kabul edilmelidir.

Böylesi açık ya da zımni bir irade uyuşmasının bulunmaması durumunda, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut olan çevresel koşulların sözleşme devam ederken değişmesi halinde (çevresel ya da manevi) ayıptan söz edip edilemeyeceğinin bu aşamada tespit edilmesi gerekir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, nasıl ki kiraya verenin kiralananın sözleşmede öngörülmüş kullanım amacına uygun bulundurma yükümlülüğününün 3. kişilerin sebebiyet verdiği rahatsız edici davranış ve olguların engellenmesini de kapsamına aldığı şeklinde bir yaklaşım, kiraya veren bakımından haksız bir tutum ise, aynı şekilde kiracının kira sözleşmesinin başındaki çevresel koşulların kira süresi boyunca değişmeyeceğini ummasının asla mümkün olmadığını söylemek de kiracı

<sup>84</sup> Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Gsell, Beate** (2016) "(Negative) Beschaffenheitsvereinbarung und Mangelkenntnis im Mietrecht", NZM 2016, s. 708 vd.

bakımından mutlak bir adaletsizlik yaratacaktır. Bir başka açıdan; Alman Federal Mahkeme'sinin Bolzplatz kararında, kiraya verenin kira sözleşmesinin başındaki çevresel koşulların sözleşme boyunca devam edeceği şeklinde bir taahhüt vermesi durumunun, yerine getirilmesi fiilen veya en azından ekonomik olarak imkânsız nitelikteki bir edimin üstlenilmesi anlamına geleceği ve bu açıdan geçerli olamayacağı ifade edilmiştir.<sup>85</sup>

Kiralananın niteliklerine ilişkin açık ya da zımni bir belirlemenin bulunmadığı durumlarda, sözleşmesel kullanım amacının ve bilhassa çevresel koşulların kiralananın kullanım amacına etkisinin dürüstlük kuralı uyarınca tespit edilmesi gerekir. Bu kapsamda, tarafların dürüstlük kuralı uyarınca, muhtemel çevresel koşul değişikliklerinin de kiraya verenin kiralananı kullanım amacına uygun şekilde bulundurma yükümlülüğü kapsamında olmasını öngörüp öngörmediklerinin, bir diğer ifadeyle çevresel koşullarda değişiklik olmasını öngörselerdi, bu duruma nasıl bir hukuki sonuç bağlayacak idilerse bunun belirlenmesi icap etmektedir.

Bu hususta Alman Federal Mahkemesince de haklı olarak ileri sürüldüğü üzere,<sup>86</sup> dış faktörler nedeniyle ortaya çıkan rahatsız edici davranış ve olguların ayıp teşkil etmesi açısından nazara alınması gereken kriterlerden biri, kiraya verenin de benzer bir durumla karşı karşıya kalması durumunda söz konusu rahatsız edici olay bakımından kanundan ve komşuluk hukukundan doğan bir katlanma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Söz konusu yükümlülüğün değerlendirilmesi ve en nihayetinde, bu çalışmanın odak noktasını oluşturan 3. kişilerin sebebiyet verdiği gürültü kirliliği nedeniyle kiralanan taşınmazın ayıplı hale gelip gelmediği sorusunun cevaplandırılmasında, komşuluk hukukuna ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 730. ile 737. maddeleri nazara alınarak gürültü emisyonunun kaynağı, yoğunluğu, süresi ve elbette kiralananın amaçlanan

<sup>85</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, Rn. 42.

<sup>86</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, s. 2177 vd.

kullanımına etkileri araştırılmalı ve kiracının buna katlanma yükümlülüğü araştırılmalıdır.

İlk olarak, başlangıçta mevcut olmayıp kira süresi içerisinde değişen ve kiralananın kullanımı etkileyen çevresel koşullar -özellikle gürültü sorunu- bakımından öncelikli olarak irdelenmesi gereken mesele, söz konusu değişikliğin (gürültü kirliliğinin) ne kadar süreyle devam edeceği ve bu durumun ayıbın varlığı ve niteliği bakımından rol oynayıp oynamayacağıdır. Yukarıda belirtildiği üzere; Alman Federal Mahkemesinin meşhur Bolzplatz kararı, futbol sahasından gelen gürültü nedeniyle ayıbın mevcudiyetinin değerlendirilmesinde, zamansal unsur nazara alınmamış ve bu durum, eleştirilere konu olmuştur. Bolzplatz kararına konu olan somut olayda, gürültü sorunu süresiz şekilde ortaya çıkmış, ancak gürültünün süresi bakımından kararda herhangi bir değerlendirme yapılmamış, bir diğer ifadeyle, gürültünün geçici ya da sürekli olmasının ayıbın varlığı bakımından bir kriter teşkil edip etmeyeceği üzerinde durulmamıştır. Bu kıstas, Bolzplatz kararından sonraki yıllarda çeşitli Alman mahkeme kararlarına konu olmuş, bu kararlarda zamansal ölçüte ilişkin yapılan değerlendirmeler de yine öğretilerde eleştirilere maruz kalmıştır.<sup>87</sup> Esasen ifade etmek gerekir ki çevresel gürültü emisyonunun zamansal boyutu (süreklilik arz edip etmemesi ve kiralananın çevresel koşullarını daimi şekilde değiştirip değiştirmemesi meselesi), ayıbın ağırlığı bakımından bir rol oynayabilir ki bu durum da ancak bu sorunun vukuu bulunduğu somut olayda, ancak o somut durumun şartları nazara alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Kiralananın kullanım amacına ve koşullarına somut etkileri araştırılmadan, yalnızca gürültünün kısa ya da uzun süreli olup olmasına bakılarak kiralananın ayıplı olup olmadığına karar verilmesi mümkün değildir. En nihayetinde, gürültünün süresi, kanunun ayıbın varlığı bakımından aradığı temel şart olan kiralananın kullanımının etkilenmesi bakımından elbette ki önem taşır. Ancak bununla birlikte; Alman yargı kararları ve öğretisinde yapılan değerlendirmelerin

<sup>87</sup> Detaylı bilgi için bkz. yukarıda IV.B. bölümü s. 7 vd. (Ayrıca bkz. **Selk** (2019), s. 126 vd.).

aksine, ayıbın kısa ya da uzun süreli olması halinde, tek kıstas olarak bu durum nazara alınıp doğrudan doğruya ayıbın mevcut olup olmayacağı söylenemez.

Bir örnekle açıklamak gerekirse; kiralanan bir taşınmazın yanındaki boş arazide inşaat çalışmalarının başlaması ve şantiye alanından gelen yoğun çevresel gürültü emisyonu nedeniyle kiralananın kullanımının etkilenmesi halinde, inşaatın ne kadar süre devam edeceğinin anlamı, önemli ya da önemli olmayan ayıp değerlendirmesi açısından ortaya çıkmaktadır.

İnşaat gürültüsünün kısa süreli etkili olması veya sona eriş zamanının bilinmesi ya da bilinebilir nitelik taşınması, kiralananın ayıplı olmaması sonucunu doğurmayacaktır. Yukarıda değinildiği üzere<sup>88</sup>, Berlin Eyalet Mahkemesinin 2016 yılında vermiş olduğu hükmün, Bolzplatz kararına konu olan somut olayda dahi kiracının daimi şekilde değişmiş çevresel koşullara ve gürültü emisyonuna katlanmak zorunda oluşu karşısında, kısa süreli (karara göre 2 yıla kadar) inşaat gürültüsüne maruz kalan kiracı daha iyi bir hukuki pozisyona sokularak, bu kiracıya kira bedelinde indirim hakkı tanınması sebebiyle eleştirilmesi yerinde değildir. Bu noktada, kiracıların çevre koşullarının daimi şekilde değişmesi (örneğin kiralanan taşınmazın yakınından geçen tali yolun zaman içerisinde işlek bir ana yol haline gelmesi ya da kiralananın yakınına bir fabrika, sanayi tesisi vs. inşa edilmesi) durumunda, sürekli hale gelen yeni çevresel koşula katlanması gerektiği gibi bir tutum da haksız olacaktır. Böylesi bir durumda değerlendirme, önemli-önemli olmayan ayıp kıstasına göre yapılmalıdır. Kiralananın çevresel koşullarını tamamıyla değiştiren/ etkileyen daimi gürültü kirliliğinin, kiralananın kullanımını engellemeyen ancak yine de kiracının kullanıma bağlı umduğu edim yararına ulaşmasını engelleyen (önemli olmayan) ayıp tanımının kapsamını aşması ve esasen kiracının ve ailesinin sağlığını tehlikeye atan, sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde kiralananın kullanımını imkânsızlaştıran bir hal alması da kuvvetle muhtemeldir. Bu

---

<sup>88</sup> Selk (2019), s. 122.

durumda da kiracının, ayıp oranında kira bedelinde indirim talep etmesi mümkün olabileceği gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 306/2. maddesi uyarınca kira sözleşmesinin feshi de gündeme gelebilecektir.

Gürültünün süresinin (kısa süreli ya da daimi şekilde gerçekleşmesinin) yanında, kiralananın çevresel gürültü nedeniyle ayıplı hale gelip gelmediği sorusuna yanıt aranırken dikkate alınması gereken bir diğer kriter, gürültünün yoğunluğu ve gerçekleşme sıklığı olmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda da ele alınan kararında belirtildiği üzere,<sup>89</sup> kiralanan taşınmazın çevresinden gelen gürültü emisyonunun ayıp teşkil edebilmesi için bu sorunun komşuluk hukukunun sınırlarını aşan ve hayatın olağan akışına aykırı bir sıklık ve yoğunlukta gerçekleşmesi şartı aranmalıdır. Örneğin; gürültü ve benzeri emisyonlar, gece gündüz/ aralıksız şekilde kiracı ve ailesinin beden ve ruh sağlığını etkileyecek şiddet ve yoğunlukta devam ediyor ise elbette ki bu durumda, katlanma sınırlarını aşan ve kiralananın amaçlanan kullanımını (örneğin mesken olarak kullanımını) önemli ölçüde bozan bir ayıp mevcuttur. Böylesi bir ihtimalde, ayıbın düzeyi nazara alınarak kira bedelinde indirim yapılabileceği gibi, kiracının mevcut (değişmiş) çevresel koşullarda kira sözleşmesine devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumda ise kira sözleşmesi feshedilebilir. Bu imkan, yalnızca kiralananın başlangıçta sakin bir semtte bulunup kira süresi içerisinde çevresel koşulların değişmesi durumunda değil, kiralanan yerin, görece hareketli ve gürültülü bir muhitte yer alması ve yine kira sözleşmesi devam ederken çevresel özelliklerin kiralananın kullanımını aksatır bir biçimde değişmesi halinde de geçerli olmalıdır.

Bunun ötesinde, kiralananın ayıplı hale geldiği iddiasının kabul görmesi açısından mevcudiyeti aranan bir diğer kıstas, kiralananın kullanımının somut olarak etkilenmesidir, bir diğer ifadeyle yalnızca farazi değerlendirmeler nazara alınmamalı, çevresel gürültünün nedeniyle kiralananın kullanım amacı etkilenmiş veyahut kiracı ve ailesinin sağlıkları bu sebeple gerçekten bozulmuş

<sup>89</sup> Bkz. yukarıda s. 478.

olmalıdır. Bu hususta verilebilecek en güzel örnek; yukarıda değinilen İsviçre Federal Mahkeme kararında işaret edilen,<sup>90</sup> çevresel gürültü emisyonunun gündüz saatlerinde gerçekleşmesi durumudur. İnşaat gürültüsünün yalnızca gün içerisinde mesai saatleri içerisinde devam etmesi, anılan saat aralığı içerisinde de kiracı ve ailesinin evde bulunmaması durumunda, kiracının inşaat gürültüsü nedeniyle kira bedelinde indirim yapılması talebi yerinde değildir çünkü değinildiği üzere, gürültü farazi değerlendirmelere göre ne kadar yoğun ve rahatsız edici olursa olsun, kiracının somut olarak bu durumdan etkilenmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Unutulmamalıdır ki kiralananın çevresel gürültü nedeniyle ayıplı hale geldiği iddiası sorgulanırken yukarıda anılan kriterler nazara alınmalı ve bu kıstaslar, her zaman somut olayın özellikleri, kiralananın mevcut konumu ile kiracı (ve ailesinin) kişisel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Kiralananın çevresel gürültü nedeniyle ayıplı duruma gelmesi halinde, kira bedelinde hangi oranda indirim yapılacağı meselesi de değerlendirilmesi gereken bir husustur. Gürültü nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelmesi, İsviçre yargı kararlarına sıklıkla konu olmuş ve ayıp neticesinde kira bedelinde ne kadar indirim yapılması gerektiği, somut olayın şartları ve ayıbın etkileri nazara alınarak değerlendirilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak İsviçre Kiracılar Birliğinin (Mieterinnen- & Mieterverband – MV), kiralananın herhangi bir nedenle ayıplı olması durumunda, yargı kararlarında kira bedelinde istikrar kazanmış şekilde hangi oranda indirimin öngörülüp hükme bağlandığını listeleyen 2015 yılında yayımlanmış bilgi notu,<sup>91</sup> bu açıdan Türk hukuku bakımından da benzer olaylarda kira bedelinde indirim oranının belirlenmesi yönünden örnek olabilecek niteliktedir. Söz konusu bilgi notunda işaret edilen kimi kararlara göre; kiralananın karşısındaki inşaat şantiyesindeki ortalama bir ay süren betonlama çalışmalarının sebebiyet verdiği gürültü sorunu

<sup>90</sup> Bkz. yukarıda s. 479.

<sup>91</sup> Mieterinnen- & Mieterverband – MV Schweiz, Merkblatt für Mieterinnen und Mieter, Gerichtsentscheide: Mietzinsreduktion bei Mängeln, März 2015.

nedeniyle kira bedelinde %10-15 oranında indirim, kiralananın taşınmazın yanında faaliyete geçen konut projesi inşaatından kaynaklanan gürültü dolayısıyla –somut olayın şartlarına göre- % 15-50 oranında indirim, daha spesifik şekilde, kiralananın 40-50 metre uzağında yer alan şantiyeden iki buçuk sene süresince devam eden inşaat çalışmalarından doğan yoğun gürültü nedeniyle %16 oranda indirim yapılabileceği öngörülmüştür.

İspat yükü bakımından; kiralananın ayıplı hale geldiği iddiasını ileri sürerek kira indirimi ya da şartları halinde kira sözleşmesinin feshini talep eden kiracı, Türk Medeni Kanununun 6. maddesi uyarınca kiralanan taşınmazın koşullarının sözleşmeye bağlı kullanıma uygun olmadığını, ayıbın ortaya çıktığını ve somut olaya göre, taşınmazın kullanımının kendisi için çekilmez hale geldiğini kanıtlamalıdır.

Son olarak; sözleşmenin kuruluş aşamasında kiralanan taşınmazın kullanımı etkileyecek niteliği haiz çevresel gürültü hâlihazırda mevcutsa ve kiracı bu durumu bilerek sözleşmeyi akdediyorsa, kiracı, kural olarak, ayıp iddiasında bulunamayacaktır.<sup>92</sup> Bununla birlikte, kira sözleşmesinin başında belli düzeyde mevcut ve kiralananın kullanımını etkileyen nitelikte olup kiracı tarafından göze alınarak kabul edilen çevresel gürültünün, sözleşme devam ederken şiddeti ve yoğunluğunun artması ve kiracı tarafından göze alınan halini aşması durumunda kiralananın yine Türk Borçlar Kanununun 305/2 maddesi uyarınca sonradan ayıplı hale geldiği ileri sürülebilecektir. Öte yandan; kiracının sözleşmenin başında farkında olduğu ve hoş göreceğini düşündüğü çevresel gürültünün şiddeti ve sıklığında bir değişiklik olmasa da, zamanla kiracı bakımından –sürekli aynı gürültüye maruz kalınması durumunun- katlanılmaz bir hal alması durumunda, kiralananın ayıplı hale geldiğinden söz edilemeyecek olsa da, şartlarının varlığı halinde, sözleşmenin önemli sebeplerle Türk Borçlar Kanununun 331. maddesi uyarınca olağanüstü

<sup>92</sup> Kammergericht Berlin, Urt. v. 03.06.2002 — 8 U 74/01, GE 2003, s. 115; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urt. v. 04.02.1987 — RE-Miet 2/86, NJW 1987, s. 1950. Ayrıca bkz. **Gümüş** (2012), s. 95.



feshi gündeme gelebilecektir. Bu kapsamda; çevresel gürültünün zaman içerisinde kiracının katlanma ve hoşgörü sınırlarını aşan, bedensel ve zihinsel sağlığını Medeni Kanun'un 23/2 maddesi uyarınca kısıtlayan bir hal alması, en nihayetinde kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi durumunda; kiracının Türk Borçlar Kanununun 331. maddesi uyarınca sözleşmeyi feshetmesi mümkün olacaktır.<sup>93</sup>

## SONUÇ

Konut ve çatılı işyerlerinin kiralanması bakımından da nazara alınacak Türk Borçlar Kanununun 305. maddesine göre, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle; kiraya veren, kiralanana yeri kira süresi boyunca kullanım amacına uygun bulundurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kapsamının belirlenmesinde, ele alınması gereken hususlardan biri ise kira sözleşmesinin başında mevcut olan çevresel koşulların (bilhassa çevresel gürültü emisyonu sebebiyle) değişmesi halinde kiralananın ayıplı hale gelip gelmeyeceği ve gelirse, ayıptan doğan seçimlik hakların ne şekilde ve hangi kıstaslar uyarınca uygulanacağını belirlenmesi meselesidir.

Türk hukukunda çevresel gürültü nedeniyle kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi konusunda, söz konusu temayı detaylıca ele alan bir yargı kararı ya da öğreti kaynağı bulunmasa da, ifade edildiği üzere meseleyi çok boyutlu şekilde inceleyen başta Bolzplatz kararı olmak üzere Alman yargı kararları, öğreti görüşleri ve İsviçre mahkeme içtihatları Türk hukuku açısından da yol gösterici durumdadır. Söz konusu kararlar ve öğreti kaynakları, yukarıda detaylıca sunulmuş, aynı zamanda bunlara yönelik çeşitli eleştiriler de gerekçeleriyle izah edilmeye çalışılmıştır.

---

<sup>93</sup> Kira sözleşmesinin önemli sebeplerle olağanüstü feshi ve şartları bakımından detaylı açıklama için bkz. **Şahin, Turan** (2019) "Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m. 331)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 68, s. 337-359.

Gürültü sorunu nedeniyle kiralananın ayıplı hale gelip gelmediği araştırması yapılırken, önemli ayıp – önemli olmayan ayıp kriteri temel alınarak, somut olayın nitelikleri özelinde söz konusu kıstasın değerlendirme şartları incelenmelidir. Bir diğer ifadeyle; gürültü sorununun kiralananı ayıplı hale getirdiğinden ve önemli olmayan ya da önemli ayıbın varlığından söz edilebilmesi için gürültünün süresi, yoğunluğu, uzaklığı vb. somut olaya ilişkin kıstaslar göz önüne alınarak, en nihayetinde kiracı (ve ailesinin) çevresel gürültü emisyonundan somut olarak etkilenip etkilenmediğinin değerlendirilmesi icap etmektedir.

Ayıbın varlığının kabulü halinde ise somut olayda ayıbın ağırlığı tespit edilerek kira bedelinde indirim hakkı kullanılabilceği gibi, çevresel gürültü emisyonunun kiralananın kullanımını çekilmez hale getirdiğinin ispatlanması halinde kira sözleşmesinin feshedilmesi de mümkün olabilecektir.

**KAYNAKÇA**

- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan** (2020) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Arbek, Ömer** (2005) Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Börstinghaus, Ulf** (2018) “Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Mietrecht“, NZM 2018, s. 529-543.
- Bruns, Patrick** (2017) “Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 21.2.2017 – VIII ZR 1/16“, NJW 2017, s. 1879.
- Corboz, Bernard** (1979) Les défauts de la chose louee, Semaine judiciaire.
- Eisenschmid, Norbert** (2016) “Neuere Entwicklungen beim BGH zum Mietminderungsrecht bei Umfeldmängeln“, NZM 2016, s. 841-848.
- Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Gsell, Beate** (2016) “(Negative) Beschaffenheitsvereinbarung und Mangelkenntnis im Mietrecht“, NZM 2016, s. 702-711.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2018) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2012) “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- İnceoğlu, M. Murat** (2014) Kira Hukuku Cilt 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Nuhoğlu, Beyza** (2013) “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Oftinger, Karl** (1959) Entwicklungen im Recht der Lärmbekämpfung, SJZ.
- Selk, Michael** (2015) “Baulücke, Baulärm & Co. im Mietverhältnis und kein Ende”, NZM 2015, s. 855-874.
- Selk, Michael** (2019) “Der „Bolzplatz“ ist überall: Umfeld- und Umweltmängel im Mietrecht”, NZM 2019, s. 113-132.
- Suilmann, Martin** (2017) “Zur Darlegungs- und Beweislast bei einer Mietminderung aufgrund von Lärmbelästigung”, MietRB 2017, s. 152-160.
- Şahin, Turan** (2019) “Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m. 331)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 68, s. 337-359.
- Tandoğan, Haluk** (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/2, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Üçer, Mehmet/ Meriç, Nedim** (2014) “Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Kapsamı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, s. 30-31.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre** (2020) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.

**ÇEVİRİ**



## ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ 3. HUKUK DAİRESİ'NİN

### 27 AĞUSTOS 2020 TARİHLİ KARARI\*

ÖLEN KİŞİNİN KULLANICI HESABINA MİRASÇILARIN TAM  
ERİŞİM HAKKI VE SOSYAL AĞ SAĞLAYICISININ  
BUNA İLİŞKİN SORUMLULUĞU\*\*

Çevirenler:

Ahmet GÖK, LL.M.\*\*\*

Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU\*\*\*\*

### Karar ve Gerekçesi:

#### Karar:

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) 3. Hukuk Dairesi, 27 Ağustos 2020'de Başkan Hâkim Dr. Herrman, Hâkim Dr. Remmert, Hakimler

---

\*

BGH III ZS 30/20

Borçlu, kesinleşmiş olan Berlin Eyalet Mahkemesi (LG)'nin 17 Aralık 2015 tarihli ilamıyla, Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) (12 Temmuz 2018 tarihli III. ZS 183/17 sayılı ilamı– Basın Açıklaması 115/18) tarafından da onanmış olan, mirasçılar olarak ölmüş sosyal ağ katılımcısının ebeveynine kullanıcı hesabının tamamına ve kızlarının hesabında depolanan iletişim içeriklerine erişim sağlamaya mahkûm edilmiştir. Borçlu bunun üzerine alacaklıya (ölenin annesine) 14.000 sayfadan fazla PDF verisi içeren flaş bellek göndermiştir. Ancak eyalet mahkemesi borçlunun 17 Aralık 2015 tarihli ilamından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle, borçluya karşı, alacaklının başvurusu üzerine 10.000 Avro'luk ödenmesi gereken bir tutar tayin etmiştir. Bunun üzerine cebri icra borçlusu “Facebook”, üst mahkemeye (Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi- KG) acele itirazda bulunmuş ve itirazı kabul edilmiştir. Sonrasında icra alacaklısı mirasçı bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuş ve ilgili hüküm tesis edilmiştir.

\*\*

DOI: 10.33432/ybuhukuk.809179 – Geliş Tarihi: 12.10.2020 – Kabul Tarihi: 29.12.2020.

\*\*\*

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel Doktora Öğrencisi, ahmetgoklaw@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0201-9007.

\*\*\*\*

KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mert.dogu@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4695-9623.

Dr. Arend ve Dr. Böttcher ve ayrıca Hâkim Dr. Kessen tarafından aşağıdaki hüküm kurulmuştur:

Alacaklının temyiz başvurusu üzerine yüksek eyalet mahkemesinin ve 21. Hukuk Dairesinin 9 Aralık 2019 tarihli ve 21 W 11/19 sayılı ilamı bozulmuştur. Borçlunun, Berlin Eyalet Mahkemesi'nin (20. Hukuk Dairesi) 13 Şubat tarihli ve 20 O 172/15 sayılı ilamına karşı acele itirazı reddedilmiştir.

Borçlu, itiraz davası ve kanun yolu giderlerini üstlenmelidir.  
Değer: 5.000 Avro

### **Gerekçeler:**

1. Taraflar, davalı sosyal ağ sağlayıcısında bulunan bir hesaba erişim ile ilgili uyuşmazlık içinde bulunmaktadır. Alacaklı, ölen reşit olmayan kızının borçluda muhafaza edilen hesaba erişim ve orada depolanan iletişim içeriklerini edinme iddiasında bulunmuştur. O, babasıyla beraber miras ortaklığının üyesidir.

2. Eyalet mahkemesi 17 Aralık 2015'te miras ortaklığına, mirasbırakanın tüm kullanıcı hesabına ve onda depolanan iletişim içeriklerine erişim imkânı sağlanması için borçluyu mahkûm etmiştir (LG Berlin, ZUM-RD 2016, 471). Borçlunun istinafı üzerine yüksek eyalet mahkemesi, eyalet mahkemesinin kararını bozarak düzeltmiş ve davayı reddetmiştir. Alacaklının temyizi üzerine 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararıyla yüksek eyalet mahkemesinin hükmünü bozmuştur ve borçlunun, eyalet mahkemesi kararına karşı olan istinafını reddetmiştir (III ZS (Hukuk Dairesi) 183/17, BGHZ 2019, 243).

3. Borçlu, 30 Ağustos 2018'de alacaklıya içinde 14.000 sayfadan fazla PDF verisi olan flaş diski göndermiştir. Bunlar, borçlunun ifadesine göre ölen kişi tarafından kullanılan, borçludaki hesaptan elde edilen verileri ihtiva etmektedir. Bu suretle borçlunun eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ilamından kaynaklanan yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediği ve flaş diskte bulunan verilerin yapısal olarak ne derecede tanzim edilip edilmediği taraflar arasında ihtilafıdır.



4. Alacaklının başvurusu üzerine eyalet mahkemesi borçlunun 17 Aralık 2015 tarihli ilamından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle borçluya karşı 10.000 Avro'luk ödenmesi gereken bir para tayin etmiştir (13 Şubat 2019 tarihli karar, ZUM-RD 2019, 613). Yüksek eyalet mahkemesi borçlunun acele itirazı üzerine eyalet mahkemesinin bu kararını bozmuş ve alacaklının borçluya karşı bir cebri aracın tayinine dönük talebini reddetmiştir (9 Aralık 2019 tarihli karar, MMR 2020, 183). Yüksek eyalet mahkemesince kabul edilen borçlunun temyiz itirazları sebebiyle, alacaklı eyalet mahkemesinin kararının yeniden tesisi için istemde bulunmaktadır.

5. Alacaklının Medeni Usul Kanunu (ZPO)'nun § 574/I-1 nr. 2'ye göre uygun olan ve de diğer yerinde meşru hukuki itirazları gerekçelenmiştir.

6. 1. İtiraz mercii mahkeme, borçlunun flaş diski gönderme sorumluluğuyla mirasçının tüm kullanıcı hesabına ve onda depolanan iletişim içeriklerine erişimini sağlamasını yeterince yerine getirmiş olduğunu ortaya koymuştur. Öyle ki ZPO § 888'e göre bir cebri aracın hükmedilmesinin hukuka uygun olmadığını belirtmektedir. İtiraz mercii mahkeme:

7. *“İcra emrini yorumlayarak hangi davranışın uygun olduğunu belirlemek gerekir. Bunda icrai kararın hüküm kısmından yola çıkılmalıdır; gereken hallerde tamamlayıcı olarak karar gerekçesine dayanılmalıdır. Söz konusu ilk derece mahkemesinin kararının hüküm kısmının yorumundan, borçlunun sorumlu tutulduğu eyleminin kapsamına ilişkin tek başına açık bir sonuç ortaya çıkmayabilir. Federal Yüksek Mahkeme'nin 12 Temmuz 2018 tarihli kararının gerekçesine dayanarak hesapta saklanan haberleşme içeriklerine, içerik bilgisini alacaklıya iletmekle borçlunun sorumluluğunu yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Gerçi Federal Yüksek Mahkeme birçok kez hesapta tutulan haberleşme içeriğine görünüşte kümülatif erişim bulunması gerektiğine dair bir ifade kullanmıştır. Ama belirleyici olan mahkemenin temyiz kararında hukuki uyuşmazlığın konusunun mevcut hesap içeriğinin mirasçılar yoluyla çekilerek hazır edilmesini ifade etmesidir. Buna ilişkin olarak “hesaba erişim” ancak hesapta bulunan bilgilerin sağlanmasını sınırlamak şeklinde anlaşılabilir. Ancak buradan alacaklının orijinal bir “Hesap” sahibi gibi “Kullanıcı girişi” yapabilecek konuma gelmesi ve kullanıcı hesabına erişim için*

gerekli bilgilerle ayrıcalıklı bir erişim yapabilmesi kastedilmemiştir. Haberleşme içeriklerinin salt erişimine dair borçlunun sorumluluğunun kısıtlanması, yüksek mahkemenin diğer ifadeleriyle de teyit edilmiştir.

8. Borçlu, alacaklıya kullanıcı hesabının içeriğini ne şekilde vereceği konusunda kural olarak serbesttir. O, flaş diski göndererek sorumluluğunu yerine getirmiştir. Borçlu 14.000 sayfa civarındaki elektronik taranabilen ve kronolojik formda tasniflenmiş dataları alacaklıya tahsis etmesini, münferit ekran görüntülerini (Screen Shots) sunmak suretiyle gerçekleştirmiştir. Şu kadar ki borçlunun diğer kullanıcıları ile ölen kızın alış-verisinde bulunduğu ve tekrar mesajların içeriklerini, gönderici ve alıcının isimlerini, cevapları ve tarihleri ve de her bir mesaj dizimi için gönderi zamanlarının kronolojik sıralanmış olduğu iletilerin binlerce sayfalık verisini vermiştir. Alacaklı bu bilgilendirmeye karşı çıkmamıştır. O yüzden, onun asıl iddiası şudur: “Borçlunun eyalet mahkemesinin ilamından kaynaklanan yükümlüğünü yerine getirmesine karşı çıkmak için, dokümanı ne bir düzen ne de bir bölümlene, indeks, güzergâh destekleri veya dokümanın içeriğini bir şekilde kullanılabilir yapan başkaca emareler barındırmaktadır.” Bu ise fazlasıyla dayanaktan yoksundur. Zira alacaklı, tüm içeriği borçluda kayıtlı bulunan ve mirasbırakanın kullanıcı hesabında yer alan içeriklerin flaş disk ile kendisine iletilmesine de yeterince karşı çıkmamıştır. Doküman dahilinde, görüntüleme ve arama geçmişinin 14.000 sayfalık data hacmi sebebiyle zaman alıcı olmuş olması, borçlunun sorumluluğunun yerine getirmesine mâni değildir.

9. Alacaklı en nihayetinde, teslim edilen dokümanların arama fonksiyonunun sadece İngilizce aranan kavramların yardımıyla çalışmasına boşuna itiraz etmektedir. Zira o borçlu tarafından kendisine sunulan ve iletilen içeriklerin anlaşılmasına yönelik yardımı kabul etmemiştir.”

10. 2. Bu, yeniden hukuki incelemeye uygun düşmemektedir. ZPO § 888/I-1’e göre cebri araçların tayinine ilişkin şartlar mevcuttur. İtiraz mercii mahkemenin görüşünün aksine borçlunun, miras ortaklığının hesabın tümüne ve onda tutulan haberleşme içeriklerine erişim sağlaması için 30 Ağustos 2018’deki alacaklıya gerçekleştirdiği flaş disk teslimi, 17 Aralık 2015 tarihinde kesinleşmiş olan eyalet mahkemesi ilamından doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından yeterli değildir.

**11. a)** Tümüyle kullanıcı hesabına erişim alacaklıya, mirasbırakan nasıl yapabiliyorsa tıpkı o şekilde hesaptan ve onun içeriğinden bilgi alma imkânı bahşeder. Bu alacaklının daha öncesinde aynı mirasbırakanın kendisi gibi kullanıcı hesabında hareket edebilmesini, aktif bir kullanım olmamak koşuluyla, ifade eder. Uygun bir yükümlülük(borç) esasen icra emrinin hüküm kısmından (aşağıda bb'de), ama her durumda onun karar gerekçelerinden ve 12 Temmuz 2018 tarihli daire ilamının karar gerekçelerinden (aşağıda cc'de) anlaşılır.

**12. aa)** İcra mahkemesi hangi davranış şeklinin bunu kapsadığını icra emrinin yorumu yoluyla tespit etmelidir. Yorum, icra edilecek kararın hüküm kısmından hareket etmeli; gerektiğinde tamamlayıcı mahiyette hükmün gerekçesine ve belirli şartlar altında dava dilekçesinin ve davanın dayandığı sebeplere ve taraf beyanlarına da başvurulmalıdır (BGH, 5 Mart 2015 tarihli karar - I ZB 74/14, WM 2015, 1949 paragraf nr. 20 diğer ispatlarıyla birlikte). Bu çerçevede federal yüksek mahkemenin kastettiğinden farklı olarak dairenin tekrar ikame ettiği eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ilamının mevcut karar gerekçesine de dayanılabilir (krş. için BGH, 25 Şubat 2014 tarihli karar - X ZB 2/13, WM 2014, 630 paragraf nr. 23; Pruns, ZErB 2020, 245, 248).

**13.** İcra emri dışında bulunan haller, icra takibi işleminin biçimlendirilmesine ilişkin yorumlamada kural olarak gözetilmez. Yine de icra organı olarak, icra emrinden doğan cebri icra önlemleri hakkında karar veren ve icra emrine ilişkin kendi hükmünü kuran usul mahkemesi; icra emrinin yorumunda, muhakeme usulünden kaynaklanan bilgisine başvurabilir. Bu suretle icra emri dışındaki şartları da gözetebilir. (bkz. BGH'nın, 5 Mart 2015 tarihli kararında paragraf nr. 21 vd.).

**14. bb)** Mevcut eyalet mahkemesinin yerinde isabet ettiği gibi hali hazırda icra ilamının hüküm kısmının yorumundan, alacaklıya borçlu yoluyla sadece hesapta tutulan haberleşme içeriklerine erişim değil, bunun yanında kendisinin mirasbırakanın yapabildiği gibi, kullanıcı hesabından ve onun içeriğinden bilgi sahibi olabilme imkânının verilmesi anlamı çıkacaktır.

**15.** Borçlunun, alacaklıya hesabın tamamına erişimi sağlama şeklinde hükümde ifade edilen sorumluluğu lafzi olarak alacaklının borçlunun hâkimiyet alanında bulunan hesaba girebilmesi gerektiğine ve alacaklıya

sadece hesabın içeriğini aktarmak olmadığına dikkat çekilmiştir (buna uygun olarak Braun jurisPR-ITR 15/2019 Not 3 harf C; Pruns s. 247'de). Bu anlayış hüküm kısmındaki hem kullanıcı hesabına girişin hem de orada tutulan haberleşme içeriklerinin verilmesinin tümüyle isimlendirilmesi yoluyla doğrulanmaktadır. Bunun sonucunda tek başına haberleşme içeriklerine erişim yeterli olmayıp, bilakis daha fazlası, yani bizzat kendisinin hesaba erişimi sağlanabilmelidir (Pruns'un adı geçen eserinde de belirtildiği gibi)

**16. cc)** Eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli karar ve dairenin 12 Temmuz 2018 tarihli karar gerekçelerinden keza borçlunun mahkûm edildiği kullanıcı hesabına erişim sağlama, alacaklının kullanıcı hesabından ve onun içeriğinden mirasbırakanın yapabildiği gibi bilgi alabilme imkânını da ihtiva etmektedir. Alacaklı aktif kullanım istisnası dışında bundan evvel miras bırakanın kendisinde olduğu gibi hareket edebilmelidir.

**17.** Eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ilamındaki ifadelere göre; kullanıcı hesabına erişime sahip olmak ve davalının sunucusuna girmek, davacı ile daha önce oluşmuş olan sözleşme ilişkisinin BGB (Madeni Kanun) § 1922'ye göre külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçmiş olan mirasbırakanın hakları arasındadır. Davalının mirasbırakanın kullanıcı hesabına erişimi temin etmek zorunda oluşu, BGB § 1922'ye göre sözleşmedeki<sup>1</sup> taleplerin mirasçılara geçmesini sağlayan ve miras ortaklığına verilmiş bulunan bir haktan kaynaklanmaktadır. (Berlin Eyalet Mahkemesi, ZUM-RD 2016, 471, 473 vd., 478). BGB § 1922'ye göre külli halefiyet yoluyla geçen hakları olan mirasçıların, murise göre daha kötü konumda olmamasının gerekmesi ve bundan dolayı onlara sözleşmenin yeni tarafı olarak, bir şekilde kullanıcı hesabına aynı muriste olduğu gibi eşit ölçüde erişim sağlamalarının gerekmesi, mirasçıların miras hukukundan ileri gelen haklarının birer sonucudur.

**18.** Eyalet mahkemesi ifadelerinin devamında şunları ifade etmektedir: *“Davacının kullanıcı şartlarına göre arkadaş listesinin herhangi bir kişisi, kullanıcı profilinin anıtlıştırmaya geçmesine sebebiyet verebilir. Böyle bir*

---

<sup>1</sup> Muris ile Facebook arasında daha önce kurulmuş olan kullanıcı sözleşmesi kastedilmektedir.

*durumda ise mirasçılar için hesaba geçerli erişim bilgileriyle giriş yapmak artık mümkün olmayacaktır. Bu BGB § 307/I, II ve b.1'e göre mirasçılar açısından ölçüsüz bir mağduriyet ortaya çıkartacaktır”* (bkz. s. 475). Buradan da anlaşılan şey; erişim, davalı ile olan kullanım sözleşmesine göre mirasbırakanın da hizmetine verilmiş olduğu gibi, aynı şekilde davacının dilekçesi üzerine geçerli erişim bilgileriyle kullanıcı hesabına giriş ve bunlarla ona erişim yapılmasını sağlamak da eyalet mahkemesi tarafından hüküm altına alınabilecektir.

**19.** Eyalet mahkemesinin diğer tespiti ise mirasçıların BDSG (Federal Veri Koruma Kanunu) § 34'e göre mahkemece de cevaz verilen bilgi edinme hakkı çerçevesinde erişim sağlamalarına yöneliktir. Zira davalının, mirasbırakanın hesabında olan şeyleri kendisinin bildirmek zorunda olmadığı belirtilmektedir (s. 477'de). Bu ayrıca kullanıcı hesabının içeriğinin aktarılması ile (davalının bildiriyle) davalı tarafından hesaba erişim sunma arasında mahkemenin bilinçli olarak ayırım yapmasını da gerektirmektedir.

**20. (b)** İtiraz dilekçesine verilen cevap dilekçesinden ve oradaki icra ilamının yorumuna dönük öne sürülen davaya ilişkin vakıa anlatımlarından anlaşıldığı üzere; alacaklının sadece kullanıcı hesabının içeriği hakkında bilgi sahibi olmak istediği, menfaati bulunmadığı için daha ötesinde bir talebinin kabul edilemeyeceği şeklindeki çıkarımlar, alacaklının yazılı beyanlarıyla uyuşmayacaktır.

**21.** Bu her şeyden önce 24 Nisan 2015 tarihli dava dilekçesi için geçerlidir. Bundan tam tersine davacının (ve şimdiki alacaklının) sadece kullanıcı hesabının içerik bilgisini değil, bilakis hesaba tümüyle erişim talebinde de bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Orada tarif edildiği üzere, davacı davalıdan hesabın blokesinin kaldırılmasını birçok kez istemiştir. *“Davalıdaki bu talepler hesabın tekrar açılmasına neden olmazdı.”* (Dava dilekçesi s. 6). *“Mirasbırakanın ölümüyle profilin kullanım hakkı otomatik olarak miras ortağı olarak davacıya ve aynı zamanda ölenin diğer yakınlarına geçmiştir.”* (Dava dilekçesi s. 9). *“Davalının kolayca arzu edilen bilgileri vermeye muktedir olduğu ve o sadece L.W.’nin bilinen doğru oturum açma verileriyle sisteme girişe tekrar müsaade etmek mecburiyetindedir.”* *“Davacının kızının sağlığında davalının hizmetindeki tüm kullanıcı profiline erişmesine salahiyetli olduğu davacı lehine gözetilmelidir.”* *“Bunun mirasbırakanın*

*ölümüyle değişmesinin gerekmesi, pek tabii hakkaniyete aykırı düşerdi.” (Dava dilekçesi s. 14). “Davacının “L. J. W.” hesabına giriş sağlaması StGB (Ceza Kanunu) § 206 bağlamında “yetkisiz” olamaz.” “Davalı üçüncü kişinin verilerini kesinlikle yayımlamış olmuyor, bunun yerine her bir kullanıcı sözleşmesinde sabit olan hakkı tekrardan asıl hak sahiplerden birisine veriyor.” (Dava dilekçesi s. 15).*

22. Aynı durum, ilk derece kararı verildikten sonra temyiz başvurusuna cevapta davacının kullandığı yazılı beyanlar için de geçerlidir. Tüm dava boyunca (kısıtlı süre için) ölen L. W.’nin hesabının açılmasının uyuşmazlık konusu olduğu söylemini, davacı 14 Haziran 2016 tarihli yazılı beyanında (s. 1) böylece belirtmiştir. Hesabı açmak için davalı benzer bir fonksiyonu hali hazırda aktive ettiğini söylemektedir. Yazılı beyanatta da değinilen profil indirme fonksiyonu, kullanıcı hesabının yazılı beyanatın genel bağlamına göre ayrıca kullanıcı hesabına kendiliğinden erişime açık hale getirilmiş olan hesap içeriğine dayanmaktadır.

23. Davacının 10 Şubat 2017 tarihli istinaf beyanında belirttiği ve eyalet mahkemesinin hüküm kısmında haklı olarak dikkat çektiği üzere; davalı, hesaba erişim sağlamayı mümkün kılan iki fonksiyonu elinde bulundurmaktadır: Birisi kullanıcı profilinin açılması, diğeri ise veri taşıyıcısı olarak tüm kullanıcı hesabının indirilmesi. Buradan artık davacının, -ilk derecedeki isteminden saparak- sadece bir veri taşıyıcısının kendisine verilmesi suretiyle davalının mahkeme kararından kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmiş olarak gördüğü sonucuna varılamaz. Onun ifadelerinin bu şekilde anlaşılması gerekse bile, davacının, daha sonra davalı tarafça kendisine yapılan tek bir PDF verisinin veri taşıyıcısıyla tüm hesabın içeriği indirilerek gönderimini, eyalet mahkemesinin hüküm fıkrasının tümüyle gerçekleşmiş olduğuna kanaat getirdiğinden hareket edilemez. Davalı, hesabın orijinal işlevselliğini sunduğunda, yani sadece hesabın içindekileri değil, aynı zamanda işlevselliklerini de tamamen görüntüleme imkânını vermesi halinde, davalının bakış açısı ve söylemine göre böylesi bir veri taşıyıcısını vermek pekâlâ yeterli olabilecekti (krş. paragraf 39). Davacı kullanıcı hesabının devamını talep etmediğini ilaveten belirttiği istinaf cevap dilekçesinin 11. sayfasından, sadece iletişim içeriği hakkında bilgi talep ettiği

sonucuna varılamaz. Aksine orada kendisi için de kullanıcı profiline erişimin mümkün olması gerektiğini dile getirmektedir. Ardından aynı dilekçenin 16. sayfasında, 'F'. profilini bloke etmenin yasal dayanağı olmadığını ileri sürmektedir. Buradan da açıkça görüldüğü üzere, aynı zamanda davacı -ilk derecede aşamasında olduğu gibi- mirasçılar için kullanıcı profilindeki blokenin kaldırılmasını talep etmeye devam etmektedir.

**24.** Nihayet davacının temyiz dilekçesinde (s. 42) sunmuş olduğu üzere; davacı hesabın içeriğiyle ilgili daha detaylı bilgi almak için, miras ortaklığındaki bazı kişiler lehine davalıdaki kullanıcı hesabına erişim hakkının olduğunu ileri sürmektedir. Daire ise temyiz incelemesinde bunu hesap içerik bilgisinin ediniminin kısıtlanması şeklinde anlamamıştır. Aksine, bu anlatımla davacı, bir yandan öne sürdüğü hak (kullanıcı hesabına erişim) ve diğer yandan onun amacı (kullanıcı hesabının içeriğinin bilgisini edinme) arasında ayırım yapar. Oysaki bir davanın saiki, dava talebinin içeriği ile karıştırılmamalıdır.

**25.** Daire kararının gerekçelerinden şu sonuçlar açıkça çıkmaktadır: Borçlu, alacaklıya karşı kullanıcı hesabına erişimi mümkün kılmaya, hesaptan ve onun içeriğiyle ilgili bilgi vermeye mahkûm edilmiştir. Bu alacaklıya tıpkı mirasbırakanın yaptığı gibi erişim sağlama imkânı verecektir. Ancak bu erişim, hesabın aktif kullanımını içermemekte olup; söz konusu erişimle alacaklının daha öncesinde mirasbırakanın kendisinde olduğu gibi hesapta "hareket" edebilmesi mümkün kılınmaktadır.

**26. a)** Borçlunun yükümlülüğüne ilişkin olarak hem kullanıcı hesabının tümüne hem de onun haberleşme içeriğine kümülatif erişim sağlama noktasındaki birçok tespite daire karardan ulaşabilecektir (krş. 12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı paragraf nr. 17, 18, 21, 28, 29, 31, 38, 54 ve 78; benzer şekilde, icra emrinin hüküm kısmının yorumlanmasıyla ilgili olarak yukarıda bahsedilmekte).

**27.** Ancak her şeyden önce daire kararının bu şekildeki bir yorumu, alacaklının talebinin miras hakkına dayanarak türetilmesinin bir sonucudur (bunun için krş. Pruns adı geçen yerde s. 249 ve ayrıca bkz. adı geçen yerde Biermann; miras hukukuna ilişkin gerekçe hali hazırda eyalet mahkemesinin ilamında bkz. yukarıda (1) (a) başlığı altında). Daire yine şunları da

belirtmektedir: Sözleşmeden doğan ilişkiden kaynaklanan hak ve sorumluluklar murisin ölümüyle beraber mirasbırakana geçmiş bulunmaktadır. Bu şekilde meydana gelen ve buna binaen sözleşmenin tarafı haline gelen ve hesapta hak sahibi olan mirasbırakanın, kullanıcı hesabına erişime ve hesapta bulunan dijital içeriklere sahip olmaya ilişkin asli edim talebi mevcuttur. (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı belirtilen yer: paragraf nr. 21 vd., 44, 50, 78, 91). Mirasçıların bu konumundan ve davalı olan sözleşme ilişkisinden doğan kendilerine geçen mirasbırakanın asli edim talebinden, mirasçılarının, mirasbırakanda olduğu gibi aynı şekilde kullanıcı hesabına erişebilmesi sonucu kolaylıkla çıkar. Mirasbırakanın ve mirasçılarının bu hususa ilişkin hakları arasında -aktif kullanım istisnası dışında- bir fark yoktur.

**28.** Buna uygun olarak daire bir diğer yerde; kullanıcı hesabını anıtlştırmanın, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan kullanıcı hesabına giriş, orada tutulan içeriklere erişim ve bunun üzerinde tasarruf yetkisi şeklindeki temel haklardan vazgeçilmesine neden olacağını ifade etmiştir. Böylelikle sözleşmenin amacına ulaşmasının artık mümkün olmayacağı dile getirilmiştir (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı paragraf nr. 31). Buradan çıkan sonuç ise; daire “*kullanıcı hesabına erişim*” başlığı altında daha önce mirasbırakanın gerçekleştirdiği gibi bir erişimi kastetmektedir. Yani orada (ve başka bir medyada olmayan) kayıtlı içeriklere aktif “*erişim*” suretiyle giriş yapılabilmesi ve fakat bu erişimin hesabın anıtlştırmaya geçilmesi sonucunu doğurmaması amaçlanmaktadır.

**29.** Dairenin bu anlayışı, telekomünikasyon gizliliğinin korunmasına ilişkin açıklamalarından da çıkmaktadır. Akabinde haberleşmenin gizliliği yoluyla korunan veya korunduğu varsayılan iletişim geçmişi çerçevesinde, mirasçılar için erişim sağlama sonucu ortaya çıkar. Mirasçı, yeni sözleşme tarafı ve hesapta hak sahibi olarak asıl hesap sahibinin ölümüyle, süregelen hesap iletişim geçmişi için içeriğin hazır tutulmasına ve kaydedilmesine katılımcı olur (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı paragraf nr. 60). Bu meyanda erişim izni, muriste olduğu gibi bir iletişim geçmişi çerçevesinde erişim verileriyle kullanıcı hesabına giriş yapılabilmesi anlamına gelir.



30. Verilerin korunmasına dönük olarak daire kullanıcı hesabına girişle mirasçının, haberleşme veya mirasbırakanla paylaşılan resimlere ve diğer içeriklere ulaşma imkânı elde etmekte olduğunu ifade etmiştir. Davalı haberleşme sürecinde bağlı olduğu kadarıyla, davalı alıcı hesap için mesajları çekerek hazır tutar, ayrıca paylaşılan içeriğe erişimi mümkün kılar ve uygun platformlarda bulundurur (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı belirtilen yerde paragraf nr. 69). Davalının platformunun hakimiyetinde bulunan hesaptaki içeriklere “erişim”in mümkün kılınması için kullanıcı hesabına burada tarif edilen, yani mirasbırakanın yapmış olduğu türden bir erişim husule gelmelidir. Bu minvalde davalı, dairenin kararına göre sunucusunda kayıtlı olan mesajları çekmeyi süresiz olarak sağlamakla yükümlüdür. Orada asıl hak sahibinin ölümü hiçbir şeyi değiştirmemiştir, çünkü mirasın açıldıktan sonra hesabın varlığı devam etmektedir ve böylece mirasçı hak sahibi olmaktadır (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı belirtilen yerde paragraf nr. 73).

31. (b) İtiraz mahkemesinin 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararından çıkardığı, borçlunun sorumluluğunun kullanıcı hesabında tutulan içeriklerin ve içerik bilgisinin alacaklıya ulaştırılmasıyla bittiği şeklindeki görüşünün isabetli olmadığıdır.

32. Bu evvela temyiz mahkemesi tarafından kullanılan daire ilamının 36. paragrafındaki pasaj için geçerlidir; buna göre hukuki anlaşmazlığın konusu, mevcut hesap içeriklerinin varislerce elde edilmesi için yalnızca hazır bulundurulmasıdır. Bu anlatımıyla daire, kullanıcı hesabının varisler tarafından aktif olarak devam eden kullanımını, sadece bu tür aktif sürekli kullanımı içermeyen ihtilaf konusundan ayırmıştır. Orada sözleşme ilişkisinin miras yoluyla muhtemel bir intikalinin gerçekleşmemesi hali izah edilmektedir. Bu olsa olsa hesabın aktif kullanımı bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı doğasından ötürü verilebilirdi. Öte yandan, dairenin ifadelerinden, mirasbırakana sunulmuş olduğu gibi hesabın kullanımının ayrıca bu şekliyle mümkün olmadığı sonucuna varılamaz (Pruns’un adı geçen eserinde olduğu gibi bkz. s. 248).

33. 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararınının 69. paragrafında, vasiyet sahibinin kullanıcı hesabına erişimiyle mirasçıya haberleşme veya

mirasbırakanla paylaşılan resimlere ve diğer içeriklere erişim fırsatı verilmesinden söz edilmektedir. Ancak temyiz mahkemesi tarafından bağlamı dışında alınan bu cümleden, davalının sadece kullanıcı hesabında depolanan içeriğe erişim izni vermeye mahkûm edildiği sonucu da çıkmaz. Bilakis bu, daire kararının metin pasajında hali hazırda açıkça ifade edildiği üzere (yukarıda (a) başlığı altında), mirasbırakanın daha önce erişim verilerinin kullanarak yaptığı gibi davalının platformunu kullanması ve hesaba bu yöntemle erişmesi kararda zikredilen erişim türüyle bağdaşmaktadır.

**34.** Dairenin 12 Temmuz 2018 tarihli kararının 79. paragrafında yine şunlar belirtilmiştir: Kullanıcı hesabına düzenli erişim, mirasbırakanın üçüncü kişilere karşı, üçüncü kişilerin mirasbırakana karşı içerikten doğan taleplerinin olup olmadığını kontrol etmek için de işe yarar. Fakat buradan davacının, yalnızca kullanıcı hesabının içeriklerine erişim sağlanmasına müsaade etmekle sınırlı bir mahkumiyetinden bahsedilemez. Mirasçılardan veri koruma hukuku anlamındaki meşru menfaatleri bu noktada tartışılmaktadır. Mirasbırakanın üçüncü şahıslara karşı veya üçüncü kişilerin mirasbırakana karşı hak taleplerinin incelenmesi burada sadece birkaç meşru menfaatten biri olarak nitelendirilmektedir. Bir diğer mühim meşru menfaat, -yukarıdaki 78. paragrafta açıklandığı üzere- sözleşmeye dayalı ilişkinin mirasçılara geçtiğine ve onların bu nedenle sözleşmenin tarafı olarak kullanıcı hesabına ve onda olan dijital içeriğe erişim için öncelikli ifa hakkına sahip olduklarına dayanmaktadır. Mirasbırakanın asıl edim talebine uygun olarak mirasçılara geçen hesabın kullanımının, daha önce muriste olduğu gibi varislere sunulması gerektiği burada bir kez daha açıklığa kavuşmaktadır.

**35.** İtiraz dilekçesinden başka 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararının belirtilen metin pasajlarından, borçlunun yükümlülüğünün yalnızca kullanıcı hesabının haberleşme içeriğinin salt iletimiyle sınırlı olduğu sonucu keza çıkmamaktadır.

**36.** Bu, bilhassa yukarıda anılan daire kararının 62. paragrafında yer alan vasiyet sahibinin iletişim aracında depolanan ve yalnızca sağlayıcının sunucularından çekilebilen dijital içeriğin eşit muameleye tabi tutulmasının istendiği ifadeler için geçerlidir. Orada sadece haberleşmenin gizliliğinin TKG (Telekomünikasyon Kanunu) § 88/III-1'e göre korunması söz konusudur.

Ayrıca bu yasaya göre telekomünikasyonun içeriği hakkında bilgi alamayacak olanlar "*diğerleri*" başlığı altında değerlendirilmektedir. Haberleşme gizliliğinin konusu ise "*içeriktir*". Dolayısıyla yalnızca kullanıcı hesabının içeriği, yukarıda belirtilen daire kararındaki metin pasajında ele alınmaktadır. Bundan, davacının yalnızca hesabın içeriğiyle ilgili bilgi sahibi olma hakkının olduğu ve mirasbırakanın yaptığı gibi hesaba da erişme hakkına sahip olmadığı sonucu çıkmamaktadır.

37. Aynı borçlu tarafından daire kararının 70. paragrafında yapılan ifadeler için de geçerlidir. Buna göre mirasbırakanın iletişim partnerleriyle kişisel verilerinin, mirasçılar için ilgili içeriğin aktarılmasına ve kalıcı olarak sunulması yoluyla veri koruma yasası kapsamında işlenmesine izin verilir. Buna binaen verilerin korunmasına ilişkin değerlendirme neticesinde, tek başına kullanıcı hesabının içeriğinin ele alınması hususundan, davalı tarafından içeriğe erişimin ötesinde, mirasbırakanın elde ettiği ve fakat bir bütün olarak kullanıcı hesabına aktif devam eden bir kullanım imkânının verilmediği şekilde bir erişim izni verilmemesi gerektiği sonucuna varılamaz. İtiraz dilekçesine verilen cevaptaki görüşün aksine, kullanıcı hesabının içeriğinin (yukarıda belirtilen) iletimi ve kalıcı olarak sunulması, mutlak surette hesap dışında örneğin bir flaş diskin verilmesi şeklinde de gerçekleşmez. Bu (iletim veya sunma) daha ziyade kullanıcının veya mirasçılarının erişim verilerinin yardımıyla hesabın kendisine erişim sağlanarak da gerçekleştirilebilir.

38. b) Borçlu, 17 Aralık 2015 tarihli bölge mahkemesinin kesinleşmiş kararından kaynaklanan alacaklıya tümüyle kullanıcı hesabına ve burada yer alan iletişim içeriğine erişim sağlama şeklindeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Borçlu, alacaklıya kullanıcı hesabından ve onun içeriğinden aynı şekilde yani mirasbırakanın daha önce kendisi gibi aktif kullanım hariç olmak üzere kullanıcı hesabında hareket ederek bilgi sahibi olabilme imkânı vermemiştir. 30 Ağustos 2018 tarihinde alacaklıya USB bellek gönderilmesiyle borçlunun icra emri kapsamındaki yükümlülüğünün yerine getirmiş olabileceği şeklinde, tarafların bir anlaşmasından da söz edilemez.

39. aa) İtiraz dilekçesinde (s. 20), flaş diskin alacaklıya teslim edilmesinin kullanıcı hesabına "*doğrudan*" erişim sağlamadığı teyit

edilmektedir. Oysaki bu son talebin ifade edildiği gibi alacaklının nitelendirilen talebini karşılaması gereklidir. Gerçekten bir flaş diskin verilmesiyle söz konusu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediği hususunda bir karara ihtiyaç yoktur. Bu nihayet flaş diskte bulunan veriler yoluyla tümüyle orijinal hesabın görüntülenmesi halinde düşünülebilirdi. Bu halde yalnızca hesabın içeriğinin gösterilmesi değil, aynı zamanda tüm fonksiyonlarıyla (aktif kullanım hariç) ve miras bırakanın hayatta iken kullanıcı olarak hesabını kullandığı dil olan Almanca dilinde olması gerekirdi. Borçlu, sadece tek bir PDF dosyası olduğu tartışmasız olan ve kendisine verilen flaş diskin bu tür bir içerikte olduğunu belirtmemiştir. Ayrıca yukarıda bahsedilen PDF dosyasının içeriğinin -kullanıcı hesabından farklı olarak kısmen İngilizce dilinde tutulması neticesinde, kullanıcı hesabının orijinaline göre noksan olan bir kopyasının meydana geldiği kabul edilmelidir.

**40. bb)** İcra emrinden doğan yükümlülüğün, borçlunun alacaklı temsilcisine kullanıcı hesabının içeriğinin kaydedilmiş olduğu bir flaş disk göndererek yerine getirilebileceğini konusunda tarafların mutabık olduklarından yola çıkılmaz. Borçlu tarafından iddia edilen alacaklı avukatının ifadeleri (28 Ocak 2019 tarihli dilekçe, s. 14 f) -Eyalet Mahkemesi'nin isabetli bir şekilde ifade ettiği gibi (ZUM-RD, 2019, 613 f)- gelişigüzel içerikli bir flaş diskin teslim edilmesine yönelik bir mutabakat anlamında değerlendirilmemelidir. Daha ziyade alacaklı avukatı, en azından sonrası için diskin içeriğini kullanıcı hesabına fiili erişime gerçekten denk düşüp düşmediğini kontrol etme hakkını saklı tutmuş bulunmaktadır. Belirtildiği gibi (yukarda aa)'da) durum böyle değildir ve borçlu da bunu talep etmemektedir.

**41. cc)** Eyalet mahkemesinin aleyhine kanun yollarına başvuru kararında dayandığı gerekçeler hukuka aykırı olsa bile, başka gerekçelerle bu kararın isabetli olduğu sonucuna da varılmaz (ZPO § 577/III). Aynı zamanda borçlunun icra emrinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi imkânsız veya beklenemez değildi(r).

**42. aa)** Söz konusu ilk derece beyanlarıyla bağlantılı olarak karara temyiz başvurusunda, borçlunun şu anda "read only" erişiminin olmadığını ileri sürülmektedir. Devamında ise: "F." bilişim ağı, "oturum açarken" ve

hesabı kullanırken otomatik bir süreç işletilecek şekilde dizayn edilmiştir, örneğin ilgili kullanıcının tekrar aktif olduğuna dair arkadaşlarına bir mesaj göndermesi gibi. Bu, ölen L. W.'nin doğum gününün "arkadaşlarına" otomatik olarak hatırlatmaları ve diğer kullanıcılara ölen kişiyle "arkadaş" olmak için otomatik önerileri ihtiva eder. Ölen kişiyi tanıyanlar böylelikle derinden ve olumsuz etkileneceklerdir. Mevcut durumda olduğu gibi, iyi yapılandırılmış ve aranabilir verilerin L.W. hesabına doğrudan erişim olmadan bir bellek diskine aktarılması, hesabın içeriğinden bilgi alınması alacaklının menfaatine uygun olması karşısında, kullanıcıların vefat eden kullanıcılardan arkadaşlık istekleri almak gibi beklenmedik ve rahatsız edici mesajlar alacak şekilde F. hizmetini değiştirmeye borçluyu mecbur etmek hiçbir şekilde beklenmemelidir. Borçlunun hesabın kendisine sadece okumaya yönelik bir erişim meydana getirme şeklindeki yükümlülüğü orantısızdır, bilhassa da bu tür bir erişimin teknik olarak kurulup kurulamayacağı bile kesin değildir.

43. Anıtlaştırma da aynı şekilde basitçe ortadan kaldırılamaz. Bu, alacaklının mirasbırakanın hesabını kendi adı altında aktif olarak kullanabilmesine yol açar ve bu da sözleşme hükümleriyle çelişir. Ayrıca bu durumda mirasbırakanın iletişim partnerleri, tekrar aktif olduğunu belirten mesajlar alacaklardır. Ölen kişinin kullanıcı hesaplarının aktif hale getirilmesi, F. topluluğunun diğer üyelerinde ciddi rahatsızlık, şaşkınlık ve travmatik deneyimlere yol açabilir. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, alacaklı tarafından mirasbırakanın hesabında bulunan bilgilerinin ulaştırılmasının ötesine geçen taleplerinde, kabul edilemez bir hak kullanımını söz konusudur.”

44. **bb)** Buna itibar edilememelidir. Borçlunun nitelendirilen yükümlülüğünün ne yerine getirilmesinin imkânsız ne de beklenemez veya orantısız olduğundan yola çıkılabilir.

45. (1) Burada şu an davalının bilişim ağı kullanıcı hesaplarına "ready only"-erişim vermediği farz edilebilir. Yani yalnızca hesabın aktif kullanımına izin vermeyen erişim verilerini kullanarak kullanıcı hesabına olağan şekilde erişim kastedilmektedir. Borçlunun -icabında ilk defa- icra emrinden kaynaklanan erişim sağlama ile yükümlülüğünü yerine getirebilecek şekilde erişim yaratma durumunda olup olmadığı, mevcut durumda tek başına belirleyici bir noktadır. Bu bağlamda temyiz başvurusunda, yukarıda

bahsedilen anlamda "read-only" -erişimin kurulmasının teknik olarak mümkün olmadığı gerekli kesinlikte anlatılmamaktadır (Cebri icrada imkânsızlık itirazı için krş. BGH, 27 Kasım 2008 tarihli karar- I ZB 46/08, NJW-RR 2009, 443 paragraf nr. 13; MüKoZPO/Gruber, 5. Baskı, § 888 paragraf nr. 13). Borçlunun atıfta bulunulan gerekçelendirilmiş izahatından da bu çıkmamaktadır.

46. (2) Sonuç olarak yine de yukarıda bahsi geçen "read-only" erişimle ilgili araştırmanın burada bir önemi yoktur. Zira "ready only" erişim kurulması şeklindeki yükümlülük, borçlunun icra emri kapsamında yerine getirebileceği birçok eylemden yalnızca birisidir. Bu, örneğin şu anda alacaklının kullanıcı hesabına erişimini engelleyen anıtlıyı kaldırarak da yapılabilir. Alacaklıya bu şekilde nitelendirilen talebi aşacak ölçüde bir erişim sağlandığı ve bu fiili olarak mümkün kılındığı takdirde, temyiz gerekçesinde de buna daha önce dikkat çekildiği gibi, icra hukuku açısından bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Alacaklının hesabı bu şekilde süregiden kullanma hakkına sahip olacak olması, icra emri nedeniyle haksız olarak nitelendirilemezdi. Borçlu, alacaklının esasen bu tür bir kullanıma maddi hukuk yönünden hakkı olmadığı görüşündeyse, bundan kaçınmayı talep edebilir. Ayrıca erişimin tümüyle sağlanması durumunda, alacaklının kullanıcı hesabını aktif olarak kullanmaya devam edeceğine dair bir işaret bulunmamaktadır. Zira o, bunu ne beyan etmiştir ne de onun adına bu anlamda bir menfaat söz konusudur.

47. (3) Borçlunun hesaptaki anıtlıyı kaldırılması anlamında icra emrinden doğan yükümlülüğünü gerçekleştirilmesi, kendisinin açıkladığı sebeplerden ötürü de -icra takibinde böylesi bir itirazın kabul edilebilirliği sorusundan bağımsız olarak (aksi için belirtilen yere bkz. MüKoZPO/Gruber paragraf nr. 14)- beklenemez değildir. Temyiz gerekçesinde isabetle işaret edildiği gibi; o, sosyal ağ sağlayıcısı olarak kullanıcı hesabını yeniden adlandırabilir ve bu suretle veya başka bir şekilde hesabın artık mirasbırakan tarafından değil, mirasçıları tarafından kullanıldığını belli edebilir. Dolayısıyla mirasbırakan tarafından üretilebilen veya onun hesabının aktif kullanıldığına yönelik otomatik oluşturulabilen herhangi bir iletiye müsaade etmeyerek bu durumu ağ kullanıcılarına görünür kılabilir. Böylesi

bir icra tarzında, borçluya orantısız gelen ve onun aleyhine olan herhangi bir tehdit de söz konusu değildir (icra işlemlerinde orantılılık ilkesinin geçerliliğine ilişkin krş. BGH, 20 Aralık 2006 tarihli karar -VII ZB 88/06, NJW 2007, 1276 paragraf nr. 21).

**48. 3.** İtiraz edilen karar bozulmalıdır. Daire kendisi karar verebilir (ZPO § 577/V). ZPO § 888/I c. 1'deki şartlar mevcut olduğundan dolayı, eyalet mahkemesinin kararı yerindedir. Borçlunun buna karşı acele itirazı esas itibariyle yerinde değildir ve reddedilmesi gerekir.

Herrmann

Remmert

Arend

Böttcher

Kessen

Önceki derece mahkemeleri:

Berlin Eyalet Mahkemesi, 13.02.2019 tarihli karar- 20 O 172/15-

Berlin Eyalet İstinaf Mahkemesi, 09.12.2019 tarihli karar- 21 W 11/19-48

## YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlatabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar



kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişki değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

## I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

### A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK HARF

#### 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

##### a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

##### i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.

19. Yayınlarımızın resmî web adresi [www.ybhukukdersi.com](http://www.ybhukukdersi.com) adresidir.

## ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. zgn bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

**KİTAP**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:*

**Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

*Örnek Kısa Atıf:*

**Uşan**, s.25.

İki yazar durumunda:

**Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek:*

**Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

*Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:*

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

*Örnek Kısa Atıf:*

**Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri**, s.13.

**EDİTÖRLÜ KİTAP**

**Editörün Soyadı, Adı** (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek:*

**Dülger, İbrahim** (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4.Baskı, Konya, Sayram.

**KİTAP BÖLÜMÜ**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih** (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

**ÇEVİRİ KİTAP**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

*Örnek:*

**Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

**ELEKTRONİK KİTAP**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in Law Turkey,  
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

**ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii** (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <[http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet\\_governance](http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance)> s.e.t. 10.08.2015.

**MAKALE**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C: (^Cilt), S: (^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

*Örnek Kaynakça Atfı:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

*Örnek İlk Atfı:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

*Örnek Kısa Atfı:*

**Uşan, s.22.**

**ELEKTRONİK MAKALE**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih** (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

**KONFERANS TEBLİĞİ**

**Yazarın Soyadı, Adı** (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih** “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

**TEZ**

**Yazarın Soyadı, Adı** (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

*Örnek:*

**Kılınc, Ahmet** (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

**MAHKEME KARARI**

**Dava Adı**, Mercii, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

*Örnek 1:*

**Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

*Örnek 2:*

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

**İNTERNET ADRESİ**

**Soyadı, Adı**, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Uşan, M. Fatih**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

*Örnek:* **Uşan**, dn. 24.

**RAPOR**

**Soyadı, Adı** (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No: , <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

*Örnek:*

**Oğuz, Fuat & Kent, Bülent** (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

### GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. YıldırımBeyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a ‘Special Issue’.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by ‘Dergipark’. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors’ name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees’ reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board’s approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than

12.000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara YıldırımBeyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.



17. Titles within the text should be organized as follows:
  - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
    - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
      1. Only First Letters Capital and Bold
        - a. Only First Letters Capital and Regular
          - i. Only First Letters Capital and Regular
18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is [www.ybhukukdergisi.com](http://www.ybhukukdergisi.com).

## RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

**BOOK**

**Author's Surname, Name** (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

*Example in First Citation and Bibliography:*

**Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

*Short Citation Example:*

**Uşan**, p.25.

In case of two author:

**Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name** (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

*Example:*

**Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

*Example in First Citation and Bibliography:*

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

*Short Citation Example:*

**Özbek/Doğan/Bacaksız and others**, p.13.

**EDITED BOOK**

**Editor's Surname, Name** (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

*Example:*

**Dülger, İbrahim** (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

**BOOK SECTION**

**Author's Surname, Name** (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

*Example:*

**Uşan, M. Fatih** (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

**TRANSLATION BOOK**

**Author's Surname, Name** (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

*Example:*

**Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

**ELECTRONIC BOOKS**

**Author's Surname, Name** (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlbk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

**ELECTRONIC BOOK CHAPTER**

**Author's Surname, Name** "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii** (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <[http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet\\_governance](http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance)> l.a.d. 10.08.2015.

**ARTICLE**

**Surname, Name** (Year) "Article`s Name", Journal`s Name, I: (^Issue) V: (^Volume),  
The first-last page range.

*Example in Bibliography:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları",  
Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

*Example in Firs Citation:*

**Uşan, M. Fatih** (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları"  
Kamu İş, I:1, V:10, p.20

*Short Citation Example:*

**Uşan**, p.22.

**ELECTRONIC ARTICLE**

**Surname, Name** (Year) "Article's Name", Journal`s Name <Internet address> l.a.d.  
Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi  
ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d.  
28.07.2015.

**CONFERENCE PROCEEDING**

**Author's Surname, Name** (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname,  
Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

*Example:*

**Uşan, M. Fatih**, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği":  
Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference,  
4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety  
General Directorate, İstanbul.

**THESIS**

**Author's Surname, Name** (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

*Example:*

**Kılınç, Ahmet** (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir" (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

**COURT DECISION**

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

*Example 1:*

**Burak Günay Başvurusu** (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

*Example 2:*

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

**WEB ADDRESS**

**Surname, Name**, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Uşan, M. Fatih**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

*Example:*

**Uşan**, fn. 24.

**THE REPORT**

**Surname, Name**, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

*Example:*

**Oğuz, Fuat & Kent, Bülent**, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

**YBHD**  
**YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ**  
**ETİK İLKELER**

**Giriş ve Tanımlar**

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), Yükseköğretim Kurulu (Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi), Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics - COPE), Açık Erişim Dergileri Dizini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak tarafımızca uygulanan Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerine (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) <https://oaspa.org/information-resources/principles-of-transparency-and-best-practice-in-scholarly-publishing/> adresinden erişim sağlanabilmektedir.

Eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Eserin bir kişiye "yazar" (*author*) sıfatıyla isnat edilebilmesi için o kişinin özgün fikrini, araştırmasını ve çalışmasını yansıtmaması gerekmektedir. Eserin bir kişiye "çevirmen" (*translator*) sıfatıyla isnat edilebilmesi için söz konusu metnin o kişinin özgün üslubunda çevrilmiş olması, metne dair özgün çalışmaları ve çevirinin özgün metin sahibinin aktarmak istediği fikirlerle bütünlük sağlaması gerekmektedir.

Editör, COPE ilkelerinde belirtildiği üzere dergide yayınlanacak eserleri seçen, denetleyen, düzenleyen; dergi içeriğinin geliştirilmesini sağlayan; dergide yayınlanan eserler ile ifade özgürlüğünü destekleyen; dergide akademik bütünlüğü sağlayan; gerektiğinde düzeltme, açıklama, tekzip ve özürleri yayınlamaktan çekinmeyecek şekilde etik ilkelerine bağlı kalan kişi(ler)dir. Bu doğrultuda editör yardımcısı, editörlerin atadığı görevleri yerine getirerek denetim ve düzenleme sürecine katkıda bulunan kişilerdir.

Gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayım), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir. Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 8. madde hükmününün 1. fıkrasında, belirtilen etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

### **Araştırma Etiği**

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk, yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi), eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Editörler tarafından denetlenmesi gereken ve yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim

Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 8/II madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut, yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makale ve çeviriler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası aykırılık ve uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir. Çalışmalar, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesinin teknik imkanları ölçüsünde benzerlik taramasından geçirilmektedir.



**YBLR**  
**YILDIRIM BEYAZIT LAW REVIEW**  
**ETHICAL GUIDELINES**

**Introduction and Definitions**

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR) adopts national and universal ethical principles issued by Turkish Council of Higher Education (under the Scientific Research and Publication Ethics Directive), Committee on Publication Ethics - COPE, Directory of Open Access Journals -DOAJ, Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA and World Association of Medical Editors - WAME. Additionally, the Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing, which are being implemented in our publications can be accessed through this link: <https://oaspa.org/information-resources/principles-of-transparency-and-best-practice-in-scholarly-publishing/>

Author, is the person originating the work. in order to ascribe a work to an "author", the work has to reflect that person's authentic opinion, research and study. To ascribe a work to a "translator", the work has to be translated in that person's authentic style, has to include genuine studies on the text and has to provide integrity with the assertions stated by the author of the authentic text.

Editor, as stated under the COPE principles, is (are) the person(s) who select, control, edit the articles to be published in the review; provide the enhancement of the review's content; promotes freedom of speech via the articles published in the review; sustain academic integrity within the review; bound with ethical principles in a way that they will not hesitate to publish a correction, annotation, refutation and allegation when needed. Accordingly, co-editors are persons who perform the tasks assigned by the editors, by contributing to control and editing processes.

Articles and translations submitted shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors. Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 8 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles' authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

### **Research Ethics**

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility. At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,
- Ali private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- Ali private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that shall be controlled by the editors and will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher

Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 8:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship,
- Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,
- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.

Any article or translation that do not comply with the acknowledged ethical standards shall be taken off the publishing. These include the articles that contain possible inconsistencies and inconveniences encountered following the publication. All studies are scanned for similarities within the bounds of technical capacities of Ankara Yıldırım Beyazıt University.





