



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 4 Sayı: 1 Yıl: 2021

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

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

YIL (YEAR): 2021

CİLT (VOLUME): 4 SAYI (ISSUE): 1

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2021

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 4 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2021

Sahibi / Owner

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Sayı Editörleri / Issue Editors

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Enes ERSÖZ

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

Arş. Grv. Yasin YILMAZ

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Arş. Grv. Begüm KAYA

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

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

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Aşkan Mahallesi, Yeni Meram Caddesi, Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi Binası B

Blok Zemin Kat, Meram/KONYA

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

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

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

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

Kısaltma

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

E-ISSN: 2667-4076

Haziran 2021

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar <i>Bayram DOĞAN, Zahide ERDOĞAN</i>	1	Vice Presidents and Ministers in Presidential System <i>Bayram DOĞAN, Zahide ERDOĞAN</i>
The EU's Proceedings Against Gazprom And Their Repercussions on EU Competition Law <i>Hüseyin Çağrı ÇORLU</i>	28	AB'nin Gazprom'a Karşı Soruşturmaları ve Bunların AB Rekabet Hukuku Açısından Yansımaları <i>Hüseyin Çağrı ÇORLU</i>
Vatana İhanet Kavramı ve Suçu <i>Uğur ARSLAN</i>	47	Treason And Crime Of Treason <i>Uğur ARSLAN</i>
Osmanlı Son Döneminde Siyâset-i Şer'iyeye Tartışmaları: İbnü'lHâzım Ferîd Örneği <i>Bahaddin KARAKUŞ</i>	85	Discussion On Sherry Politics in The Last Ottomon Period: The Example of Ibn al- Hazim Ferid <i>Bahaddin KARAKUŞ</i>
Konya 42 numaralı Şer'iyeye Sicil Defterine Göre 18. Yüzyılın Başlarında Konya'da Aile Hukuku Davaları <i>Belkıs KONAN</i>	103	Family Law Cases in Konya at the Beginning of the 18th Century According to the Sheria Registry Book numbered 42 in Konya <i>Belkıs KONAN</i>

100. Yılında “1921 Anayasası’nın Ruhü”: 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-I Esasiye Kanunu’nun Öngördüğü Sistem ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?) <i>Hatice Cemre AKYILMAZ</i>	123	The Spirit Of The Constitution Of 1921” In Its Centenary: (Is It Possible To Make) The Comparison Between The System Of Government Provided By The Constitution Of 1921 And The Presidential Government System <i>Hatice Cemre AKYILMAZ</i>
Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi <i>M. Onursal CİN, Tuba GÜNBEY</i>	147	Evaluation of Mobbing Behaviors in Terms of Torment Crime <i>M. Onursal CİN, Tuba GÜNBEY</i>
Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları <i>M. Onursal CİN</i>	170	Expertise and Its Implementation Problems in Criminal Procedure <i>M. Onursal CİN</i>
Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûdü’l Hâlin Statü ve Mesleklerinin Tahlili <i>Ahmet KILINÇ, Merve Nur ÖZTÜRK</i>	185	The Analysis of The Status and Professions of “Şuhûdü’l Hâl” In The Ottoman Jurisdiction Law <i>Ahmet KILINÇ, Merve Nur ÖZTÜRK</i>
Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler <i>Melikşah AYDIN</i>	206	The “Tezkiye” of The Witnesses in Tanzimat Period and Reviews About It <i>Melikşah AYDIN</i>
Dârü’l-Funûn Hukuk Fakültesi Müderrisi Mehmed Nesîb Bey’in “Mecelle’nin İslahına Doğru” Makalesinin Hukukî Açıdan Değerlendirmesi <i>İsmail BİLGİLİ</i>	218	Legal Evaluation of The Article “Towards The Reclamation of Mecelle” by Mehmed Nesîb Bey, Professor of The Faculty Of Law Of Daru’l-Funun <i>İsmail BİLGİLİ</i>
Son Değişiklikler Çerçevesinde Patent Hakkının Haczi <i>Fikret Sami TİYEK, Önder TOPAL</i>	243	Attachment Of Patent Rights Under The Recent Changes <i>Fikret Sami TİYEK, Önder TOPAL</i>
Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Araçlık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi <i>Selin SERT SÜTÇÜ</i>	276	Determining The Liability of Those Who Intermediate in The Establishment of Distance Agreements in The Context of Consumer Law <i>Selin SERT SÜTÇÜ</i>

**International Law and Blockchain
Governance: Supplements or Competitors**

288

Vladimir TROITSKIY

**Uluslararası Hukuk ve Blok Zinciri
Yönetimi: Takviyeler veya Rakipler**

Vladimir TROITSKIY

ÇEVİRİLER (TRANSLATIONS)

**Akışkan Bir İslam Hukukuna Doğru:
Modernite ve Makasid Söyleminin
Dönüşümü**

305

Yasin YILMAZ, Enes CÖMERT

الحدائة وتحولات الخطاب المقاصدي: نحو فقه سائل؟

Yasin YILMAZ, Enes CÖMERT

YAYIN KURULU/EDİTORİAL BOARD

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

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

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

BU SAYININ HAKEMLERİ

Prof. Dr. Ahmet YAMAN	Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (2 ayrı hakemlik)	Doç.Dr. Bülent YÜCEL
Prof. Dr. Cihan OSMANOĞLU KARAHASANOĞLU	Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ
Prof. Dr. Mehmet BİRSİN	Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN
Prof. Dr. Murat ÇEMREK	Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN
Prof. Dr. Nevin Ünal BOZKURT	Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARIHAN
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU (2 ayrı hakemlik)	Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ	Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN
Doç. Dr. Münteha MAŞALI	Dr. Öğr. Üyesi Osman Safa BURSALI
Doç Dr. Belkıs KONAN	Dr. Öğr. Üyesi Pelin KARAASLAN
Doç. Dr. Ahmet AKMAN	Dr. Öğr. Üyesi Serdar NARİN
Doç. Dr. Ali Hulki CİHAN	Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (2 ayrı hakemlik)
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER	Dr. Öğr. Üyesi Umut GÜVEYİ
Doç. Dr. İrem KARAKOÇ	Dr. Öğr. Üyesi Volkan ASLAN (2 ayrı hakemlik)
Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ	Dr. Öğr. Üyesi Galip Engin ŞİMŞEK
Doç. Dr. Mehmet ÖZKAN	Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Çağrı ÇORLU
Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK	Dr. Özge ÖZSOY
Doç. Dr. Sabahattin NAL	Dr. Özgün ÖZYÜKSEL
Doç. Dr. Ulaş BAYSAL	Dr. Serdar ÜNVER

Akademik katkılarından ötürü tüm meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

NEÜHFD Baş Editörü Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

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

KAPSAM

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

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

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

TARANDIĞI İNDEKSLER



ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar

Bayram DOĞAN 

Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD Öğr. Üyesi,
bayramdogan@ksu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Zahide ERDOĞAN 

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, zahide_erdogan@hotmail.com

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 23.10.2020 Kabul: 12.03.2021 Yayın: 04.05.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı sistemi, Parlamenter sistem, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Bakanlar, 6771 sayılı Kanun.</p>	<p>Bu çalışmada, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası ihdas edilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile ilk kez Türk hukuk sistemine giren Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve parlamenter sistemde de var olan bakanların hukuki durumu incelenmektedir. Çalışmanın kapsamı, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu sonrası Anayasa'ya giren Cumhurbaşkanı yardımcılığı ile yeni sistemdeki bakanların; hukuki statüleri, atanmaları, görev ve yetkileri ile ilgili konularla sınırlıdır. Cumhurbaşkanı yardımcılığı kurumu Cumhurbaşkanına vekâlet etmek, Cumhurbaşkanının vereceği görevleri yaparak Cumhurbaşkanının iş yükünü hafifletmek için ihdas edilmiştir. Bakanların ise bakanlık bürokrasisi üzerinde doğrudan hiyerarşi yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte bakanların, Cumhurbaşkanı yardımcısından farklı olarak bakanlık politikaları üzerinde etkili oldukları değerlendirilmektedir. Bu makalede Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların hukuki statüleri, atanmaları, görev ve yetkileri, parlamenter sistemdeki bakanlar ile yeni sistemdeki bakanların eski ve yeni statüleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Çalışmada, yerli ve yabancı literatürden elde edilen verilerden yararlanılmıştır.</p>

Vice Presidents And Ministers In Presidential System

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 23.10.2020 Accepted: 12.03.2021 Published: 04.05.2021</p> <p>Keywords: Presidential system, Parliamentary system, Vice Presidents, Ministers, Law no 6771.</p>	<p>In this study, with the Presidential government system created after the Constitutional amendment made in 2017, the legal status of the vice-presidency that entered the Turkish legal system for the first time and the ministers who also exist in the parliamentary system are examined. The covering of the study is limited to the legal status, appointments, duties and authorities of the vice presidents and ministers in the new system who entered the Constitution after the Constitutional Amendment Law No. 6771. The Office of the Vice Presidency was established to deputize for the President of the Republic, to alleviate the workload of the President by performing the duties assigned by the President. Ministers, on the other hand, have a direct hierarchy authority on the ministry bureaucracy. However, the ministers, unlike vice presidents, they are considered to have influence over ministerial policies. In this article, the legal status, appointment, duties and powers of the vice-president and ministers, the former and new statuses of ministers in the parliamentary system and the new system are comparatively considered. In the study, data obtained from domestic and foreign literature were used.</p>

Atıf/Citation: Doğan, B. Erdoğan, Z. (2021). Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 1-27.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Türkiye’de parlamenter sistem döneminde birçok koalisyon hükûmetleri kurulmuşsa da bu hükûmetler genelde çok kısa süreli olmuştur. Keza koalisyon hükûmetleri dönemlerinde birçok hükûmet krizleri ile derin siyasi ve ekonomik sorunlar yaşanmıştır. Yaşanılan; siyasi, ekonomik ve bürokratik sorunların temel kaynağı olarak parlamenter sistem görülmüştür. Bu duruma çare olarak hükûmet sistemi değişikliğine gidilerek güçlü yürütme düşüncesi temelinde Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir.

16.04.2016 tarihli halk oylamasıyla 6771 sayılı Kanun’la tali kurucu iktidar¹ tarafından Anayasa’da yapılan değişiklik 09.07.2018 tarihinde bütünüyle yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik 1982 Anayasası’nda yapılan en önemli ve köklü değişiklik olarak değerlendirilmektedir. Nitekim 1921 Anayasası döneminde uygulanan kısa süreli meclis hükûmeti sistemi dışında, 1876 Kanun-ı Esasisi’den Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri içinde parlamenter sistem dışına çıkılmamıştır. Oysa anılan değişiklik Türkiye’de yeni bir hükûmet sistemine geçişi sağlaması yönüyle Cumhurbaşkanının yürütmenin başı ve en etkili erki olmasını sağlamıştır. Başkanlık sistemine² de benzeyen ancak başkanlık sisteminden esaslı özellikleri açısından farklı yönleri bulunan kendine özgü bu yeni sistem³ Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi olarak adlandırılmıştır⁴.

Başkanlık sisteminde olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı sisteminde de güçlü bir yürütme organı oluşturulmuştur⁵. Cumhurbaşkanlığı sisteminde devlet ve hükûmet başkanlığı görev ve yetkileri, seçimle belirlenen tek kişide toplandığı için yürütme organı esasında monist (tekçi) yapıdadır. Yeni hükûmet sisteminde yürütme gücünün üç kaynağı söz konusudur: Yürütme yetkisinin doğrudan halka dayanması, Anayasal yetkiler ve yasama organı karşısında bağımsızlık.

¹ Asli ve Tali kurucu iktidar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DOĞAN, Bayram. “Asli ve Tali Kurucu İktidar Bağlamında Türkiye’deki Anayasaların Yapımı”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kırıkkale, 2013; KESER, Hayri /AKÇA, Kürşat. “Olağan Dönem Asli Kurucu İktidar Kavramı ve TBMM’nin Yeni Anayasa Yapıp Yapamayacağı Sorunu”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2019, ss. 13-37; GÜL, Cengiz. *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi*, Ankara, 2010; AYDIN, Öykü Didem. “Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi” Halkın-Kurucu-Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

² Başkanlık sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., KÜÇÜK, Adnan. *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, Adres Yayınları, Ankara, 2019; FENDOĞLU, Hasan Tahsin. *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015; KESER, Hayri. “Türkiye ve Başkanlık Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 2, S. 1, 2011, ss. 23-57.

³ Bkz., Gözler, Cumhurbaşkanlığı sistemini başkanlık sistemi olarak değil başkanlık sistemine benzeyen bazı özellikleri olmakla birlikte kendine özgü bir sistem olarak tanımlamaktadır. Yazara göre cumhurbaşkanlığı sistemi başkanlık sistemindeki fren ve denge mekanizmalarını içermemektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal. “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?”, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, E.T. 01.09.2020. Aynı yönde, TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2019, s. 64-65 ve 447-448; KABOĞLU, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, 14. Bası, İstanbul, 2019, s. 159-160.

⁴ Doktrinindeki bazı yazarlar Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen Cumhurbaşkanlığı sistemini başkanlık sistemi kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. KÜÇÜK, Adnan. *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, Adres yayımları, Ankara, 2020, s. 164 vd.; ATAR, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yay., 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 177-180; KÜÇÜK, Adnan. “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 22, Sayı: 85, Kış 2017, ss. 157-189.

⁵ Ancak Cumhurbaşkanının yetkileri, başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerdeki başkanların yetkileri ile mukayese edildiğinde daha geniş olduğu değerlendirilmektedir.

Bu yeni sistemde bakanlar kurulu olmadığı için Cumhurbaşkanı kabinesi üyeleri arasında dayanışma ve bu üyelerin TBMM önünde sorumlulukları söz konusu değildir⁶.

Başkanlık sistemi ile yönetilen birçok ülkede başkan yardımcılığı kurumunun ihdas edildiği görülmektedir⁷. Başkan yardımcılığı, başkanlık makamının geçici veya sürekli olarak boşaldığı durumlarda başkana vekâlet etmek üzere öngörülmüştür. Başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerde başkana vekâlet, Cumhurbaşkanlığı sisteminde ise Cumhurbaşkanı'na vekâlet, başkan yardımcısı veya Cumhurbaşkanı yardımcısının en önemli vazifesidir⁸.

Cumhurbaşkanlığı makamında herhangi bir nedenle boşalma olması durumunda Cumhurbaşkanı yardımcısının vekâlet görevi ve yetkisi, sadece yeni Cumhurbaşkanı seçilmesine kadar devletteki devamlılık gereğidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı makamında boşalma olması durumunda Cumhurbaşkanı yardımcısının görevi asli değil geçicidir. Kuşkusuz yürütme esnasında Cumhurbaşkanı yardımcısının bazı önemli veya sembolik görev ve yetkileri olabilmektedir⁹. Cumhurbaşkanı yardımcısının bu konumu Cumhurbaşkanı'na ve Türkiye'nin siyasi konjonktürüne göre değişebilecektir. Doğaldır ki bu siyasi dengeler bağlamında Cumhurbaşkanı yardımcısının sayısı, yetkileri, göreve gelişi ve azli farklılaşabilecektir.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanlığı makamı boşalmadığı sürece devletin ve yürütmenin ikinci etkili adamı statüsüne sahiptir¹⁰. Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının en önemli işlevi, geçici veya sürekli olarak Cumhurbaşkanlığı makamında boşalma olması durumunda bu makamı doldurmaktır. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı yardımcısının hem Cumhurbaşkanı'nın ulusal ve uluslararası politikalarında Cumhurbaşkanı'na yardımcı olmak suretiyle hem de istikbalde Cumhurbaşkanlığı adaylığına yönelik bir hazırlık olarak değerlendirilmesi açısından etkin ve başarılı bir Cumhurbaşkanı yardımcılığı dönemi geçireceği düşünülebilir. Ayrıca yeni sistemde bakanların, Cumhurbaşkanı yardımcısından farklı olarak başında buldukları bakanlıkta, hükümet politikaları üzerinde etkili olabilecekleri gibi bakanlığın en üst amiri konumunda oldukları görülmektedir¹¹. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaları ile Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların TBMM'ye karşı siyasi sorumluluklarının olmaması buna karşın sadece kendilerini atayan Cumhurbaşkanı'na karşı siyaseten sorumlu olmaları nedeniyle eleştirilmektedir.

Bu çalışmada, Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların göreve gelişi ve azilleri, hukuki statüleri, görev ve yetkileri incelenmektedir. Ayrıca çalışmada

⁶ KABOĞLU, s. 142.

⁷ BAUMGARTNER, Jody C. and CASE, Rhonda Evans: "Constitutional Design of the Executive: Vice Presidencies in Comparative Perspective", *Congress & the Presidency*, 36:2, pp. 148-163, 2009, p.148; TUNÇ, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 241.

⁸ BAUMGARTNER and CASE, p. 149.

⁹ YILDIZ, Abdulkadir. "Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye'de Cumhurbaşkanı Yardımcısının karşılaştırılması", *ERÜHFD*, C.XIII, S. 1, 2018, s. 511.

¹⁰ ABD'de de başkan yardımcısı, başkandan sonraki en üst yürütme makamıdır. Keza, ABD Anayasasına göre başkan yardımcısının hem yürütmede yetkileri hem de ABD Senato'sundaki başkanlık görevi nedeniyle yasama içinde de yetkilerinin olduğu bilinmektedir. Bkz. RELYEA, Harold C.: "The Law: The Executive Office of the Vice President: Constitutional and Legal Considerations", *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 40, No. 2, The 2008 Presidential Election, Part I, Junepp. 327-341, 2010, p. 328-329.

¹¹ EREN, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 881-886.

Türkiye’de parlamenter sistem dönemindeki bakanların statü/konumları ile Cumhurbaşkanlığı sistemindeki bakanların statü/konumları karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

I. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI

A. Atanmaları

Başkanlık sisteminin uygulandığı günümüz demokratik ülkelerin çoğunluğunda başkan yardımcılığı kurumu söz konusudur. Bazı ülkelerde başkan yardımcılarını başkan ile birlikte doğrudan veya dolaylı da olsa halk tarafından seçilirken¹², bazı ülkelerde başkan tarafından atama usulüyle göreve getirilmektedir¹³. Bazı ülkelerde ise başkan yardımcılığı müessesesi yoktur¹⁴. Bazı ülkelerde tek başkan yardımcılığı bazılarında ise birden fazla başkan yardımcısı vardır. Venezuela’da Başkan yardımcısı doğrudan Başkan tarafından atanırken (m. 236), ABD (m. 2/1), Peru (m. 111), Kosta Rika (m.134), Arjantin (m.77) ve Brezilya’da (m.77) Başkan yardımcısı Başkan ile birlikte dolayısıyla aynı seçimde halk tarafından seçilmektedir. ABD’de Başkan yardımcısı dolaylı da olsa doğrudan sayılabilecek bir sistemle halk tarafından seçilmektedir. Görüleceği üzere başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerde başkan yardımcısının olup olmaması, sayısı, seçilme ve atanma yöntemleri ülkeden ülkeye değişmektedir¹⁵.

Türkiye’de Cumhurbaşkanı yardımcılarını atama yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanına aittir. 2017 Anayasa değişikliğine göre, Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı yardımcılarını atama ve görevlerine son verme görevi Cumhurbaşkanının yargısal denetime tabii olmayan bireysel işlemleri arasında sayılmıştır¹⁶. Atama işlemi, idari işlem türü olarak basit idari işlemidir. Sadece Cumhurbaşkanının imzasını taşıyan bir Cumhurbaşkanı kararı ile olur. Anayasa’nın 106. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir.*” hükmüne yer vermiştir. Keza Anayasa’nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır.*” hükmü ile bu önemli yetkiyi sadece ve doğrudan Cumhurbaşkanına vermiştir. Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanmak için belirli şartlar getirilmemiştir, yalnızca milletvekili seçilme yeterliliği koşulu yeterli görülmüştür, yaş ve öğrenim durumu gibi unsurlarda daha

¹² Bu usule en bilinen örnek başkanlık sisteminin prototipi olan ABD’dir. Venezuela, Bolivya ve Surinam dışında, diğer Latin Amerika ülkelerinde de başkan yardımcılarını başkan ile aynı seçimle aynı seçim dönemi için seçilmektedir. TUNÇ, *Türk Anayasa...*, s. 241.

¹³ Venezuela Anayasası md. 236’ya göre başkan yardımcısının atanması ve görevden alınması doğrudan başkanın yetkisi dahilindedir. Şili de ise esasında başkan yardımcılığı müessesesi yoktur. Ancak başkanlık makamında herhangi bir boşalma olması durumunda İçişleri bakanı başkan yardımcılığı görevine geçeceğinden İçişleri bakanının bakanlık görevine atanması ve görevden alınması başkanın yetkileri arasında olduğu için Şili’de de Venezuela benzeri bir uygulamanın var olduğu kabul edilmektedir. Bkz., TUNÇ, *Türk Anayasa...*, s. 242.

¹⁴ Başkanlık sisteminin uygulandığı Meksika, Paraguay ve Şili gibi bazı ülkelerde başkan yardımcılığı müessesine yer verilmemiştir. Bkz., CAREY John / SHUGART Matthew Soberg. “Calling Outthe Tank sor Filling Outthe Forms?” In Executive Decree Authority (Ed. John CAREY, Matthew Soberg SHUGART), Cambridge University Press, 1998, s. 92.

¹⁵ KÜÇÜK, *Türkiye’de Başkanlık...*, s. 46.

¹⁶ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 142-143. Cumhurbaşkanının bireysel işlemleri hakkında bkz. DOĞAN, Bayram. “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 9, S. 2, s. 273-298.

nitelikli bir şart koşulmamıştır. Oysaki Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının anayasal önemi ve sahip olduğu yetkiler başbakan yardımcılığı veya bakanlık makamıyla eş değer olmadığı ortadadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı yardımcılığı gerektiğinde Cumhurbaşkanı vekâlet edecek hatta gerekirse Cumhurbaşkanlığı makamını yürütecek kişi olmaları nedeniyle Cumhurbaşkanının taşınması gereken şartlara sahip olması gerektiği hükme bağlanmalıydı. Zira başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerde de başkan yardımcılığı için başkanın taşınması gereken şartlar aranmaktadır. Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı yardımcısı olma şartları milletvekili olma şartları ile (örneğin 18 yaşını doldurmuş olmak)¹⁷ aynı koşullara bağlanmıştır. Halbuki başkanlık sistemi ile yönetilen ülkelerde milletvekili seçilebilme yaşı ortalama 18-25 yaş arası olduğu hâlde başkan yardımcılığı için çok daha fazla yaş şartı aranmıştır. Haklı olarak bu durum eleştirilecek bir düzenlemedir¹⁸ ve yapılacak bir değişiklikle Cumhurbaşkanının sahip olması gereken şartlara Cumhurbaşkanı yardımcılarının da sahip olması gerektiği hükme bağlanmalıdır.

Yeni sistemde de bakanlıkta üst düzey bir bürokratin üniversite mezunu olması kamu kurumunda deneyim sahibi olması beklenirken, ilköğretim veya lise mezunu bir kişi bakan olabilmektedir. Bazı ülkeler bakanları atarken kayırmacılık veya torpil olmaması için başkana belirli derecede yakınlığının bulunmaması koşulunu getirmişlerdir. Bu ülkelere örnek olarak, başkanlık sistemi ile yönetilen Ekvator Anayasası’nda yer alan (152/1) Başkan ve Başkan yardımcılığı görevini ifa edenler dördüncü dereceden kan akrabaları ile ikinci dereceden kayın akrabaları bakan olamaz hükmüne yer vererek şeffaf bir yönetim ilkesine mevzuatlarında yer vermişlerdir¹⁹.

Anayasa’nın 106. maddesinin birinci fıkrasında “Cumhurbaşkanı seçildikten sonra” denilmesine rağmen önceki Cumhurbaşkanının görevi, yeni Cumhurbaşkanının yemin ettikten sonra görevi devralmasına kadar devam ettiğinden, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısını atama ve görevden alma yetkisini, görevi devraldıktan sonra kullanabilecektir. Bu nedenle belirtelim ki Cumhurbaşkanı görev ve yetkilerini ancak yemin edip göreve başladıktan sonra kullanabilecektir²⁰.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının Cumhurbaşkanı tarafından Meclis’in onayına tabi olmaksızın atanması, Cumhurbaşkanlığı makamında meydana gelebilecek boşalma hâllerinde Cumhurbaşkanı yerine vekâlet edecek kişinin demokratik meşruiyetinin²¹ tartışılmasına neden olabileceği düşüncesiyle eleştirilebilir²². Nitekim Cumhurbaşkanı yardımcılığı, Cumhurbaşkanı vekâlet ettikleri süreçte Cumhurbaşkanının yetkilerine sahiptir. Türkiye’de Cumhurbaşkanı

¹⁷ Anayasanın Milletvekili seçilme yeterliliği kenar başlıklı 76. maddesine göre “Onsekiz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir.”

¹⁸ GÖREN, Zafer. *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 290; ANAYURT, Ömer / EKİNCİ, Ahmet. “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara, 2017, s. 487-488.

¹⁹ EREN, s. 881.

²⁰ EREN, s. 881-882.

²¹ Meşruiyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen. *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

²² ESEN, Selin. “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, s. 49-50; MUTLU, Azer Ebru. “Hukuki Statüsü ve İdari Teşkilattaki Yeriyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1), 2019, s. 124; KÜÇÜK, Türkiye’de Başkanlık..., s. 194;

yardımcılarının TBMM'ye karşı siyasal sorumluluklarının olmadığı göz önüne alındığında²³ demokrasi adına olumsuz bir durum olarak değerlendirilebilir²⁴.

Bir kişinin veya bir milletvekilinin Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanması için öncelikle rızasının alınması gerekir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı yardımcısı veyahut bakan olarak atanma işlemi, kabule bağlı bir işlemdir. Bu sebeple bakan olarak atanan kişi, atamayı kabul etmediğini bildirdiğinde, atama işlemi, atama anından itibaren hükümsüz hâle gelir. Bu bağlamda bakan olarak atanacak kişinin önceden rızası alınmalı ya da atama işleminin infisahı şarta bağlı bir işlem olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan atama yetkisini kötüye kullanması ihtimalinde bazı milletvekillerinin milletvekilliklerini sona erdirebilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) Başkan yardımcısının seçimi Başkan'ın seçimi ile birlikte gerçekleşmektedir. Başkan yardımcısının seçimle gelmesi demokratik ve meşru bir uygulama olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca seçilen Başkan yardımcısı kamuoyunca da bilinmektedir. Keza seçim gerçekleştikten sonra Senato'nun onayına sunulmaktadır²⁵. Başkan yardımcısı adayında aranan en önemli özellik siyasi veya bürokratik bir geçmişe sahip olmasıdır. Çünkü Başkan yardımcısı, yönetim kabiliyetine ve gerektiğinde başkana yol gösterecek bir donanıma sahip olmalıdır. ABD'de Başkan yardımcısının seçimle göreve gelmesine rağmen konumu eleştirilmektedir²⁶.

Türkiye'de Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı ile birlikte seçilmemesi, meşruluğu bağlamında ve ülke demokrasisi adına eleştirilebilir bir durumdur. Anayasa'nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar 81. maddede yazılı şekilde TBMM önünde ant içerler. Cumhurbaşkanı yardımcısı, usulüne uygun olarak atanmış olsa bile görevine ancak ant içtikten sonra başlayabilir²⁷.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının Cumhurbaşkanı tarafından hiçbir merci onayına tabi olmaksızın atanmasını, yürütme içinde uyum açısından gerekli gören yazarlar da vardır²⁸. Atanacak Cumhurbaşkanı yardımcılarının sayı olarak belirlenmemiş olması da ileriki yıllarda seçim öncesi yapılan siyasi ittifaklarda yer alan bazı siyasi liderlerin Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanmasını sağlayabilecektir. Bu kişileri, ileride parlamento içerisinde destek sağlayacak Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak düşünmek mümkündür²⁹.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere Türkiye'de Cumhurbaşkanı yardımcısının, yasamanın onayına tabi olmaksızın Cumhurbaşkanı tarafından atama yoluyla göreve gelme esası benimsenmiştir. Bu model her ne kadar Türkiye'ye has bir özellikse de Venezüela modeline de

²³ TUNÇ, *Türk Anayasa...*, s. 243.

²⁴ İZCİ, Ferit / SARITÜRK, Mehmet. "Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilen Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İdari Yapı ve İşleyiş Etkisi", Proceedings Book 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences (IBAD 2017), April 20 – 23, 2017, İstanbul, Turkey, s. 521; MUTLU, s. 123-124.

²⁵ EREN, s. 881; FRIEDMAN, Richard D., "Some Modest Proposals on the Vice-Presidency", *Michigan Law Review*, Vol. 86, No. 7 (Jun., 1988), pp. 1703-1734, s. 1713.

²⁶ ANAYURT / EKİNCİ, s. 461.

²⁷ GÖZLER, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., 3. Baskı, 2019, s. 873; KÜÇÜK, *Türkiye'de Başkanlık...*, s. 196; MUTLU, s. 121.f

²⁸ ATAR, s. 304-305; KÜÇÜK, *Türkiye'de Başkanlık...*, s. 195-196; YILDIZ, s. 516-522.

²⁹ KÜÇÜK, *Türkiye'de Başkanlık ...*, s. 196.

benzemektedir. Venezüela’da atamayla göreve başlayan Başkan yardımcısı Meclis’in onayına tabi değildir. Türkiye’den farklı olarak Venezüela’da Meclis’e başkan yardımcısı hakkında işletilmek üzere gensoru gibi önemli bir siyasi denetim silahı verilmiştir³⁰.

Türkiye’de, Cumhurbaşkanı yardımcısının halk tarafından seçilmesinin yürütme içinde çift başlılığa neden olacağı ihtimali de değerlendirilmektedir. Şöyle ki 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Cumhurbaşkanının seçimle göreve gelmesi usulü benimsenirken, ABD başkanlık sisteminin aksine Cumhurbaşkanı yardımcılarını seçimle değil fakat atama ile göreve gelmeleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi ise parlamenter sistem döneminde yürütme organındaki çift başlılığa neden olan Başbakanlık ve Cumhurbaşkanlığı kurumunun yürütmede etkin olmasıdır. Zira yürütmedeki bu çift başlılık birçok dönem uyumsuzluklara hatta krizlere neden olmuştur. Bu düşünceyle yeni bir çift başlılığa neden olmamak adına Cumhurbaşkanı yardımcılarının seçim yerine atamayla göreve getirilmeleri benimsenmiştir³¹.

Nitekim Brezilya’da Başkan yardımcılığı makamına seçim yoluyla gelen, aynı zamanda siyasi bir parti lideri olan Michel Temer muhalefet ile ittifak yaparak Dilma Rousseff’in başkanlık görevini sona erdirip başkanlık makamına geçmiştir. Bu bir darbe olarak nitelendirilmiş ve daha önce de bu durumun bir benzeri Şili’de yaşanmıştır. Bu nedenle Şili’de Başkan yardımcılığı kurumu kaldırılmıştır. Öğretide, Şili ve Brezilya’da yaşananların bir benzerinin Türkiye’de de yaşanmaması için Cumhurbaşkanı yardımcısının seçimle göreve gelmesi yerine Cumhurbaşkanı tarafından atanması usulünün tercih edildiği değerlendirilmektedir³².

ABD’den farklı olarak Türkiye’de, Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı tarafından atanmasında, cumhurbaşkanlığına vekâlet süresinin kısa olmasının da etkili olduğu söylenebilir. Çünkü, ABD’de başkanlık makamının boşalması halinde, Başkan yardımcısı yeni seçimlere kadar başkanlık görevini yürütecektir. Türkiye’de ise Cumhurbaşkanı yardımcısının görevi, 45 gün içerisinde seçimlere giderek, kısa süreliğine bu görevi icra etmek durumunda kalmaktadır.

B. Sayıları

Başkanlık sisteminin uygulandığı birçok ülkede tek başkan yardımcısının seçilmesi veyahut atanması usulü benimsenmiştir. Bu sistemi uygulayan bütün ülkelerde başkan yardımcısı sayısı açıkça düzenlenmiştir. Türkiye’de ise 2017 Anayasa değişikliği ile benimsenen yeni hükümet sistemi kapsamında Anayasa’nın 106. maddesine göre “*Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı yardımcılarının sayıları bir olabileceği gibi birden fazla da olabilecektir. Sayıyı belirleme yetkisi Cumhurbaşkanıya aittir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı

³⁰ ANAYURT / EKİNCİ, s. 489.

³¹ KUTLU, Önder / KAHRAMAN, Selçuk, “Türk Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kamu Yönetimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları* (iç.), Ed. Ferhat Uslu, Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Merkezi (PESA), 2017, s. 15; KÜÇÜK, *Türkiye’de Başkanlık...*, s. 195.

³² KÜÇÜK, *Türkiye’de Başkanlık...*, s. 195; YILDIZ, s. 522.

yardımcıları, Cumhurbaşkanınca milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından atanır ve sadece Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınır³³.

C. Görev ve Yetkileri

1. Genel Olarak

Cumhurbaşkanı yardımcılarının atanmalarının ve azledilmelerinin Cumhurbaşkanının tek yanlı iradesine bağlı olduğu yukarıda izah edilmişti. Demokratik bir sistemde tüm makamların dolayısıyla Cumhurbaşkanı yardımcılarının görev ve yetkilerinin belirli olması anayasal, yasal en azından Cumhurbaşkanlığı kararnamele ile sınırlarının çizilmiş olması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarının Anayasa’da ve TBMM İçtüzüğü’nde belirtilen sadece üç değişik görev ve yetkisi vardır. İlk olarak, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple geçici veya sürekli boşalması halinde bunun vekâletle doldurulması kaçınılmazdır. Anayasa’nın 106. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde yenisi seçilinceye kadar ya da Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır*”³⁴.

İkinci olarak, Anayasa’nın 118. maddesine göre, Milli Güvenlik Kurulu toplantılarına katılmak ve Anayasa’nın 118. maddesinin beşinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanının katılmadığı zamanlarda Milli Güvenlik Kurulu toplantısına başkanlık yapmaktır. Üçüncü ise TBMM İçtüzüğü’nün 62. maddesine göre, olağanüstü hâl (OHAL) durumunda OHAL’e ilişkin hükümler kapsamında Anayasa’nın 119. maddesi çerçevesinde Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanlar ve bakan yardımcılarını ile üst düzey bürokratlar Meclis Başkanının daveti üzerine belirlenen konularda açıklama ve bilgilendirme yapmak üzere Meclis Genel Kurul oturumlarına katılabileceklerdir³⁵.

Kuşkusuz, Cumhurbaşkanı yardımcılara kanunla veya Cumhurbaşkanının Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararı ile de yeni görev ve yetkiler verilebilir. Örneğin, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 9. maddesi, Cumhurbaşkanı yardımcılara “*görevlerine ait işleri için valilere re’sen emir ve talimat verme*” yetkisini tevdi etmektedir.

8 Sayılı Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin, “Başkan ve üyeler” kenar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı yardımcılarını Yüksek Askerî Şûra’nın üyesidirler³⁶. Aynı Kararname’nin 4. maddesine göre, “*Yüksek Askerî Şûra, Cumhurbaşkanının başkan olarak belirleyeceği Cumhurbaşkanı yardımcısının çağrısı ile yılda en az bir kez toplanır. Cumhurbaşkanı gerektiğinde*

³³ KÜÇÜK, *Türkiye’de Başkanlık...*, s. 194.

³⁴ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 363; GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 874; MUTLU, s. 124.

³⁵ TÜLEN, Hikmet. “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nde 9 Ekim 2018’de Yapılan Değişiklikler Ya da Malumun İlâmı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 929.

³⁶ 8 Sayılı Cumhurbaşkanlığı karararnamesinin 2. maddesi (1) Yüksek Askerî Şûranın üyeleri; Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Adalet Bakanı, Dışişleri Bakanı, İçişleri Bakanı, Hazine ve Maliye Bakanı, Milli Eğitim Bakanı, Milli Savunma Bakanı... dır.

Şûrayı toplayabilir.” hükmünden de anlaşılacağı üzere Yüksek Askeri Şûraya Cumhurbaşkanı katılmadığı zaman Cumhurbaşkanı yardımcılarında biri başkanlık yapacaktır.

Anayasa'nın münhasıran Cumhurbaşkanıya verdiği görev ve yetkiler, kanunla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, Cumhurbaşkanının başka bir düzenleyici işlemiyle veya talimatıyla Cumhurbaşkanı yardımcılara devredilemez. Bu bağlamda Anayasa'nın 104. maddesinde sayılan görev ve yetkiler münhasıran Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmak durumundadır. Ancak vekâlet döneminde vekâlet görevini yürüten Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından da bu yetkiler kullanılabilir. Bununla birlikte kanunları bir kez daha görüşmek üzere TBMM'ye geri gönderme, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma, bakan atama, yabancı devletlere elçi gönderme, milletlerarası antlaşmaları onaylama gibi görev ve yetkilerin kullanılması Cumhurbaşkanı yardımcılara devredilemez³⁷.

Anayasa'nın 98. maddesine göre TBMM, Cumhurbaşkanı yardımcılarını hakkında Meclis soruşturması yapabilir, yine aynı madde uyarınca milletvekilleri, Cumhurbaşkanı yardımcılara yazılı soru da sorabilirler³⁸. TBMM İçtüzüğü'ne³⁹ göre, Cumhurbaşkanı yardımcılarını TBMM komisyonlarına girme ve söz alma görev ve yetkisine sahiptirler (m.30-31). Yine İçtüzüğe göre Cumhurbaşkanı yardımcılarını, TBMM Genel Kurulu'nda gündem dışı söz isteme hakkına sahiptirler (m.59). TBMM Genel Kurulu'nda bütçe sunuş konuşmasını Cumhurbaşkanı veya bir bakan yapmaktadır. “Bütçe ve Kesinhesap kanun tekliflerinin görüşüldüğü Genel Kurul oturumlarına Yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar katılabilir ve görüş bildirebilir” (İçtüzük m. 62).

Türkiye'nin yeni sisteminde Cumhurbaşkanı yardımcılarının hukuki statüleri, ABD başkan yardımcısından bazı yönlerden farklılık göstermektedir. Örneğin Cumhurbaşkanlığı makamının boş kalması durumunda süre açısından bu farklılık söz konusu olabilir. Zira Anayasa'nın 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığı makamını herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde, yenisi seçilene kadar makama vekâlet eder ve Cumhurbaşkanıya ait yetkileri kullanır.” hükmüne yer verilmiştir. Buradaki vekâlet süresi 45 gündür. Anayasa, Cumhurbaşkanlığı makamının sürekli boşaldığı durumda 45 gün içinde seçime gidilmesini öngörmektedir. Eğer genel seçime bir yıl veya daha az bir süre kalmışsa TBMM seçimleri de Cumhurbaşkanlığı seçimleriyle birlikte yenilenir⁴⁰.

Anayasa'nın 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre, seçime bir yıldan az bir sürenin kalması durumunda, seçilen Cumhurbaşkanı kalmış olan süreyi tamamlar fakat tamamlamış olduğu bu süre Cumhurbaşkanının kendi döneminden sayılmaz. Anayasa'nın 106. maddesinin üçüncü fıkrasına göre Cumhurbaşkanının makamını herhangi bir sebepten dolayı boşalması durumunda, örneğin

³⁷ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 874-875.

³⁸ Bizim de katıldığımız Esen'e göre, Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların yürütme adına, TBMM genel kurulunda milletvekillerinden gelecek soruları sözlü olarak cevaplamaları, yazılı soru yönteminden çok daha etkilidir. Başkanlık sistemi le yönetilen; Arjantin, Kolombiya, Şili, Kosta Rika, Uruguay, Meksika ve Peru gibi birçok ülkede, milletvekillerinin bakanlara doğrudan soru sorması veya bir konuda açıklama istemesi buna karşın bakanın da milletvekillerine sözlü olarak cevap vermesi yöntemi uygulanmaktadır. Hatta Şili gibi bazı örneklerde Bakanın soruları parlamentoda sözlü olarak cevaplaması zorunludur. Bkz., ESEN, s. 50.

³⁹ 2017 tarihli Anayasa değişikliği kapsamında TBMM İçtüzüğü'nde 9 Ekim 2018 tarihinde önemli değişiklikler yapılmış. Anılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., TÜLEN, s. 915-942.

⁴⁰ MUTLU, s. 122.

Cumhurbaşkanının yurtdışına seyahati ya da hastalanması gibi nedenlerin söz konusu olması durumunda, Cumhurbaşkanı yardımcılarında biri, Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanının yetkilerini kullanır.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının statüleri, ABD başkan yardımcısının statülerine benzerlikler de gösterebilir. Zira zaman içerisinde Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının yetkili olduğu konularda ABD’de olduğu gibi bir çoğalma veya etkinliğinin artması söz konusu olabilir. Cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarının kabine toplantılarına katılmaları, yurtdışında Cumhurbaşkanını temsil etmeleri, Cumhurbaşkanına vekâleten yurt içinde karşılama yapmaları gibi konular buna örnek olarak gösterilebilir. Esasen Cumhurbaşkanı yardımcılarının görev alanının temsilî görüntüden icracı role dönüşümü uygulama ile keza bu konuda zaman içerisinde teamüllerin oluşmasına bağlı olarak görülebilecektir⁴¹. Ayrıca atanacak Cumhurbaşkanı yardımcısının şahsi özellikleri, nitelikleri, kişisel gayreti ve başarısı da bu bağlamda önemli bir etken olacaktır.

Türkiye’den farklı olarak ABD’de Başkan yardımcısı Senato başkanlığını da yapmaktadır. Başkan yardımcısının ABD Anayasası hükümleri gereğince, Senato’nun başkanı olması da bu makamı güçlü hâle getirmektedir. Ancak bu görevi sürekli yerine getiremediğinden Senato kendisine ABD Başkan yardımcısı yerine Senato’da başkanlık görevini yüklenen bir Başkan yardımcısı seçmektedir⁴².

2. Cumhurbaşkanına Vekâlet Etme

Cumhurbaşkanına vekâlet etme görevini 1924 Anayasası (m. 33) TBMM Başkanına, 1961 Anayasası (m. 100) Cumhuriyet Senatosu Başkanına, 1982 Anayasası’nın ilk şekli (m. 106) TBMM Başkanına vermiştir. 2017 Anayasa Değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanına vekâlet görevi Cumhurbaşkanı yardımcısına verilmiştir. Vekâlet görevinin Cumhurbaşkanı yardımcılara verilmesi Türk anayasa tarihi açısından önemli bir yeniliktir diyebiliriz⁴³.

Herhangi bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması durumunda, kırk beş gün içerisinde Cumhurbaşkanı seçimi yapılır. Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hâlleri belirtilmemiş olmakla birlikte ölüm, çekilme veya başka bir sebeple makamın boşaldığı kabul edilebilir. Cumhurbaşkanının sağlık nedeniyle görevini sürekli olarak yapamayacak durumda olması ve Cumhurbaşkanı hakkında gaiplik kararı verilmesi gibi durumlarda da makamın boşaldığı kabul edilmelidir⁴⁴. Bu bağlamda Cumhurbaşkanına vekâlet iki ayrı şekilde söz konusudur: Bunlar ise “Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması hâli” ve “Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hâli” dir.

Başkanlık sistemlerinde başkan yardımcılarını ile başkan beraber yürütme yetkisini kullanmazlar. Başkan yardımcılara anayasalarda yüklenen esas görev, başkanlık makamında bir boşalma olması durumunda başkanın yerine görev almasıdır. Ayrıca başkan yardımcılarını, başkanların verdiği görevleri de başkan adına yapmaktadır. Nikaragua Anayasası’na göre

⁴¹ YILDIZ, s. 521-522.

⁴² KÜÇÜK, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, s. 62-63.

⁴³ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 809-810.

⁴⁴ ATAR, s. 302.

“Cumhurbaşkanı yardımcısı, Anayasa’da belirtilen görevleri ve Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan verilen veya kanunla tanınan görevleri yerine getirir” (m.145). Başkanlık makamının boşalması durumunda yaygın olan uygulama, erken seçim kararı alınmadan kalan sürenin başkan yardımcısı tarafından tamamlanmasıdır. Brezilya Anayasası’na göre Başkan’ın görevini yapması ile ilgili hukuki bir engelin olması halinde Başkan yardımcısı Devlet Başkanı’nın görevini yapar, ayrıca Devlet Başkanı’nın yurt dışı seyahati veya herhangi bir nedenle makamın geçici olarak boşalması durumunda Başkan yardımcısı Devlet Başkanı’na vekâlet etmektedir (m.79). Brezilya Anayasası’na göre Başkan ve Başkan yardımcısının makamında aynı zamanda boşalma olması halinde 90 gün içinde seçim yapılması gerekmektedir (m.81). Kosta Rika Anayasası’na göre Başkan’a, Başkan yardımcısı vekâlet eder; ancak Başkan ve yardımcılara aynı zamanda veya beraber bir şey olması hâlinde, Başkan’a Meclis Başkanı vekâlet etmektedir (m.135). Başkan yardımcısına yer vermeyen Meksika Anayasası’na göre ise başkanlık makamında boşalma olması hâlinde, yeni bir başkan seçilinceye kadar yasama organı geçici bir başkan öncekinin görev süresini tamamlamak üzere seçmektedir (m.84)⁴⁵.

a. Cumhurbaşkanlığı Makamında Boşalma Olması Durumu

Anayasa’nın 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ölüm, istifa ve Yüce Divan tarafından mahkûmiyet kararı verilmesi gibi birtakım nedenler sonucu Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması söz konusu olabilir. Bu hâllerden birinin ortaya çıkması durumunda, Anayasa’nın 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanlığı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder.” hükmüne yer verilmiştir. Maddede ifade edilen “yenisi seçilene kadar” ibaresini “yenisi görevine başlayıncaya kadar” şeklinde kabul etmek gerekir. Çünkü yeni Cumhurbaşkanı seçim anında değil, TBMM önünde ant içtikten sonra görevine başlayabilecek dolayısıyla Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanabilecektir.

Vekâlet yetkisi, Anayasa’nın 106. maddesinin ikinci fıkrasına uyarınca “Cumhurbaşkanı yardımcısına verilmiştir.” Aynı maddenin birinci fıkrasında “Cumhurbaşkanı seçildikten sonra, bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir.” ifadesi de yer almaktadır. Bu bağlamda, birden fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı var ise, hangisi Cumhurbaşkanına vekâlet edecektir şeklinde bir soru karşımıza çıkmaktadır. Anayasa’da bu konuya ilişkin bir cevap yer almamaktadır. Ancak bu soruya 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin “Cumhurbaşkanına Vekâlet” kenar başlıklı 18. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması hâlinde, yenisi seçilene kadar en yaşlı Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.” kararnamenin aynı maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hâllerinde, Cumhurbaşkanının görevlendirdiği yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.” düzenlemesiyle bu belirsizlik giderilmiştir⁴⁶.

⁴⁵ EREN, s. 878-879.

⁴⁶ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 811.

b. Cumhurbaşkanının Geçici Olarak Görevinden Ayrılması Durumu

Anayasa'nın 106. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen “*Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hâllerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder.*” ifadesinden anlaşılacağı üzere fıkra Cumhurbaşkanı'nın geçici olarak görevinden ayrılması hâli olarak “hastalık” ve “yurtdışına çıkmak” hâlleri sayılmıştır. Ancak bunlar sınırlı sayıda değildir, bunlara benzer diğer sebeplerin ortaya çıkması da mümkündür. Bu durumlarda Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanının görevine dönene kadarki süreçte Cumhurbaşkanına vekâlet edecektir.

Bilindiği üzere Anayasa'ya göre birden fazla Cumhurbaşkanı yardımcısının varlığı söz konusu olabilmektedir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hâlinde, 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 18. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, yenisi seçilene kadar en yaşlı Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.*”, hükmüne yer verilmiştir. Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması durumunda ise mezkûr Kararname'nin 2. fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanının hastalık ve yurtdışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hâllerinde, Cumhurbaşkanının görevlendirdiği yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.*” düzenlemesi ile bu durumda açıklığa kavuşturulmuştur.

c. Cumhurbaşkanı Yardımcısının Vekillik Esnasındaki Yetkileri

Anayasa'nın 106. maddesine göre, her iki vekâlet durumunda da Cumhurbaşkanına vekillik eden Cumhurbaşkanı yardımcısı, “*Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır*”. Bu ifadeye göre vekil, yani Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanına ait bütün yetkileri kullanabilir. Fakat vekilin, özellikle Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması hâlinde cari işlerin yürütülmesinden ibaret “olağan idari yetkileri” kullanması gerektiği, Cumhurbaşkanı yardımcı atamak, bakan atamak veya TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek gibi önemli yetkileri kullanamaması gerektiğini söyleyebiliriz. Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hâlinde ise vekilin, devletin devamlılığı ilkesi uyarınca, durum gerektiriyorsa önemli yetkileri kullanmasının olağan olduğu ifade edilebilir⁴⁷. Zira böyle bir olasılıkta Cumhurbaşkanı yardımcısının yetkisi arızı değil fakat asli bir yetki olduğu kanaatindeyiz.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının Cumhurbaşkanına vekâlet edecekleri dönemlerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıp çıkaramayacağı konusunda, Anayasa'da, kanunlarda ve 23.02.2021 tarihine kadar⁴⁸ yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide de bu konuda bir değerlendirmeye rastlanmamıştır. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanının geçici olarak görevden ayrılması durumunda vekilin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramayacağı yönündedir. Buna karşın Cumhurbaşkanlığı makamında boşalma olması durumunda Cumhurbaşkanı yardımcılarını da tıpkı Cumhurbaşkanı gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmelidir. Nitekim Anayasa'nın 106. maddesinin ikinci

⁴⁷ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 811.

⁴⁸ Anılan bu tarih çalışmanın son kontrol tarihidir ve bu tarihe kadar böyle bir bilgiye ulaşılmamıştır.

fıkrasına göre, “Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.” hükmü gereğince Cumhurbaşkanı vekâlet eden Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanının bütün yetkilerini kullanabilecektir.

D. Görevlerinin Sona Ermesi

Cumhurbaşkanı yardımcılarının görevleri şu sebeplerle sona erer: (1) Ölüm, Cumhurbaşkanı yardımcılarının görevini sona erdirir. (2) Cumhurbaşkanı yardımcılarının görevi, istifa ile sona erer. (3) Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanmak için milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak gerektiği için bir Cumhurbaşkanı yardımcısının milletvekilliği seçilme yeterliliğini kaybetmesi, onun Cumhurbaşkanı yardımcılığı görevini kaybetmesi sonucunu doğuracaktır. (4) Cumhurbaşkanının görevinin sona erdiği her durumda Cumhurbaşkanı yardımcılarının görevi de herhangi bir işleme gerek kalmadan son bulacaktır. Kaldı ki Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Sorumlu olan makamın görevi sona ermişse bu makama karşı sorumlu olan makamın görevi de sona ermelidir. (5) Anayasa'nın 106. maddesinin beşinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı yardımcısı Yüce Divanda, seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm olursa görevi sona erecektir. (6) Cumhurbaşkanı yardımcılarının görevlerini sona erdiren en önemli hâl hiç şüphesiz, azil yani görevden alınma/el çektirme durumudur. Cumhurbaşkanı yardımcılarının görevlerini sona erdiren en kuvvetli ihtimal azledilmeleridir.

Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanı yardımcılarını görevden alma yetkisi Cumhurbaşkanına aittir (m. 104/8). Cumhurbaşkanı istediği her zaman, herhangi bir sebeple Cumhurbaşkanı yardımcılarını görevden alabilir. Başka bir ifade ile herhangi bir nedene gerek yoktur. Zira Anayasa'nın 106. maddesinin beşinci fıkrasına göre Cumhurbaşkanı yardımcılarını Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanı yardımcılarını görevden alma yetkisi bir başka makamın önerisine veya onayına tabi değildir. Bu yetki doğrudan Cumhurbaşkanına aittir. Aynı zamanda görevden alma yetkisi bir idari işlem olmadığından yargısal denetime tabi değildir. TBMM'nin Cumhurbaşkanı yardımcılarını güvensizlik oyuyla görevden alma gibi bir yetkisi yoktur. Zira Cumhurbaşkanı yardımcılarını TBMM'ye karşı sorumlu değildir⁴⁹.

II. BAKANLAR

A. Atanmaları

Türkiye'de, 2017 Anayasa değişiklikleri ile “Bakanlar Kurulu” uygulamasından ABD modelindeki “kabine usulüne” geçilmiştir. Osmanlı-Türk anayasalarında 23 Nisan 1920 tarihi ile 29 Ekim 1923 tarihleri arasında meclis hükûmet sistemi mevcut iken bunun dışındaki anayasalarda yürütme yetkisini kullanan bir “Bakanlar Kurulu” vardır. 1982 Anayasası'nın önceki hâlinde

⁴⁹ TUNÇ, Hasan. “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, *ERÜHFD*, C. XIV, S. 2, 2019, s. 563-564; GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 873-874.

Bakanlar Kurulu⁵⁰, başbakan ve bakanlardan oluşurdu. Başbakan genel seçimler sonucunda milletvekili seçilmiş TBMM üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanırdı. Bakanlar ise TBMM üyelerinden ya da milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanı tarafından atanırdı. TBMM dışından atanan bakanlar ise Meclis önünde ant içmek suretiyle görevlerine başlardı (m. 81)⁵¹.

2017 Anayasa değişikliğine göre bakanlar milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'nin onayına tabi olmaksızın doğrudan atanırlar (m.104/8, 106/4). Anayasa'nın 106. maddesinin 4. fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı anlayamadığı, tarzını beğenmediği, verimli çalışmadığını düşündüğü, felsefesini ve stratejisini beğenmediği bakanı istediği an görevden alabilecektir. Yeni sisteme göre de bakanlar; milletvekili olmayan kişiler ile milletvekili olan kişiler arasından atanabilecektir. TBMM üyesi olan bir kişinin bakan olarak atanması hâlinde TBMM üyeliği sona erecektir. ABD başkanlık sisteminde olduğu gibi yeni sistemde bir kişinin hem yasamada hem de yürütmede görev alması engellenmiştir. Bu yöntem ile bakanlıkların 2017 Anayasa değişikliği öncesi sistemde mevcut olan siyasi tercihlerinin ön plana çıkması yönündeki belirleyici etkenlerin geri planda kaldığı ve icra kabiliyetinin daha ön plana getirildiği söylenebilir. Bu değişikliğin bakanlara, yasama meclisine karşı siyasi sorumlulukları mevcut olmadığı için, daha geniş bir hareket alanı açacağı ve kurumlarına ilişkin yapısal reformları çok daha kolay bir şekilde gerçekleştirme imkânı sağlayacağı ifade edilmektedir⁵².

Başkanlık sistemlerinde başkan bakanları atamaktadır. Bazı başkanlık sistemlerinde başkanların yaptığı bu atamalar yasama organının onayına tabiidir. ABD modeli başkanlık sisteminde, bakan konumundaki sekreterler Başkan tarafından atanmakta ve Senato'nun onayından sonra göreve başlamaktadır. Fakat Senato'nun oylaması bir güven oylaması değildir. Bu oylama tüm üst düzey atamaları için geçerlidir. Aslında Senato'nun onayı, Başkan'ın atama yetkisi karşısında bir fren ve denge unsurunu oluşturmaktadır⁵³.

ABD gibi başkanlık sisteminin uygulandığı bazı ülkelerde, başkanın bakanların atanmasına ilişkin işlemleri yasama organının onayına tabi iken başkanlık sisteminin uygulandığı diğer ülkelerde ise farklı uygulamalar mevcuttur. Dolayısıyla Türkiye'de Cumhurbaşkanı tarafından bakanlıklara yapılan atama işlemlerinin TBMM'nin onayına tabi olmaması doktrinde fren ve denge mekanizması ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiş ise de demokratik başkanlık sisteminin uygulandığı bazı ülkelerde farklı uygulamalar mevcuttur. Bu nedenle bakanların atanmasına ilişkin işlemlerin yasama organı tarafından onaylanması başkanlık sisteminin genel ve zorunlu kuralı değildir⁵⁴. Küçük'e göre Türkiye'de bu konuda benimsenen usul, saf başkanlık sisteminin bir gereği olan "kuvvetlerin kaynağında ayrılığı" ilkesi ile daha uyumludur⁵⁵.

Başkanlık sistemlerinde bakanların sayıları ve isimleri başkan tarafından bir kararname ile belirlenmektedir. Örneğin Ekvador Anayasası'nın 151. maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Devlet*

⁵⁰ Bakanlar Kurulu Anayasa madde 109 (Mülga: 21/1/2017-6771/16 md.)

⁵¹ EREN, s. 880.

⁵² KUTLU / KAHRAMAN, s. 15-18; KÜÇÜK, *Türkiye'de Başkanlık...*, s. 197.

⁵³ EREN, s. 879.

⁵⁴ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 878; KÜÇÜK, *Türkiye'de Başkanlık...*, s. 197.

⁵⁵ KÜÇÜK, *Türkiye'de Başkanlık...*, s. 321.

bakanlarının sayısı, isimleri ve kendilerine verilen yetkiler, Cumhurbaşkanlığı dairesi tarafından çıkarılan bir kararname ile belirlenir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Türkiye’de yeni sistemde, Cumhurbaşkanı yardımcılarının sayısı, bakanlıkların kurulması, kaldırılması ile teşkilat yapısını belirleme yetkisi, Cumhurbaşkanına verilmiştir. Parlamenter sistem döneminde Anayasa’nın 113. maddesine göre “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir.*” denilmek suretiyle bu yetki yasama organına verilmişti. Ancak yeni sistemde Anayasa’nın 106. maddesinin son fıkrasına göre “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin “Bakanlıklar” kenar başlıklı 38 ila 524. maddeleri arasında bakanlıklar düzenlenmiştir⁵⁶.

Anayasa’ya göre bakanlar Anayasa’nın 81. maddesinde yazılı şekilde TBMM önünde ant içerek göreve başlarlar (md.106/4). 2017 Anayasa değişikliğine göre bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir (md.106/son). Bu hüküm ile Cumhurbaşkanına, bakanlıkların faaliyet konularının dağıtılması, yeni bakanlıkların kurulması, mevcut bakanlıkların birleştirilmesi ve kapatılması konularında inisiyatif tanınmıştır. 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bakanlıkların ve bakanlıklara bağlı kuruluşların; görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatları düzenlenmiştir. Mezkûr Kararname ile kimi bakanlıkların da isimleri değiştirilmiştir. Yine anılan Kararnameyle bazı bakanlıklar kaldırılmış, bazı bakanlıkların da birleştirilmesi suretiyle daha önce sayısı 24 olan bakanlık sayısı 16 olarak belirlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı içinde yeni sisteme uygun politika kurulları ve ofisler oluşturulmuş, Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar yeniden belirlenmiştir⁵⁷.

Yine mezkûr Kararname ile Cumhurbaşkanı, yetkilerinden bir kısmını gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak belirterek astlarına devredebilir. Ancak, devrettiği yetkiyi, gerek gördüğünde kendisi de doğrudan kullanabilir (md.1/3). Mezkûr Kararname ile bakanlıkların teşkilat yapısının oluşturulmasından sonra, 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bağlı ve ilişkili kuruluşlarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır⁵⁸.

Cumhurbaşkanı tarafından atanan bakanlar TBMM önünde ant içerler. 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu’nun 21. maddesinin 699 sayılı KHK ile değişik üçüncü fıkrasına göre; Cumhurbaşkanıınca atanan Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, atanmalarını takip eden gün ant içerler. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların yeminleri de milletvekili yemini gibidir. Bakanların göreve başlamasında TBMM’de bir güven oylamasına gerek yoktur⁵⁹.

TBMM’nin bakanların atanması veya görevlerinin sona erdirilmesi konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bakanların ve Cumhurbaşkanı yardımcılarının ataması,

⁵⁶ EREN, s. 881.

⁵⁷ TURAN, A. Menaf. “Türkiye’nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Social Sciences Research Journal, C 7, S. 3, 2018, s. 65.

⁵⁸ KÜÇÜK, *Türkiye’de Başkanlık...*, s. 198; TURAN, s. 66.

⁵⁹ TUNÇ, “Karşılaştırmalı Anayasa...”, s. 564-567.

Cumhurbaşkanlığı kararı ile gerçekleştirilmektedir⁶⁰. Öğretide, TBMM’de en fazla üyeye sahip siyasi parti grubu ya da TBMM üyelerinin 1/5’i (en az 120 milletvekilinin) bu atamaların Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne dava açabilecek olup olmadığı tartışılabilirliği değerlendirilmektedir. Bizim de katıldığımız Tunç’un değerlendirmesine göre, Anayasa Mahkemesi’ne böyle bir gerekçe ile başvuruda bulunulabileceği kabul edilse bile, Anayasa Mahkemesi’nin buradaki denetimi bir yerindelik denetimi olamayacak, olsa olsa hukukilik denetimi yapmaktan ibaret olacaktır. Hukukilik denetimi ise sadece atanan kişilerin Anayasa’da düzenlenen milletvekili olma şartlarını taşıyıp taşımadığı ile sınırlı olacaktır. Nitekim bir kişinin hukuki açıdan, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanma şartlarına sahip olduğu sürece Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanması Cumhurbaşkanının tasarrufundadır⁶¹.

B. Hukuki Statüleri

Parlamentar sistemde yürütme organı, Cumhurbaşkanı ile hükümet de denen Bakanlar Kurulundan meydana gelmektedir. 2017 Anayasa değişikliği öncesi sistemde, Bakanlar Kurulu yürütme organının sorumlu ve yetkili kanadı olup, başbakan ve bakanların bir araya gelmesi ile oluşan kolektif ve kolejyal bir yürütme organıydı. Başbakan da hukuki statü olarak esasında bir bakan idi. Buna karşın eşitler arası birinci statüde ve etkin bir makamdaydı.

Yeni sistem ile birlikte yürütmenin teşekkülü, bakanlar için esaslı farklılıkları beraberinde getirmiştir. Bunlardan birincisi, Cumhurbaşkanlığı kabinesinde bakanlar artık icracı bir kurulun üyesi değildirler. Oysaki mezkûr Anayasa değişikliği öncesi icracı yetkilere sahip bir Bakanlar Kurulu bulunmaktaydı. Artık yeni sistemde icrai kararları Cumhurbaşkanlığı kabinesi değil sadece Cumhurbaşkanı almaktadır. Bu nedenle yeni sistemde bakanlar icracı bir kurulun üyesi olma sıfatını kaybetmişlerdir⁶². Keza yeni sistemde bakanların oy kullanma hakkının da sona erdiğini belirtmek gerekecektir. Nitekim parlamenter sistemde yürütmeye dair kararlar, Bakanlar Kurulu tarafından oy birliğiyle alınmaktaydı. Bu nedenle her bakanın bir oy hakkı bulunmaktaydı. Dolayısıyla eski sistemde Bakanlar Kurulu kararları üzerinde bakanların önemli bir rolünün olduğunu belirtmek gerekir⁶³.

Türkiye’de uzun yıllar bakanların TBMM karşısında hem kolektif hem de bireysel olarak sorumlulukları söz konusuydu. TBMM isterse güvensizlik oyu yoluyla bütün bakanları veya

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., KÜÇÜK, Adnan / DOĞAN, Bayram. “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, ss. 1-59; DOĞAN, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi”, s. 273-298.

⁶¹ TUNÇ, *Türk Anayasa...*, s. 246. Bu durum Gözler tarafından eleştirilmektedir. Şöyle ki; Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların atanmalarında TBMM’nin hiçbir rolünün olmaması başka bir ifade ile bu atamaların münhasıran Cumhurbaşkanı’na ait olması başkanlık sistemi ile bağdaşmamaktadır. Zira başkanlık sisteminin prototipi olan ABD’de başkanın yardımcısını ve sekreterlerini atama yetkisi Senato’nun onayına bağlıdır. Bu nedenle siyasi denetimi gerçekleştirecek bir mekanizmanın bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz., GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 878.

⁶² NACAĞ, Osman. “Parlamentar ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemlerinden Hareketle Bakan ve Bakanlıkların Karşılaştırmalı Analizi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C.18, S. 1, Mart 2020, s. 146.

⁶³ KESKİNSOY, Ömer / KAYA, Batur Semih. “Türkiye’nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 137, 2018, s. 76.

sadece bir bakanı görevden alabilirdi. Eski sistemde icrai sayılabilecek bütün yetki başbakan ve bakanlardaydı. Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na verdiği yetkilerin kullanılabilmesi için bile Cumhurbaşkanının işleminin altında başbakan ve ilgili bakanın karşı-imzası bulunması gerekiyordu. Cumhurbaşkanının anılan bu işleminden Cumhurbaşkanı değil, o işlemi imzalamış olan başbakan ve bakan sorumluydu⁶⁴. Cumhurbaşkanlığı sisteminde ise TBMM'nin bilgi edinme ve denetim yollarından en önemlileri olan güvenoyu ve gensoru uygulamasına son verilmiştir. Türkiye'de de uzun yıllar uygulanan klasik parlamenter sistemin bir özelliği olan ve hükûmetin TBMM'ye karşı siyasal sorumluluk taşıması anlamına gelen güvenoyu ve gensoru denetim yolu uygulamalarının kaldırılmasını yeni sistem için bir zorunluluk olarak değerlendiren yazarlar da vardır⁶⁵. Yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı kabinesi milletvekillerinden oluşmadığı için bu uygulama kaldırılmış ancak Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla TBMM'nin bilgi edinme ve denetleme yetkisi azalmakla birlikte devam etmesi esası benimsenmiştir. Yeni sistemde TBMM'den oluşmayan Cumhurbaşkanlığı kabinesinin tamamen TBMM'nin denetimi dışında kaldığı sonucuna varılmamalıdır. Çünkü gerek Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar hakkında Anayasa'nın 106. maddesinin beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca yapılan Meclis soruşturması; gerekse de yazılı olarak en geç 15 gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara doğrudan yazılı soru yöneltebilmeleri Meclisin Cumhurbaşkanlığı kabinesini denetleme olanağına sahip olduğunun kanıtı olarak görülebilir⁶⁶.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde ise bakanlar, Bakanlar Kurulu gibi bir kolektif ve kolejyal bir organın veya sistemin üyesi değildirler. Dahası yeni sistemde bakanlar kurulu yoktur. Bakanlar kurulu yerine Cumhurbaşkanlığı Kabinesi vardır. Dolayısıyla bakanların toplanarak karar alması hukuken söz konusu değildir. Şayet bu şekilde bir toplantı gerçekleşirse bu toplantı hukuki manada bir bakanlar kurulu toplantısı olarak değerlendirilmemelidir⁶⁷. Bakanların TBMM karşısında kolektif ve bireysel sorumlulukları da yoktur. Bunlar TBMM'ye karşı değil, doğrudan Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludurlar. Yeni sistemde bakanları TBMM görevden alamaz; bakanlar münhasıran Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınırlar⁶⁸.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde bakanların kendi başlarına hukuki bir varlıkları yoktur. Zira yürütme organının asli bir unsuru olmadıkları gibi yürütmenin ortağı da değildirler. Yürütme yetkisi tek bir asli unsur olan Cumhurbaşkanı'na aittir. Bakanlar Cumhurbaşkanı'na karşı şahsen sorumlu olan siyaseten sorumsuz üst düzey görevlilerdir⁶⁹. Bu isimlendirmeler esasında

⁶⁴ DOĞAN, Bayram / DOĞAN, İdris. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11 S. 2, 2020, s. 468-483; TAŞDÖĞEN, Salih. "Cumhurbaşkanının Ceza Sorumluluğu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1296-1297; GÖREN, Zafer. "2017 Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 36, Güz 2019/2, s. 1-28; GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 876.

⁶⁵ TURAN, s. 50.

⁶⁶ TURAN, s. 50-51.

⁶⁷ Gözler, bu toplantıyı kabine veya hükümet toplantısı olarak değil bir arkadaş toplantısı olarak nitelendirmektedir. Bkz., GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 876-877.

⁶⁸ AKMAN, Çiğdem / AKÇAY, Ekrem Yaşar. "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: ABD ile Karşılaştırması", *Yasama Dergisi*, S. 40, 2019, s. 47.

⁶⁹ Gözler'e göre, Cumhurbaşkanlığı sistemindeki bakanlara parlamenter sistemdeki gibi bakan denilmesi uygun olmamıştır. Yazar'a göre yeni sistemdeki bakanların, eski sistemdeki bakanlarla hukuki benzerlikleri yoktur. Keza ABD'de de bu görevlilere sekreter ismi verilmektedir. Oysa bakan kavramı parlamenter sisteme özgü bir kavramdır.

Türkiye’de parlamenter hükûmet sisteminin ruhundan pek de uzaklaşmadığını göstermektedir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de bakanları Cumhurbaşkanının bir nevi yardımcılarını olarak düzenlemiştir. Aslında yeni sistemde tüm bakanlıklarda Cumhurbaşkanı teşkilatının birer birimleridir. 2017 Anayasa değişikliğinden sonra Anayasa’nın 8. maddesine göre “*Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm ise Anayasa’nın tek başlı (monist) yapıda bir yürütmeyi kabul etmiş olduğunu göstermektedir⁷⁰.

C. Görev ve Yetkileri

2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki sistemde, bakanların bireysel olarak birçok yetkisi olduğu gibi Bakanlar Kurulu’nun bir üyesi olarak da birçok yetkisi vardı. Söz konusu Anayasa değişikliği öncesi, Anayasa’nın 8. maddesinde “*Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılır ve yerine getirilir*” hükmüne yer verilmekteydi. Eski sistemde bakanların yürütme organının asli unsuru oldukları ve kendi görev alanlarında yürütme yetkisine sahip oldukları söylenebilirdi⁷¹.

Meclis’ten güvenoyu alarak göreve başlayan Bakanlar Kurulu uygulamasına 2017 Anayasa değişikliği ile son verilmiştir. Türkiye’deki sistem ABD modelindeki “kabine” yapılanmasını öngörmektedir. Anayasa’da ve mevzuatta bir kabine usulünden bahsedilmemiş olsa da Cumhurbaşkanı ve bakanlar arasındaki ilişki ABD modeline benzemektedir. ABD modelinde Bakanlar Kurulu’nun kolektif sorumluluğu olmayıp aynı zamanda bakanlara karşı imza yetkisi de verilmemiştir. Bakanların yasamaya karşı sorumlu olmaması, yasama çalışmalarına katılmaması da ABD modeline benzemektedir⁷².

2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra, bakanların artık genel bir yürütme yetkisi olmadığı görülmektedir. Yeni sistemde yürütme yetkisi bütünüyle ve tek başına Cumhurbaşkanına aittir. Yürütme konusunda genel görev ve yetkiye sahip makam tek başına Cumhurbaşkanıdır. Çünkü Anayasa’nın 8. maddesinin yeni şeklinde yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır ve yerine getirilir ifadesine yer verilmiştir. Bakanlar istisnai yetkili ve görevlilerdir. Bakanlara, Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanı kararnamesiyle hangi görev ve yetkiler açıkça verilmiş ise bakanların görev ve yetkileri onlardan ibarettir⁷³.

Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisini ve görevini bakanlarla birlikte kullanır. Bakanlar ve bütün üst düzey kamu görevlileri, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen politikaları izlemek, programını ve aldığı kararları uygulamakla görevlidirler. Bakanlar Cumhurbaşkanı yardımcılarında farklı olarak bakanlığın tüm personelinin ve il teşkilatlanmasının amiri olup, icrai yetkilerle donatılmışlardır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan ve düzenlenen bakanlıklar⁷⁴ (Anayasa madde 106/11) aslında ana hizmet bölümleri olarak düzenlenmişlerdir.

Bu nedenle yeni sistemde kavramsal karşılığı yoktur. Hukuki açıdan da denk değildirler. Bkz., GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 878.

⁷⁰ GÖREN, s. 2.

⁷¹ KESKİNSOY / KAYA, s. 88-90.

⁷² EREN, s. 880.

⁷³ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 880.

⁷⁴ KÜÇÜK / DOĞAN, s. 48-53.

Bakanların bakanlık bürokrasisi üzerinde hiyerarşi yetkisine sahip olması Cumhurbaşkanından ayrı veya bağımsız politikalar izleyeceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bakanlar, Cumhurbaşkanının siyaseti doğrultusunda onun talimatlarıyla uyumlu politikalar yürütmeleri gerekmektedir. Şu hâlde bakanları, parlamenter sistemde olduğu gibi hükûmet politikalarını başbakan ile belirleyen yürütmenin sorumlu kanadı olarak değil, bir anlamda idari görevli olarak görmek daha uygun olacaktır⁷⁵.

Anayasa'nın 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla değişik 106. maddesinin 11. fıkrasında “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” ifadesine yer verilmektedir. Bakanlıklar 10 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’yle düzenlenmiştir. Kararname’nin 38 ile 524’üncü maddeleri arasında yer alan, toplam 486 maddesinde çeşitli bakanlıkların kuruluşları, görevleri ve yetkileri, merkez ve taşra teşkilatları düzenlenmiştir. Bununla birlikte doğrudan doğruya Anayasa veya sair mevzuat tarafından bakanlara verilmiş çeşitli spesifik görev ve yetkileri vardır. Ayrıca Cumhurbaşkanı idari fonksiyon alanında sahip olduğu bazı yetkileri, şartlarına uymak kaydıyla yetki ve imza devri yoluyla bakanlara devredebilir⁷⁶.

1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 503. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.*” hükmüne yer verilmiştir. Mezkûr Kararname’nin 2. fıkrasına göre “*Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımı amacıyla, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla iş birliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.*” hükmü ile bakanların, hukuki statüleri, görev ve yetkileri ile sorumluluklarını düzenlemiştir.

Atar’a göre, başkanlık sisteminin anayasal mantığına uyumlu olan yeni sistemdeki bakanların bakanlık hizmetlerini, Bakanlar Kurulu’nun yerine geçen Cumhurbaşkanın “genel siyasetine” uygun olarak yapmaları öngörülmektedir. Bakanların hukuki statüleri, sorumlulukları ve görevleri ise önceki sisteme göre düzenlenmiştir. Bunları yerine getirirken devlet tüzel kişiliğini temsil, hiyerarşi, idari vesayet, harcama ve yönetmelik çıkarma gibi önceki sistemde var olan yetkilerini kullanacaklardır⁷⁷.

Yeni sistemde, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların TBMM Genel Kurul çalışmalarına katılması, iki durumda mümkün olabilecektir. İlki, TBMM İçtüzüğü’nün 62. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerinin görüşüldüğü Genel Kurul oturumlarına hükûmet adına katılarak düşüncelerini

⁷⁵ KÜÇÜK, *Türkiye’de Başkanlık...*, s. 198.

⁷⁶ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 881.

⁷⁷ ATAR, s. 305.

açıklayabilmeleridir. İkincisi ise TBMM İçtüzüğü'nün 62. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, OHAL durumunda OHAL'e ilişkin hükümler kapsamında Anayasa'nın 119. maddesi çerçevesinde, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve bakan yardımcıları ile üst düzey bürokratlar Meclis Başkanının daveti üzerine belirlenen konularda açıklama ve bilgilendirme yapmak üzere Meclis Genel Kurul oturumlarına katılabileceklerdir⁷⁸.

Başbakanlı-başkanlık denilen modelde bakanlar kurulu, yasamanın güvenoyu ile göreve başlar ve yasamaya karşı sorumludur. Arjantin modelinde Başkan yürütme yetkisinin tek sorumlusu olup, bu yetkileri ise Bakanlar Kurulu kullanmaktadır. Ayrıca bakanlar kurulu “karşı imza” yetkisine sahip ve yasama organına karşı sorumludur. Bakanlar Kurulu Başkanı ve bakanlar, Başkan tarafından atanmaktadır. Anayasa'ya göre, bunların, yasama organına karşı siyasi sorumluluğu bulunmaktadır. Bakanlar Kurulu Başkanı, Kongre toplantılarında bilgi vermekte ve Kongre'nin salt çoğunluğunun oyuyla görevden alınabilmektedir. Her bakan yaptığı işlemlerinden tek başına sorumlu iken, birlikte yaptıkları işlemlerden birlikte sorumludurlar. Kongre çalışmalarında her bakan kendi sorumluluğu altındaki işler hakkında Kongreye rapor sunmaktadır (m.104)⁷⁹.

ABD başkanlık sistemindeki “Kabine” ile başbakanlı-başkanlık sistemindeki “Bakanlar Kurulu” arasında fark bulunmaktadır. ABD modelinde kabine üyelerinin göreve gelmesinde yasama organının güvenoyu ihtiyaç olmadığı gibi yasama organı görevden alamamaktadır. Keza kabine üyelerinin karşı imza yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca kabine üyeleri yasama çalışmalarına katılamamaktadır. ABD'de kabine, Başkan yardımcısı, yürütme organları/bölgümleri başkanları ve diğer üst düzey hükümet yetkililerinden oluşmaktadır. Yürütme organları/bölgümleri başkanlarına “sekreter” ismi verilmiştir. Başkan yardımcısı dışındaki kabine üyeleri Başkan tarafından aday gösterilir ve Senato'nun salt çoğunluğuyla seçilerek göreve gelir. Sekreterler yasama çalışmalarına katılmazlar, yürütme yetkisinin kullanılmasında Başkan'a yardımcı olurlar. El Salvador Anayasası'na göre, Bakanlar Kurulu, Başkan, Başkan yardımcısı ve bakanlardan oluşmaktadır. Anayasa'da Bakanlar Kurulunun birlikte sorumluluğu söz konusudur. Arjantin örneğinde görüldüğü gibi başbakanlı-başkanlık modelinde ise Bakanlar Kurulu'nun, yasama karşısında sorumluluğu bulunmasına ek olarak Başkan karşısında da imza yetkisi bulunmaktadır. Meksika Anayasası'na göre Başkan tarafından atanan ve görevden alınabilen bakanlara karşı imza yetkisi tanınmıştır. Bakanların kendi alanlarında yasama organına yasama yılından itibaren rapor sunma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁰.

Türkiye'de parlamenter sistem uygulandığı dönemde, TBMM üyesi bakanlar, milletvekillerinden gelecek talepleri dikkate almak durumundaydılar. Nitekim bakanlarla aynı partinin milletvekilleri aynı seçim bölgesini temsilen TBMM'de faaliyette bulunuyorlardı. Cumhurbaşkanlığı sisteminde, milletvekilleri ile kabine arasındaki irtibatın eski sisteme nazaran azalması, milletvekillerinden gelecek talepleri sınırlandırarak bakanların partizanca davranmaktan ziyade genel politikaların uygulanabileceğı değerlendirilmektedir. Bu düşünceye göre, yeni sistemde yürütmede görev alanlar, kamu yararı öncelikli kamu politikaları üretmede daha özgür olacaklardır. Zira Cumhurbaşkanlığı sisteminde bakanlar, siyaseten sadece Cumhurbaşkanına

⁷⁸ TÜLEN, s. 929.

⁷⁹ EREN, s. 879.

⁸⁰ EREN, s. 879-880.

karşı sorumlu olacakları için, milletvekili ve dolayısıyla popülizm etkisinden eskiye nazaran daha serbest olabileceklerdir⁸¹.

Kutlu ve Kahraman, Cumhurbaşkanlığı sisteminde, TBMM üyelerinden bazılarının bakan olması durumunda, milleti temsil kabiliyetinin azalmasından ziyade aksine niceliğin ve temsilin artarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin ruhuna uygun olarak yasama faaliyetlerine odaklanmalarının mümkün hâle geleceğini değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, yeni sistemde yasama üyeliği ile yürütme üyeliğinin aynı kişide bağdaşmayacağı için, milletvekilleri yasama faaliyetlerine odaklanabileceklerdir⁸².

Kısaca özetlemek gerekirse, Türkiye’de 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan referandum ile başta Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi olmak üzere Anayasa’nın bazı maddeleri değiştirilmiştir. Mezkûr Anayasa değişikliği sonrası Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kabul edilmiştir. Bu durum mevcut sistemin parlamenter sistemden uzaklaştığı şeklinde değerlendirilmiştir⁸³. Yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, yürütme organını yasama organı karşısında daha bağımsız bir konuma getirerek bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi kuvvetlendirilmiştir. 2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle ise kendine özgü yönleri olan yeni bir sistemine geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmesindeki ana fikir istikrarlı, güçlü ve tek yapılı bir yürütme organı oluşturmak olduğundan devlet organları arasındaki fren ve denge mekanizmaları da bu doğrultuda kurgulanmıştır.

D. Görevlerinin Sona Ermesi

Bakanların görevlerinin sona erdiği durumlar şunlardır: (1) Ölüm, bir gerçek kişi olan bakanın görevini sona erdirir. (2) İstifa da bakanın görevini sona erdiren bir durumdur. (3) Anayasa’nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bakan olmak için milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak gerekmektedir şu hâlde bir bakanın milletvekilliği seçilme yeterliliğini kaybetme durumunda onun bakanlık görevi de sona erecektir. (4) Cumhurbaşkanı en fazla iki dönem seçilebileceği için görev süresi dolan veya tekrar seçilemeyerek görevi sona eren Cumhurbaşkanı ile bakanların da görevi sona erecektir. Nitekim bakan, Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve sadece Cumhurbaşkanı’na karşı sorumludur. Sorumlu olunan makamın görevi sona ermiş ise, o makama karşı sorumlu olan makamın da görevi sona ermelidir⁸⁴. (5) Anayasa’nın 106. maddesinin 9. fıkrasına göre, Yüce Divan’da seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olan bakanın görevi sona erer. (6) Anayasa’nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “*Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır.*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Anayasa’nın 83. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. üncü maddesindeki ...*” durumlara giren bir fiil nedeniyle bakanların görevi sona erecektir. (7) Kuşkusuz bakanların

⁸¹ KUTLU / KAHRAMAN, s. 16.

⁸² KUTLU / KAHRAMAN, s. 16-17.

⁸³ ANAYURT, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 3.

Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 321; ÖZTÜRK, Namık Kemal. *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 323.

⁸⁴ ATAR, s. 309.

görevini sona erdiren en önemli durum ise azledilmeleridir. Anayasa'nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre bakanlar Cumhurbaşkanı tarafından hiçbir gerekçe göstermeksizin her zaman görevden alınabilirler. Cumhurbaşkanının bakanı görevden alma yetkisi bir başka makamın önerisine veya onayına tabi değildir. Bu yetki doğrudan doğruya Cumhurbaşkanına ait bir yetkidir⁸⁵.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI VE BAKAN OLARAK ATANAN MİLLETVEKİLLERİNİN DURUMU

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar; Anayasa'nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, 81. maddede yazılı şekilde, atandıkları tarihten sonra yapılan ilk birleşimde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde ant içerler. Cumhurbaşkanlığı sisteminde, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanırlarsa üyelikleri sona erer (Anayasa m. 106/4, İçtüzük, m. 3)⁸⁶. Başkanlık sistemlerinde genel uygulama, milletvekili ile bakanlık görevinin bir arada yürütülememesidir. Türkiye'de parlamenter sistem döneminde, başbakan ve bakanlar milletvekili sıfatını sürdürürken yeni sistemde iki görev bağdaşmaz kabul edilmektedir⁸⁷.

Anayasa'ya göre, yürütme yetkisi yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmakla birlikte, bakanlar, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve diğer görevliler yürütme yetkisinin kullanılmasına katılırlar. Ancak yürütme organı parlamenter sistemlerdeki gibi kolektif bir karar organı değildir. Bu nedenle yeni sistemde, bakanların toplanarak “*bakanlar kurulu kararı*” almaları söz konusu değildir. Cumhurbaşkanı her zaman, yardımcıları ve bakanları ile hatta bazı bürokratlarını da dâhil ederek dilediği genişlikte toplantılar yapabilir. Yapılan bu toplantılarda Cumhurbaşkanını bağlayan müşterek kararlar alınamamakla birlikte, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve yürütmeye bağlı bütün kamu görevlileri Cumhurbaşkanının belirlemiş olduğu politikaları izlemek, programını ve aldığı kararları uygulamakla yükümlüdürler. Cumhurbaşkanlığı sisteminde, parlamenter sistemlerde yer alan “*bakanlar kurulu*”nun yürütme, siyaset ve hukuki açıdan karşılığı Cumhurbaşkanlığı makamıdır. Cumhurbaşkanı kararları⁸⁸ ve işlemlerine herhangi birinin katılımı söz konusu değildir. Cumhurbaşkanı Anayasa, kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çerçevesinde yürütme yetkisine giren kararları tek başına alır, kendi dilediği takdirde bazı yetkilerini yardımcılara, bakanlarına ve diğer kamu görevlilerine devredebilir⁸⁹. Zira I Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Cumhurbaşkanı, yetkilerinden bir kısmını gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak belirterek*

⁸⁵ GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 880.

⁸⁶ ATAR, s. 304.

⁸⁷ EREN, s. 879-880.

⁸⁸ Cumhurbaşkanlığı sisteminin önemli yeniliklerinden birisi de Cumhurbaşkanının yürütme yetkisi çerçevesinde çok geniş bir alanda kararnameler çıkarabilmesidir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığı kararlarının farkları ve yargısal denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., DOĞAN, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi”, s. 273-298.

⁸⁹ ATAR, s. 304.

astlarına devredebilir. Ancak devrettiği yetkiyi, gerek gördüğünde kendisi de doğrudan kullanabilir.” hükmü ile de konu düzenlenmiştir.

Bakanlar Kurulunun yer almadığı bu sistemde, yürütme yetkisi sadece Cumhurbaşkanına aittir. Yürütme yetkisinin kullanılmasında yer alacak olan diğer aktörler (Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve Cumhurbaşkanlığı sisteminin bütün üst düzey yetkilileri) Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar siyasi ve idari yönden Cumhurbaşkanına bağlı ve sorumludurlar. Meclise karşı siyasi bir sorumlulukları mevcut değildir. Bu sebeple bakanların başarısızlık nedeniyle Meclis tarafından görevden alınmalarını sağlayacak gensoru vb. bir mekanizma yeni sistemde düzenlenmemiştir. Cumhurbaşkanlığı sisteminin en zayıf yönlerinden biri de bu eksiklikten kaynaklanmaktadır⁹⁰.

Anayasa'nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bakan olarak atanan milletvekillerinin milletvekilliğinin düşeceği belirtilmektedir. Ancak anılan bu düşme işleminin ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği Anayasa'da veya kanunlarda açığa kavuşturulmamıştır. Bakan olarak atama için Cumhurbaşkanlığı kararının Resmî Gazete'de yayımlanması ile birlikte ilgili kişinin vekilliğinin düşeceği öncelikle akla gelebilir. Bizim de katıldığımız Tunç'un değerlendirmesine göre, bakan atanmak suretiyle bir milletvekilinin vekilliğinin düşmesi için iki ön şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, bakan olarak atanan milletvekilinin bu atamaya karşı itiraz etmemesidir. Zira aksi halde Cumhurbaşkanı, bu imkânını TBMM içerisindeki muhaliflerinin vekilliğini düşürmek için bir silah olarak kullanabilecektir. İkincisi, bakan olarak atanan bir milletvekilinin, milletvekilliğinin düşmesi için TBMM tarafından atanmayı takip eden ilk oturumda karar alınması olabilir. Çünkü halkın oyları ile milletvekili seçilen bir kimsenin, TBMM ile organik bir bağı olmayan bir diğer erkin, özellikle de yürütme organının müdahalesi ile bu statüsünün düşürülebilmesi için TBMM'nin onay vermesi, TBMM'nin yönetsel bağımsızlığı açısından yerinde bir uygulama olacaktır⁹¹. Bu nedenle bakan olarak atanan bir milletvekilinin milletvekilliğinin nasıl ve ne zaman düşeceği yapılacak normatif düzenlemelerle belirlenmelidir.

Cumhurbaşkanı; Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve tüm Cumhurbaşkanlığı üst düzey bürokratları üzerinde etkin bir role sahiptir. Yukarıda değinildiği üzere, Cumhurbaşkanı atama ve görevden alma konusunda da tek yetkili makamdır. Bakan olarak atanan milletvekili, zaman içerisinde Cumhurbaşkanının politikaları ile uyumsuz bir duruma düşerse veyahut Cumhurbaşkanı ile bakan siyasi görüş ayrılığına düşmesi hâlinde Cumhurbaşkanı bakanı görevden alabilecektir. Bu denklemde görevden alınan bakan tekrar milletvekilliği statüsüne dönebilecek midir? Dolayısıyla bu şartlarda bakanlığı sona eren bir milletvekilinin tekrar parlamento üyeliğine dönüp dönemeyeceği hakkında Anayasa'da veya mevzuatta bir düzenleme yapılmamış olması hukuki belirsizliğe neden olabilecektir. Şu açıklamalar bağlamında bir bakanın veya Cumhurbaşkanı yardımcısının görevinden azledilmesi halinde doğrudan/kendiliğinden milletvekilliği statüsünün aktif olacağı anlamına gelmeyecektir. Bu durum ise özellikle Cumhurbaşkanının TBMM de çoğunluk desteğini alabilmek adına kendi partisinin milletvekili

⁹⁰ TUNÇ, “Karşılaştırmalı Anayasa...”, s. 566-567.

⁹¹ TUNÇ, *Türk Anayasa...*, s. 246-247.

olmayan milletvekillerine bakanlık verdiği ancak sonrasında bu bakanları azlettiği ihtimalde siyasi krizlere neden olabilecektir⁹².

SONUÇ

Bir ülkenin; ekonomik, sosyal, siyasal, demografik ve kültürel yapısı o ülkenin yürütme sistemine ve işleyişine de yansımaktadır. Cumhurbaşkanlığı sistemi tek başlı (monist yapılı) bir yürütme esasına dayalı nevi şahsına münhasır dolayısıyla Türkiye'ye özgü bir sistemdir. Başkan yardımcılığı ile Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların; sayısı, seçilme veya atanma şartları, göreve gelişleri, görev ve sorumlulukları, hukuki statüleri ile görevlerinin sona ermesi ülkeden ülkeye birçok açıdan farklılık göstermektedir.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde önemli bir görev de Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlık görevidir. Pek çok ülkede başkan yardımcısı ile başkanın seçilme şartları aynı şeklide düzenlenmiştir. Kanaatimizce Cumhurbaşkanı ile Cumhurbaşkanı yardımcısının, aynı seçilme şartlarına sahip olması Cumhurbaşkanı yardımcılarının anayasal sistem içerisindeki konumu ve meşruiyeti açısından önem arz etmektedir.

ABD'den farklı olarak Cumhurbaşkanı yardımcılarını doğrudan Cumhurbaşkanının ataması ile göreve gelmekte ve Cumhurbaşkanının azli ile görevleri son bulmaktadır. Bakanların atanmaları veya azilleri de ABD'den farklı şekilde gerçekleşmektedir. Zira ABD'de bakan atamaları için Senato onayı gerekmektedir. Oysaki Türkiye'de bakan atamaları ve azilleri için Meclis onayı gerekmemektedir. Bakanlar doğrudan Cumhurbaşkanının ataması ile göreve gelmekte ve Cumhurbaşkanının azletmesi ile görevden ayrılmaktadırlar. Yeni sistemde gerek Cumhurbaşkanı yardımcılarını gerekse bakanların hem göreve geliş hem de görevden azledilmeleri sadece Cumhurbaşkanının tasarrufundadır. Bu durum ise öğretilerde eleştirilmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanı yardımcısı yeni sistemin Cumhurbaşkanından sonraki kilit aktörüdür. Çünkü Cumhurbaşkanlığı makamında herhangi bir boşalma olması durumunda herhangi bir işleme gerek olmaksızın Cumhurbaşkanlığı görevini yürütecektir. Şu hâlde Cumhurbaşkanı yardımcısının da tıpkı Cumhurbaşkanı gibi demokratik meşruiyetinin sağlanması yeni sistemin meşruluğunu artıracak ve yeni sistemi daha demokratik bir seviyeye eriştirecektir.

Yeni sistemde, genel seçimlerden sonra Cumhurbaşkanı Kabinesi'nin oluşturulması esnasında parti içi dengeler, bölge dinamikleri ve partideki ağırlığı olan kişilere yer verme ihtiyacı gibi hassas durumlar nedeniyle kabineyi oluşturmak durumunda olan milletvekili ve başbakanlar yerine, yürütmenin monist yapısı gereği daha bağımsız hareket edebilme kapasitesine sahip Cumhurbaşkanının etkinliği daha fazla olacaktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, bakanlık görevini daha başarılı şekilde yapabilecek kişilere görev verme ihtimalinin artacağı düşünülebilir.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanlar; atanma, görevden azledilme, sorumluluk meseleleri, yasama dokunulmazlığına sahip olmaları ve MGK toplantılarına katılmaları açısından Anayasa'da aynı veya benzer hükümlerle düzenlenmiştir. Buna karşın Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanlar arasında, hiyerarşi, siyasi veya idari bir ilişki söz konusu değildir. Elbette

⁹² TUNÇ, *Türk Anayasa...*, s. 246-247.

ki Cumhurbaşkanı yardımcılarını, Cumhurbaşkanına vekâlet ettikleri vakit, bakanlar üzerinde hiyerarşileri söz konusu olacaktır.

Cumhurbaşkanlığı sistemi yaklaşık 32 aydan beri uygulanmaktadır (09.07.2018'den makalenin son kontrol tarihi 23.02.2021). Buna karşın yeni sistem henüz tam anlamıyla oturmuş ve sonuçları ortaya çıkmış durumda değildir. Zira şu an için tek bir Cumhurbaşkanı yardımcısı varken ileriki bir tarihte birden fazla olabilir. Bu nedenle de görev alanları ve yetkileri değişebilir. Dahası ABD'de Başkan yardımcılığı makamı başlangıçta sembolik bir durumda olduğu hâlde, tarihsel süreç içerisinde Başkan ve Başkan yardımcılarının da karizmalarına ve ülkedeki siyasi dengelere bağlı olarak zamanla daha etkin bir pozisyona dönüştüğü görülmektedir. Dolayısıyla benzer durum Cumhurbaşkanı yardımcılarını açısından da söz konusu olabilir. Elbette ki bunda Cumhurbaşkanı yardımcılarının; kişisel özellikleri, Türkiye'nin siyasi konjonktürü, seçim sistemleri ve seçim barajı gibi birçok etken söz konusu olacaktır.

Yeni sistemde Cumhurbaşkanı tarafından bakan olarak atanan bir milletvekilinin, milletvekilliğinin nasıl ve ne zaman düşeceği düzenlenmemiştir. Keza Cumhurbaşkanı tarafından TBMM üyeleri arasından bakan olarak görevlendirilen bir milletvekili, daha sonra bakanlıktan alınması/azledilmesi durumunda tekrar milletvekilliğine dönebilecek midir? Anayasa'da, bakan olarak atanan kişinin vekilliğinin sona ereceği düzenlenmektedir. Oysaki bu şartlarda bakanlığı sona eren bir milletvekili tekrar parlamento üyeliğine dönüp dönemeyeceği hakkında anayasal veya yasal bir düzenleme yapılmamıştır. İleride yapılacak düzenlemelerle bu konular belirlenmelidir.

Tüm bunlara karşın özet olarak, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunun teklif edilmesinden günümüze kadar geçen sürede yeni hükümet sisteminin tartışmalı konularından olan Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların yeni statüsü, fikrimizce demokratiklik ve fonksiyonel açıdan makul bir standarda sahiptir. Kuşkusuz Cumhurbaşkanlığı sisteminin dolayısıyla Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların başarılı olup olmayacağı zaman içerisinde icraatlarıyla ile anlaşılabilir ve değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, bu yeni sistem kapsamında çalışmada da belirtilen hususlar ilerleyen yıllarda sorun olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenle sistemin, eksik ya da yanlış yönleri tekrar değerlendirilerek anayasa değişikliği ile düzeltilmelidir. Bu sayede yeni sistemin daha uzun süre işlevsel ve başarılı olması sağlanabilir.

KAYNAKÇA

Anayurt Ömer / Ekinci Ahmet. "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı Ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, Ss. 441-510.

Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram Ve Kurumlar)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019.

Baumgartner, Jody C. / Case, Rhonda Evans. "Constitutional Design of the Executive: Vice Presidencies in Comparative Perspective", *Congress & The Presidency*, 36:2, 2009, Pp. 148-163.

- Caniklioğlu, Meltem Dikmen. *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Carey John / Shugart Matthew Soberg. "Calling Outthe Tank Sor Filling Outthe Forms?" In Executive Decree Authority (Ed. John Carey, Matthew Soberg Shugart), Cambridge University Press, 1998.
- Doğan, Bayram / Doğan, İdris. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 11 (2), 2020, Ss. 468-483.
- Doğan, Bayram. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 9, S. 2, Ss. 273-298.
- Doğan, Bayram. "Asli Ve Tali Kurucu İktidar Bağlamında Türkiye'deki Anayasaların Yapımı", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2013.
- Esen, Selin. "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, Ss. 45-73.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türkiye'de Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Friedman, Richard D., "Some Modest Proposals on the Vice-Presidency", *Michigan Law Review*, Vol. 86, No. 7 (Jun., 1988), Pp. 1703-1734.
- Gören, Zafer. "2017 Değişikliği Ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 36, Güz 2019/2, ss. 1-28.
- Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- Gül, Cengiz. *İktidarın Sınırlandırılması Ve Hukuk Devleti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Gülener Serdar / Biricikoğlu Hale. "Türkiye'de Bürokrasinin Hesap Verebilirlik Açığı Ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Hesap Verebilirliği", *Ombudsman Akademik*, Y. 3, S. 5, 2017, Ss. 69- 89.
- İzci, Ferit / Saritürk, Mehmet. "Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilen Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İdari Yapı Ve İşleyiş Etkisi", *Proceedings Book 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Socia Sciences (Ibad 2017)*, April 20 – 23, 2017, İstanbul, Turkey.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, 14. Bası, İstanbul, 2019.
- Keser, Hayri / Akça, Kürşat. "Olağan Dönem Asli Kurucu İktidar Kavramı Ve Tbbm'nin Yeni Anayasa Yapı Yapamayacağı Sorunu", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 8, S. 2, Ss. 13-37.
- Keser, Hayri. "Türkiye Ve Başkanlık Sistemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 2, S. 1, 2011, Ss. 23-57.
- Keskinsoy, Ömer / Kaya, Batur Semih. "Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 137, 2018, Ss. 67-96.
- Kutlu, Önder / Kahraman, Selçuk. "Türk Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kamu Yönetimi Açısından Değerlendirilmesi", *Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları*, (İç.), Ed. Ferhat Uslu, Politik, Ekonomik Ve Sosyal Araştırmalar Merkezi (Pesa), 2017, Ss. 1-26.
- Küçük, Adnan / Doğan, Bayram. "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi Ve Mahfuz Düzenleme Alanı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, Ss. 1-59.

- Küçük, Adnan. *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara, 2020.
- Küçük, Adnan. *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, Adres Yayınları, Ankara, 2019.
- Küçük, Adnan. “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 22, Sayı: 85, Kış 2017, Ss. 157-189.
- Mutlu, Azer Ebru. “Hukuki Statüsü Ve İdari Teşkilattaki Yeriyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1), 2019, Ss. 119-132.
- Myers, James D., “Bringing the Vice President Into the Fold: Executive Immunity and the Vice Presidency”, *Boston College Law Review*, Vol.50, Issue.3 No.3, 2009.
- Nacak, Osman. “Parlamentar Ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemlerinden Hareketle Bakan Ve Bakanlıkların Karşılaştırmalı Analizi”, *Yönetim Ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C.18, S. 1, Mart 2020, Ss. 138-157.
- Relyea, Harold C.: “The Law: The Executive Office of the Vice President: Constitutional and Legal Considerations”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 40, No. 2, The 2008 Presidential Election, Part I, Junepp. 2010, Pp. 327-341.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul. 2019.
- Taşdöğen, Salih. “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, Ss. 1293-1324.
- Tunç, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Tunç, Hasan. “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye”, *Erühfd*, C. Xiv, S. 2, 2019, Ss. 555-602.
- Turan, A. Menaf. “Türkiye’nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, *Social Sciences Research Journal*, C 7, S. 3, 2018, Ss. 42-91.
- Tülen, Hikmet. “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde 9 Ekim 2018’de Yapılan Değişiklikler Ya Da Malumun İlamı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, Ss. 915-942.
- Öztürk, Namık Kemal. *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Yıldız, Abdulkadir. “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı İle Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, *Erühfd*, C.Xiii, S.1, 2018, Ss. 509-534.

The EU's Proceedings Against Gazprom And Their Repercussions On EU Competition Law

Hüseyin Çağrı ÇORLU 

Assistant Professor, Necmettin Erbakan University, Law School,
hccorlu@erbakan.edu.tr

Article Info

Article History

Received: 09.11.2020

Accepted: 02.03.2021

Published: 06.05.2021

Keywords:

Competition Law,
Antitrust Law,
Gazprom, EU Law,
Russian Federation
Abuse of Dominance

ABSTRACT

The European Union (EU) is concerned with the Russian Federation's (RF) policy of using natural gas resources as an instrument of expanding its influence over the EU Member States through the state-owned giant Gazprom, a super dominant energy company, operating in the EU with assets in upstream, midstream and downstream energy markets. On 4 September, 2012, the European Commission announced that it has initiated proceedings against Gazprom on the grounds that the Russian giant abused its dominant position in several EU energy markets through practices such as oil price indexation, take-or-pay clauses, refusing third party access rights, etc. In response, the RF enacted blocking legislations to prevent Gazprom and its subsidiaries in the EU from complying with the enforcement decisions that would be taken by the Commission. The Commission's proceedings constituted an extraterritorial application of EU Competition Law to certain practices perpetrated by Gazprom in its domicile, St. Petersburg, Russia. Blocking legislations indicated that the RF sought to provide to Gazprom, a legal basis, the principle of non-interference, the company would rely on in dismissing the enforcement decisions taken by the Commission. On 24 May, 2018, the Commission imposed binding obligations on Gazprom to ensure, inter alia, that natural gas provided by the Russian giant was priced at competitive levels through employing indices established in the EU. Even though the Commission's decision was not challenged by Gazprom before the EU courts, the arguments raised by the parties prior to the decision had serious legal implications as to the extraterritorial application of EU competition law to market practices that were part of a political agenda.

AB'nin Gazprom'a Karşı Soruşturmaları Ve Bunların AB Rekabet Hukuku Açısından Yansımaları

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi

Geliş: 09.11.2020

Kabul: 02.03.2021

Yayın: 06.05.2021

Anahtar Kelimeler:

Rekabet Hukuku,
Gazprom, Avrupa
Birliği Hukuku, Rusya,
Hakim Durumun
Kötüye Kullanımı

ÖZ

Avrupa Birliği (AB), Rusya Federasyonu'nun (RF) sahibi olduğu ve üye devletler nezdindeki pek çok enerji piyasasında aktif olan enerji devi Gazprom şirketini siyasi dış politikasının bir parçası olarak kullanmasından dolayı rahatsızlık duymaktadır. AB Komisyonu 4 Eylül 2012'de Gazprom'a karşı, şirketin pek çok enerji piyasasındaki hakim durumunu, petrol fiyatı endekslemesi, al-yada-öde kaydı ve altyapılara üçüncü kişilerin ulaşım hakkının engellenmesi gibi eylemler yoluyla kötüye kullandığı gerekçesiyle inceleme başlatmıştır. RF buna karşı olarak kısıtlayıcı düzenlemeler yoluyla, Gazprom'un ve bağlı şirketlerinin, Komisyon kararı doğrultusunda hareket etmelerini engellemeye çalışmaktadır. Komisyonun başlattığı inceleme AB rekabet hukuku kurallarının, merkezi AB sınırları dışında olan (St. Petersburg) Gazprom şirketinin yine AB sınırları dışındaki eylemlerine karşı uygulanmasını öngörmekte olup, bu çerçevede AB hukukunun sınır-aşırı uygulanmasını gerektirmektedir. Rusya'nın kısıtlayıcı düzenlemeleri ise karışmazlık ilkesinin savunma aşamasında Gazprom tarafından ileri sürülmesinin planlandığını göstermektedir. Komisyon, 24 Mayıs, 2018'de Gazprom'a yönelik bazı yükümlülükler getirdiğini açıklamasına rağmen, Gazprom tarafından bu karar aleyhine AB Adalet Divanı'nda herhangi bir iptal davası açılmamıştır. Fakat, tarafların karar öncesine kadar yaptıkları tartışmalar, AB rekabet hukukunun devlet politikası niteliğindeki şirket eylemlerine karşı sınır-aşırı uygulanması hakkında ortaya çıkan önemli hukuki çıkarımlar açısından çok önemlidir.

Atf/Citation: Çorlu, HÇ. (2021). The EU's Proceedings Against Gazprom And Their Repercussions on EU Competition Law, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 28-46.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

INTRODUCTION

The fact that Russia uses its energy resources as political leverage to expand its influence over the Eastern European countries has not been welcomed by the European Union. There has also been growing tension in diplomatic relations as a result of a series of conflicts between Russia and Ukraine with respect to natural gas disputes that first started in the middle of 2000s, having repeated continuously with a 2-3 years of period without developing a long-lasting solution to the issue. In 2009, cut offs in natural gas supplies going through Ukrainian territory led to humanitarian concerns leaving certain regions in the Eastern Europe without energy in the middle of winter. Driven also by its Single European Energy Market agenda, the EU is extremely concerned with the Russian policy of exploiting natural gas resources as a political arm stretching over the cross-border energy trade across its Member States.

Gazprom, Russia's state-owned giant, with assets in upstream, midstream and downstream energy markets has been a prominent actor in energy supply across the EU. The EU Commission considers Gazprom's economic power in the EU's energy sector as a threat to the EU's single energy market objective involving the introduction of competition into the energy markets and ensuring third party access rights to the existing energy infrastructures including grids, pipelines and storage facilities¹ The EU on the other hand has always concerned with undertakings having (super) dominance over multiple relevant markets and able to act independently to an appreciable extent from the customers in the relevant markets². Recently, Gazprom purchased shares of Germany's Wingas, the interconnector between the UK and Belgium allowing the company to establish its own network capacity in the European market. In downstream markets, Gazprom entered into some agreements elevating its storage capacity in the EU from 1.4 to 4.1 billion cubic meter (bcm) natural gas between 2006 and 2013³. Gazprom is also the major exporter of the natural gas to the EU as 113 bcm of natural gas exported to the EU by Gazprom representing 34% of the total EU's total gas exports. According to the European "Commission Staff Working Document"⁴, published in 2009, dependence on Russian gas reaches 100% in Estonia, Finland, Latvia and Lithuania. These countries are followed by Slovakia with 98%, Bulgaria with 92%, Czech

¹ In order to ensure that the Third Party Access rights are not distorted, the EU adopted several directives and regulations. The latest set of regulations and directives are called the "Third Energy Package". See further Third Energy Package involves Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas, Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity, Regulation (EC) 2009/715 on conditions for access to natural gas transmission networks, Regulation (EC) 2009/714 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity.

² In its guidance paper on application of Article 102 of Treaty on Functioning of European Union (TFEU), the European Commission identifies the dominant position of the undertakings as having power over in setting the prices, noting that "(...) *an undertaking which is capable of profitably increasing prices above competition level for a significant period of time does not face sufficiently effective competitive constraints and can thus generally be regarded as dominant.*" Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] O.J. C45/7 para. 10.

³ Gazprom, Annual Report 2013, p. 12. <http://www.gazprom.com/f/posts/60/660385/gazprom-annual-report-2013-en.pdf>. (last accessed on 02.09.2020).

⁴ "Commission staff working document—Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning measures to safeguard security of gas supply and repealing Directive 2004/67/EC. Assessment report of directive 2004/67/EC on security of gas supply {COM(2009) 363}" (PDF). European Commission. 16 July 2009. pp. 33; 56; 63–76.

Republic 78%, Greece with 76% and Hungary with 60%. Nearly half of the Member States are dependent on Russian gas over 50% of their total consumption.

The Commission, applying its single European energy market agenda through “Commitment Decisions”⁵ against several undertakings incorporated in the EU, on September 4, 2012, announced that it has initiated proceedings against Gazprom on the grounds that Gazprom abused its dominance in the European Energy Market in violation of Article 102 by committing certain activities such as applying excessive pricing, dividing the internal market and distorting the EU’s diversification of supply purposes.⁶ As a Russian legal entity incorporated in Moscow, the legal actions and proceedings initiated against Gazprom give rise to concerns with respect to the concept of ‘extraterritoriality’ which has been always subject to political and legal discussions in public international law. The EU has had experience of applying its antitrust law to foreign conducts on the grounds of several doctrines, which brought about several legal and political discussions between the EU and its trading partners. Providing a detailed analysis of case law, this paper discusses to what extent the EU antitrust law can be applied to the Gazprom and how the case affects the relations between the EU and Russia.

This paper first provides a brief introduction to the EU’s practice of applying its Competition Law to conducts in foreign jurisdictions. In the second section, the paper provides the antitrust proceedings initiated against Gazprom and legal discussions between Gazprom and the Commission. This section explores Gazprom’s conduct that the Commission regards as anti-competition and its importance with respect to extraterritoriality analysis. The third section provides an extensive legal analysis as to the implications of extraterritoriality in the Gazprom case. In the last section, the paper finally concludes.

I. EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF EU COMPETITION LAW

The extraterritorial application of EU Competition Law has been a subject of a strife between the EU Commission (the Commission hereinafter), the primary EU institution tasked with powers to ensure the adherence of EU law across the jurisdictions of member states and the judicial authorities of the EU, the General Court (GC) and the Court of Justice of European Union (CJEU). While the Commission has adopted a more aggressive approach to the application of EU competition law, the GC and the CJEU preferred a more conservative stance on the basis of certain principles stemming from Public International Law⁷.

The concept of ‘the extraterritorial application of national laws’ is apparently at odds with the concept of ‘sovereignty’, the primary principle, which defines and determines the very nature of public international law. Accordingly, states are free to act unless their actions are prohibited by customary international law or international treaties, of which they are parties⁸. *Argumentum*

⁵ The Commission has carried out its energy liberalisation agenda via Commitment Decisions on the basis of Article 9 of Regulation (EC) No 1/2003 (Regulation 1/2003) as well as Article 8 of Regulation (EC) No 139/2004 (Merger Regulation). See, for example; EDP/ENI/GDP (Case COMP/M.3440) Commission Decision 2005/801/EC, [2005] OJ L302/69; *E.ON/MOL* (Case COMP/M.3696) Commission Decision 2006/622/EC OJ L253/20; *RWE/Essent* (Case COMP/M.5467) Commission Decision 23/06/2009 OJ C222/1.

⁶ European Commission Press Release, ‘Antitrust: Commission opens proceedings against Gazprom’, (4 September 2012) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm. (last accessed on 02.09.2020).

⁷ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, (7th ed. 2019), p 1197

⁸ *S.S. Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), para. 60

in contrario of this principle dictates that states cannot apply their jurisdictions to practices as long as they are considered to be within the sovereignty of other states⁹. Any attempt contrary to this principle would be deemed in breach of sovereignty rights of other states and thus in violation of their obligations under public international law.

Nevertheless, the line that demarcates the scope of the principle of sovereignty is not always easy to draw. Early case law of Permanent Court of International Justice (PCIJ), the predecessor of the International Court of Justice (ICJ), reveals that certain instances may result in concurrent applications of multiple jurisdictions each of which may establish their authority under the principle of sovereignty. In fact, this phenomenon has been the main reason that underlies the advent of legal principles that deal with conflicts of laws and private international law. Despite significant developments on the harmonization of national approaches to international conduct¹⁰, jurisdictional disputes between states are still far from being scarce.

Extraterritorial application of national competition rules constitutes a major component of disputes between states and is becoming a more contentious topic due to the expansion of international trade and the increase of globalization. Historically, the application of competition rules were understood within the confines of territoriality principle, stipulating that national jurisdictions could be exerted to practices that occurred only within the territory of relevant states. Practices perpetrated within territories of other states had been left outside the scope of national jurisdictions. Nevertheless, the economic developments in the 20th century, especially after the adoption of the General Agreement on Trade and Tariffs¹¹ and subsequent reduction of national tariffs¹², changed states' perspective of regulating corporate activity. Activities of multinational undertakings in one jurisdiction may have substantial consequences occurring in other jurisdictions. This is particularly evident in mergers and acquisitions that may result in global monopolization in certain sectors¹³. These developments led national authorities to the adoption of a more aggressive approach to dealing with adverse economic effects experienced in national sectors.

In the EU, this recalibration of legal perspective with respect to the extraterritorial application of competition rules has been reflected at administrative level, while judicial bodies were generally reluctant to discard conservative territoriality principle. Even though, the Commission consistently sought to extend its authority under EU Competition Law through citing so called "the effects doctrine" meaning that it has powers to apply EU Competition Law to any international conduct once its anti-competitive effects on EU markets are established, the GC and the CJEU refrained from approving such an overarching authority. Instead, the judicial bodies

⁹ Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgium v. Spain) ICJ. 1970, p. 105

¹⁰ Harmonization of private international law has been a hot topic since 1893 Hague Conference on Private International Law. Several international organizations such as the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and the United Nations Convention on International Trade law have been instrumental in the harmonization of private international law at global level.

¹¹ General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194

¹² While in mid-1980s the average applied tariff rate across the world accounted for 25 per cent, it was near 10 per cent in 2007. See: Andrew T. Guzman & Joost H.B. Pauwelyn, *International Trade Law* (Aspen Pub., 2009) p.3.

¹³ See for example General Electric & Honeywell merger which caused a clash between US and EU authorities. Donna E. Patterson and Carl Shapiro, 'Transatlantic Divergence in *GE/Honeywell*: Causes and Lessons', *Antitrust*, 16, (2001), pp. 18-26.

utilized several other doctrines that address the extent of extraterritoriality with respect to the implementation of EU Competition Law rules.

Prior to *Intel*, the CJEU evaluated the extraterritorial dimension of EU Competition Law under “Single Economic Unit” and “Implementation” doctrines which allowed the court to address foreign conduct without overriding its adherence to the territoriality principle. Nevertheless, in *Intel*, it finally acknowledged the Commission’s stance on extraterritoriality, through promulgating that the Commission may exert its authority under EU competition law to foreign conduct on the basis of effects doctrine. The CJEU would not consider this authority as absolute, as it evaluates any international conduct in relation with “the principle of non-interference”, that is, EU law cannot be applied to a conduct perpetrated as a result of a legal obligation arising from a foreign jurisdiction¹⁴. The EU institutions are obliged to refrain from exerting their authority over foreign practices if such practices stem from a legal obligation set forth by an other sovereign. Whether or not such practices have adverse effects on EU markets is irrelevant.

In *Gazprom*, the alleged conduct that the Commission sought to punish was loyalty rebates which were deemed anticompetitive once perpetrators of the conduct was established to hold market power and use that power as an abuse of dominance in violation of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). As to be seen below, the majority of allegations raised in relation to Gazprom’s practices in EU energy markets were related to the prohibition on abuse of dominance stipulated under Article 102. In order to establish its *prima facie* case, the Commission would seek to convince the GC and the CJEU that it has authority to impose sanctions on Gazprom on the basis of its activities in Russia. Despite acknowledging effects doctrine, the GC and the CJEU would engage in an extensive legal analysis including not only effects doctrine but also Single Economic Unit and Implementation doctrines as the principle of non-interference constitutes a major defense Gazprom would rely on in challenging the Commission’s extraterritorial jurisdiction on the basis of effects doctrine.

II. ANTITRUST PROCEEDINGS AGAINST GAZPROM

On September 4, 2012, the Commission announced that it has opened antitrust proceedings against Gazprom on the grounds that the latter abused its dominant position in upstream energy markets of Baltic and Eastern European countries.¹⁵ The announcement was of great importance in the context of EU’s single energy market policy since it considered the operations of the Gazprom that have been inherent in the very structure of the European energy market itself, as anti-competitive. The conduct addressed as detrimental to competition in the European energy market was common in almost all energy contracts between energy companies operating across the EU. Furthermore, the fact that the proceedings were initiated against Gazprom, a foreign undertaking incorporated in Russia and one of the most important market players in the EU,

¹⁴ Case T-102/96, *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753, paras. 102-108

¹⁵ See; *supra* 7.

rendered the Commission's proceedings more critical in the EU's energy sector liberalization policy. Thus the Commission's allegations against Gazprom were addressed on three grounds¹⁶.

A. Destination Clause: The Commission first asserted that Gazprom was dividing European gas markets by preventing the free flow of natural gas across Member States through resale restrictions in upstream natural gas supply contracts. Territorial restriction clauses that prevent buyers of natural gas from reselling it further in other markets has long constituted a major component of Gazprom's gas supply contracts with its counterparts¹⁷. Such clauses have allowed the company to reduce potential competition from suppliers inside the EU in EU downstream natural gas markets, as well as to discriminate its customers through determining gas prices separately across the different gas markets across the EU. Destination clauses have been subject to Commission's several commitment decisions with a number of energy supply undertakings such as *ENI*¹⁸ and *OMV*¹⁹. The final settlement in these cases included the exclusion of these clauses from energy supply contracts and allowing the reselling of natural gas across the European energy market without territorial restrictions. Having found that the contractual relationships that Gazprom entered into with its European counterparts included destination clauses, the Commission sought their removal from the agreements and contractual practice.

B. Oil Price Indexation: According to the Commission Gazprom imposed unfair pricing practices against its customers in the EU by linking gas prices to oil prices in its relevant gas supply contracts²⁰. These practices allowed the company to discriminate among its EU customers and resulted in price differentials for natural gas across the EU. While the price for a thousand cubic meters (tcm) of Russian natural gas in Germany was \$376 in 2013, this was \$500 in Lithuania and \$526 in Poland²¹ and it was between \$75 and \$97 for per tcm in the Russian domestic market²².

The practice of oil price indexation has been inherent in Gazprom's long-term natural gas supply agreements with its European counterparts, originating from the principle that oil and natural gas have been alike since they were geographically inter-related and were able to substitute each other in the demand side to a certain extent²³. The new European initiative considered that this was no longer true for EU natural gas markets as the liquidity of natural gas in the Europe was growing as a result of new supplies introduced from unconventional natural gas resources. Thus natural gas prices should be determined on the basis of demand and supply forces rather than

¹⁶ See; "Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Gazprom for alleged abuse of dominance on Central and Eastern European gas supply markets", http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm (last accessed on 27/09/2020).

¹⁷ Alan Riley, "Commission v. Gazprom: The Antitrust Clash of the Decade", in *CEPS Policy Briefs*, No. 285 (31 October 2012), p. 8.

¹⁸ *ENI* (Case COMP/39.315) Commission Decision 29/12/2010.

¹⁹ *OMV* (Case COMP/37.811) [2003] Commission Press Release IP/03/1345.

²⁰ See; *supra* 17.

²¹ See; Politico, 'No easy answer in Commission-Gazprom fight' (22 April 2015) <http://www.politico.eu/article/no-easy-answer-in-commission-gazprom-fight/> (last accessed on 27/09/2020).

²² See; Euractiv, 'Russia's Natural Gas Dilemma' (11 April 2012), <http://www.euractiv.com/energy/russias-natural-gas-dilemma-analysis-512092> (last accessed on 27/09/2020).

²³ Alan Riley, p. 9.

through indexation to oil prices²⁴. As recent developments in oil and gas markets in the global energy market resulted in separate treatment of these two products, oil price indexation practices in natural gas supply contracts were no longer deemed to be market-based and thus considered as anti-competitive by the Commission²⁵.

C. Energy Supply Diversification: The last allegation that the Commission raised against to Gazprom's practices in the EU's energy market involved that the company engaged into certain market practices that sought to eliminate the EU's policy of "Diversification of Energy Supplies"²⁶. Accordingly the Commission asserted that Gazprom has eliminated the EU's diversification policy through:

take-or-pay clauses, which obliged the buyers of energy to pay a certain price, even if the amount of energy that corresponded to the paid price was not used;

refusal to the third party access rights to the existing infrastructures and;

inter-corporal practices between Gazprom and its European contractual partners such as reducing the liquidity, excluding the potential competitors from the energy market²⁷.

Gazprom was accused of abusing its dominance by requiring its customers to support specific infrastructure projects. Accordingly, in order to receive gas supplies from Gazprom, buyers in Bulgaria and Poland have been required to provide investments in Gazprom's South Stream project and Yamal-Europe pipeline²⁸. The Commission's proceedings, in this part, directly focus on Gazprom's vertical integration and its business practice in the EU without limitations of its contractual relations. Therefore, the result of the investigations not only extensively affects the corporal structure of Gazprom, but also has implications in the Russian energy policy in general which makes the proceedings even more critical.

The Commission can fine Gazprom a 10 per cent of its annual turnover,²⁹ which corresponds to an amount more than € 10 billion³⁰. This is 10 times higher than the biggest fine ever levied by the Commission on an undertaking³¹ and constitutes a huge financial burden on Russia that also suffers great financial losses due to recent drastic falls in oil prices caused by decrease in China's economic growth and hence its oil demand as well as introduction of new supplies through newly developed unconventional exploration and extraction techniques such as horizontal fracking in the US and new LNG facilities in Australia and Papua New Guinea. Russia's

²⁴ Recent developments on horizontal fracking and new technologies introduced as to the liquification of natural gas rendered the EU's diversification agenda more plausible and feasible. For further detail, see; *BP Energy Outlook 2030*, London, (January 2012).

²⁵ See; *supra* 17.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Jonathan Stern & Katya Yafimava, *The EU Competition Investigation of Gazprom's Sales in Central and Eastern Europe: A Detailed Analysis of the Commitments and the Way Forward*, (OIES 2017), p. 3.

²⁹ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02) para. 32.

³⁰ In 2013, the revenues that Gazprom acquired through its energy trade business exceeded €120 billion. See: "Gazprom Annual Report 2013", pg. 48.

³¹ European Commission press release, 'Commission imposes fine of €1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices' (13 May 2009) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-745_en.htm, (last accessed on 27/09/2020).

initiative to diversify its customers through entering into deals with China and Turkey cannot constitute a prompt remedy for losses it suffers due its weakening position in the European market³². Norway is currently replacing the Russia's position as the main supplier of natural gas to the European energy market with its 46 per cent of market share while Gazprom's supplies dwindled down to 29 per cent³³. Therefore the threat that the Commission's antitrust proceedings expose on Gazprom's activities in the European energy market is a serious concern on the Russian side.

Questioning the timing of the Commission's investigation, as it came at a time in which the company was requested for the recalibration of its supply contracts and lower prices in line with the spot prices in the alternative energy supplies, Sergei Kupriyanov, the spokesman for Gazprom said that the Commission's move against the company is a political attempt to pressure Gazprom and influence the negotiations that the company is currently having with its contractual partners.³⁴ A further response against the Commission came from the Russian Presidency. A week after the Commission's announcement of the proceedings, Vladimir Putin issued an executive order³⁵ to block the foreign investigations and enforcement of foreign judgments³⁶. Accordingly, open joint stock companies on the list of strategic enterprises and their subsidiaries are required to obtain a prior consent from the relevant Russian government authority assigned to them before releasing any information to foreign authorities or agencies or complying with any enforcement decisions taken by foreign regulatory bodies or courts.

The questions of whether the executive order is capable to obstruct Commission's initiative to further the proceedings and investigations and to what extent Commission's dawn raids against Gazprom's European offices were successful to obtain necessary information are discussed by several commentators. They suggested that these blocking statutes may have come too little and too late. These are the questions that this paper does not seek to answer. It must be borne in mind that the importance of the blocking order does not lie on its effects on the Commission's ability to pursue its proceedings. Once the case is brought before to the GC, and at the end the CJEU, the blocking order will have serious implications with respect to the enforcement of the remedies issued by the European Courts. Nevertheless, the blocking order is not limited to a specific sector;

³² Construction of new supply routes that Russia developed with China and Turkey to reduce its dependence on European downstream gas markets will also cost billions of dollars to Russian economy. Therefore these projects can be toxic for Gazprom. See; 'How Russian energy giant Gazprom lost \$300bn' (7 August 2015) <http://www.theguardian.com/world/2015/aug/07/gazprom-oil-company-share-price-collapse>, (last accessed on 27/09/2020).

³³ European Commission, 'Quarterly Report on European Gas Markets', 8/1, [2015], pg. 3, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/quarterly_report_on_european_gas_markets_q1_2015.pdf, (last accessed on 27/09/2020).

³⁴ Catherine Belton, Alex Barker and Joshua Chaffin, "Kremlin Shield from EU Probe", The Financial Times, (11 September 2012). <https://www.ft.com/content/fcdbe0e4-fc31-11e1-ac0f-00144feabdc0>, (last accessed on 27/09/2020).

³⁵Executive order of the President of the Russian Federation No 1285 of 11 September 2012 on Measures to Protect Russian Federation Interests in Russian Legal Entities' Foreign Economic Activities, see <http://eng.news.kremlin.ru/news/4401>. (last accessed on 27/09/2020).

³⁶Blocking legislations has been used continuously by States as a defence against the United States' practice of extraterritorial application of antitrust laws. For further information see Marek Martyniszyn, 'Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order', *Journal of World Competition*, 37/1, (2014), pp. 103-120.

its timing and context clearly indicate that the main purpose of the order is to hinder the Commission's further investigations and proceedings against Gazprom and its subsidiaries operating across the EU.

Enacting the blocking legislation, Russia also asserts that the Commission lack of jurisdiction in prosecuting Gazprom having the status of strategic state-controlled entity and hence is subject to the EU State Aid rules that cannot be applied to a company incorporated in a non-member state³⁷. Nevertheless the Commission points out that Gazprom is an undertaking active in the EU and thus has to follow the EU antitrust rules³⁸. This is where the concept of extraterritoriality in EU law plays an important role for the establishment of jurisdiction.

III. ANALYSIS OF EXTRATERRITORIALITY IN GAZPROM CASE

It is reasonable to anticipate that the first objection that Gazprom would raise against the Commission' proceeding would be that the Commission lacks the jurisdiction to investigate Gazprom, since the company is incorporated outside the EU. Gazprom will try to convince the Court that it cannot be held liable for the actions of its subsidiaries in the EU, because they are separate legal entities and there is no enough structural evidence indicating that the subsidiaries have acted in accordance with the instructions given to them by their parent company. Claiming that it has not acted in violation of Articles 102 and its conducts outside the EU has no immediate, substantial and reasonably foreseeable effects on the trade in internal market. Gazprom would assert that the Commission is in breach of public international law, violating the jurisdiction of another sovereign state, the RF.

Jurisdictions are divided into two categories; Prescriptive Jurisdiction and Enforcement Jurisdiction.³⁹ While the former refers to the jurisdiction of courts, the latter focuses on the enforcement of the judicial or governmental decisions reviving the sovereignty issues between conflicting parties. Even though, prescriptive jurisdiction has been historically exercised on the grounds of territoriality and nationality principles, effects doctrine has also been regarded as a legitimate reason for courts to exercise their judicial authority. The Commission has been the main proponent of the effects doctrine in the analysis of extraterritorial application of EU antitrust laws since *Dyestuffs* case and the concept was also acknowledged by the GC in *Gencor*⁴⁰ as a principle of jurisdictions, consonant to the public international law. It must be borne in mind that the Commission accuses Gazprom on the ground that the company abuses its dominant position in

³⁷See; Gazprom, 'Statement of OAO "Gazprom" with respect to the adoption of "statement of objections" by the European Commission under the antitrust investigation' (22 April 2015), <http://www.gazprom.com/press/news/2015/april/article224444/>, (last accessed on 27/09/2020).

³⁸See; European Commission press release, 'Statement by Commissioner Vestager on sending a Statement of Objections to Gazprom', (22 April 2015), http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-4834_en.htm, (last accessed on 27/09/2020).

³⁹ Cedric Ryngaert, '*Jurisdiction in International Law*', (Oxford University Press, 2008). For further detail on jurisdiction under public international law versus adherence to competition policies, see; Chie Sato, 'Extraterritorial Application of EU Competition Law –Is It Possible for Japanese Companies to Steer Clear of EU Competition Law?', *Journal of Political Science and Sociology*, No. 11, (2010), 23-47.

⁴⁰ "Application of the (Merger) Regulation is justified under public international law when it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the Community." T-102/ 96 *Gencor Ltd v. Commission* [1999] ECR II-753, para 90.

upstream markets in certain regions of EU⁴¹. The culprit according to the Commission was not the Gazprom's subsidiaries, branches, or agencies in the EU but Gazprom itself, which, as claimed by the Commission, abuses its dominance by distorting flow of energy through territorial jurisdictions, unfair pricing and hindering the diversification of supply⁴². The Commission, main proponent of effects doctrine in the EU antitrust law, would assert that Gazprom's practices have immediate, substantial and reasonably foreseeable impact on internal market and therefore, it has legislative jurisdiction over Gazprom's practices outside the EU.

A. Single Economic Unit Doctrine

It is hard to predict which doctrine that the CJEU would follow with respect to the Gazprom Case. Single economic unit doctrine is certainly the most efficient, releasing the CJEU from the burdens of proving its extraterritorial jurisdiction, and issuing the enforcement measures. This doctrine is based on the nationality of the undertakings. The fact that the subsidiaries of Gazprom are generally located in the EU and incorporated within the Member States allows the CJEU to impute the liability on Gazprom without addressing the problems of extraterritorial jurisdiction. The doctrine also enables CJEU to acknowledge the fines imposed by the Commission on the subsidiaries, branches or agencies due to the actions of parent companies. In order to apply the doctrine, the Commission must establish that the subsidiaries, branches, or agencies are not able to decide independently upon their own conducts on the market but follows orders and instructions given to them by Gazprom⁴³. Yet the Commission's focus is on Gazprom's upstream activities in Central and Eastern European gas supply markets.

As discussed above, there are three anticompetitive practices allegedly committed in by Gazprom:

dividing gas markets through destination clause hindering the free flow of gas across Member States;

preventing the diversification of supply of gas,

imposing unfair prices on its customers by linking the price of gas to oil prices⁴⁴.

Accordingly, the Commission seeks the termination of certain clauses and articles in Gazprom's long-term energy supply and capacity contracts as well as the dismantlement of the undertaking's vertical integration, by obliging the company with the divestiture of its assets in the midstream and downstream energy markets. Since the European subsidiaries of Gazprom are not the parties to the contracts that the Commission means to revise, single economic unit doctrine is not feasible way for the purposes of the case.

⁴¹See; *supra* 7.

⁴² Consumer welfare has been considered as a major objective in US antitrust litigation. For a detailed analysis on the divergence in *GE/Honeywell* between the US and the EU, see; *supra* 14.

⁴³ Case 48/69, *ICI v. Commission* (Dyestuffs) [1972] ECR 619 para. 133.

⁴⁴ Briony Hale, GE-Honeywell: Hope Lives on, (22 June, 2001) *BBC News Online*, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/1402399.stm>, (last accessed in 02.09.2020).

B. Implementation Doctrine

In *Wood Pulp* case, establishing the jurisdiction, the CJEU put emphasis on where the conduct was implemented⁴⁵. The CJEU certainly has jurisdiction over conducts that are implemented within the EU due to the principle of territoriality. The question with respect to the Gazprom case is the whether the company has committed an anticompetitive behaviour that is implemented in the EU. According to the Commission's press release on the antitrust proceedings on Gazprom⁴⁶, the Russian company is suspected to be in violation of Article 102 because of, inter alia, the context of its contracts including destination clauses and oil price indexation. In paragraph 17 of its judgment in the *Wood Pulp* case, the CJEU held that it is immaterial whether or not the undertakings resort to their subsidiaries, branches or agencies for the implementation of their agreements⁴⁷. The mere sale is sufficient for the CJEU to consider that it has the legislative jurisdiction to apply the EU antitrust laws and the Gazprom can be held liable for its sales to the EU under the contracts with destination clauses and oil price indexation.

However, the implementation doctrine is silent with respect to the structural remedies that the Commission seeks to incur to Gazprom. As requiring Gazprom to abide by the rules laid out in the "Third Energy Package"⁴⁸, the Commission considers the Gazprom's vertical integration as a detriment to the internal energy market⁴⁹ and seeks Gazprom to sell its assets on the transmission networks and storage facilities. The CJEU in this case has to consider to what extent the vertical integration of Gazprom can be regarded as a conduct that is implemented in the EU. As Advocate General Darmon puts it in its opinion⁵⁰ in the *Wood Pulp* case, the enforcement of specific measures such as structural remedies and recovery of fines may require "Enforcement Jurisdiction", which is closely connected to the principle of State sovereignty. According to AG Darmon, public international law prevents a state from enforcing its jurisdiction in another state's territory. The reason behind the prohibition dates back the ruling in *Lotus* where a state was allowed to enforce its jurisdiction in international waters⁵¹. The Court ruled that states are allowed to enforce their jurisdiction unless they violate another's sovereignty. The vertical integration is outside the EU as Gazprom is a Russian undertaking incorporated in Moscow and any structural remedy on the side of the company requires CJEU to enforce its decision in Russia. This can be possible, if not certain, by both the EU and Russia entering into a bilateral agreement regarding the application of their competition rules in each other's soil and including obligatory positive

⁴⁵ Cases 89, 104, 114, 116, 117, and 125-129/85, *A. Ahlström Oy v. Commission* [1988] ECR 5193 para. 16.

⁴⁶ See; *supra* 7.

⁴⁷ Cases 89, 104, 114, 116, 117, and 125-129/85, *A. Ahlström Oy v. Commission* [1988] ECR 5193 para. 17.

⁴⁸ See; *supra* 3.

⁴⁹ The Commission's position against the vertical integration dates back the EU's agenda of liberalisation in the energy markets. The Third Energy Package, adopted in 2009 provides that all the vertically integrated companies in the energy sector have to be unbundled for the purposes of securing Third Party Access rights to the transmission networks. For further detail see; Christopher Jones (ed), *The Internal Energy Market: The Third Liberalisation Package*, (Claeys & Casteels, 3rd ed., 2014).

⁵⁰ See Opinion of Advocate-General Darmon in the 'Wood pulp' cases, delivered on 25 May 1998 in Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* ("Woodpulp") [1988] ECR II-5193, at para. 28 ff.

⁵¹ *Ibid* para. 29 ff. For *Lotus* Case, see; *S.S. Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

comity provisions requiring the parties to enforce their antitrust decisions⁵². Otherwise, dismantlement of Gazprom's vertical integration would be only possible on the negotiation table, rather than via the Court's decision.

C. Effects Doctrine

Prior to *Intel*⁵³ decided in 2017, the CJEU had consistently avoided referring to the "effects doctrine", when applying the EU law to foreign conducts extraterritorially. The reason why the Court preferred this course of precedence stems from the understanding of ordoliberal thinking⁵⁴, stipulating that the maintenance of competition within the relevant markets can only be ensured with the protection of potential competitors, which serve the purposes of economic welfare and European integration. During the last decade the general understanding of the EU's competition policy has started to change with the Regulation 1/2003⁵⁵ transforming from a formal and structuralist approach to a more effects-based and functionalist economic approach.

The Commission has been putting forward the 'the effects doctrine' since the *Dyestuffs* case mostly due to its review of US experience⁵⁶. The Commission's insistence on the effects doctrine finally gave its fruit on the judicial level in *Intel* in which the CJEU confirmed the GC's ruling stating that the court can exercise its jurisdiction "when it is foreseeable that the conduct in question will have an immediate and substantial effect in the European Union"⁵⁷. The CJEU further stated that availability of probable effects of conduct on competition would suffice for the determination of foreseeability under the effects doctrine⁵⁸. This statement implied an overarching authority enjoyed by the Commission in anti-competition proceedings at least under Article 102 which was criticized by the Advocate General of the case Nils Wahl giving notice that such a ruling "would risk encroaching upon the sovereign interests of other States and be legally and practically difficult enforce (...) also considerably increase overlapping in the jurisdictions of different States or policies and thereby create uncertainty for undertakings and increased risks of conflicting rules (or judgements) applying to the same conduct"⁵⁹.

Given the recalibration of EU competition policy, the Commission's investigation in *Gazprom* reflects the new effects based and functionalist approach focusing on directly the effects

⁵²For the bilateral agreement between EU and Russia see; Agreement on partnership and cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States and the Russian Federation 30 October 1997, 97/800/EC, ECSC, Euratom. Involving a memorandum of understanding subject to the parties' discretion, the agreement lacks binding provisions on the cooperation in the antitrust investigations.

⁵³ Case C-413/14 P, *Intel Corp. v European Comm'n*, ECLI:EU:C:2017:632.

⁵⁴ The idea of Ordoliberalism was also referred as Freiburg School holding that the competition among many competitors is substantial for economic welfare. See further D. Gerber, 'Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New Europe'', *American Journal of Comparative Law* 42, (1994), pp. 25-84.

⁵⁵ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 04.01.2003.

⁵⁶ Advocate General Mayras in *Dyestuffs* reviewing national laws of Member States and US laws justified the adoption of effects doctrine not just by reference to the principle but also grounds of pragmatism. See; Alison Jones & Brenda Sufirin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, (5th ed. 2014), p 1272.

⁵⁷ Case C-413/14 P, *Intel Corp. v European Comm'n*, ECLI:EU:C:2017:632 para. 49.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 51.

⁵⁹ The Opinion of Advocate General Wahl delivered on 20 October 2016 in Case C-413/14 P. *Intel Corp. v. European Comm'n*, ECLI:EU:C:2016:788, para. 303.

of conducts on consumer welfare and the internal market. The approach taken by the Court in the Gazprom case will have important implications with respect to the understanding of EU competition law. The test that the CJEU may use in the Gazprom case would certainly address effects of the relevant conduct in the internal market, irrespective of whether or not the CJEU directly refers to the effect doctrine. The court may apply the three-fold test as applied by the General Court in *Intel* and *Gencor* case or interpret the implementation doctrine in a way that it applies to Gazprom's vertical integration as a conduct implemented in the EU. The Case will shed light upon the extraterritorial application of EU competition law after the Regulation 1/2003 and clarify how it would be interpreted in a highly concentrated and newly liberalized market. After establishing that the Gazprom's practices have immediate, substantial and reasonable foreseeable effects on the internal market or the Gazprom's vertical integrations has been implemented in the EU with its long-term supply contracts with European buyers, the CJEU will turn on the issue of international comity as conceptualised in the EU case law, 'principle of non-interference'.

D. Principle Non-Interference

Since the extraterritorial application of national laws constitute interference in another state's sovereignty, principle of non-interference is fundamental for the legality of jurisdiction in public international law. Initially addressed in the US, in 1976, *Timberlane*, the US Supreme Court acknowledging the need for the limitations to the ruling of *Alcoa*, adopted a balancing mechanism, through which the US courts should act in a way to avoid interference with the jurisdiction of other states and the national jurisdiction should not be exercised, if interests of foreign state at stake outweigh the interests of the US⁶⁰. *Hartford Fire Insurance*⁶¹, reformed the balancing mechanism and established that the states should refrain from applying their jurisdiction where a "True Conflict"⁶² between the national laws exists. The case also identified what constitutes a true conflict. Accordingly, if the undertaking is able to comply with both of the national laws, it is regarded that there is no true conflict between the relevant jurisdictions and the State can apply its antitrust law extraterritorially.

In *Gencor*, the Court held that

*"the South African competition authorities simply concluded that the concentration agreement did not give rise to any competition policy concerns, without requiring that such an agreement be entered into"*⁶³. [Italics added].

The Court further noted that

⁶⁰ *Timberlane Lumber Co v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

⁶¹ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 US 764, 113 S. Ct 2891 (1993).

⁶² In *Hartford Fire Insurance* case, the Supreme Court divided 5 to 4. The Court did not engage in comity balancing. Instead the question was if a true and direct conflict existed between US and UK law. The Court declared that no conflict exists where a person can comply with the laws of both nations at the same time. Justice Scalia dissented saying that national legislatures limit the reach of the laws they write out of respect for other nations' rights to govern the structure and regulation of activity on their territory. This legislative restraint, according to Scalia was mandated by US's self-regarding respect for the relevant interests of foreign nations in the regulation of their commerce as part of the legitimate concern of the international community. For further details see; Eleanor M. Fox, 'National Law Global Markets and Hartford: Eyes Wide Shut' (2000), *Antitrust Law Journal* 68/1, 73-86.

⁶³ T-102/ 96 *Gencor Ltd v. Commission* [1999] ECR II-753, para. 103.

“neither the applicant nor, indeed, the South African Government (...) have shown, beyond making mere statements of principle, in what way the proposed concentration would affect the vital economic and/or commercial interests of the Republic of South Africa”⁶⁴. [Italics added]

The EU followed an approach very similar to that of the US examining whether the foreign undertaking is compelled to conclude a certain action by its national authorities, or it is only allowed to pursue the course of action. If the former is present, then the court should dismiss the case based on the principles of Foreign Sovereign Compulsion, the Act of State⁶⁵.

In *Gazprom*, the CJEU has to decide whether the anticompetitive practices committed by Gazprom are required by the Russian Government or the role of the government is only limited to an official approval provided for related conducts. It must be pointed out that the connection between Gazprom's operations and the incentives of Russian foreign interests is murky. Russian political elite having a great influence on the Russian foreign policy are also stakeholders in the company. Gazprom, acting as a political arm of the RF, played an important role in the gas crises⁶⁶ experienced in last decade. For example, political collision between the Russian and Ukrainian officials was followed with the Gazprom's interruption of energy supply, asserting that the flows were cut due to the debts owned by Ukrainian state-owned entity Naftogaz. It has been stated by the officials that Gazprom cannot supply natural gas to Ukraine for free. However, why Gazprom allowed Ukrainian debt to reach up to even the \$1.6bn which, as confirmed by Naftogaz was due, let alone to the \$2.2 bn Gazprom demands to be paid by the end of the year is an open question⁶⁷.

It is important to see the correlations between the RF's interests and Gazprom. As the RF uses the company to expand its influence over certain regions, Gazprom also plays an important role in RF's determination of its foreign policy. Enjoying an exclusive right to transport and export the natural gas originated in Russia or bought from Central Asian states such as Kazakhstan, Turkmenistan and Uzbekistan to sell into the EU, Gazprom opposed numerous proposals for energy market liberalization in Russia and was the main barrier before the introduction of competition in the Russian market⁶⁸. None of these proposals has been adopted. The company is also responsible for the failure of the Energy Charter Treaty (ECT), adopted to regulate energy trade between EU and Russia. The main opposition against the ratification of the ECT came from lobbying activities of Gazprom⁶⁹. The company argues that the Treaty provisions contain a threat

⁶⁴ *Ibid*, para. 104.

⁶⁵ Marek Martyniszyn, 'Export Cartels: Is it Legal to Target your Neighbour? Analysis in Light of Recent Case Law', *Journal of International Economic Law*, 15/1,(2012), pp. 181-222, p. 210.

⁶⁶ In 2004, 2006, and 2009, the Russia cut off the energy flow going to the Ukraine. Especially the gas crisis in 2009 that lasted two weeks caused humanitarian concerns that the households, hospitals could not be heated in the middle of winter and disrupted the functioning of local industries in countries where the dependence on Russian gas is high. Simon Pirani, Jonathan Stern, & Katya Yafimava, 'The Russo-Ukrainian gas dispute of January 2009: a comprehensive assessment', *Oxford Institute for Energy Studies Oxford* (2009), pp. 14-19.

⁶⁷ Nicolò Sartori, 'The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel?', *IAI Working Papers* 13/03, (2013), p. 2.

⁶⁸ Andrey A Konoplyanik, "Gas Transit in Eurasia: Transit Issues between Russia and the European Union and the Role of the Energy Charter," *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27/3, (2009), pp. 445-486, p. 464. See also: Thomas W. Walde & Andreas J. Gunst, "International energy trade and access to energy networks," *Journal of World Trade*, 36/2, (2002), pp. 191-218.

⁶⁹ Reiner Liesen, "Transit under the 1994 Energy Charter Treaty," *J. Energy & Nat. Resources L.*, 17/1, (1999), pp. 56-73, p. 62.

of future obligations of the third party access which will apparently reduce Russia's influence over the regions, in particular in Central Asia, introducing competition between Russian gas and the energy resources from other resource endowed countries. The close integration of Gazprom and the Russian government is, in fact, the result of the idea of neo-nationalisation put into practice by President Vladimir Putin⁷⁰, which renders the practices of Gazprom in the energy sector more controversial.

The Commission is well aware of political implications of the case. As a policy of liberalization, the Commission has been exerting political and economic pressure over the Member States. This resulted in the cancellation of the South Stream Pipeline project in September 2014⁷¹, by pressuring Bulgaria to withdraw from the project that had been proposed by Russia to bring the Russian gas through the Black Sea basin, bypassing the Ukraine reducing Russia's dependence on supply routes located in Ukraine. The Commission has sought to prevent Russia from using the pipeline as a way to enable Gazprom to maintain its tight grip on the internal energy markets. Accordingly, the only way that the Gazprom could build the pipelines is allowing access to the pipelines from third party suppliers. Gazprom rejected this since the Energy Charter Treaty negotiations. As implied from its previous proceedings, the Commission is determined to attack foreign conducts because it regarded as anticompetitive despite strong political opposition.

In order to establish its jurisdiction over the issue, the CJEU has to provide an analysis as to whether Gazprom is compelled to pursue the course of actions regarded as anticompetitive by the Commission. There are strong physical connections between Gazprom and the Russian Government and the CJEU has to understand to what extent Gazprom was able perform on its own discretion. This may be a difficult task for the Court to accomplish due to the lack of transparency in the decision-making process in the corporate and governmental level. However, brushing aside the comity by claiming an overriding interest in enforcement may further lead to unsatisfactory outcomes. The single European energy market is a long-sought interest pursued of the EU, but the Gazprom's position in the energy policy stems from the decades long Russian foreign policy. Gazprom's business activities and relations in the EU represent the most vital economic and commercial interests of the RF. This certainly amounts to a collision between hardcore interests of two important actors in the energy market. It is important to note that the Russian government already issued a blocking legislation to hinder the ongoing proceedings and if the European Courts held in favour of the Commission to stop the enforcement of the decision. Under strict orders from the relevant government agency, Gazprom can deny any course of action dictated by the Commission, which will further increase the tension between the EU and Russia.

⁷⁰ In its doctoral dissertation, Vladimir Putin proposed that the RF should use its natural resources and fixed infrastructure as a means to promote its political influence on Eastern Europe, Circassia, and Central Asia. See further; Martha Brill Olcott, "Vladimir Putin and the Geopolitics of Oil" *The Energy Dimension in Russian Global Strategy*, (Houston: The James A. Baker III Institute for Public Policy of Rice University, 2004).

⁷¹ Euractiv, 'Cancellation of South Stream makes economic sense', (12 December, 2014) <http://www.euractiv.com/sections/energy/cancellation-south-stream-project-makes-economic-sense-310788> (last accessed in 02.09.2020).

CONCLUSION

Gazprom is of great importance in the application of the EU law in the energy sector. It is named by some commentators as the “*antitrust clash of the decade*”⁷² due to its legal, economic and political implications. The case may shed light upon the concept of ‘abuse of dominance’ in the energy sector, since the all of the legal disputes in the sector were resolved through the commitment decisions. The issue of what kind of actions may constitute the abuse of dominance in the context of Article 102 has not been identified in the case law so far. Here the paper focused on how the case may clarify the extraterritorial application of EU competition law after the 1/2003 Reform Regulation and to what extent the legal experience so far can provide an answer for the CJEU’s jurisdiction over the case.

It must be borne in mind that the case is just a small portion of overall picture between the tension between the RF and the EU. It is unreasonable to expect from the CJEU to provide an overall solution to the all the disputes that the parties are having with respect to the energy sector. However, the Commission should not employ its competences under EU competition law as a political tool to exert a pressure over Russia. Gazprom is an important player in the energy sector with its presence in several downstream and midstream markets, owning assets of transmission networks, storage facilities, and LNG terminals across the Europe. Russia, on the other hand, is the major supplier and partner of the EU in the energy sector. The Commission has serious concerns with respect to the economic strength and market power of Gazprom in the EU. However the Commission should be aware that the evolution in the understanding of Russia regarding to its energy policy cannot be overcome by a single case brought before the CJEU. Drastic changes in third countries’ domestic policies, especially in those of the RF, should not be enforced through utilization of extraterritorial application of EU antitrust. This may alienate the Russia from the EU and even result in cessation in diplomatic relations which would definitely be a catastrophe for both parties.

BIBLIOGRAPHY

Primary Sources

Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC [2009] OJ L211/55

Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC [2009] OJ L211/94
Consolidated Version of the Treaty on Functioning of European Union [2008] OJ C326/47

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 04.01.2003

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1

General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194

⁷² Supra 17.

Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003 OJ L211/15

Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No 1775/2005 OJ L211/36

Case Law

Barcelona Traction, Light & Power Company Ltd. (Belgium v. Spain), 1970 I.C.J. GL No.50 (Feb.5)

Case 48/69, *ICI v. Commission* (Dyestuffs) [1972] ECR 619

Cases 89, 104, 114, 116, 117, and 125-129/85, *A. Ahlström Oy v. Commission* [1988] ECR 5193

Case 413/14 P, *Intel Corp. v European Comm'n*, ECLI:EU:C:2017:632

Case T-102/96, *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753

Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 US 764, 113 S. Ct 2891 (1993)

S.S. Lotus (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7)

Timberlane Lumber Co v. Bank of America, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976)

Commission Decisions

EDP/ENI/GDP (Case COMP/M.3440) Commission Decision 2005/801/EC, [2005] OJ L302/69

ENI (Case COMP/39.315) Commission Decision 29/12/2010

E.ON/MOL (Case COMP/M.3696) Commission Decision 2006/622/EC OJ L253/20

OMV (Case COMP/37.811) [2003] Commission Press Release IP/03/1345

RWE/Essent (Case COMP/M.5467) Commission Decision 23/06/2009 OJ C222/1

Secondary Sources

Chie Sato, Extraterritorial Application of EU Competition Law –Is It Possible for Japanese Companies to Steer Clear of EU Competition Law? *Journal of Political Science and Sociology*, No. 11, (2010), pp. 23-47.

Christopher Jones (ed), *The Internal Energy Market: The Third Liberalisation Package*, (Claeys & Casteels, 3rd ed., 2014)

Commission staff working document–Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning measures to safeguard security of gas supply and repealing Directive 2004/67/EC. Assessment report of directive 2004/67/EC on security of gas supply {COM(2009) 363}" (PDF). European Commission. 16 July 2009.

European Commission Press Release, 'Antitrust: Commission opens proceedings against Gazprom', (4 September 2012) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm ((last accessed on 27/09/2020)).

European Commission, 'Quarterly Report on European Gas Markets', 8/1, [2015].

Gerber D., 'Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New Europe'', *American Journal of Comparative Law* 42, (1994), pp. 25-84.

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] O.J. C45/7.

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02).

Guzman A.T. & Pauwleyn J.H.B., *International Trade Law* (Aspen Pub., 2009).

Hale B., GE-Honeywell: Hope Lives on, (22 June, 2001) *BBC News Online*, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/1402399.stm>, (last accessed on 02.09.2020).

Jones A. & Sufirin B., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, (5th ed. 2014).

————— *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, (7th ed. 2019).

Konoplyanik A. A., "Gas Transit in Eurasia: Transit Issues between Russia and the European Union and the Role of the Energy Charter," *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27/3, (2009), pp. 445-486.

Liesen R., "Transit under the 1994 Energy Charter Treaty," *J. Energy & Nat. Resources L.*, 17, (1999), pp. 56-73.

Martyniszyn M., 'Export Cartels: Is it Legal to Target your Neighbour? Analysis in Light of Recent Case Law', *Journal of International Economic Law*, 15/1, (2012), pp.181-222.

————— 'Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order', *Journal of World Competition*, 37/1, (2014), pp.103-120.

Olcott M.B., "Vladimir Putin and the Geopolitics of Oil" *The Energy Dimension in Russian Global Strategy*, (Houston: The James A. Baker III Institute for Public Policy of Rice University, 2004)

Patterson D. E. & Shapiro C., 'Transatlantic Divergence in *GE/Honeywell*: Causes and Lessons', *Antitrust*, 16, (2001), pp. 18-26.

Pirani S., Stern J., & Yafimava K., 'The Russo-Ukrainian gas dispute of January 2009: a comprehensive assessment', *Oxford Institute for Energy Studies*, Oxford, (2009).

Riley A., "Commission v. Gazprom: The Antitrust Clash of the Decade", in *CEPS Policy Briefs*, No. 285 (31 October 2012), p. 8.

Ryngaert C., *Jurisdiction in International Law*, (Oxford University Press, 2008).

Sartori N., 'The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel?', *IAI Working Papers* 13/03, (2013).

Stern J. & Yafimava K., *The EU Competition Investigation of Gazprom's Sales in Central and Eastern Europe: A Detailed Analysis of the Commitments and the Way Forward*, (OIES 2017).

Walde T. W. & Gunst A. J., "International energy trade and access to energy networks," *Journal of World Trade*, 36/2, (2002), pp. 191-218

Others

Antitrust: Commission opens proceedings against Gazprom, 4 September, 2012. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm, (last accessed on 27/09/2020).

Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Gazprom for alleged abuse of dominance on Central and Eastern European gas supply markets, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm (last accessed 27/09/2020)

Belton C., Barker A., & Chaffin J., "Kremlin Shield from EU Probe", *The Financial Times*, (11 September 2012). <https://www.ft.com/content/fcdbc0e4-fc31-11e1-ac0f-00144feabdc0>, (last accessed on 27/09/2020).

Euractiv, 'Cancellation of South Stream makes economic sense', (12 December, 2014) <http://www.euractiv.com/sections/energy/cancellation-south-stream-project-makes-economic-sense-310788>, (last accessed on 27/09/2020).

Euractiv, 'Russia's Natural Gas Dilemma' (11 April 2012), <http://www.euractiv.com/energy/russias-natural-gas-dilemma-analysis-512092> (last accessed on 27/09/2020)

European Commission opens proceedings against Gazprom, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm (last accessed on 27/09/2020)

European Commission press release, 'Commission imposes fine of €1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices' (13 May 2009) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-745_en.htm (last accessed on 27/09/2020).

European Commission press release, 'Statement by Commissioner Vestager on sending a Statement of Objections to Gazprom' (22/04/2015), http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-4834_en.htm, (last accessed on 27/09/2020).

Executive order of the President of the Russian Federation No 1285 of 11 September 2012 on Measures to Protect Russian Federation Interests in Russian Legal Entities' Foreign Economic Activities, *see* <http://eng.news.kremlin.ru/news/4401>

Gazprom, 'Statement of OAO "Gazprom" with respect to the adoption of "statement of objections" by the European Commission under the antitrust investigation' (22 April 2015), <http://www.gazprom.com/press/news/2015/april/article224444/>, (last accessed on 27/09/2020).

How Russian energy giant Gazprom lost \$300bn' (7 August 2015) <http://www.theguardian.com/world/2015/aug/07/gazprom-oil-company-share-price-collapse> (last accessed on 27/09/2020).

OAO Gazprom, Annual Report 2013, <https://www.gazprom.com/investors/disclosure/reports/2013/> (last accessed on 27/09/2020)

Politico, 'No easy answer in Commission-Gazprom fight' (22 April 2015) <http://www.politico.eu/article/no-easy-answer-in-commission-gazprom-fight/> (last accessed on 27/09/2020)

Vatana İhanet Kavramı ve Suçu

Uğur ARSLAN 

Dr., Avukat, Ankara, uarslantr@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 31.03.2021

Kabul: 07.05.2021

Yayın: 08.05.2021

Anahtar Kelimeler:

Vatana İhanet Suçu,
Sadakat Yükümlülüğü,
Perduellio, Crimen
Laesa Maestatis, Patria
Potestas.

Roma Hukukunda “Crimen Laesae Maiestatis” olarak adlandırılan vatana ihanet suçunun ilk defa Roma hukukunda pater familiasa karşı işlenen suçlar olarak ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Erken dönemde ismine parricidum denilen cinayet suçu sosyal istikrarı bozacak mahiyette görüldüğünden ihanet suçu olarak kabul edilirken artık devletin kurumsallaşmasıyla içine parricidum suçlarını da alan perduellio kavramı ihanet suçlarını tanımlamak için kullanılmıştır. Perduellio olarak kabul edilen tüm eylemlerin ortak özelliği ise bir tür özel kast olan faildeki “hostilis animus” veya “topluma zarar verme niyeti”nin varlığıdır. Perduellio dışında devlete karşı en ciddi suçlar “crimen laesa maestas” olarak adlandırılmaktadır. Bu suçlar MÖ 103 civarında “Lex Appuleia De Maiestate” ile başlayan ve “Digesta” ile biten özel yasalarda düzenlenen suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Roma hukukunun tesiriyle Orta Çağ Avrupası’nda kralın kutsal ve dokunulmaz şahsına karşı işlenen suçlar da vatana ihanet suçu olarak nitelendirilmiştir. XIX. yüzyılda ise bu suçlar daha çok “siyasi suçlar” başlığı altında incelenmiştir. Yürürlükteki hukukumuzda vatana ihanet adında bir suç yoksa da bu başlık altında tavsif edilebilecek çeşitli suçların TCK’da bulunduğu, karşılaştırmalı hukuk ve hukuk tarihimize bakarak, söylemek yanlış olmayacaktır. Bu çalışmanın amacı günlük hayatta sık sık başvurulan vatan haini kavramının içi boş bir retorikten mi ibaret olduğu nu yoksa hukuki bir karşılığının olup olmadığını ortaya koymaktır. Bu çalışma salt Cumhurbaşkanının vatan hainliği bağlamında siyasi veya cezai sorumluluğunu ortaya koymaktan ziyade odak sıradan vatandaşları nazara almaktadır. Nitekim Cumhurbaşkanının sorumluluğu ile ilgili olarak literatürde yeterince çalışmanın mevcudiyeti böyle bir ameliyeyi gereksiz kılmaktadır. Bu çalışmada öncelikle vatana ihanet suçunun çeşitli hukuk sistemlerindeki tarihi kökeni müteakiben mukayeseli hukukta vatana ihanet suçları son olarak da Türk hukuk doktrinde vatan ihanet suçu (sadece Cumhurbaşkanının sorumluluğu ile sınırlı olarak değil) ele alınacak, sonuç kısmında ise Türk hukukunda hangi suçların vatana ihanet suçu olarak sayılabileceği sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır.

Treason And Crime Of Treason

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 31.03.2021

Accepted: 07.05.2021

Published: 08.05.2021

Keywords:

Treason, Loyalty
Obligation, Perduellio,
Crimen Laesa
Maestatis, Patria
Potestas.

It is accepted that the crime of treason, which is called “Crimen Laesae Maiestatis” in Roman Law, appeared for the first time in Roman law as crimes committed against paternal family. In the early period, the crime of murder, called parricidum, was considered as a crime of treason, as it was seen as disrupting social stability, and now the concept of perduellio, which includes parricidum crimes, has been used to describe treason crimes. The common feature of all acts considered as perduellio is the presence of the “hostilis animus” or “intention to harm society” in the perpetrator, which is a kind of special intent. The most serious crimes against the state, with the exception of perduellio, are called crimen laesa maestas. These crimes appear as crimes regulated in special laws that started around 103 BC with “Lex Appuleia De Maiestate” and ended with “Digesta”. Crimes committed against the holy and untouchable person of the king in Medieval Europe under the influence of Roman law were also described as crimes of treason. XIX. In the 21st century, these crimes have been examined under the heading of political crimes. Although there is no crime called treason in our current law, it would not be wrong to say that various crimes that can be described under this heading are in the Turkish Criminal Code, by looking at our comparative law and legal history. This study focuses on ordinary citizens, rather than simply revealing the President's political or criminal responsibility in the context of treason. As a matter of fact, the availability of sufficient studies in the literature regarding the responsibility of the President makes such an operation unnecessary. In this study, firstly, following the historical origin of the crime of high treason in various legal systems, treason crimes in comparative law and finally the crime of treason in Turkish legal doctrine (not limited to the responsibility of the President) will be discussed, and in the conclusion part, it will be tried to answer the question of which crimes can be considered as treason in Turkish law.

Atıf/Citation: Arslan, U. (2021). Vatana İhanet Kavramı ve Suçu, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 47-84.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

İster hukukî olsun isterse sadece retorik ya da şeytanlaştırma/düşmanlaştırma/dışlama amaçlı olarak kullanılsın hıyanet/vatan haini kavramı ve suçlaması öteden beri süregelen ve gündelik hayatta karşılaşılan bir durumdur. Nitekim bu nevi suçların kökeni Roma İmparatorluğu'nun ilk dönemlerine kadar uzanmaktadır. Benzer biçimde, eski Hint, Mısır, İbrani ve Yunan topluluklarında da krala/yöneticiye karşı ihanet suçlarına rastlamak mümkündür. Fakat o dönemde bugünkü kullandığımız anlamda, devlet ve vatan kavramı tecessüs etmediği için vatana ihanet suçu kavramsal olarak tam anlamı ile oluşmamıştır. Doğulan ve yaşanılan topraklara siyasi bağlılık ve sadakat anlamında kullanılan vatan kavramı Türk tarihinde yaklaşık 200 yıllık bir geçmişe sahip olduğunu söylemekte bir beis yoktur. Kavramın ilk ortaya çıkışını dağılan Osmanlı İmparatorluğu'nu bir arada tutma çabasının bir izdüşümü olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır. Namık Kemal, Gaspıralı İsmail ve Yusuf Akçura gibi dönemin önemli şahsiyetleri “vatan” kavramını sık sık kullanarak toplumu bilinçlendirmeye çalışmışlardır. Çünkü Fransız İhtilalinin etkilediği Osmanlı halklarının ulusçuluk akımının etkisi ile İmparatorluktan ayrılma faaliyetine girişimleri ve her bir etnik topluluğun kendi ulus devletini kurma çabası Osmanlı Devleti'nin birliğinin ve bütünlüğünün bozulması (dağılması) anlamına gelmektedir. Anılan dönemde dini terminolojide de vatan mefhumunun yoğun biçimde kullanıldığı görülmektedir. Söz gelimi, “vatan sevgisi imandandır” şeklindeki kaynağı zayıf olan bir hadis bile bu uğurda kullanılmıştır. II. Abdülhamit döneminden itibaren ise vatan, yurt ve anavatan kavramlarının ders kitaplarında özellikle de tarih coğrafya kitaplarında kullanıldığı görülmektedir. Öte yandan, XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gayrimüslim Osmanlı tebaasının askerlik yükümlülüğü için silah altına alınması bağlamında (din, İslam, cihat gibi kavramlar kullanılmayacağı için) yine vatan kavramına müracaat edildiği görülmektedir.

Mukayeseli hukukta vatana ihanet cürümlerinin düzenlenmiş olduğu kanunlarda suç teşkil eden fiillerin genel itibarıyla şiddet kullanarak anayasal düzeni değiştirme, düşman bayrağı altında vatandaşı olduğu devlete karşı savaşma, buna teşebbüs etme, vatandaşı olduğu devlet aleyhine asker toplama, düşman devlete yardım etme, fon sağlama, devlete ait gizli bilgilerin düşman devlete temin ve teslim edilmesi (casusluk), isyan, isyana teşvik etme, devletin topraklarından tamamını veya bir kısmını koparmaya ve başka bir devletin hâkimiyetine sokmaya çalışma gibi fiiller olduğu görülmektedir.

Mukayeseli hukuktaki durumun aksine Türk hukukunda vatana ihanet suçu ve kavramının mahiyeti, hangi suçların bu kapsamda ele alınacağı belli değildir. Gerçekten de, Cumhuriyet döneminde ilk defa 2 sayılı Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nun 1. maddesinde vatana ihanet cürmü tanımlanmış, anılan Kanun'un mülga edildiği 12 Nisan 1991'e kadar bu tanım geçerliğini korumuştur. Fakat bu tarihten itibaren bu suçu tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. 1924 Anayasası'ndan itibaren ise anayasalar sadece Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet halinde Meclise karşı sorumlu olduğunu beyan etmekle yetinmiş, kavramın içeriğini ve hangi suçları kapsadığı açık olarak belirtmemiştir. Kanaatimizce, Türk pozitif hukukunda vatana ihanet suçunun ne olduğu, hangi suçların vatana ihanet teşkil edeceği yönündeki eksiklik, mukayeseli hukukun aksine, bu suçun sadece Cumhurbaşkanı (bazı durumlarda asker şahıslar) tarafından işlenebilen bir suç olması şeklindeki anayasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Nitekim, anayasalarda kullanılan “hıyanet-i vataniye” “vatana ihanet” tabirlerinin teknik manada muayyen bir/birkaç

suçu ifade etmekten ziyade birçok suçu ihtiva eden genel bir terim olduğu TBMM tutanaklarına yansımıştır. İster siyasî mahiyette isterse de cezaî mahiyette kabul edilsin Cumhurbaşkanı ya da herhangi bir vatandaş bir fiilinden dolayı vatana ihanet suçu ile suçlanıp cezalandırılacaksa evrensel ve anayasal ceza hukuku ilkeleri, hukuk devleti ilkesi ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi muvacehesinde hareket etmek icap etmektedir.

I. VATAN KAVRAMI

Türklerde ve İslamiyet'te bir insanın, vatan kavramı gibi, doğum yerine karşı beslediği duygular XIX. yüzyıla kadar siyasî bağlılık için esas alınmamıştır. Tanzimat dönemi öncesinde, henüz ulus ve ulusçuluk mefhumları yaygınlaşmamışken, Osmanlı Devleti'ndeki "*millet sistemi*" II. Mehmet döneminden aşağı yukarı Kırım Savaşına kadar olan süre boyunca etkili olan ve benimsenen bir sistemdir. Bu sistemde her bir dini topluluğun diğerleriyle birlikte eşit koşullarda bir arada yaşama hakkı olduğu kabul edilmekteydi ve her bir dini grup hahambaşı, patrik gibi kendi liderleri tarafından temsil edilmekteydi.¹ Vatan gibi toprağa bağlı siyasal kavramların bulunmadığı klasik dönem Osmanlı mülki sisteminde toprakların etnisiteye dayalı fiziki bölgelere ayrıldığı ve bölgelerin de bu şekilde isimlendirildiği görülmektedir. "*Lazistan*", "*Kilikya*", "*Kürdistan*" gibi isimlendirilme bu kabildendir. Benzer biçimde "*Vilayet-i Sitte*" gibi bazı vilayetlerin oluşturdukları toplam üzerinden de bölgesel adların kullanıldığı vakidir. Buna mukabil, XIX. yüzyıl oryantalistleri Anadolu toprakları için daha çok "*Küçük Asya*" terimini kullandıkları Osmanlı Devleti'nin geneli içinse "*Türkiye*" ismini kullandıkları bilinmektedir.² Gerek içerde gerekse de dışardaki bütün bu kullanımlarda dini kimlikten ziyade daha çok etnik kimliklerin baz alındığı veya tarihi geçmişe dayalı antik kelimelere gönderme yapıldığı görülmektedir.

Merkezi bir yönetim sistemi olarak devletin XV ve XVI. yüzyıl Avrupa'sında doğduğu ve 1648 Westphalia Barışı ile modern devletin resmîleştiği varsayılır. Üstelik bugün bildiğimiz şekliyle modern egemen devletin Avrupa'nın en başarılı ihraç ürünü olduğu savunulmuştur.³ Avrupa'da Otuz Yıl Savaşları'ndan sonra (1630-1648) 1648 Westphalia Barışıyla kurulan siyasal düzende; feodal düzenden kopuş başlamış, siyasal alanda egemenliğin Tanrıya dayandırıldığı mutlak monarşiler yerini halk egemenliğine dayanan meşruti rejime bıraktığı bir döneme girilmiştir. Artık, toplum özel şahısların etkinliklerini içeren, servetin üretimi ve bunun belli başlı sosyal tabakalara dağılımına odaklı, kendi kendine yeten ve nispeten özerk bir alan olarak ortaya çıkmıştır. Devlet ile toplum arasındaki geleneksel ilişki tersine dönerek toplum krallığın nesnesi değil, öznesi konumuna gelmeye başlamıştır. Başka bir söyleyişle, siyasal iktidar artık mülkiyet ile özdeş değildir.⁴ Bu gelişmelere paralel olarak devlete bakış açısı da değişerek devlet toplumun kendini geliştirmesine matuf bir vasıta olarak görülmeye başlanmıştır.⁵ Bütün bu gelişmeler, gecikmeyle de olsa, Osmanlı Devleti'ni de etkilemiştir. Nitekim İmparatorluk toprakları padişahın mülkü olduğu için Tanzimat Dönemi'ne kadar olan dönem boyunca Osmanlı İmparatorluğu'nda imparatorluk topraklarını bir arada tutan şey ortak kültür ve aidiyetten ziyade padişaha duyulan sadakat olmuştur. Ulusçuluk anlayışının özellikle aydın çevrelerde yaygınlaşmasıyla imparatorluk

¹ Karpat, Kemal. *Osmanlıda Milliyetçiliğin Toplumsal Temelleri*, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 54.

² Durgun, Sezgi *Memalik-i Şahane'den Vatan'a*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.s. 79.

³ Heywood, Andrew. *Küresel Siyaset*, Çev. Uslu, Nasuh-Özdemir, Haluk, Felix Kitap, 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 163.

⁴ Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 212.

⁵ Poggi, Gianfranco. *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, 5. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016. s. 75.

mantığını yansıtan *mülk devlet* anlayışının Osmanlı topraklarının kaybını engelleyemeyeceği fark edilerek bahse konu anlayış yavaş yavaş terk edilerek, vatan ve millet kavramı etrafında, toprakların hükümdarın şahsi mülkü olarak değil, bilakis yöneten ve yönetilenin eşit oranda hak sahibi olduğu kamusal mekân olarak görülmeye başlanmıştır.⁶ İşte Avrupa’da meydana gelen mezkur gelişmelerin etkisi ile siyasî anlamda vatan teriminin ilk defa *Moralı Es Seyyid Ali Efendi* tarafından kullanıldığı belirtilmektedir.⁷ Kavramın yerleşmesi ise 1856-1878 arasında Kırım, Kafkas ve Balkan Müslümanlarının dinleri sebebiyle kendi yurtlarına çıkarılmasının engellenmesine yönelik olarak Osmanlı İmparatorluğu’nun parçalanmasının engellenmesi için mücadele eden *Gaspıralı İsmail* gibi aydınlar tarafından kullanılması ile olmuştur. Bu meyanda “*Hubbü’l vatan mine’l iman*” (Vatan sevgisi imandandır.) şeklinde kaynağı belli olmayan zayıf bir hadis Rusya Müslüman çevrelerinde benimsenmiş, geniş kabul görmüştür. Başka bir deyişle, 1870’li yıllarda yaşanan Osmanlı ülkesine doğru yönelen yoğun göç döneminde ortaya çıkan aidiyet sorunlarının dini/teolojik ve psiko-sosyolojik yönü kutsiyet atfedilen sözcüklerle çözülmeye çalışılmıştır.⁸ Böylelikle birçok mülteci için hem terk ettikleri toprakların hem de üzerine yerleştikleri Osmanlı topraklarını sevmenin, bu topraklara sahip çıkmanın imanî bir konu olduğu vurgulanmıştır.⁹

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, vatan kavramı ulus devlet ve ulusçuluk kavramları ile olgunlaşmış ve anlam kazanmış bir kavramdır. Osmanlı Devleti’nde vatan kavramı ilk kez Kırım Savaşı döneminde özellikle gayri Müslimlerin nizamiye ordularına alınması kapsamında gündeme gelmiştir. O zamana kadar kullanılan “*Allah*”, “*İslam*” ve “*din uğruna savaş*” gibi terminoloji gayrimüslim tebaa için geçerli olamayacağından vatan kavramına kullanışlı bir araç olarak müracaat edildiği görülmektedir.¹⁰ Nitekim *Takvim-i Vekayi*, *Basiret* gibi dönem gazetelerinde çıkan makalelerde vatan kavramına sık sık yer verilmiştir.¹¹ Nitekim, 18 Eylül 1843 tarihli *Takvim-i Vekayi*’de yayınlanan bir metinde askerlik hizmetinin vatan savunması uğruna yerine getirilen bir görev olduğu belirtilmiştir.¹²

Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerinde, XIX. yüzyılın sonuna doğru, özellikle İttihat ve Terakki’nin vatan kavramına askeri bir boyut kazandırdığı görülmektedir. Yaşanan toprak kayıpları sonucunda savunmacı bir refleks ile vatan, ordu tarafından himaye eden bir kutsal emanet gibi algılanmıştır. Bu algı Cumhuriyet döneminde de güçlü bir şekilde varlığını korumuştur (asker millet mitos). Aydın ve asker çevrelerde “*asker millet*” kavramı popülerlik kazanmış milletin yekvücut/topyekûn seferber olması ve toprağa bağlanması ortak vatana duyulan aşk ile temellendirilmiştir.¹³

Vatan kavramının yani şahıs ile ülke arasındaki bağlantı edebi olarak ilk kez *Namık Kemal*’in yazmış olduğu “*Vatan Yahut Silistre*” isimli oyunda yer aldığı görülmektedir.¹⁴ Bu eser

⁶ Durgun, s. 82.

⁷ Karpaz, Kemal. *İslam’ın Siyasallaşması*, 7. Baskı, İstanbul, Timaş, 2019, s.530.

⁸ Karpaz, s.530-533.

⁹ Karpaz, *Osmanlıda Milliyetçiliğin*, s. 178.

¹⁰ Durgun, s. 97; Heinzelmann, Tobias. *Cihat’tan Vatan Savunmasına Osmanlı İmparatorluğu’nda Genel Askerlik Yükümlülüğü 1826-1856*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2009, s.241.

¹¹ Heinzelmann, s.260, 261.

¹² Heinzelmann, s. 141.

¹³ Durgun, s. 95-100.

¹⁴ Karpaz, *Osmanlıda Milliyetçiliğin*, s. 173- 175.

birçok Türk için vatanperver duyguların uyanmasına önemli bir katkı sağlamıştır. *Gaspıralı İsmail, Hüseyinzade Ali Bey, Ahmet Ağaoğlu ve Yusuf Akçura* gibi entelektüel figürlerin de vatan söylemine büyük katkıları olmuştur. *Şemsettin Sami* yazdığı sözlükte (“*Kamus-u Türki*”) Türklerin dünyada farklı topraklarda yaşadığını, ama sadece Osmanlı İmparatorluğu’nun Türk devleti olduğunu vurgulamıştır. *Namık Kemal*’e göre, vatan bir fatihın kılıcı ya da kalem ile çizilen hayali bir çizgiden oluşmaz. Vatan kutsal bir fikirdir. Millet, özgürlük, refah, kardeşlik, mülkiyet ve egemenlik gibi yüce duygular vatan sevgisinden doğar. Vatan askeri anlamda savunulacak bir yaşam alanı, bir varoluş mücadelesinin nesnesidir. Ona göre, vatan sadece doğulan ve barınılan yer değil, tutkuyla bağlanılan, özgür ve eşit bir ulusu ifade eden, aynı zamanda kültürel, uğruna can verilen kutsal topraklardır.¹⁵

II. Abdülhamid döneminden itibaren anavatan ve vatan sevgisi gibi kavramların okul kitaplarında ele alındığı görülmektedir. Gerçekten de, tarih-coğrafya gibi branş kitaplarında artık toprak ve vatan, milliyetçiliğin sembolü olarak kullanılmış, coğrafya kitaplarının bir kısmı devlet, millet, kavim ve siyasal rejim gibi yeni kavramları tanımlamaya ayrılmıştır. Amaç Osmanlı vatandaşının köklerinin ve bilhassa vatana karşı vazifelerini bilincine varmalarını sağlamaktır. Bu kapsamda haritalar coğrafya derslerinden vazgeçilmez parçası haline gelmiş, böylelikle öğrencilere yaşadıkları topraklara dair somut kanıtlar ve görüntüler sunulmuştur. O güne kadar sadece askeri çevrelerde ya da ticaret için kullanılan haritalar ders kitaplarında milliyetçilik ve vatan sevgisi/duygusunun geliştirilmesi için kullanılmıştır. Aynı husus tarih kitapları için de geçerlidir. Tarih kitaplarında da Türklük ve Osmanlı karakteri ön plana çıkarılmaya başlanmış, Türklerin *Nuh* Peygamberin oğlu *Yafes* soyundan geldiği, Türklerin Selçuklular, Osmanlılar, Macarlar, Bulgarlar, Polonyalılar ve benzeri halklarla akraba olduğu ifade edilerek, Türklerin geniş bir coğrafyaya dağılan savaşçı ve tarihe yön veren kalabalık bir millet olduğu fikri işlenmiştir. Keza, Türklerin Osmanlıların atası olduğu, Osmanlı Devleti’ni Türklerin kurduğu görüşü birçok ders kitabında hâkim görüş haline gelmiştir.¹⁶

Anadolu’nun Türklerin öz vatani olarak kabulü de yine *II. Abdülhamid* döneminden itibaren yoğun olarak işlenen konular arasındadır. Nitekim, Balkanlardaki ve diğer bölgelerdeki toprak kayıplarından sonra Osmanlı’nın son dönemindeki imparatorluk vatanseverliği Anadolu topraklarına odaklanmıştır.¹⁷ Bütün bu gelişmeler Anadolu’ya adeta “*son kale*” hüviyeti kazandırmıştır.

II. TANIM

Meri hukukumuzda salt olarak vatana ihanet suçu ve bu suçtan sorumlu olan herhangi bir kişi bulunmamaktadır. 1961 Anayasasının 99. maddesinde, devlet reisinin vatana ihanet halinde sorumlu tutulacağı ve 147. maddesinde ise Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesinde yargılanacağı belirtilmektedir. 1924 Anayasası da aynı hüküm vardır¹⁸ ve fakat yargı mercii belirtilmemiştir. 1982 Anayasası’nda, 2017 yılında 6771 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliği ile, “*Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğu*” başlıklı 105. maddedeki Cumhurbaşkanının ancak vatana ihanet suçu ile sorumlu tutulabileceği biçimindeki hüküm

¹⁵ Durgun, s. 89, 90.

¹⁶ Karpat, *Osmanlıda Milliyetçiliğin*, s.180-182.

¹⁷ Durgun s. 77.

¹⁸ “*Madde 41- Reiscumhur, hiyaneti vataniye halinde Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı mes’uldür.*”

“Cumhurbaşkanı görevdeyken ve görevinin sona ermesinden sonra da tüm suçlardan sorumlu tutulur.” şeklinde değiştirilmiştir.¹⁹

Sözlükte *ihamet*; hainlik etme kötülük, sadakatsizlik, vefasızlık; *ihamet etmek*; güveni kötüye kullanmak, aldatmak; ihanete uğramak, aldatılmak; *hiyanet*; kendisine edilen emniyet ve güveni kötüye kullanma veya verdiği sözleri yalanlayarak hilekarlıkta bulunma; *hain*; hiyanet eden, kendisine olan güveni kötüye kullanan, nankörlük eden, doğrulukla hareket etmeyip hile yapan, kötü niyetli; *vatan haini* ise; vatanına ihanet eden kimse olarak anlatılmıştır.²⁰ Tanımdan da anlaşıldığı gibi bir ihanetin söz konusu olması için verilmiş sözlere dayanan iki taraflı hukuki bir ilişki ve bu ilişkinin güven üzerine bina edilmesi, iki taraftan birinin hile, güveni kötüye kullanarak, aldatarak ya da verdiği sözü tutmayarak kötülük etmesi gerekmektedir.

Doktrinde vatana ihanet suçu ile ilgili farklı tanımlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre vatana ihanet, Türkiye vatanının bütünlüğüne ve devletin Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ile müesses rejimine karşı irtikap olunan suçların tamamı (mecmuu)²¹; diğer bir görüşe göre ise, devletin ülke bütünlüğüne, Anayasal nizamına ve milletin içtimai yapısını bozmaya müteallik fiiller olarak tanımlanmıştır.²² Vatana ihanet suçu aslında devletin şahsiyetine karşı suç/cürüm olarak nitelendirilse de aslında devlete karşı suçlardan daha geniş bir kavramı ifade eder.²³ Fakat genel olarak, devlete karşı işlenen suçların vatana ihanet suçu olduğu ifade edilmektedir.²⁴ Bir diğer görüşe göre ise, hukukumuzda hiyanet kavramı bir suç ifade etmekten ziyade bir grup suç tarif eden bir *deyimdir*.²⁵

Vatana ihanet suçlarının bariz vasfı bunların ancak vatandaş tarafından irtikap olunabilmeleridir.²⁶ Çünkü vatana sadakat yalnızca vatandaşlar için geçerli bir yükümlülüktür. ²⁷ Nitekim Anayasamızın “Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi” başlıklı 42 maddesinde; “Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.” tümcesiyle vatandaşın Anayasa’ya ve dolayısıyla devlete sadakat borcu ile sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda mesela, bir devlet sırrını casusluk maksadıyla açıklamak vatandaş için vatana ihanet suçu olarak

¹⁹ 11 Şubat 2017 tarihli 29976 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>, (E.T.:21.02.2021)

²⁰ Millî Eğitim Bakanlığı Türkçe Sözlük, Millî Eğitim Yayınları, Ankara, 2000, s.1102,1350.

²¹ Özek, Çetin. “Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 32, Sayı 2-4, s. 633.

²² Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Türk Ceza Hukuku Açıklaması*, 3. Bası, Kazancı, Ankara, 1976, s. 6.

²³ Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, 9.Baskı, Ankara, 2003, s. 55.

²⁴ Özek, s. 624.

²⁵ Gözübüyük, s. 6.

²⁶ Erdoğan, s.160; “Devletin emniyeti, dahili veya beynelmilel siyasi menfaatları icabından olarak gizli kalması lazım gelen malumatı Askerî casusluk maksadı ile istihsal etmekten sanık Nicolaus Barbacikis`in yapılan yargılaması sonunda; suçunun subutu ve hakkında takdiri azaltıcı sebebin kabulü ile Askerî Ceza Kanununun 56/1 D maddesi delaletiyle TCK. nun 133/1, 59, 173/3 ncü maddeleri gereğince oniki sene altı ay ağır hapsine, ve dört sene iki ay müddetle Konya ilinde ikametle genel güvenlik gözetimi altında bulundurulmasına ve hakkında 31, 33 ncü maddelerin uygulanmasına dair (İstanbul Devlet Güvenlik)Mahkemesinden verilen 29.11.1974 gün ve 1974/14 esas, 15 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay`ca incelenmesi C. Savcısı ile duruşmalı olarak tetkiki sanık tarafından istenilmiş ve şartını depo parası ile yerine getirmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle duruşmalı olarak yapılan inceleme sonunda aşağıdaki karar tesbit edildi: 1 - Vatana ihanet suçlarının ilk ve bariz vasfının; bir vatandaş tarafından işlenmiş bulunması olduğu gözetilmeden Yunan uyruklu olan sanık hakkında Askerî Ceza Kanununun 56/1 - D maddesinin uygulanması, ceza tayininde sonuca etkili olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.” (Yargıtay 9.CD, 20.02.1975, 1975/1 E., 1975/5 K.)

²⁷ Özek, s. 624.

addedilebilirken, yabancı için aynı eylem sadece casusluk suçunu oluşturacaktır.²⁸ Yine doktrinde, ağırlıklı olarak, vatana ihanet suçlarının faili olarak sadece Cumhurbaşkanı'nın nazara alındığı görülmektedir. Halbuki bu suçlar özgü suçlar olmayıp bilakis tüm vatandaşların irtikap edebileceği fiiller arasında yer almaktadır.²⁹

III. İHANET SUÇUNUN TARİHİ KÖKENİ

A. Genel Olarak

Doktrinde devletin aleyhine işlenen suçlar ve bu bağlamda vatana ihanet suçları üç döneme ayrılarak ele alınmıştır. İlkçağlardan Fransız ihtilaline kadar olan dönem ilk dönem olarak kabul edilmiştir. Bu dönemde mezkûr suçlar aşağı yukarı benzer karakterleri haizdir. Otorite, güç, egemenlik kutsanmış; prensler, krallar ve hükümdarlar tanrının yeryüzündeki gölgeleri olduğu inancı ile kutsiyet atfedilen bu kişilere veya otoriteye karşı işlenen suçların cezası çoğu zaman keyfi ve ağır olmuştur. XVIII. yüzyılda Liberalizmin ortaya çıkıp etkisini hukukta, uluslararası ilişkilerde ve ekonomide gösterdiği dönemde ise vatana ihanet suçları anayasaya karşı işlenmiş suçlar arasında sayılmış, bir başka deyişle bunlar “*siyasî suç*” olarak kabul edilmiştir. Son dönem ise, devletin tüzel kişilik olarak ortaya çıktığı, devletin menfaatleri ile vatandaşın menfaatlerinin birbirinden ayrıştığı ve devlet menfaatlerinin hukuki korumaya değer olarak kabul ve himaye edildiği dönemdir. Bu dönemde devlete karşı ika edilen fiiller vatana ihanet suçu olarak kabul edilmiş ama suçun kapsamı dar tutulmuş, devletlere karşı irtikap edilen her suç vatana ihanet suçu olarak kabul edilmemiştir.³⁰

Günümüzdeki devlet aleyhine suçların benzerine geçmişte Roma İmparatorluğu dışındaki topraklarda söz gelimi Eski Hint, Mısır, İbrani ve Yunan topluluklarında rastlamak mümkündür. Fakat o dönemde bütün dünyada, bugünkü kullandığımız anlamda, devlet ve vatan kavramı tecessüs etmediği için vatana ihanet suçu kavramsal olarak tam anlamı ile oluşmamıştır. Mesela, Hint yarımadasındaki *Manu* kodunda³¹ bütün suçlar topluma karşı suç olarak kabul edilmiştir. Dinî

²⁸ Erem/Toroslu, s. 55.

²⁹ “...*Sakit ve sabık Cumhurbaşkanı'nın Millî inkılâp hareketini zaruri kılan fiillerini göz önünde bulunduran Türkiye Millî Birlik Komitesi, kendisinin bu suçlar arasında bilhassa T. C. Kanununun'125, 141/3, 146 ve 149 uncu maddelerindeki suçları işlediği neticesine varmıştır. Bu suçlar arasında özel bir mâna taşıyan ve Millî inkılâp hareketinin yapılmasında başlıca âmîl olan ve bu hareketi meşrulaştıran suçlarla ilgili 146 nci madde üzerinde bilhassa durmak gerekir. T. C. K. 146 nci maddesinde yazılı suçun faili her şahıs olabilir: Yani her hangi bir fert veya fert topluluğu bu suçu işleyebileceği gibi, bir parlamento veya Hükümet âzası, hattâ bizzat Devlet Başkanı dahi aynı suçu ika edebilir. (BK : Manzini, Trattato di Diritto Pénale İtaliyano, C. IV, 1921 tabı sayfa : 247 ve 1950 tabı sayfa : 432) Gerçekten her suç, muayyen bir hukuki değer ve menfaatin korunması için ihdas edilir ve bu menfaatin tâyin ve tesbiti, suçun bünyesini, ihdası maksadım anlamaya, o suçu ihdas eden maddeyi doğru bir şekilde tefsir etmeye hizmet eder. Filhakika, bir filin suç sayılmasının dahi maksadı bilinmeden, o suçun unsurlarını tesbit etmeye çok kere imkân bulunmaz. 146 nci maddede yer alan hükmün şevki ile korunmak istenen hukuki değer ve menfaat, Devletin demokratik Anayasa nizamını gayrimeşru surette tadil, tağyir ve ilga hareketlerine karşı korumaktan ibarettir. Bu suretle, haris birtakım iradelerin, Devletin esas ve temellerini hukuka aykırı bir şekilde ihlâl etmeleri önlenmek istenmektedir....” (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10550.pdf>, (E.T.:15.12.2020))*

³⁰ Özek, s.612.

³¹ Orijinal dili Sanskritçe olan *Manu Kanunnamesi* Hinduizm'in temel ahlak ve ibadet esaslarını içinde barındıran kutsal kitaplarından birisidir. *Manu Kanunnamesi* mitolojik olarak Hinduların ve insan ırkının atası kabul edilen ve *Manu* isimli bir kralın dini konularda verdiği bilgilerden oluşmaktadır. 2685 maddelik eserin MD.Ö. 200- MD.S. 100 yılları arasında derlendiği düşünülmektedir. Eserde erdemli bir kralın ülkesini nasıl yöneteceği, farklı kastlardaki kadın ve erkeklerin nasıl davranması gerektiği, karı-kocanın vazifeleri, hayat, ölüm, yeniden doğuş, cinsel hayata ilişkin kurallar ve kanunlar gibi birçok mesele ele alınır. (Ersöz, Emine. “*Manu Kanunnâmesi*’ne Göre Hinduizm”, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. xix vd.)

esaslara dayanan kast sistemi ve düzeni aleyhine meydana gelen fiiller, toplum düzenine karşı suçlar olarak kabul edilmiştir. Çünkü kast sistemi, toplum düzeninin esaslarını Brahmanizm'in kurallarına dayandırmıştır.

Eski Mısır uygarlığında da eski Hint'e benzer toplum-devlet-din birlikteliği görmek mümkündür. Dinin korunması aynı zamanda devlet ve toplum düzeninin korunmasıdır. Kamu düzeninin aynı zamanda dini kurallara uymakla sağlandığı kabul edildiği için, dine karşı suçlar devlete karşı suç olarak kabul edilmiştir. Dönemin yapısına uygun olarak, din adamlarının ve kralın emirlerine riayetsizlik ve sadakatsizlik anlamına gelebilecek çeşitli davranışlar cezalandırılmıştır.

Eski İon Yarımadası'nda da kral kutsal ve ilahi olarak kabul edildiğinden devlet ve kral yapıları iç içe geçmiş kavramlar olduğu için krala karşı ika edilen suçlar da devlete karşı işlendiği kabul edilmiştir. Buna karşın, Atina Şehir Devleti döneminde yönetim biçimi olarak tiranlık değil demokrasi söz konusu olduğundan, halk egemenliği tiranın otoritesinin yerine ikame olmuştur. Bu değişimden kaçınılmaz olarak hukuk sistemi de etkilenmiş ve devlete karşı fiillerin topluluğa, halka karşı işlendiği kabul edilmiştir.³²

B. Roma Hukukunda İhanet Suçu

1. Erken Dönem Roma Hukukunda İhanet Suçu

Devlete karşı işlenen suçların tarihini Cumhuriyet öncesi erken Roma dönemine kadar götürmek mümkündür.³³ İhanet suçunun Roma'nın erken dönemlerinde babanın (*pater familias*) ailesi üzerindeki yargı yetkisine karşı işlenen suçlardan günümüzde kullanılan anlamına doğru evrildiği değerlendirilmektedir.³⁴ Nitekim babaya ait olan ve ailesindeki bütün çocuklar, torunlar, köleler üzerindeki bu hâkimiyet *patria potestas* olarak ifade edilmiştir.³⁵ Babanın aile üyeleri üzerindeki yetkisi tartışmasız ve mutlaktır. Öte yandan *patria potestas* yani babanın yarı kamusal gücü ona aile üyeleri hakkında her türlü tasarrufta bulunma yetkisi verdiğinden baba aile bireylerinin işlediği bazı suçlarda onları cezalandırma yetkisine de sahiptir.³⁶

Roma İmparatorluğu'nun daha ilk kuruluş aşaması olan en erken dönemlerinde devlet adeta klan ve aileler federasyonu mahiyetindedir. Devletin varlığı açısından ailenin otoritesini sürdürmesi önemli kabul edildiğinden *patria potestas*'a (*babanın otoritesi*) karşı işlenen bir suç ihanetle eşdeğer olarak görülmüştür. *Pater familias* öldürmek ya da ona zarar vermek istikrarı (statüko) tehlikeye düşürebileceğinden en ciddi suç olarak görülmüştür. Dolayısıyla Roma ailesinde babanın otoritesine karşı işlenen suçlar bugün kullandığımız anlamda vatana ihanet suçunun ilkel bir türü olarak değerlendirilebilir.³⁷

³² Özek, s.605

³³ Head, Michael. *Crimes Against the State*, Published by Routledge, 2016, New York, s. 24.

³⁴ Lear, Floyd Seyward. *Treason in Roman and Germanic Law*, University of Texas Press, Austin, 1965, s. 15.

³⁵ Poste, Edward. *Elements of Roman Law By Gaius*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1871, s. 48

³⁶ Lear, s.15; Doğanç, Kâmil/Kocakuşak, Fulya. "Eski Roma Ailesinde Pater Familias ve Patria Potestas Kavramları", *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 16, Sayı 27, Bursa, 2014, s. 234.

³⁷ Lear, s.15.

2. Cumhuriyet Dönemi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi vatana (Roma'ya) ihanet, devlete karşı işlenen suçlar içinde en eski olanıydı. Cumhuriyetin son yıllarında ise ihanet suçlarının kapsamı genişlemiş ve kendi içerisinde bir tasnife tabi tutularak ihlaller ve bunların karşılığı olan cezalar belirlenmiştir.³⁸ Bu dönemde de, tıpkı eski İyon Yarımadası, Mısır, Atina Şehir Devleti'nde olduğu gibi, vatana ihanet ile topluma karşı işlenen suçlar aynı anlama gelmekteydi. Devlete karşı silahlanmak, izin verilmeden savaş açmak ya da asker toplamak, ordulara pusu kurmak, askerden kaçmak fiilleri ve dahası düşünce açıklamaları da vatan hainliği kapsamındaydı.³⁹

3. İmparatorluk Dönemi

Roma Cumhuriyetinin imparatorluğa evrilmesi ile büründüğü karmaşık ve mutlakiyetçi yapı sonucunda ihanet suçu artık babanın ailevi alanından çıkmıştır. Çünkü devletin yapısı ailenin ortadan kaldırılması ile bozulacak kadar basit olmaktan değildir. Gerçekten, erken dönemde ismine “*parricidum*” denilen cinayet suçu sosyal istikrarı bozacak mahiyette görüldüğünden ihanet suçu olarak kabul edilirken artık devletin kurumsallaşmasıyla içine “*parricidum*” suçlarını da alan “*perduellio*” kavramı ihanet suçlarını tanımlamak için kullanılmıştır. Vatana ihanet ve düşmanla iş birliği yapma suçuna karşılık gelen “*perduellio*” kavramı kötü savaşçı, düşman, iç düşman anlamına gelen “*perduellis*” kelimesinden türemiştir.⁴⁰

a. Perduellio

Savaş anlamına gelen “*duellum*” kelimesinden türeyen *perduellio* kapsamına giren fiiller Roma'da *numerus clasus* olarak yani tüketici olarak sayılmamıştır. Genel olarak topluma karşı işlenen suçlar bu başlık altında kabul edilmiştir. Perduellio olarak kabul edilen tüm eylemlerin ortak özelliği ise bir tür özel kast olan faildeki “*hostilis animus*” veya “*topluma zarar verme niyeti*”nin varlığıdır.

İmparatorlukta bazı davranışların perduellio olarak kabul edilmesinde çoğu zaman politik kaygılar belirleyici olmuştur. Nitekim başlangıçta “*crimen imminutae maiestatis*” olarak bilinen suçlar failin “*animus hostilis*”in türüne bakılmaksızın hem devletin iç düzenine hem de dış ilişkilere zarar veren eylemler için kullanılırken MÖ 245'ten itibaren, suça belirlenen cezalar ağırlaştırılmış ve suç kapsamı genişlemiştir.

“*Perduellio*” kavramı devlete karşı işlenen, devlete zarar veren her türlü kötü fiilleri kapsamaktadır. Bu kavrama şu gibi suçlar dahil edilmiştir: askerî kampı terk, firar, Roma düşmanı hatta müttefik olmayan devlete gitme, düşmana silah ve yiyecek verme, düşmana bilgi sağlama, düşmanla anlaşma yapma. Bu nev'i suçlar hem cumhuriyet devrinde hem de imparatorluk döneminde askerî mahkemelerin yargı yetkisine bırakılmıştır.

Farklı bir perduellio türü olarak “*proditio*” suçları herhangi bir şehrin bölgenin veya askerî garnizonun düşmana teslim edilmesi olarak tanımlanabilir. Bu suçların karşılığında çarmlıha

³⁸ Özek, s. 607.

³⁹ Gürten, Kadir. “Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2017/3, 2017, Ankara, s. 57.

⁴⁰ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt I, Der Yay., İstanbul, 14. Bası, 2016, s. 55.

germe, vatandaşlık ve medeni hakların kaybı, suçluyu çölde bırakma, kazığa geçirme, vahşi hayvanlara atma gibi cezalar uygulanmıştır.⁴¹

b. Crimen Laesae Maiestatis

Bilinen en eski Roma kaynaklarına göre (MÖ III. yüzyıl ortası) devlete karşı en ciddi suçlar “*crimen laesa maiestas*” olarak adlandırılmaktadır. “*Crimen maiestatis*” ya da “*crimen laesae maiestatis*” MÖ 103 civarında “*Lex Appuleia De Maiestate*” ile başlayan ve “*Digesta*” ile biten özel yasalarda düzenlenen suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴² Roma’da imparatorluğa geçişle birlikte imparator, Tanrı’nın yeryüzündeki gölgesi/temsilcisi/kılıcı olarak görülmüş ve onun şahsına (ve hatta heykellerine) karşı işlenen suçlar *crimen laesae maiestatis* kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim MÖ 27’de ilk imparator olan *Augustus* tahta çıktıktan sonra devlet aleyhine suçlar, “*crimen majestatis*”⁴³ ismini almış ve bu suç muhtelif gruplara ayrılmıştır. Müteakiben *İmparator Gaius, Caesar* ve *Sulla*’nın ihanetle (*maiestas*) ilgili önceki düzenlemelerini, “*Lex Iulia Maiestatis*”i yürürlüğe sokarak değiştirmiş ve böylece “*crimen laesae maiestatis*” kavramının içeriği genişletilmiştir. Bu, kanunlar bütünüyle devletin ve halkın güvenliğine zarar veren ve dolayısıyla imparatora zarar veren eylemlere karşı çıkarılmış bir dizi kurallar bütünüdür. Dönemin ruhuna uygun olarak, *Lex Iulia Maiestatis* kapsamına giren suçların sınırları çok net olmaması şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte, mezkûr kanunların kalıcılığı “*Digesta*”⁴⁴ ile olmuştur.⁴⁵ Roma’nın ihanetle ilgili düzenlemelerinin “*Digesta*”nın 48’inci kitabına dahil edilmesi, *criminal laesae maiestatis* anlayışının yüzyıllarca etkisini sürdürmesinde önemli bir kilometre taşı olmuştur.

Başlangıçta “*crimen maiestatis*” olarak sınıflandırılan ve sınırları belirsiz fiillerin listesi zamanla genişleyerek “*Codex Justinianus*”ta nihai şeklini almıştır. Bu eylemler başlangıçta ölüm, sürgün veya mallara el konulması şeklinde cezalandırılırken “*lex Quisquis*”te failin ailesine, özellikle de oğullarına karşı yaptırımlar öngörülmüştür.⁴⁶

İhanet suçu *İmparator Augustus* döneminde *crimen laesa maiestas* emperyal devletin emelleri için uygun bir argüman olarak kullanılmış ve imparatorun kişiliğini ve otoritesini koruyan kapsamlı bir doktrin haline gelmiştir.⁴⁷ Aslında anılan fiillerin suç olarak görülmesi muhaliflerin ezilmesi için yöneticilere önemli bir fırsat sağladığını söylemekte herhangi bir beis yoktur.

⁴¹ Lear, s.17.

⁴² Dyjakowska, Marzena. *Crimen Laesae Maiestatis A Study of Roman Law Influences in Old Poland*, Wydawnictwo KUL ul. Zbożowa, Lublin, 2013, s. 28.

⁴³ Bir görüşe göre, her *perduellio* fiili *crimen maiestatis* olsa da *crimen maiestatis* başlığı altındaki her suç *perduellio* olarak tanımlanamaz. Zira *crimen maiestatis* kavramı daha geniş kapsamlı olup içerisinde vatan hainliği haricindeki suçları da barındırmaktadır. Bu iki kavramı *Lex Cornelia* başlığı altında birleştiren kişi *İmparator Sulla* olmuştur. (İtişgen Dülger, Rezzan. “Vatana İhanet Suçunun Kökenleri Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, İstanbul, 2017, s. 109.)

⁴⁴ *Digesta*, MS 528-534 yılları arasında derlenen *CIC*’in dört bölümünden birisidir. Elli kitaptan oluşan *Digesta* kanun hükmünde olup belli olaylar için verilmiş somut hüküm ve kararları kapsamaktadır. (Küçük, Eşref. “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *AÜHFD*, Cilt 56, Sayı 4, Ankara, 2007., s. 113.)

⁴⁵ Wessel, Willem/Damen, Peter, “*Maiestas in the Dutch Republic*”, *Rotterdam Erasmus Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (Master Thesis Early Modern Intellectual History)*, Rotterdam, 2017, s. 18., <https://thesis.eur.nl/pub/40565/Damen-Wessel.pdf>, (E.T.:18.09.2020)

⁴⁶ Dyjakowska, s. 29.

⁴⁷ Head, s.24.

Nitekim suçun nasıl oluşacağı imparatorun takdir yetkisine bırakılmıştır. Roma Devleti'nin yüceliğine, onuruna, şerefine zarar verebilecek fiiller *crimen laesae majestatis* kapsamındadır. İmparator, Roma halkının egemenlik ve onurunu temsil etmekte ve bu nedenle imparatora karşı saldırgan fiiller veya düşmanca davranışlar, Tanrı'ya da karşı gelmek anlamına geldiğinden, cezalandırılmıştır. Suçun kapsamının oldukça geniş tutulması hedeflendiğinden bu nevi suçların oluşması için herhangi bir cebir veya silah kullanımı aranmamıştır.⁴⁸

İmparatorluk döneminde vatana ihanet suçunu ele alan diğer bir düzenleme ise *Lex Appuleia de Maiestate*'dir.⁴⁹ Bu kanun, kanunların veya diğer siyasî organlarca alınan kararların uygulanmasını engelleyen Roma hakimlerine karşı çıkarılmıştır. Bu kanun diktatör *Sulla* döneminde (MÖ 81) "*Lex Cornelia de Maiestate*" olarak adlandırılmıştır. Bu dönemde *maiestas* (ihanet) Roma Cumhuriyetinin kilit politik kavramı haline gelmiştir. Söz gelimi, iç karışıklığa sebep olmak *maiestas* kapsamına giren bir fiil olarak kabul edilmiş ve isyana sebep olanları yargılamak için MÖ 90 yılında "*Lex Varia*" yayınlanmış bu Kanun ile de bir de özel yetkili bir mahkeme kurulmuştur.⁵⁰

4. Suçlar ve Cezaları

Vatan hainliği geniş kapsamlı bir suç olduğu için vatan hainliğinin tanımı dönemden döneme değişebilmekle beraber bazı fiiller hemen her dönemde ihanet olarak kabul edilmiştir. Fail olarak herhangi bir ayıma gidilmemiştir. Bu bağlamda vatan hainliği suçlarını Roma vatandaşları işleyebilecekleri gibi üst düzey komutanlar, yöneticiler ve askerler de işleyebilirlerdi. Vatana ihanet cürümleri olarak şunlar sayılabilir:

İmparatorun emri olmadan ve kötü niyet taşıyarak rehineleri öldürmek,

Halefi geldiğinde sahip olduğu makamı yöneticinin teslim etmemesi,

İmparatorun emri olmadan savaş açmak ya da zorla asker veya ordu toplamak,

Müttefikleri düşman edecek, art niyet güderek düşmanın teslim olmasına engel olacak davranışlar ile *res publica*'nın çıkarlarıyla ters düşecek şekilde rehinleri iade etmek,

Düşmana para ya da hayvan vermek,

Savaş alanında çatışmadan teslim olmak, orduyu terk etmek ya da bir ordugahı teslim etmek,

Keşif birliklerinin keşif sırasında düşmanla karşılaştığında onlara göğüs germek yerine kaçması,

Kendinden yüksek rütbeli bir subaya el kaldırmak,

Askerden kaçıp düşmana sığınmak,

İmparatorluk kanunlarını tahrif etmek ya da kopyasını yapmak,

⁴⁸ Dülger, s.107.

⁴⁹ Etimolojik olarak Latince "lex" sözcüğü, iki şey, iki insan arasında sıkı ilişki, sıkı bağlantı anlamına gelmektedir. Kelimenin çoğulu ise "leges"tir. Dolayısıyla *lex* iki şey arasındaki uzlaşma ile kurulan bağlantı anlamındadır. (Selçuk, Sami. *Eski Çağlarda Suç Hukuku*, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt II, Ankara, 2015, s. 1046.)

⁵⁰ Gürten, s. 57.

Herhangi bir magistra'yı ya da Roma halkının diğer memurlarını öldürmeyi amaçlayacak şekilde komplo kurmak,

Devletin çıkarlarına karşı silahlı ya da başka şekilde çete toplayarak, tapınakları ya da diğer mekanları işgal etmek, askerî birlikleri isyana teşvik etmek,

Vatan hainliğinden hüküm giymiş birinin kaçırılmasına göz yummak,

Çağırılmadan sürgünden dönmek,

Sivil bir vatandaşın bilerek ve kötü niyet taşıyarak devletin bir memuruymuş gibi davranması,

Bir yöneticinin ya da herhangi başka birinin, kamu binalarına imparatorun başkasının ismini yazdırması,

Bilerek ve isteyerek kamu arşivlerine sahte kayıt girmek ya da girilmesini emretmek,

İmparatorun şahsına karşı işlenen suçlar.⁵¹

Cumhuriyet Dönemi'nde, *perduellio*'ya hafifletici neden yoksa ölüm veya sürgün cezası verilir, mallarına el konulur, o kişinin evlatları da kanı bozuk ilan edilirdi.⁵² *Deportatio in insulam* denilen belirli bir yerde ikamet mecburiyeti, *relegazione* denilen sürgün, hapis, *obiectio bestiis* yani umumi yerlerde faili parçalatma, *damnatio in ludum venatorium* denilen gladyatörlerle dövüşme gibi zalimane cezalar da bahse konu suçlar için tatbik edilen cezalar arasındadır. Bütün bu cezalara, malların müsaderesi, miras bırakmamak ve vasiyetnamelerin hükümsüzlüğü, lânetleme, bazı haklardan mahrumiyet gibi ağır neticeler de bağlanmıştı.⁵³

C. Cermen Hukukunda Vatana İhanet Suçu

Batı Roma İmparatorluğu MS 476'da yıkıldığında onun bıraktığı miras üzerinde çeşitli devletler ortaya çıkmıştır. Cermen topluluklarının üzerine oturduğu ve etkilendiği miras yalnızca Roma İmparatorluğu'nun toprakları değil aynı zamanda İmparatorluğun kültürü, hukuku gibi önemli değerleri olmuştur. Dolayısıyla *crimen maiestatis* kavramı yani vatana ihanet suçu Cermen topluluklarında da suç olarak varlığını sürdürmeyi başarmıştır. Erken dönem Avrupa'da sadakat genel olarak krallara karşı değil daha çok feodal prenslere veya kontlara karşı gelişmişti. Roma hukuku Alplerin kuzeyindeki Avrupa topraklarının önemli bir kısmında, özellikle Kuzeyde, etkisi azdı. Nitekim İngiltere, Almanya ve Kuzey Fransa okullarında Roma hukukundan çok örfi hukuk kurallarına rastlanılmaktadır.⁵⁴

İhanet suçunun ortaya çıkmasındaki tarihi şartlar ve yapılar Roma ve Cermen devletlerinde benzer özellikler taşısa da Roma hukukunda vatana ihanet kavramının altında yatan temel düşünce ile Cermen hukuku arasına bazı farklar da vardır. Mesela, Cermen hukukunda devlete karşı işlenen suçlar Roma'da hükümdarın şahsına karşı işlenmiş olarak kabul edilmemiş ve bunun yerine ihanet suçu bakımından *sadakatsizlik* olgusu esas alınmıştır. Bu anlayışın temelinde ise Cermenlerde kralın, Roma'da olduğu gibi, Tanrının temsilcisi olarak kabul edilmeyişi ve kralın hür insanlardan

⁵¹ Gürten, s. 58-60.

⁵² Selçuk, s. 1045.

⁵³ Dönmezer/ Erman, s. 55.

⁵⁴ Strayer, Joseph R. *Modern Devletin Kökenleri*, Say Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 42.

oluşan toplumun kurallarını uygulamasının onun görevi olmasında yatmaktadır.⁵⁵ Nitekim, Imperium Romanum topraklarının barbarlarca işgalinden kısa bir süre sonra, Roma hukukundan esinlenen Cermen yasalarında krala olan sadakatin kişisel bağlılıktan değil, hükümdarın mutlak gücünden ve yasaların üzerindeki konumundan (*princeps legibus solutus*) ilham aldığı fikri öne çıkmış, bu anlayış Vizigot Kralı II. Alaric tarafından MS 506'da yayınlanan “*Lex Romana Visigothorum*” ve “*Leges Romanae Barbarorum*” ile Cermen kavimleri arasında yaygınlaşmış benimsenmiştir.⁵⁶

Cermen hukukunda, mağdurun rızası varsa, bazı suçlar cezalandırılmazken ihanet gibi toplumun güvenliğini ve esenliğini ilgilendiren, barışı tehlikeye düşüren suçlarda ise rızanın önemi olmamıştır. Bu tür suçları irtikâp eden kişi, herhangi bir karşılık/bedel/diyet ödenmesine izin verilmeksizin, öldürülmüştür. Mesela, vatana ihanet suçunun cezası, asma, diri diri gömme ya da boğma şeklinde infaz edilmiştir.⁵⁷

MS VI. yüzyılda Hıristiyanlık ve Cermen yasalarının etkisi altında kodlaştırma faaliyetleri olarak ortaya çıkan “*Epitome Sancti Galli (Lex Romana Raetica Curiensis)*” ve “*Breviarium Alarici*” (*Breviarium Alaricianum* veya *Lex Romana Visigothorum*) uyarlamalarında ihanet suçları küfür ve hakaret suçlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Hatta sihirle ilgili kitaplara sahip olmak bile bu dönemde maiestatis suçu olarak kabul edilmiştir.

“*Lex Visigothorum Reccesvindiana*” (*Liber Iudiciorum*) olarak bilinen düzenlemenin Kral Reccesvind tarafından MS 654'te yayınlanmasından sonra⁵⁸, bu yeni düzende kral kendi yararı için değil, halkın ortak iyiliği ve mutluluğu için yasa yapmalı ve bu mevzuat hem kralı hem de halkı bağlamalı anlayışından hareketle Vizigot ülkesinde Roma hukukunun uygulanması kaldırılınca maiestatis suçu da Cermen adet hukukundan türetilen yeni kavramlara bürünmüştür. Bu suçlar için belirlenen ceza, kilisenin de etkisiyle, genellikle Hristiyan topluluğundan dışlanma şeklindedir.⁵⁹ Nitekim, 1199'da *Papa III. Innocent* maiestatis suçlarına karşı bir papazlık kararnameyi yayımlamıştır.

D. Orta Çağ Avrupa'sında Vatana İhanet Suçu

Ortak hukuk veya *Pandekt hukuku* olarak da adlandırılan⁶⁰ Roma hukuku XIX. yüzyıla dek Avrupa coğrafyasında tamamlayıcı hukuk olarak yürürlükte kalmıştır. Gerçekten, Batı Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden sonra V. yüzyılda Roma'nın sosyo-kültürel, idarî ve hukuki etkisi kıta Avrupa'sında yaşamaya devam ediyordu. Avrupalı hükümdarlar, Roma hukukunun elverişli yanlarını kendi egemenlikleri yani kendi çıkarları için kullanmakta herhangi bir sakınca görmediler. XII. yüzyıldan itibaren, Fransa, Sicilya ve İngiltere kralları statülerinin bir Roma imparatorununkine eşit olduğunu iddia ediyorlardı. Bu, Roma kanunlarıyla Roma İmparatorlarına verilen tüm ayrıcalıklara kendilerinin de sahip oldukları anlamına geliyordu. ⁶¹Roma kanunları, Avrupa mahkemelerinin kanuni-politik söylemine ve hükümdarlarının egemen güce sahip olma

⁵⁵ Dülger, s. 112.

⁵⁶ Dyjakowska, s. 85.

⁵⁷ Selçuk, s.1053.

⁵⁸ ABD Ulusal Kongre Kütüphanesi, <https://id.loc.gov/authorities/classification/KJ252.html>, (E.T.:02.03.2021)

⁵⁹ Dyjakowska, s. 86.

⁶⁰ Küçük, s. 111.

⁶¹ Head, s. 24.

iddialarına uygun bir ortam sağlamıştır. Hükümdarlar kendilerini Tanrı tarafından verildiğini iddia ettikleri “*puissance plainière et absolue*” yani *mutlak genel güç* olarak görüyorlardı. II. Frederick ve Kral V. Charles şahıslarına karşı işlenen suçları devlete karşı suçlar olarak kabul eden kararnamelere imza attılar. Bu kararnameleri müteakiben bahse konu fiilleri irtikap edenler hakkında ölüm cezası ve malvarlığına el koyma şeklinde cezalar tatbik edilmiştir.⁶²

Orta Çağ Avrupa’sında devlet düşüncesi hükümdarın/kralın şahsıyla özdeşleşmeye başlayınca krala karşı ika edilen fiiller vatana ihanet suçu olarak kabul edilmiş ve devlet aleyhine cürümlerin kapsamı çok genişlemiştir. Hristiyanlığın yayılması ve Feodalizmin sona ermesi ile Roma hukukunun Germen hukukuna daha çok tesir etmiş, *crimen majestatis* yani ihanet suçları mefhumu Germen hukukuna yerleşmiştir. Bilhassa, son *lex maiestatis* olarak bilinen *Quisquis* isimli Kanun bu konudaki kilisenin nüfuzunu artırmıştır. Germen hukukunda cezalar sertleşmiş ve kolektif cezalandırma usulüne kayılmıştır. Bu kanun, diğer Avrupa ülkelerinde ve özellikle Orta Çağ İtalya prensliklerinde de etkisini göstermiştir.

XV ve XVI. yüzyıllarda vatana ihanet düşüncesi ve bu suçların cezalandırılmasına tepki gösteren birtakım görüşler ortaya çıkmıştır. Gerçekten, insanı her türlü değerın üstünde gören ve keyfi cezalandırmaya karşı çıkan liberal ceza hukuku akımının önde gelen savunucuları *Montesquieu*, *Beccaria*, *Filangieri*, *Feuerbach* gibi hukukçu ve düşünürler siyasî suç kavramını ortaya atmış ve devlete karşı suçların konusu tüzel kişilik olarak bizatihi devletin kendisi olarak görmüş ve krala/hükümdarın şahsını devletle özdeşleştiren rabıtayı koparmışlardır. Bu anlayışla hazırlanan 1810 Fransa Ceza Kanunu, 1813 Bavyera Ceza Kanunu, 1851 Prusya Ceza Kanunu, 1871 Alman Ceza Kanunu, 1889 İtalya Ceza Kanunu klasik liberal hürriyetçi görüşün ilk örnekleri olarak sayılabilir.

Liberal ceza kanunları, tabii hukuk düşüncesinin etkisiyle, devleti en üst siyasal organizasyon olarak görmüş ve bireysel hak ve özgürlüklere önem vermiştir. Yine de Roma hukukunun kalıntısı olarak *crimen majestatis* kapsamında kral ve ailesinin dokunulmazlığı sürmüş bunlara karşı işlenen suçlar devlete karşı ika edilen suçlar olarak mevcudiyetlerini devam ettirmişlerdir.⁶³

E. İslam Hukukunda Vatana İhanet Suçu

İslâm hukukuna göre devlet aleyhine işlenen cürümler tâ’ziren cezalandırılan suçlar grubuna girmektedir.⁶⁴ Çünkü Kuran-ı Kerim’de açık olarak vatana ihanet suçu ve cezası düzenlenmiş değildir. Ancak bazı ayetlerde hıyanete ve isyan fiillerine yer verildiği görülmektedir:

⁶² Wessel/Damen, s. 20.

⁶³ Özek, s. 612-613.

⁶⁴ Ta’zir kelime anlamı olarak te’zib etmek veya azarlamak manasına gelmektedir. (Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük, <https://www.luggat.com/index.php#ceviri>, E.T.:12.02.2021); Fıkıhta ise ta’zîr, had suçları ve belirli cezası bulunmayan suçlara verilecek, miktarı ve icrası yöneticiye veya hâkime bırakılmış cezaları ifade eder. Ta’zîr cezasının şekil ve miktarının belirlenmesinde suçun türü ve büyüklüğü, suçlunun hali ve yol açtığı zararlar suçun işlenmesine etki eden unsurlar dikkate alınır. Bu sebeple ta’zîr suçu ve cezası toplumun âdetlerine ve suçun işlendiği zamana göre değişiklik arz edebilir. Ta’zîr cezaları asli ceza niteliğinde olabileceği gibi asli cezaya bedel veya ek bir ceza mahiyetinde de olabilir. Ta’zîr cezaları, bedeni cezalar, hürriyeti kısıtlayıcı cezalar, mali cezalar, kınama ve mahrumiyet cezaları şeklinde değişik biçimlerde tezahür edebilir. (Başoğlu, Tuncay. “Ta’zir”, TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tazir>, E.T.02.01.2021)

“Bir peygambere, emanete hıyanet yaraşmaz. Kim emanete (devlet malına) hıyanet ederse, kıyamet günü, hainlik ettiği şeyin günahı boynuna asılı olarak gelir. Sonra herkese -asla haksızlığa uğratılmaksızın- kazandığı tastamam verilir.” (Ali İmran süresi, 161. Ayet)

“Kendilerine hıyanet edenleri savunma; çünkü Allah hainliği meslek edinmiş günahkârları sevmez.” (Nisa süresi, 107. Ayet)

“Allah ve Resûlüne karşı savaşanların ve yeryüzünde (hak) düzeni bozmaya çalışanların cezası ancak ya (acımadan) öldürülmeleri ya asılmaları yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut da buldukları yerden sürülmeleridir. Bu onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır.” (Maide süresi, 33. Ayet)

İslâm hukukunda devlet aleyhine ve ta’ziri gerektiren cürümleri hükümdarın meşru emirlerine, kanunlara, nizamnamelere muhalefet, fesat çıkarma, toplum hayatını tehlikeye düşüren fiiller, casusluk, bağılık, ⁶⁵ irtidat (dinden çıkma) olarak sayabiliriz. Bu cürümlerin cezası olarak katle kadar giden çeşitli cezalar öngörülmüştür. Ta’ziren cezalandırma yetkisi ancak bazı kişilerde (hükümdar, kadı veya muhtesip) olduğu için cezalandırmada âmme menfaati bulunması şartı aranmıştır. Esasında bu nevi suçlar için ölüm cezası tatbik edilmemesi gerekirken Osmanlı Devleti’nde, *siyaseten katl* adı altında, bu suçların cezalandırıldığı görülmektedir.⁶⁶

⁶⁵ İslam hukukunda vatana ihanete benzer bir kavram olan “bağy/baği” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Baği devlet başkanının otoritesine karşı güç kullanılarak isyan etmek demektir. Baği suçu içinde ihanet suçunun unsurlarını da mündemiç olan geniş kapsamlı bir suçtur. Bu suç literatürde “*siyaseten katl*” olarak ifade edilen suçun da temelini teşkil eder. Baği suçunun unsurları olarak padişaha ya da hükümdara karşı isyan ya da ayaklanma, kuvvet kullanarak iktidarı ele geçirmeye çalışma ve açık bir isyan kastının olması şeklinde ifade edilmiştir. (Akgündüz, Ahmet. “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, Ankara, 1999, s.5-6); İsyancılar kendilerince haksız gördükleri adil olmayan veya gayri meşru bir yönetime karşı harekete geçmektedirler Baği fiilin suç olarak kabul edilmesi ve faillerinin cezalandırılması Kur’an-ı Kerim’de Hucurat Suresi 9. Ayet (Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah’ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, adil davrananları sever.) ve Hz. Muhammed’in; “Bir Müslümanın kanı şu üç sebepten birisiyle akıtılır: İmandan sonra küfre dönme, evlendikten sonra zina yapma, haksız yere adam öldürme.” hadisiyle temellendirilmiştir. (El-Mâverdi, Ebü’l-Hasen. *Dürrü’s-Sülûk Fi Siyâseti’l-Mülûk*, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2019, s.128, e-kitap, http://www.ekitap.yek.gov.tr/Home/Show2?BOOK_NO=125, E.T.:10.03.2021); Baği suçunu diğerlerinden ayıran en önemli husus failin amacıdır. Gerçekten isyancılar yönetimi devirmek, değiştirmek ya da ayrı devlet kurmak ister ve yaptıklarının İslam’a uygun olduğunu düşünür. İsyankârlar, dinden de çıkmış olarak kabul edildiğinden bağyler ile yapılacak mücadele bir cihat anlamı taşımakta ve mücadele bütün Müslümanlara dini bir vebce olarak yüklenmektedir. (Özek, s. 610-611); Baği suçu sabit olan isyancılarla savaşmak ve bu sırada onları öldürmek helâl kabul edilmiştir. Yalnız onların Müslüman olduğu ve suçlarının siyasî bir suç teşkil ettiği dikkate alınarak sadece zaruret halinde ve isyanı bastırarak ölçüde bir şiddete izin verilmiştir. Ele geçenlerin yaralıları öldürülmez, malları ganimet olarak dağıtılmaz ve telef edilmez, aile fertleri esir alınmaz. Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel’e göre kaçan âsiler takip edilmez. Nitekim Hz. Ali Cemel Vak’ası’nda kaçanları takip etmemiştir. Ebû Hanife ise bu kaçış diğer isyancılara katılmayı sonuçlandıracak ve yeni bir isyana yol açacaksa onların takip edilip yakalanması fikrindedir. İsyanın bastırılmasından sonra harp hukuku hükümleri uyarınca âsilerin isyan sırasındaki öldürme ve yaralama gibi suçları ayrıca cezalandırılmaz. Yine bu esnada yaptıkları zararlar tazmin ettirilmez. İsyancıların evleri yıkılmaz. Meyvelik ve sebzeliklerine, ekinlerine zarar verilmez. Onlarla savaşmak için müşriklerden ve zimmîlerden kuvvet istenmez. Üzerlerine mancınkla taş atma gibi tahrir gücü yüksek silahlar kullanılmaz. (El-Mâverdi, s.129-131.) Sadece isyanlarıyla ilgili olarak ta’zir cezasına çarptırılırlar. Ebû Hanife ta’zir olarak ölüm cezasını da verebileceğini ileri sürerken diğer hukukçulara göre ölüm cezası dışında bir ceza uygulanır. İsyan sırasında işlenen zina, içki içmek vb. isyanla ilgisi olmayan suçlar ise ayrıca cezalandırılır. (Şafak, Ali. “Baği”, TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bagy>, E.T.:05.07.2020)

⁶⁶ Özek, s. 610.

İslam hukukunda isyan fiillerinin cezalandırılması sadece bir niyete veya hazırlığa yöneltilmemiş, fiilin cezalandırılabilmesi için manevi unsur olarak isyan hareketine ve cinayete kast olunması (kast-ı mahsus) aranmıştır. Fiile varmayan düşünceler cezalandırma için yeterli görülmemiştir. Hz. Ali'nin Haricilere davranışı bu duruma örnek olarak verilebilir.⁶⁷

F. Osmanlı İmparatorluğu'nda Vatana İhanet Suçu

Geleneksel olarak Türklerde vatan kavramına ağırlık ve hususiyet verilmiş, hatta kutsallık da atfedilmiştir. Bu sebeptendir ki, vatana ihanet cürümleri toplumda en düşük ahlak derecesi olarak aşağılanmış gerek örfi hukukta gerekse de şer'i hukukta ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Mesela, Göktürklerde isyan ve vatana ihanet suçlarının cezası idamdı.⁶⁸ Cezayı vermek ve infaz etmek hakkı ise kağana aitti. Diğer bir örnek ise Sultan II. Mehmet'in Bizans'tan rüşvet aldığı, Rumlarla iş birliği yaparak ihanet ettiği gerekçesiyle Vezir-i azam Halil Paşa'nın idamını emretmesidir.⁶⁹

Sözlü edebiyatımızın bir parçası olan efsanelerimizde de ihanet ile ilgili menkıbelere rastlamak mümkündür. "*Lanet Taşı*" isimli Türkmen efsanesinde bir Türkmen kenti olan Merv'in yıkılışı anlatılmaktadır. Şehrin yıkılışında ihanet ve nifak önemli rol oynamıştır. Merv'e ihanet eden hainler ise en ağır şekilde cezalandırılmışlardır.⁷⁰

"...Mert bir kere ölür, namert bin kere ölür" demişler. Çok ölçüp biçtikten sonra hain vezir ilk planından vazgeçmek zorunda kalır. Çünkü nasıl olsa kendi canını kurtaramayacaktır. Şehri koruyanların eline ilk düşecek kendisidir. Bunu anladıktan sonra o başka bir yol arar. Kendisi gibi döneçleri toplar ve Merv'e bir elçi gönderir. Elçinin eline bir mektup verir. Mektuba şu sözleri yazar: "Her şeyin bir miktarı vardır. Fazla direnmeyin. Çöpte çörde sayı var. Sizin üstünüze gelen askerde ise sayı yok. Onlar sizin yurdunuzda yel estirirler. En iyisi teslim olun da başınızı kurtarın." Bu hainlik şehri koruyanların zoruna gider. Onlar döneçleri yakalayıp, onların leşini kalenin dışındaki aç itlere verirler."

Tanzimat Fermanı ile hız kazanan Batılılaşmanın etkisi ile Fransa Ceza Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan 1840 ve 1858 ceza kanunlarında vatana ihanet cürmünden ziyade *bağy* (devlete isyan) cürmüne yer verilmiştir. Örneğin 1840 tarihli Kanun-u Ceza'nın Evvelki Faslı'nın 1.maddesinde bu suç;

"Devlet-i Aliyyeye ve kavanin ve nizâmâtâ mugayir harekete tergîp vadisinde fesath sözler söylemek" "Fiilen olduğu halde yani bir kimseyi veya birtakım adamları bağy u isyana davet etmek ve onlara esliha ve barut vermek gibi şeylere tasaddi edecek olduğu takdirde bilâ istisna Tebea-ı Devlet-i Aliyyeden olanların metbuû şer'isi olan padişahına ihanet ve Devlet-i Aliyye

⁶⁷ İslam hukukçuları Hz. Ali'nin Hâricîler'e hitaben, "Siz başlamadıkça biz sizinle savaşa girmeyiz" şeklindeki içtihadını esas alarak isyan başlamadan âsilerle savaşılamayacağını savunmuşlardır. Gerçekten, Hz. Ali, ayrı bir grup oluşturan Hâricîlerle, kendisinin tayin ettiği valinin Hâricîler tarafından öldürülmesi ve silahlı isyan başlayınca kadar savaştırmamıştır. Çoğunluğu teşkil eden hukukçulara göre ise âsilerin yapmış olduğu hazırlıklar isyan edeceklerine karine teşkil ediyorsa savaşa başlamak için fiilen isyan etmeleri artık beklenmez, çünkü bu durum fitnenin büyümesine sebep olur. Ancak barış yoluyla isyana engel olunabileceği umuluyorsa öncelikle bu yol tercih edilmelidir. (Şafak, s.452.)

⁶⁸ UĞURLU Serdar/YILMAZ Kaan, "Türk Devlet Yönetme Geleneğinde Töre'den Örf'e Değişim", *Turkish Studies - International Periodical for The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* Volume 6/2 Spring 2011, s. 956.

⁶⁹ Katgı, İsmail. "Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl (Hukuki Maiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 6, Sayı 24, Kocaeli, 2013, s. 186.

⁷⁰ Başaran, Cihan Barış/ Erol Çalıskan, Şerife Seher. "Türkmen Efsanelerinde Vatana İhanet ve Cezası", *İdil Sanat ve Dil Dergisi*, Cilt 6, Sayı 34, Ankara, 2017, s. 1724.

aleyhine ikazı fitneye cesaret ve kati nefse cüret misillü bir hareket-i sarihası vuku bulup da şer'an ve kamunen ve alenen ve tahkikat-ı lazime ve tetkikat-ı mukteziye ile kiraren ve miraren davası görülerek bilâ garaz cünhası badessübut hüküm tereddüp etmeksizin hafî ve celî ve tesmîmen ve gerek her türlü suver-i mümktüne ile hiç kimsenin canına kast olunmamasına taraf-ı eşref-i Hazret-i Şâhânedan ahd ü misak buyurulmuş olduğundan Devlet-i Aliyye memurlarından ve alelülak sair eşhasdan hiç kimse diğer birisinin canına kast edemeyeceğine binaen "faraza vüzaradan birisi tarafından bir çobanın bile canına kast vukuunda ol vezirin hakkında dahi kısâs-ı şer-i icra oluna.

"1- Sâi bil-fesad olanlar iki suretten hâli olmayıp birisi kavlen ve diğeri fiilen olacağından meselâ bir adam diğer bir adamı veyahut birtakım adamları Devlet-i Aliyyeye ve kavanin ve nizâmâtâ mugayir harekete tergîp vadisinde fesatlı sözler söyleyecek olur ise bir seneden beş seneye kadar fesadının derecesine göre vaz'ı kürek oluna.

2- Fiilen olduğu halde yani bir kimseyi veya birtakım adamları bağı u isyana davet etmek ve onlara esliha ve barut vermek gibi şeylere tasaddi edecek olduğu takdirde bu makule adamların cünhası pek azim olduğundan katl ve idam kılına. Şu kadar ki bu makule siyaseten katil olunacakların idamına hüküm olunduktan sonra taraf-ı eşref-i Hazret-i Padişahiye arz ve istizan olundukda sahib-i cünhanın katle bedel müebbeten kürekçe vaz'ı irade-i merâhimâde-i Cenab-ı Şahane'ye müfavvaz ola.

3- Bu misillü fesad-ı kavli ve fiiliye cesaret idenler Dersaadette oldukları halde davalarının rü'yeti ve tevatüren isbatı mutlaka Meclis-i Ahkâm-ı Adliyyeye mahsus ve münhasır buluna.

4- Taşralarda vuku bulduğu takdirde dahi evvel emirde memleket meclisinde görülüp ba'dehü meclis mazbatası ile beraber ol adam ve iktiza eden şahitler Dersaadete celb ile kezalik Meclis-i Ahkâm-ı Adliyede tekrar davası görüle."

şeklinde ifade edilmiştir.

1851 tarihli *Kanun-ı Cedid*'in 5. maddesinde devlete isyana teşvik suçu düzenlenmiştir.⁷¹ Aynı Kanun'un 6. maddesinde ise devlete isyan edenlere silah ve cephane verilmesi cezalandırılmıştır.⁷²

1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi 48 ila 54. maddeler arasında, vatana ihanet suçu "*Devletin Dış Güvenliğini İhlal Eden Cürüm ve Cünhalar*" başlıklı Birinci Faslında detaylı olarak anlatılmıştır. Anılan maddelerde çoğunlukla devlete karşı düşmanlarla iş birliği yaparak isyan, isyana teşvik, düşman kuvvetlerine lojistik yardım, Devlet-i Aliyye'nin kale liman vs. gibi önemli tesislerini düşmana teslim gibi suçlar düzenlenmiştir. Kanun'un 48. maddesinde Osmanlı tebaasından olup da Saltanat düşmanlarıyla beraber Saltanat aleyhine silah tutma suçu⁷³; 49. maddesinde Osmanlı Devleti vatandaşından herhangi birisinin devlet aleyhine yabancı devletleri savaşa tahrik ve teşvik etmek veyahut savaş ilan etmelerine neden olabilecek sebep ve yolları

⁷¹ "Sâi bi'l fesad olanlar iki nevi suretten hâli olmayıp, birisi kavlen ve diğeri fiilen olacağından meselâ bir adam diğer bir adamı veyahut birtakım adamları Devlet-i Aliyye ve kavanin nizâmâtâ mugayir harekâta tergib vadisinde fesatlı sözler söyleyecek olur ise bir seneden beş seneye kadar fesadının derecesine göre vaz'-ı kürek ve pranga-bend ola" (Akgündüz, Ahmet. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Cilt 1: Kamu Hukuku, Osmanlı Araştırma Vakfı, İstanbul, 2011 s.614'ten aktaran; Topçu, Namık Kemal. *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s.31.)

⁷² "Fiilen olduğu halde, yeni bir kimesneyi veya birtakım adamları bağı ve isyana davaet etmek ve onalra esliha ve barut vermek gibi şeylere tesaddi oldukta bu makulelerin cünhası pek azim olacağından siyaseten kati ve idam kılına. Şu kadar ki, bu makule siyaseten kati olunacakların idamına hükmolunduktan sonra taraf-ı eşref-i haz-ret-i padişahiye arz ve istizan oluna. Ve sâhib-i cünhanın katle bedel müebbeten kürekçe vaz'ı merâhim-âde-i Cenâb-ı Şâhâne'ye müfavvaz ola." (Akgündüz, s.614'ten aktaran; Topçu, s.31.)

⁷³ Tebe'a-i Devlet-i Aliyye'den her kim olur ise olsun Saltanat-ı Seniyye'nin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idâm olunur." (Akgündüz, s.628'den aktaran; Topçu, s.31.)

göstermek; ⁷⁴ 50. maddesinde Devlet-i Aliyye düşmanlarının Osmanlı topraklarına girmelerinin sağlanması, Osmanlı'nın bir şehir ve kale ve müstahkem mevkiini veya limanını, ambarını, tersanesini, gemisini düşmana teslim edilmesi ve düşman kuvvetlerine lojistik destek sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. ⁷⁵

1858 Osmanlı Ceza Kanunnâmesi'nin “*Devletin Dış Güvenliğini İhlal Eden Cürüm ve Cünhalar*” başlığı altında derç olunan maddelerde ise devlete karşı silahlı isyan gibi suçlar düzenlenmiştir. Örneğin 55. maddede, Saltanat-ı Seniyye aleyhine silahlı isyan⁷⁶; 57. maddede, eşkiya ile birlik olunarak silahlı isyan⁷⁷; 58. maddede, suçların irtikâbı için gizli cemiyet kurulması⁷⁸; 59. maddede ise askerî tesislerin kumandasını ele alma veya teslim edilmesi hususundaki emre uymama⁷⁹; son olarak 61. maddede ise her nevi cephanelikleri kasten ve hiyaneten ihrak (infilak) edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiş ve cezalandırılmıştır.⁸⁰

Vatana ihanet cürmü ile ilgili diğer bir düzenleme ise 15 Teşrîn-i Evvel 1330 (1911) tarihli, Askerî Ceza Kanunnâmesi'ne zeyl edilmek üzere, *Esrar-ı Askerîyeyi İfşâ ve Casusluk ve Hiyanet-i Harbîye Hakkında Kanun-ı Muvakkat*'tır. Kanun'un kapsamı, *esrar-ı askerîyeyi ifşâ ve casusluk*

⁷⁴ “*Tebe'a-i Devlet-i Aliyye'den her kim düvel-i ecnebiyeyi Devlet-i Aliyye aleyhinde icrây-ı hareket-ı hasmaneye ve muharebe etmelerinin sebep ve tarikini onlara istihsal edi-vermek zımında, düvel-i ecnebiye veyahut onların memurları ile icrây-ı muharebe ve fesâda tasadî eder ise, bu makule ef al-i fesâdiyesi gerek hareket-ı hasmane vukuunu muntic olsun ve gerek olmasın kezalik idâm olunur.*” (Akgündüz, s.628'den aktaran; Topçu, s.31.)

⁷⁵ “*Tebe'a-i Devlet-i Aliyye'den her kim Devlet-i Aliyye düşmanlarının Memâlik-i Mahrûse'ye dühüllerini teshil veya Saltanat-ı Seniyye'nin bir şehir ve kal'a ve mevâkı-ı müstahkeme ve liman ve anbar ve tersâne ve sefinesini düşmana teslim veya asker ve akça ve zahire ve silah ve mühimmat i'tasıyla iane etmek yahut gerek cünud-ı Devlet-i Aliyye'nin sadakat ve intizamlarını ihlal ve gerek âhar tarîk ile leşker-i a'dâın Memâlik-i Mahrûse'ye tehattî ve istila ve asâkir-i Saltanat-ı Seniyye'ye galebesine hizmet ve muavenet eylemek üzere canib-i a'dâ ile muhabere ve icrây-ı hile ve desise eder ise kezalik idâm olunur.*” (Akgündüz, s.628'den aktaran; Topçu, s.31.)

⁷⁶ “*Her kim bizzat veya bilvasıta tebaa-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memalik-i mahrûseyi, saltanat-ı seniyye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyan tamam ile fiile çıkar veyahut madde-i isyanın başlanmış bulunur ise ol kimse idam olunur.*” (Akgündüz, s.629'den aktaran; Topçu, s.32.) (madde 1876'da Anayasa'nın kabulünün ardından 27 Mayıs 1327 (Miladî 1911) tarihli Kanun'la şu şekilde değiştirilmiştir: “*Kanun-u esasiyi ve hükümetin şekil veya heyetini veya saltanat-ı seniyyenin usul-ü verasetini tağyir ve tebdil veya imhaya cebren teşebbüsü sabit olan şahıs idam olunur.*”)

⁷⁷ *Bâlâda muharrer 55. ve 56. maddelerde beyan olunan fasadlardan birini, birtakım eşkiya birlikte olarak icrâ eder veyahut icrâsına tasaddi evlerler ise, ol cem'iyet-i şakâvete dâhili bulunanlardan asıl re'is-i eşkiya ve muharrik-i meşedet olanlar her nerede tutulur ise idam olunup sairlerin dahi mevki-i cinâyette ahz ve girift olanlar, madde-i fesâda tebeyyün edecek cinayet ve medhallerinin derecâtına göre müebbeden yahut muvakkaten küreğe vaz' olunur”* (Akgündüz, s.629'den aktaran; Topçu, s.32.)

⁷⁸ “*55. ve 56. maddelerde beyan olunan fasadlardan birini icrâ kasdıyla bazı eşhas beyninde bir ittîfak-ı hafî teşkil olunup da, ol ittîfakda tasmin olunan fesâdın icrâsı söyleşilip karargir olduktan başka esbâb-ı icrâyesini tehyie zımında bazı efil ve tedâbire dahi teşebbüs olunmuş olup da, madde-i fesâd henüz fiilen icrâ derecesine gelmemiş ise, ol ittîfakta bulunan kimseler nefy-i ebed cezasıyla mücâzât olunurlar. Ve eğer böyle bir ittîfak-ı hafîde ber-vech-i muharrer fesâdın esbâb-ı icrâyesini tehyie zımında teşebbüs olunmuş bir fiil ve tedbir tebeyyün etmeyip yalnız icrâsı söyleşilerek karar verilmiş olmaktan ibaret bulunur ise, ol halde dâhil-i ittîfak bulunan kimseler muvakkaten kal'a-bend kılınır ve yine maddeteyn-i mezkûreteynde beyan olunan fesâdlardan birini icrâ etmek üzere bir ittîfak-ı hafî teşkiline dair teklif vuku bulup da kabul olunmamış ise, ol teklifi eden kimse bir seneden üç seneye kadar haps olunur”* (Akgündüz, s.629'den aktaran; Topçu, s.32.)

⁷⁹ “*Her kim taraf-ı Devlet-i Aliyye'den memuriyeti veyahut devletçe makbul olacak bir sebep olmadıkça fikra-i askerîye veya bir asker veyahut donanmasının veya cenk sefinesinin vevahut bir kal'a veya bir mevki-i müstahkemin veyahut bir liman veya bir şehrin kumandasını alır ise ve herkim memur olduğu asker kumandasını terketmesi için taraf-ı Devlet-i Aliyye'den vaki olan emre imtisal etmez ise ve her bir kumandan maiyetinde olan askere izin verilerek dağıtılması hakkında vaki olan evâmîr-i Devlet-i Aliyye'ye kezalik sebep-i makbûl olmadıkça imtisal edemeyerek başında tutar ise idâm olunur”* (Akgündüz, s.630'dan aktaran; Topçu, s.32.)

⁸⁰ “*Her kim Devlet-i Aliyye'ye müteallik olan ebniye ve her nevi mühimmât anbar ve mahzenlerini an-kasdin yani hiyaneten ihrak ve hedm eder ise idâm olunur”* (Akgündüz, S.630'den aktaran; Topçu, s.32.)

ve hıyanet-i harbîye irtikâb eyleyenler olarak belirlenmiştir. Söz konusu Kanun 14 maddeden müteşekkil olup son maddesinde ayrıntılı olarak vatan hainliği suçu düzenlenmiştir:

“On Dördüncü Madde: Düşman kuvâ-yı harbîyesine müzâheret veya Osmanlı ve müt- tefikleri kuvâ-yı harbîyesine îrâs-ı mazarrat kasdıyla seferberlik esnasında cerâim-i atıyeyi irtikâb etmek hıyanet-i harbîye addolunarak fâilî idam olunur:

1- Geçidleri veya işgal edilen mevâkii veya Osmanlı ve müttefikleri kıtaâtını veyahud münferid zâbit ve neferatı düşmana teslim et- mek veya teslimine sebep olmak.

2- İstihkâm inşaatını veyahud ordu veya donanmaya mensub sefîneleri ve sair sūfün-i hümâyunu ve veznelere anbar ve depoları veya ihtiyât esliha ve malzeme-i nariyeyi veyahud ihtiyât malzeme-i harbîyeyi düşmana teslim etmek veya teslimine sebep olmak veyahud gerek bunların ve gerek köprülerle demiryolla- rını düşman nef'ine tahrib eylemek veya gayr-i kâbil-i isti 'mâl bir hâle getirmek.

3- Ordu veya donanmaya mensub eşhâsı her ne suretle olursa olsun götürüp düşmana teslim etmek veyahud Osmanlı ve müttefikleri askerini düşman tarafına geçmeğe teşvik eylemek.

4- Harekât-ı askerîye veyahud kale ve mevâ- ki '-i müstahkeme planlarını düşmana veya düş- man nef'ine âhara işşâ ve i 'tâ etmek.

5- Casusluk etmek yani düşmanın tervîc-i makâsıdı için onunla muhabere ve münasebet- de bulunmak veya düşman faidesi için istihsâl-i ma 'lûmât teşebbüsâtında bulunmak veyahud casusu bilerek kabul ve ihfâ eylemek ve ef 'âline sühûlet ve muâvenet göstermek.

6- Osmanlı veya müttefikleri askerini fesad ve isyana teşvik etmek.

7- Yolları veya telgraf ve sair muhabere hututunu veyahud telgrafhâneler ve sair her nevi muhabere merkez ve mevki 'lerini tahrib etmek veya gayr-i kâbil-i isti 'mâl bir hâle getirmek.

8- Parolayı veya parola işaretini veyahud nöbetçilere ve karakollara mahsus ve mahrem talimat ve tenbihatı düşmana veya düşman nef'ine âhara ihbar etmek.

9- Düşman ve müsellaah eşkıya karşısında kasden yanlış ihbarat veya hizmete aid yanlış tebliğâtta bulunmak veyahud bunların suret-i sahihada ihbar ve tebliğinde ihmal ve imhâl et- mek.

10- Osmanlı ve müttefikleri kıtaâtına karşı olan teşebbüsât-ı askerîyesinde düşmana kıla- vuzluk etmek veyahud Osmanlı ve müttefikleri kıtaâtına kılavuzluk ederken yanlış yola sevk eylemek veya her ne suretle olursa olsun düş- mana hizmet ve muâvenetde bulunmak.

11- Düşman veya müsellaah eşkıya karşı- sında kıtaâtı tehyîc edecek veya yanlış harekât ve ef 'âle sevk eyleyecek tarzda işaret-i askerîye vermek veyahud firara davet ve teşvik etmek veya dağılmış askerî toplanmasına mâni olmak.

12- İdare-i harbe taalluk eden hususatda ecnebi ordu ve donanmasına veyahud ecnebi memleketine mensub eşhâs ile münasebâtta bulunmak veya bu münasebâtı teshîl etmek.

13- Düşman veya müsellaah eşkıya beyan- namelerini ve i 'lânnamelerini ordu dahilinde kasden neşr ve tevzî ' etmek.

14- Üserâ-yı harbîyeyi serbest bırakmak.” 81

1876 tarihli Kanun 'i Esasi'nin 5. maddesinde Padişahın şahsının mukaddes ve gayri mes'ul olduğu hüküm altına alınırken Padişahın vatana ihanetten sorumlu tutulabileceğine dair herhangi bir kayıt bulunmamaktadır.

⁸¹ Devlet Arşivleri, Arşiv Belgelerine Göre Osmanlı'da İstihbarat, s.377 vd., https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/Osmanlida_Istihbarat.pdf, (E.T.:06.06.2020)

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA VATANA İHANET CÜRÜMLERİ

A. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun “Devlete ve Milli Güvenliğe Karşı Suçlar ve Kabahatler” başlığı altında madde 265'te ihanet suçuna yer verilmiştir:⁸²

“Şiddet kullanarak Konfederasyon anayasasının değiştirilmesi, anayasaya tayin edilmiş devlet yetkililerini görevden almak veya yetkilerini kullanamayacaklarını göstermek veya İsviçre topraklarının bir bölgesini Konfederasyon'dan veya kanton topraklarının bir bölümünü bir kantondan ayırmak amaçlarıyla eylem gerçekleştiren herhangi biri, bir yıldan az olmayan bir hapis cezasına çarptırılır.”

Ayrıca İsviçre Ceza Kanunu'nun 267. maddesinde devletin güvenliğine ilişkin bilgilerin ifşası, tahrifi, imhası, elden çıkarılması veya çalınması da ihanet suçu olarak düzenlenmiştir:

“Madde 267- Diplomatik ihanet

1. Konfederasyonun çıkarları için korunması gerekli olan bir sırrı yabancı devlet veya vekilleri veya kamuoyuna bir bilerek tanıtma veya erişilebilir kılan herhangi bir kişi,

Konfederasyon veya bir kanton ve bir yabancı devlet arasındaki kanuni ilişkilerle ilgili belge veya kanıtları tahrif eden, imha eden, elden çıkaran veya çalan herhangi bir kişi ve böylece Konfederasyon veya kantonun çıkarlarını tehlikeye atan veya

Konfederasyonun yetkili temsilcisi olarak, Konfederasyona zararlı olması amaçlanan bir yabancı hükümetle müzakere yapan herhangi bir kişi bir yıldan az olmamak koşuluyla gözetim cezasına çarptırılır.

2. Konfederasyonun çıkarları için korunması zorunlu olan bir gizliliği bilerek kamuoyuna açıklayan veya erişilebilir kılan herhangi bir kişi ve beş yıldan uzun olmayan bir hapis cezasına veya para cezasına çarptırılır.

3. İlgili kişi ihmal yoluyla hareket ederse, ceza üç yılı aşmayan bir hapis veya para cezasıdır.”

B. Rusya Federasyonu

1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu 275. maddede “Yabancı bir Devlete, yabancı bir kuruluşa veya bunların düşmanca faaliyetlerde bulunan temsilcilerine Rusya Federasyonu vatandaşı tarafından işlenen dış güvenliğinin zarara uğramasına sebebiyet verilmesi” ihanet suçu olarak düzenlenmiş ve cezalandırılmıştır:⁸³

“Madde 275. Yüksek İhanet, casusluk ve devlet sırlarının ifşa edilmesi

Yabancı bir Devlete, yabancı bir kuruluşa veya bunların düşmanca faaliyetlerde bulunan temsilcilerine Rusya Federasyonu vatandaşı tarafından işlenen dış güvenliğinin zarara uğramasına sebebiyet veren kişi 12 ila 20 yıllık bir süre için özgürlüğünden yoksun bırakılarak veya 500 bin ruble ya da maaş ya da maaş tutarında bir para cezası ile cezalandırılacaktır.

Not: Bu maddede veya 276. maddelerde belirtilen suçları işleyen kişi kendi iradesi ile hükümeti bilgilendirmek suretiyle Rusya Federasyonu çıkarlarına daha fazla zarar verilmesini engellerse suç işlenmesini önlemeyi kolaylaştırmışsa, cezaî sorumluluktan kurtulur.”

Gerçekten de, madde 275'e göre, Rusya Federasyonu vatandaşı tarafından işlenen Rusya Federasyonu'nun dış güvenliğini zarara uğratan yabancı bir devlete karşı veya yabancı bir

⁸² İsviçre Federal Konsey Hükümet Portalı, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>, E.T.:21.02.2021)

⁸³ AGİT Katılımcı Devletler Ceza Kanunları, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7/Russian%20Federation/show>, (E.T.:21.02.2021)

organizasyona veya bunların temsilcilerinin düşmanca faaliyetlerine yardım edilmesi, bunlar lehine casusluk yapılması veya bunlara devlet sırlarının ifşa edilmesi fiilleri vatana ihanet suçu olarak kabul edilmektedir. Bu durumda fail 12 yıldan 20 yıla kadar hapis ve 500.000 Ruble'ye kadar veya failin 3 yıllık gelirinin toplamı kadar adli para cezası veya sadece hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

C. Fransa

Fransız Ceza Kanunu IV. Kitap “*Millete, Devlete ve Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar*” başlığı altında madde 411-1’de vatana ihanet düzenlenmiştir.⁸⁴ Maddeye göre, 411-2 ila 411-11 arasındaki maddelerde tanımlanan suçları Fransa’nın hizmetinde olan bir Fransız veya bir asker işlendiğinde ihanet; vatandaşı dışında başka bir kişi tarafından işlendiğinde ise bu suç casusluk anlamına gelmektedir. Kanun’un 411-11. maddesine göre, bu bölümde belirtilen suçlardan herhangi birini ika etmek için vaat, teklif, baskı, tehdit veya şiddet yoluyla doğrudan teşvik de suç kapsamına dahil edilmiştir.

Kanun’un “*İhanet ve Sabotaj*” başlığı taşıyan 1. Bölümünün “*Ülke Toprağının veya Ordu Ekipmanlarının Tamamının veya Bir Kısımının Yabancı Bir Güce Verilmesi*” başlıklı I. Kısımında yer alan madde 411-2’ye göre; yabancı bir kuruluşa veya yabancı kontrol altındaki bir kuruluşa veya onların acentelerine, Fransız silahlı kuvvetlerine veya ulusal toprakların bir kısmına veya tümüne ait birlikleri yabancı bir iktidara devretmek; Madde 411-3’e göre, yabancı bir teşebbüs veya kuruluşa veya yabancı kontrol altındaki bir teşebbüs veya kuruluşa veya bunların ajanlarına, ulusal savunmaya tahsis edilmiş teçhizatı, yapıları veya cihazları devretmek ihanet suçları olarak sayılmıştır.

D. İspanya

İspanya Anayasası’nın “*Hükümetin üyelerinin sorumluluğu*” başlıklı 102. maddesinde Başbakan ve Hükümetin diğer üyelerinin Yargıtay Ceza Dairesi önünde yargılanabilecekleri bu kişilere karşı yapılan suçlama vatana ihanet ile ilgiliyse Kongre üyelerinin üçte birinin teklifiyle görüşülüp salt çoğunlukla karar alınması icap ettiği belirtilmiştir.⁸⁵

İspanya Ceza Kanunu’nun “*İhanet Suçları ve Devletin Huzuru veya Bağımsızlığına, Ulusal Savunmasına Karşı Suçlar*” başlıklı 13. Bölümünde 581 ve devamı maddelerinde vatana ihanet suçları ele alınmıştır.⁸⁶

“Vatana ihanet suçları

Madde 581

İspanya’ya savaş ilan etmek için yabancı bir güce yardım eden bir İspanyol, on beş ila yirmi yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Madde 582

⁸⁴ AGİT Katılımcı Devletler Ceza Kanunları, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>, (E.T.:21.02.2021)

⁸⁵ Adalet Bakanlığı, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>, (E.T.:21.02.2021)

⁸⁶ AGİT Katılımcı Devletler Ceza Kanunları, https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf, (E.T.:21.02.2021)

1. Düşmanın İspanya'ya girişini, bir kasabanın, askeri karakolun, Devletin gemisinin veya uçağının veya mahallelerin veya silah ambarlarının veya depolarının alınmasını kolaylaştıran İspanyollar,
2. İspanyol birliklerini veya İspanya'ya hizmet edenleri, düşman saflarına katılmaya veya ikna eden veya teşvik eden İspanyollar,
3. Düşman bayrağı altında İspanya'ya karşı savaş için insan veya silah ya da diğer araçlar sağlayan İspanyollar on iki ila yirmi yıl arasında hapis cezasına çarptırılır.

Madde 583

1. Anavatanlarına karşı düşman bayrağı altında silahlanan İspanyollardan lider veya destekçi olarak hareket eden veya herhangi bir komuta/otoriteye sahip olan kişiye daha yüksek derecede ceza verilecektir.
2. Birinci fıkrada belirtilen ceza düşman birlikleri, silahları, gemileri, uçakları, varlıkları veya mühimmatlarını fonlanmasında etkili olan İspanyol vatandaşı için de geçerlidir.
3. Düşman kuvvetleri tarafından kaydedilen ilerlemeyi destekleyecek kale, bina veya arazi planları, belgeler veya haberler sağlayan bir İspanyol,
4. Savaş zamanında, İspanyol birliklerinin yardım veya yukarıdaki fıkrada belirtilen veri ve haberleri almasını engelleyen İspanyollar on iki ila yirmi yıl arasında hapis cezasına çarptırılır.

Madde 584

Yabancı bir gücü, birliği veya uluslararası kuruluşu yardım etmek için ayrılmış veya gizli olarak sınıflandırılmış, ulusal güvenliğe veya ulusal savunmaya zarar verebilecek bilgileri elde eden, taklit eden, devre dışı bırakan veya ifşa eden bir İspanyol, bir hain olarak, altı ila on iki yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Madde 587

Bu Bölümün önceki maddelerinde belirtilen cezalar İspanya ile müttefik bir güce karşı burada tanımlanan suçları işleyenler için geçerlidir.

Madde 588

Anayasa'da belirtilen usule uymadan, savaş ilan eden veya bir barış anlaşması imzalayan Hükümet üyelerine on beş ila yirmi yıl arasında hapis cezası verilir.”

E. İsveç

İsveç Anayasası “*Basın Özgürlüğüne Karşı Suçlar*” başlıklı 7. Bölümünde sık sık ihanet suçuna atıf yapılmıştır.⁸⁷ 2020 yılında değiştirilen 1962 tarihli İsveç Ceza Kanunu’nda “*İhanet Niteliğinde Suçlar*” başlıklı 18. bölümde madde 1 ila 8 arasında; “*İsveç’in Güvenliğine Karşı Suçlar*” başlıklı 19. Bölüm madde 5 ve devamında; “*İhanet*” başlıklı 22. Bölüm madde 1 ve 11 arasında oldukça ayrıntılı olarak ihanet suçlarına yer verilmiştir.⁸⁸ Örneğin 22. Bölüm madde 1’e göre;

“Herhangi biri, ülke savaşırken:

1. Ülkenin savunmasına katılan başkalarını engeller, yanıltır ya da ihanet eder ya da onları isyan, sadakatsizliğe teşvik eder;
2. Savunma için önemli olan eşyayı tahrip eder veya zarar verir;
3. Düşman için personel, mal veya hizmet temin eder veya

⁸⁷ İsveç Anayasası, <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>, (E.T.:21.02.2021)

⁸⁸ İsveç Ceza Kanunu, https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/1/Sweden/show_, (E.T.:21.02.2021)

4. Başka, benzer hain bir davranışta bulunursa, fiil, topyekûn savunmaya önemli ölçüde zarar verebilecek veya düşmana önemli miktarda yardım niteliğinde ise fail ihanet suçundan ve en az dört yıldan on yıla kadar veyahut ömür boyu hapis cezasına çarptırılır.”

F. Almanya

Alman Ceza Kanunu'nun 1. Bölüm 1. Faslı “Barışa ihanet” başlığı taşımaktadır. Bu başlık altında madde 80’de “Saldırı savaşı hazırlığı”, 80a’da “Saldırı savaşına tahrik etmek” suçları düzenlenmiş, 2. Fasıl madde 81 ve devamı maddelerde ise “Vatana ihanet” suçlarına yer verilmiştir:⁸⁹

“(1) Her kim cebren veya bir kullanma tehdidi ile,

1. Almanya Federal Cumhuriyeti'nin mevcudiyetine zarar vermeye veya,

2. Almanya Federal Cumhuriyeti'nin Anayasasına dayanan anayasal düzenini değiştirmeye girişirse,

müebbet hapis cezası ile veya on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hafif hallerde, ceza yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır.”

madde 82’de bir eyalete karşı vatana ihanet;

“(1) Her kim cebren veya cebir kullanma tehdidi ile

1. Bir eyalete ait toprakların tamamını veya bir kısmını almanya federal cumhuriyetiinin başka bir eyaletine işhak etmeye veya eyaletin bir kısmı ayırmaya veya

2. Eyaletlerin birinin anayasasına dayanan anayasal düzeni değiştirmeye girişirse

Bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hafif hallerde hapis cezası altı aydan beş yıla kadardır.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun’un 83. maddesinde vatana ihanet girişimi hazırlığı suçuna yer verilmiştir:

“Madde 83 - Vatana ihanet girişimi hazırlığı

(1) Her kim, federal devlete karşı belirli bir vatana ihanet girişiminin hazırlığını yaparsa, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile, hafif hallerde bir yıl dan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, bir eyalete karşı belirli bir vatana ihanet girişiminin hazırlığını yaparsa, üç ay dan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Alman Ceza Kanunu madde 83a’da ise madde 81 ve 82’ye giren hallerde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

V. TÜRK HUKUK DOKTRİNİNDE VATANA İHANET CÜRÜMLERİ

A. Kavramın Tarihi

Gerek mülga TCK’da gerekse de meri 5237 sayılı TCK’ da vatana ihanet suçu şeklinde tanımlanan bir suç yoktur. 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında (2017 yılı değişikliğinden önce)

⁸⁹ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu* (StGB), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s.150 vd.

Cumhurbaşkanının sadece vatana ihanet hallerinde sorumlu tutulabileceği düzenlenmiş ve fakat hangi fiillerin vatana ihanet sayılacağı sarih bir biçimde ortaya konmamıştır.⁹⁰

Mevzuatımızda ilk kez vatana ihanet cürmü 07/02/1921 (1 Teşrinisani 1338) tarihli 1 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2 sayılı Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun 1. maddesinde⁹¹ tanımlanmıştır.⁹² Türkiye’nin yeni siyasal düzenini korumak maksadına yönelmiş bulunan bu Kanun’un 1. maddesine göre Büyük Millet Meclisi’ne karşı sözle, fiille veya yazıyla muhalefet ve bozgunculuk eden vatan haini olarak kabul edilir:

“Yüce Hilafet Makamı ile Saltanatı ve Ülkeyi, yedi yabancı devlet gücünden kurtarmak ve saldırıları önlemek amacıyla kurulan Büyük Millet Meclisi’ne karşı sözle, fiille veya yazıyla muhalefet ve bozgunculuk eden ‘vatan haini’ olarak kabul edilir”.

Mezkûr madde 15 Nisan 1339 (1923) tarihli Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun Birinci Maddesinin Tadili Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir. Buna göre, kasten ve sözlü veya yazılı

⁹⁰ 1982 Anayasasının “Sorumluluk ve sorumsuzluk hali” başlıklı md.105/3’e göre; “Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.” Maddenin önceki kenar başlığı “E. Sorumluluk ve sorumsuzluk hali” iken, 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle değiştirilmiştir:

“E. Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğu (1)

Madde 105 – (Değişik: 21/1/2017-6771/9 md.)

Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasî partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasî parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımdan itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır. Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz. Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.

Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.” şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere “vatana ihanet” ibaresi Anayasa’dan çıkarılmış ve “Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla...” şeklinde yeni biçimini almıştır. Maddenin gerekçesi şu şekildedir; “Teklif ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yollarına ilişkin olarak Anayasa’da gerçekleştirilen değişiklikler İçtüzüğe yansıtılmaktadır. Bu bağlamda, “güvenoyu”, “gensoru”, “sözlü soru” gibi araçlar İçtüzükten ayıklanmış ve “yazılı soru”, “genel görüşme” ve “Meclis araştırması” mekanizmaları yeniden tanımlanmıştır. Meclis soruşturması mekanizması yürütme organında yapılan değişikliğe uygun olarak yeniden kurgulanmıştır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanının “vatana ihanet” yerine “cezaî sorumluluğu” Meclis soruşturması mekanizmasına koşut olarak yeniden düzenlenmiştir.”; Madde gerekçesi izahat vermektense uzaktır. Ama görülmektedir ki Cumhurbaşkanı artık kişisel ve görev suçları dahil bütün suçlarından ilgili madde hükümlerine göre işlem tesis edilmek gerekecektir. Kaldı ki Cumhurbaşkanının görev süresi dolduktan sonra bile Anayasa madde 105’e göre işlem yapılacaktır. Binnetice, Anayasadaki vatan ihanet ibaresi kaldırılmış olduğundan anılan maddeye referans yapan görüşler de dayanaksız kalmış olmaktadır. Nitekim bir düşünceye göre anılan değişiklikle karşı-imza kuralı, vatana ihanet gibi fikir ayrılığının bulunduğu müesseselerin kaldırıldığı ifade edilmiştir. (Taşdöğen Salih. “Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1305.)

⁹¹ 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu 12/04/1991 tarihinde yürürlüğe giren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu md.23/a bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹² Anılan düzenlenmenin kaynağının Erzurum Kongresi’nde (23 Temmuz 1919-7 Ağustos 1919) kabul edilen Nizamname’nin 6. maddesinde yer alan ve Kongre kararlarına karşı çıkmanın “vatana hıyanet” sayılmasını öngören düzenleme olduğu ileri sürülmüştür. (Tanör, Bülent. *Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)*, 2. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 180)

veya fiilen Türkiye Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine isyanı yol açabilecek muhalefet veya ifsadat veya neşriyatta bulunan haini vatan addolunur:

“Saltanatın ilgasına ve hukuku hâkimiyet ve hükümransininin gayrikabili terk ve tecezzi ve ferağ olmak üzere Türkiye halkının mümessili hakikisi olan Büyük Millet Meclisinin şahsiyeti maneviyesinde mündemiç bulunduğuna dair 1 teşrinisani 1338 tarihli karar hilâfında veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine isyanı mutazammun kavlen veya tahriren veya fiilen ankasdin muhalefet veya ifsadat veya neşriyatta bulunan kesan haini vatan addolunur.”⁹³

Bu madde 1 Şaban 1343 ve 25 Şubat 1341 (1925) tarihinde tekrar değişikliğe uğramış ve aşağıdaki fıkra madde metnine eklenmiştir:

“BİRİNCİ MADDE — Dini veya mukaddesatı diniyeyi siyasî gayelere esas veya alet ittihaz maksadiyle cemiyetler teşkili memnudur. Bu kabil cemiyetleri teşkil edenler veya bu cemiyetlere dahil olanlar haini vatan addolunur. Dini veya mukaddesatı diniyeyi alet ittihaz ederek şekli Devleti tebdil ve tağyir veya emniyeti Devleti ihlâl veya dini veya mukaddesatı diniyeyi alet ittihaz ederek her ne suretle olursa olsun ahali arasına fesat ve nifak ilkası için gerek münferiden ve gerek müctemian kavli veya tahriri veyahut fili bir şekilde veya nutuk iradı veyahut neşriyat icrası suretiyle harekette bulunanlar kezalik haini vatan addolunur.”⁹⁴

Kanun'un 2. maddesine göre bilfiil vatan hainliği yapanlar asılarak idam edilir. Bu hainliğe katılanlar ile teşebbüs edenler ise Ceza Kanunu'nun 45 ve 46. maddelerine göre cezalandırılırlar. Görüldüğü üzere, Hıyaneti Vataniye Kanunu gösterdiği fiilleri işleyenlerin “hain-i vatan” addolunacağını bildirmiş fakat vatana hıyanetin bu maddelerle sınırlı olduğuna dair bir hüküm ise koymamıştır.⁹⁵ Kanun suç tiplerini ve tariflerini muhtevî değildir ve belirli fiillerin cezasını tâyin etmemiştir. Sadece, belirli ve tipik fiilleri ika edenlerin sıfatlarını veyahut niteliklerini belirtmekle yetinmiştir.⁹⁶ 2 sayılı Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nun 1. maddesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı cebir ve şiddete başvurmayan, fakat sözle, fiille veya yazıyla muhalefet ve bozgunculuk edenlerin en ağır şekilde cezalandırılacaklarını ifade etmiştir. Hıyanet-i Vataniye Kanunu, kabul edildiği dönemin özelliklerini, sertliğini ve tavizsiz bir şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı olabilecek her türlü müdahaleyi ne pahasına olursa olsun önlemeyi amaçladığından fiile iktiran etmeyen, cebir ve şiddete başvurmayan, sözle, fiille veya yazıyla husule gelen durumları bozgunculuk addetmiş ve bunları cezalandırmaktan çekinmemiştir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 146. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya vazifesini yapmayı engellemeye cebren teşebbüs edenlerin (hazırlık hareketleri mahiyetinde de olsa) idam cezasına mahkûm edilecekleri, bu suça iştirak edenlerin de idam veya ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları ifade edilmiştir. Aynı maddeye 27 Mayıs 1960 askerî darbesinden sonra 6/7/1960 tarihli ve geçici 15 sayılı Kanun'la şu madde eklenmiş ve vatan ihanet cürümlerinin ne olduğu belirtilmiştir:⁹⁷

⁹³ TBMM Tutanak Dergisi, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100334.pdf, (E.T.:05.01.2021)

⁹⁴ TBMM Tutanak Dergisi, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc003/kanuntbmmc003/kanuntbmmc00300556.pdf, (E.T.:05.01.2021)

⁹⁵ Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Ajans Matbaacılık, Ankara, 1968, s. 66.

⁹⁶ Özek, s.624.

⁹⁷ Anılan Kanun uygulandığı süre için geçerli olan geçici bir kanun olup bazı yöneticileri yargılamak için ihdas edilmiştir. Suç ve ceza geriye yürütülemez ilkesine aykırı olarak geçmişe dönük fiiller bu Kanun kapsamında yargılanmıştır. Bir düşünceye göre böyle bir Kanuna gerek olmadan yorum yoluyla da benzer bir neticeye ulaşmak mümkündür. (Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2005, s. 581.) Başka bir düşünceye

“Madde 1 — Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir: «Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.»

Madde 2 — Türk Ceza Kanununun 56 ncı maddesi kaldırılmıştır.

Madde 3 — Yukarıki madde hükmü, bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden önce işlenmiş olan ve Türk Ceza Kanununun 125 -133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163 üncü maddelerinde yazılı bulunan Vatana hıyanet suçları hakkında da uygulanır.

Madde 4 — Bu kanun yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe girer.

Madde 5 — Bu kanunu Bakanlar Kurulu yürütür.”⁹⁸

Mezkûr Kanun’un 3. maddesiyle TCK md. 125-133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163. maddelerde yer alan suçların vatana hıyanet suçu olduğu ifade edilmiştir.⁹⁹

765 sayılı mülga TCK	5237 sayılı TCK
md. 125	md. 302 Devletin birliğinin ve ülke bütünlüğünü bozmak,
md. 126	md. 303 Düşmanla iş birliği yapmak
md. 127	md. 304 Devlete karşı savaşa tahrik
md. 127	md. 305 Temel millî yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama
md. 128	md. 306 Yabancı devlet aleyhine asker toplama
md. 129	md. 307 Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma
md. 129	md. 308 Düşman devlete yardım
md. 130	md. 322 Savaş zamanında yükümlülüklerini yerine getirmeme
md. 132	md. 326 Devletin güvenliğine ilişkin belgeler
md. 133	md. 328-330 Siyasal veya askerî casusluk
md. 141-142 (devletin nizamını yıkmak için örgütlenme ve propaganda)	
md. 146	md. 309 Anayasayı ihlal
md. 149	md. 313 Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan
md. 150	md. 314 Silahlı örgüt

göre 15 sayılı Kanun’da sayılı olan fiiller vatana ihanet suçundan ziyade özel olarak tanımlanmış birtakım suçlar vasfındadır. (Erdoğan, s. 163.)

⁹⁸ TBMM, Tutanak Dergisi, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc043/kanunmbkc043/kanunmbkc04300015.pdf, (E.T.15.12.2020)

⁹⁹ Mülga TCK’nın 15 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırılan 56. maddesine göre;

“Cürmü işlediği vakit on sekiz yaşını bitirmiş olupta yirmi bir yaşını bitirmemiş ve hüküm zamanında altmış beş yaşını geçmiş olanlar hakkında idam ve müebbed ağır hapis cezasına bedel 24 sene ağır hapis cezası hükmolunur.

Müebbed sürgüne bedel beş sene müddetle muvakkat sürgün cezası verilir.

Sair hallerde cezanın altında biri indirilir”.

md. 163 (devleti dini temeller üzerine kurmaya yönelik her türlü faaliyet)	
---	--

Tablo 1: Mülga TCK ve 5237 sayılı TCK'da vatana ihanet suçları (15 sayılı Kanun'a göre)

15 sayılı Kanun'la sayılan vatana ihanet suçları incelendiğinde selefti Hıyanet-i Vataniye Kanunu gibi vatana ihanet cürmünden ne anlaşılması gerektiğine dair bir izahat yapılmadığı sadece sayma usulü ile anılan suçlara yer verdiği görülmektedir. Keza mezkûr Kanun'la devletin şahsiyetine karşı olan cürümlerin tamamı vatana ihanet suçu olarak belirlenmiştir. Öyle ki taksirle ika edilen bazı suç tipleri de bu kabildendir.¹⁰⁰ 15 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemelerin eski Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın vatana ihanet gerekçesiyle yargılanmasının önünü açmak için ihdas edildiğini gözden kaçırmamak gerekir. Bir görüşe göre, bu Kanun'da sayılan suçların tamamını vatana ihanet suçu olarak kabul etmek imkansızdır. Çünkü sayılanlar arasında taksirle irtikap olunan suçlar da mevcuttur. Oysaki ihanet suçu zaruri olarak kastı icap ettirir. Hatta bu suçlardan kasten işlenen bazıları dahi ihanet suçu olarak addolunamaz. Nitekim uluslararası casusluk suçu bu kabildendir. (765 sayılı TCK madde 133/6, TCK madde 331)¹⁰¹

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 15 sayılı Kanun, dönemin Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın yargılanmasının önünü açmak ve yaş haddi nedeniyle cezasında indirim gidilmesini engellemek adına getirilmiş, somut olaya münhasır geçici bir kanundur. Zira 1924 Anayasası md. 41'e göre¹⁰² Cumhurbaşkanı ancak vatana ihanetten sorumlu tutulabilmektedir. Bu nedenle Cumhurbaşkanı Celal Bayar'a isnat edilecek suçların vatana ihanet şemsiyesi altında toplanması gerekmektedir. Bu amaçla bir kanun çıkarılmak suretiyle vatana ihanet kavramının içi doldurulmuş, geçici bir kanun ihdas olunarak Kanun'un sınırlı bir süre için cari olacağı formüle edilmiştir.¹⁰³

1960 askerî darbesinden sonra yönetimi ele alan Millî Birlik Komitesi 7/7/1960 tarihli geçici 15 sayılı Kanunla TCK madde 146'ya eklenen hükümler kapsamında sabık ve sakıt Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın vatana ihanet suçu işleyip işlemediğine karar verirken 1920 tarihli ve 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu'nda yazılı suçlar, Askerî Ceza Kanunu'nun 3. babında "Hıyanet" başlığını taşıyan 1. faslındaki cürümler ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Birinci Bab 1 ve 2. fasıllarında yer alan suçları referans almıştır.¹⁰⁴ Hakeza Millî Birlik

¹⁰⁰ Topçu, s.45-46.

¹⁰¹ Erem/Toroslu, s. 56.

¹⁰² Madde 41: "Reisicumhur hıyaneti vataniye halinde büyük millet meclisine karşı mesuldür. Reisicumhurun isdar edeceği bilcümle mukarrerattan mütevellit mesuliyet 39. Madde mucibince mezkûr mukarreratı imza eden başvekil ile vekil aidine racidir."

Reisicumhurun hususatı şahsiyesinden dolayı mesuliyeti lazım geldikte işbu teşkilatı esasiye kanunun masuniyeti teşriyyeye taalluk eden 17. Maddesi mucibince hareket edilir.

¹⁰³ Dülger, s.134.

¹⁰⁴ "Karar No: 2 Sakıt ve sabık Cumhurbaşkanının; ilişik gerekçede belirtilen sebepler muvacehesinde, Anayasa'nın 41 inci maddesinin 1 inci cümlesine dayanılarak, Türk Ceza Kanununun 125, 141/3, 146 ve 149 uncu maddelerinde yazılı suçlardan dolayı sorumlu olduğuna ve Yüksek Adalet Divanında muhakeme edilmesine, Türkiye Cumhuriyeti

Komitesi vatana ihanet cürmünü incelerken vatana ihanet cürmünün Anayasal tabirinden sadece “*esas teşkilât kanununda tesbit edilmiş prensipler değil, bunlardan başka Devletin esas teşkilâtını tâyin eden bütün kaideler de anlaşılır.*” şeklinde kavramı geniş olarak yorumlamıştır. Komiteye göre, İsviçre uygulamasında da benzer bir durum söz konusudur:

“...Binaenaleyh Türkiye Cumhuriyeti Esas Teşkilât Kanunu tadilini, yalnız muayyen bir kanun olarak kabul etmeyip, fertlerin esas haklarının, korunmasını, Devlet kuvvetlerinin icra şartlarını teminat altına alan herhangi bir kanun veya hukuk ve Demokrasi prensipleri şeklinde anlamak icabeder. Bundan Ötürü Seçim Kanunu ile teminat altına alınmış olan seçme hakkının keyfi surette ihlâl edilmesi dahi, 146 nci maddeye muhalefet teşkil edebilir. Bundan başka, hükümlerlik hakkı teşri, icra ve kaza olmak üzere üç kuvvetten mürekkep olduğu cihetle, bu kuvvetlerden herhangi birini vazife yapamaz bir hale getirmek de, 146 nci maddenin tabikini icab ettirir.”¹⁰⁵

B. Tanım ve Suçların Niteliği

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 2 sayılı Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun 1. maddesinde vatana ihanet cürmü tanımlanmış, anılan Kanun’un mülga edildiği 12 Nisan 1991’e kadar bu tanım geçerliğini korumuştur.¹⁰⁶ Fakat bu tarihten itibaren bu suçu tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce Türk pozitif hukukunda vatana ihanet suçunun ne olduğu, hangi

Millî Birlik Komitesinin 7 Temmuz 1960 tarihli toplantısında ittifakla karar verilmiştir...Millî Birlik Komitesi bu yollara gitmeyerek hiyaneti vataniye mefhumunu yürürlükte bulunan kanunlarda mevcut suçlar arasında aramak yolunu tercih etmiştir. Yürürlükte olan mevzuatımız muvacehesinde ne gibi suçların hiyaneti vataniye mefhumuna girdiğinin tesbitine gelince: 1920 tarihli ve 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanununda yazılı suçlardan maada Askerî Ceza Kanununun 3 üncü babında «hiyanet» matlabını taşıyan 1 inci faslındaki cürümler ve Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci babının 1 ve 2 nci fasıllarında yer alan suçlar, vatana hiyanet teşkil ederler. Gerçekten sözü geçen suçlar Devletin iç ve dış şahsiyetini, birlik ve bütünlüğünü ve emniyetini doğrudan doğruya ilgilendirmekte olup bu fiilleri suç saymakla kanunen hukuki değer ve menfaat, Devletin esas ve temellerinin hukuka aykırı bir tarzda ihlâl edilmemesini sağlamaktan ibarettir. Nitekim yabancı kanunlardan Alman Ceza Kanunu ile İsviçre Ceza Kanunu da bu suçlardan birçoğunu vatana hiyanet matlabı altında düzenlemektedirler..... Yukarıdan beri belirtilen hususlar sabık ve sakat Cumhurbaşkanı CELÂL BAYAR'm Türk Ceza Kanununun 125, 141/3 ve 149 uncu maddelerinde yazılı suçlardan maada 146 nci maddedeki suçtan da itham edilmesi gerektiğini göstermektedir. Gerçekten Celâl Bayar Meclisçe ve Hükümetçe alınmış olan ve neticede Anayasanın tağyir, tebdil ve ilgasına müncer olan tedbir, tertip karar ve kanunların fiilen mürevvici olmuştur. Evvelâ Hükümeti teşkil eden şahıslar, bilahare doğrudan doğruya veya onlar vasıtasıyla milletvekilleri üzerinde nüfuz ve otoritesini kullanarak bu suçun işlenmesinde başlıca âmil olmuştur. Kaldı ki, Anayasaya aykırı kanunları Teşkilâtı Esasiye Kanununun 35 inci maddesindeki iade salâhiyetini kullanılmıyarak derhal ilân etmesi de bu husustaki kanunsuz tutumunu ayrıca ortaya koymaktadır. Suçun asli failleri arasında bu suretle yer alan sakat Cumhurbaşkanı Celâl Bayar'ın kanunun tabikinde maddî cebir kullanılmasının ve tenkil fikrinin galebe çalmasının başlıca âmili olduğu aşikârdır. Bundan başka Cumhurbaşkanının tarafsız olması Anayasanın esas prensiplerinden biri olduğu halde sakat Cumhurbaşkanının müfrit bir parti lideri gibi hareket edip Demokrat Parti işaretini taşıyan bastonla seyahatler yapmaktan çekilmeyerek seçim mücadelelerine Demokrat Parti lehine bilfiil iştirak etmesi, valilerle ve hattâ emniyet mensupları ile doğrudan doğruya ve sık sık temaslarda bulunarak partizanca ve kanuna aykırı emirler vermesi ve milletvekillerini her antidemokratik ve Anayasaya aykırı kanun veya harekete takaddüm eden günlerde Cumhurbaşkanlığı köşkünde tertip ettiği ziyafetlere grup grup çağırarak hukuk dışı telkinlerde bulunması, kendisinin Anayasanın ihlâli suçunu doğrudan doğruya asli fail! olarak işliyen ve başkalarını da bu suçu işlemeye azmettiren bir şahıs olduğunu açıkça göstermiştir. Yine Celâl Bayar Anayasaya aykırı muhtelif tedbir, tertip, karar ve kanunların da kabul edilip mevkii fiile konulmasında ve binnetice Anayasanın ihlâl edilmesinde aynı şekilde âmil olmuştur.” (Millî Birlik Komitesi Umumi Heyetinin Cumhurbaşkanının Yüksek Adalet Divanında muhakeme edilmesine dair 13 Temmuz 1960 tarihli kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10550.pdf>, (E.T.:15.12.2020))

¹⁰⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10550.pdf>, (E.T.:15.12.2020)

¹⁰⁶ Anılan Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde dahi, salt vatana ihanet suçundan bahsedilemeyeceği de ileri sürülen görüşler arasındadır. (Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016, s. 544; Dönmezer/Erman, Cilt I, s. 242; Erdoğan, Mustafa. “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987, s. 160; Arslan, Çetin. “Yüce Divan olarak Anayasa Mahkemesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1997, s. 78.)

suçların vatana ihanet teşkil edeceği yönündeki eksiklik, mukayeseli hukukun aksine, bu suçun sadece Cumhurbaşkanı (bazı durumlarda asker şahısların) tarafından işlenebilen bir suç olması şeklindeki anayasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Anayasa sadece Cumhurbaşkanının vatana ihanet halinde Meclise karşı sorumlu olduğunu beyan etmekle yetinmiş, kavramın içeriğini ve hangi suçları kapsadığını açık olarak belirtmemiştir. Nitekim 1921 tarihli Anayasası döneminde de “*vatana ihanet tabiri belirli bir suçu ifade maksadiyle sevk edilmemiş, halin icaplarına göre Meclise bu vasıfta olabilecek suçu ve cezasını ve yargılama merciini tâyin ve tesbit salâhiyeti tanınmıştır.*”¹⁰⁷ Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı sorumluluğun Meclis tarafından tespit edilmesi bu sistemin zaruri bir neticesidir. Benzer biçimde, Anayasada kullanılan “*hiyaneti vataniye*” tabiri teknik mânada muayyen bir/birkaç suçu ifade etmekten ziyade birçok suçu ihtiva eden genel bir terimdir. Meclis Cumhurbaşkanını vatana ihanet suçunu teşkil eden bir fiili işlemle itham ettiği takdirde bu suçun neden ibaret bulunduğunu tespit edecek özel bir kanun çıkarmak salâhiyetini haiz olduğu gibi, faili kuracağı özel bir mahkemeye de sevk edebilir.¹⁰⁸

Doktrinde vatana ihanet kavramı ve suçunun aslında müphem ve belirsiz olduğu, cezai olmadığı daha çok siyasi olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.¹⁰⁹ Nitekim, her ne kadar 1924 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının tüm işlemlerinin karşı imza kuralına tabi olacağı ifade edilmişse (madde 39: “*Reisicumhurun ısdar edeceği bilcümle mukarrerat Başvekil ile vekili aidi tarafından imza olunur.*”) de 41. maddenin ilk cümlesinde, “*Reisicumhur hiyaneti vataniye halinde Büyük Millet Meclisine karşı mesuldür.*” biçiminde hükme yer verilmesinin kavramını cezai değil daha çok siyasi olduğu yönündeki görüşleri kuvvetlendirdiği görülmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁷ “*Bu kasdi boşluğun sebebi, 1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanununun hazırlık çalışmalarında şu suretle izah edilmektedir: «Mazbata Muharriri Celâl Nuri Bey (Gelibolu) — Efendiler; cümlelerin malûmu olduğu üzere, Reisicumhur intihab edilen bir zat milletin sencidesi olur, büyük bir adam olur; öyle bir adam, acaba filâna tokat atacak mı, filân cürmü istilzam eder bir iş yapacak mı, diye tasavvur etmek bendenizin fikrimce ayıptır. Reisicumhuru intihabeden şu Heyeti Ceîlenin bile bu halleri tasavvur etmemesi lâzımdır.»*

«*Ali Şuuri Bey (Karesi) — Lâyuhî midir?*

«*Ahmet Şükrü Bey (Dersim) — Beşeriyette her şey olur.» «Celâl Nuri Bey (Gelibolu) — Birtakım hususatta bir hâdisе vuku bulacak, ki bu hâdisede fevkalâde, harikulade ve belki milletin tarihinde bir tek hâdisе zuhur edecek, ki onun üzerine Heyeti Celile düşünür ve bunun tarzı muhakemesini, ne yapacağını ve nasıl tesviye edecekler' o zaman tesbit eder. Yoksa ortada fol yok yumurta yok iken Reisicumhur gibi bir zatâlinin müstelzimi mücazat bir hareketten dolayı ne suretle mesul tutulacağı tedbir etmek doğru olamaz. Lehistan Kanunu Esasisinin Feridun Fikri Bey tarafından okunan ilk maddesi bizim tanzim ettiğimiz maddeye şebihtir. Üst tarafına gelince, onlar biraz ileriye giderek bazı mesuliyetlerin nasıl Meclis tarafından ve ekseriyetle tensip edileceğini göstermişlerdir ki, bunu da biz zait görürüz. Bu gibi şeyler hâdiseye bırakılır ve hâdisе neticesinde - hudanekerde öyle bir şey olursa - o vakit tesbit edilir.”* (Teşkilât-ı Esasiye Kanunu hazırlık çalışmaları)

¹⁰⁸ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10550.pdf>, (E.T.:15.12.2020)

¹⁰⁹ Kerse, Ahmet. *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı*, İstanbul, Sümer Matbaası, 1973, s.161.

¹¹⁰ Söz gelimi, dönemin Gelibolu vekili *Celal Nuri Bey* de kavramın siyasi yönüne dikkat çekmiştir: “*Efendim, 41 inci maddede reisicumhur ancak hiyaneti vataniye halinde Büyük Millet Meclisine karşı mesuldür deniyor. Bundan evvel kabul edilen 39 uncu maddede Reisicumhurun ısdar edeceği bilcümle kavanin başvekil ve evkili aidi tarafından imza olunur diye gösterildiğinden bu madde adeta diğer maddenin tetemmimesinden ibarettir, başka bir şey değildir.*” Keza, Dersim vekili *Feridun Fikri Bey*’e göre de, vatana ihanet kavramının içeriğinin belirsizdir: “*Efendim, yazılmış olan madde hiçbir mana ifade eden bir madde değildir... Çünkü malumu aliniz evvela Reisicumhurun mesuliyeti siyasiyesi meselesi vardır. Mesuliyeti siyasiyesi yoktur, fakat mesuliyeti siyasiyesi meselesi vardır... Binaenaleyh şimdi 41 inci madde neyi ifade etmek istiyor ve burada istimal edilmiş olan hiyaneti vataniye meselesi nedir?... “Hiyaneti Vataniye” mefhumu nedir? Bildiğimiz hiyaneti vataniye kanunundaki hiyaneti vataniye ifadesi midir? Yoksa manayı edebisini maksuddur?... Mesuldür deniyor. “Mesuldür” kelimesinin manası ne suretle tecelli edecektir? Mesuliyeti siyasiye midir, mesuliyeti cezaiye midir?”* (Gözübüyük, A. Şeref / Sezgin, Zekai, 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari Bilimler Enstitüsü Yayını, Enstitü Yayın No: 3, 1957, s. 349’dan aktaran Gülfidan 84, 85.)

Doktrinde vatana ihanet suçlarının kapsamı konusunda görüş birliği yoktur. Bu konudaki görüşler daha çok, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, failin Cumhurbaşkanı olduğu durumlara münhasır olarak yapılan açıklamalardan ibarettir:

Bir görüş, devletin şahsiyetine karşı irtikap olunan suçları yani TCK md. 302 ile 339. maddeleri arasında sayılan suçların önemli bir bölümü vatana ihanet kapsamında değerlendirmektedir.¹¹¹ Bu düşünceye göre, “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar”, “Anayasal Düzen ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar”, “Millî Savunmaya Karşı Suçlar” ve “Devletin Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” başlıkları altında düzenlenen bir kısım suçlarda vatana ihanet kavramı temel alınmıştır.

Diğer bir görüşe göre ise, TCK’daki *Devletin Birliğinin ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak* (madde 302), *Düşmanla İş birliği Yapmak* (madde 303), *Anayasayı İhlal* (madde 309), *Yasama Organına Karşı Suç* (madde 311), *Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyân* (madde 313), *Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı* (madde 310) gibi cürümler vatan ihanet sayılmalıdır. Bu düşünce 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ve *Manzini*’nin görüşünü esas almıştır.¹¹²

Öztürk’e göre, Türk vatanının bütünlüğüne, devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların tamamına vatana ihanet suçları denmektedir. Yazara göre, vatana ihanet suçunun oluşabilmesi için aranan kriterler muğlak olup Anayasanın ikinci maddesi kriter olarak esas alınmalıdır.¹¹³

Başka bir düşünceye göre ise ayırım yapılmaksızın Terörle Mücadele Kanunu’nda yer alan tüm suçlar vatana ihanet suçları olarak kabul edilmelidir.¹¹⁴

Tanör/Yüzbaşıoğlu vatana ihanet suçunu tanımlarken sadece failin Cumhurbaşkanı olduğu durumları dikkate almıştır. Buna göre, bir fiilin vatana ihanet teşkil ettiğinin tespiti itham aşamasında TBMM tarafından nihai olaraksa Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmalıdır (siyasî-cezaî görüş).¹¹⁵

Arslan da sadece suçun failinin Cumhurbaşkanı olduğu ve Cumhurbaşkanının sadakat borcuna aykırı davranışlarını nazara alarak, pozitif hukukta vatana ihanet şeklinde bir suçun mevcut olmaması karşısında her somut olayda hangi fiilin vatana ihanet teşkil edeceğine TBMM’nin karar vermesi yönünde görüş belirtmiştir. Tabii ki TBMM burada ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiillerle sınırlı olarak hareket edecek bir bakıma kanunilik ilkesine riayet edecektir.¹¹⁶

¹¹¹ Dönmezer/Erman, Cilt I, s. 242; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 831; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 179 vd.

¹¹² Soyaslan, s. 580.

¹¹³ Öztürk, Bahri. “Bir Ceza Mahkemesi Olarak ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı*, C. 12, 1995, s. 91.

¹¹⁴ İçel, Kayıhan / Donay, Süheyl. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 144-145.

¹¹⁵ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 20. Bası, İstanbul, 2020, s.322; Aynı yönde Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 243.

¹¹⁶ Arslan, s. 80.

Daha çok Fransız doktrini tarafından savunulan görüşe göre (anayasacı görüş) vatana ihanet suçları cezai olmayıp siyasal nitelikte suçlardır.¹¹⁷ Çünkü bu suçlarla korunan hukuki değer vatan sevgisinden ziyade anayasal organlardır.¹¹⁸ Anılan suçlar Anglosakson hukukundaki *impeachment* usulünden esinlenilerek Kıta Avrupası hukukuna dahil olmuştur.¹¹⁹ Fransız hukukunda vatana ihanet kavramını gensoru önergesinin bir başka biçimi olarak gören yazarlar da vardır.¹²⁰ Bu bağlamda failleri sadece cumhurbaşkanı gibi siyasi aktörler olabilir. Bu nevi suçların siyasal olarak kabul edilmesi suçlara tatbik olunacak yaptırımların da, haliyle, siyasal olmasını gerektirir (sadece görevden alma).¹²¹

Hangi suçların vatana ihanet sayılması gerektiğine dair 7/7/1960 tarihli ve 15 sayılı Kanunu esas alan başka bir görüş ise 15 sayılı Kanun'un, vatana ihanet hususunu tespitite kesin bir mahiyet taşımadığını belirtmekle beraber, 15 sayılı Kanun'daki suçları, yani devletin şahsiyeti aleyhindeki suçları, “*genel olarak vatana ihanet suçu ve genel olarak girmeyen suçlar*” şeklinde bir ayrıma tâbi tutmakta ve bunları bir araya toplayan hususun, vatana ihanet saiki olduğunu belirtmektedir.¹²² ¹²³ Nitekim yazara göre, mezkur suçlar arasında taksirle ika olunan suçlar olabildiği gibi, kasten irtikâp olunanlardan bazılarının, uluslararası casusluk suçunda olduğu gibi, vatana ihanet saymaya imkan yoktur. Bu durumda, bir fiilin işlendiği tespit edildikten sonra, failin vatana ihanet saiki ile hareket edip etmediğini belirlemek gerekecektir.¹²⁴

Bir diğer görüşe göre, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçlamasıyla Yüce Divana sevk eden Parlamento aynı zamanda hangi fiillerin de vatana ihanet sayılacağını belirlemiş olacaktır ki bu, hem *suçta ve cezada kanunilik* ilkesine hem de *kanunsuz ceza olmaz* ilkesine aykırıdır.¹²⁵ Gerek 1961 Anayasası'nın 99. maddesinde gerekse de değişiklikten önceki 1982 Anayasası'nın 105. maddesinde de vatana ihanet suçunun unsurları tâyin edilmemiştir. Bu durumda, Parlâmento devlet reisinin hangi fiilinin vatana ihanet kapsamına girdiğini belirlemesi gerekecektir ki bu

¹¹⁷ Özyüksel, Özgün. “Türk Ceza Hukukunda “Tam Sorumlu Cumhurbaşkanı”, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, Ankara, 2020, s.1054.

¹¹⁸ Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*, 2. Bası, Paris, Recueil Sirey, 1929, s. 536'dan aktaran Gülfidan, s. 91.

¹¹⁹ Hauriou, s. 536'dan aktaran Gülfidan, s. 91.

¹²⁰ Prélôt, Marcel, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 3. Bası, Paris, Librairie Dalloz, 1963, s. 641'den aktaran Gülfidan, s. 92.

¹²¹ Leclercq, Claude, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 9. Bası, Paris, Litec, 1995, s. 639.'dan aktaran Gülfidan, s. 92.

¹²² Özek, vatana ihanet halinin tahakkuku için, vatana ihanet saikinin mevcudiyetinin aranmasını da gerekli görmemektedir. Ona göre, vatana ihanet saikinin muhtevasının ne olduğu belli değildir. Vatana ihanet manevi bir durum değildir. Fiilin doğurduğu neticenin vahameti ve mahiyeti, fiilin vatana İhanet teşkil etmesi sonucunu doğurur. Manevi bakımdan, fail vatanına olan sevgi ile hareket de etmiş olabilir ve fakat fiil mevcut düzen için vatana ihanet teşkil eder. Bu bakımdan, vatana ihanet saiki ile hareket edilmiştir veya edilmemiştir diye bir ayrım yapılamaz. Fiilin neticesinin objektif olarak takdiri, vatana ihanet teşkil edip etmediğini ortaya koyacaktır.

¹²³ Erem/Toroslu, s. 56.

¹²⁴ Özek'e göre, 1924 Anayasasının 41. maddesine göre Devlet başkanının sorumluluğu fiilinin vatana ihanet mahiyetinde olmasına bağlıdır. Fakat anılan maddede vatana ihanet saikinin çerçevesi net bir şekilde çizilmemiştir. Bu durumda TBMM'nin anılan yetkisi vatana ihanet mahiyetindeki bir fiili Cumhurbaşkanı'na isnat edebilmesi ve cezasını, yargılama merciini belirleyebilmesi gibi kanunilik prensibine aykırı sonuçlar doğurabilir. Öte yandan, Millî Birlik Komitesinin, 7/7/1960 tarihli ve 2 sayılı kararı da vatana ihanet kavramını tarif eden ve bu konuda tipik bazı fiiller meydana getiren mahiyette değildir. Bu kararlar Millî Birlik Komitesi, yargılanacak eski devlet başkanının belirli fiillerini vatana ihanet vasfında görmüş ve bu konularda kendisini itham etmiş olmaktadır. Yoksa bu kararın maksadı vatana ihanet suçlarını tarif ve tâyin etmek değildir. (Özek, s. 630.)

¹²⁵ Soyaslan, s. 580.

işlemin ön şartı fiilin kanunlarda suç olarak kabul edilmiş bulunmasıdır.¹²⁶ Öte yandan, bu görüşün dayanaklarından birisi olan Anayasanın 105. maddesi hükmü 2017 yılında değiştiği için artık dayanaksız kalmıştır. Zira, mevcut durumda artık mezkûr madde vatana ihanet suçundan değil, “Cumhurbaşkanı’nın işlediği suçlardan” bahsetmektedir.¹²⁷

Başka bir görüşe göre, ihanet suçlarının Cumhurbaşkanı’nı yargılayan Yüce Divanın belirlemesi gerektiği yönünde olup bu görüş de yukarıda belirttiğimiz Anayasa değişikliği, hâkimin sadece kanunu yorumlayabileceği ve uygulayabileceği ve suç ve cezada kanunilik prensibine aykırı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir.¹²⁸

Farklı bir görüş ise, Askerî Ceza Kanunu’nda sayılan ihanet cürümlerinin emsal alınması gerektiği yönündedir. Bu görüş de mülga TCK 125 ila 145. maddelerine atıf yaptığından kabul görmemiştir.¹²⁹ Öte yandan Kanun’daki “vatana ihanet” ibaresi geçen cümleler fiilin tanımını yapmaktan ziyade madde başlığı ya da bölüm başlığı olarak kullanılan ifadelerdir.¹³⁰ Aynı Kanun’da kanun dışında bir vatana ihanet halinin olmayacağı yönünde bir kısıtlama da olmadığına göre söz konusu bölümün askerlerin işleyebileceği muayyen suçların cezalarını artırmaya matuf olarak ihdas olunduğu savunulmuştur.¹³¹

Bu konudaki son görüş ise “yeminin ihlâlin doğurduğu sorumluluk” görüşüdür. Bu görüş Cumhurbaşkanının, mülga Hıyanet-i Vataniye Kanunu’ndaki birçok fiili işleyecek imkâna zaten sahip olmadığı ve bu bakımdan ilgili Kanunun tatbik edilemeyeceği, bu yüzden de kıstas olarak Anayasa’nın himayesini göz önünde bulundurmak gerektiği şeklindedir. Buna göre, Cumhurbaşkanı Anayasayı himaye edeceğine dair yemin ettiğinden ve bu yemin kendisine Anayasaya karşı fiilleri önlemek mecburiyetini tahmil etmiş olduğundan bu vazifenin kasten veya ihmâlen yerine getirilmemesi vatana ihanet suçu teşkil etmektedir.¹³²

Yukarıdaki tanımlamalar fail olarak Cumhurbaşkanı nazara alınarak yapılmıştır. Çünkü bu suç (Askerî Ceza Kanunu haricinde) sadece anayasa metinlerinde yer alan ve Cumhurbaşkanı’nın işleyebileceği bir suç olarak formüle edilmiş, doktrindeki açıklamalar da bu esas üzerine bina edilmiştir. Hali hazırda meri mevzuatımızda ihanet suçu olarak sadece 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun 54. maddesindeki “Vatan aleyhindeki cürümler”¹³³, “Harb hiyaneti” başlıklı 56.

¹²⁶ Özek, s. 630.

¹²⁷ Özek, TBMM’nin Cumhurbaşkanı’nın fiilinin vatana ihanet oluşturup oluşturmadığı konusunda TBMM’nin vereceği kararın vak’aya münhasır, sübjektif bir karar olduğunu, bu yetkinin mutlak bir yetki olmadığını, mevzuatımızda vatana ihanet halini tespit eden bir hükmün bulunmamasının eksiklik teşkil etmediğini, Fakat TBMM’nin bu yetkisi için objektif kriterler belirlenmesi gerektiğini, Devlet reisinin en büyük sadakat mecburiyetinin devletin ülkesi ile bölünmezliği ve siyasî iktidarın demokratik, temsili rejimi olduğundan ancak, Türkiye vatanının bütünlüğüne ve Anayasa ile müesses rejimine karşı işlenilmiş suçların, vatana ihanet vasfında olabileceğini, Devlet reisinin sorumsuzluğu onun isnat kabiliyetini kaldırmadığı gibi, fiili de hukuka uygun bir şekilde getirmedeğini, Devlet reisinin sorumsuzluğunun bir takip edilemezlik vasfında olduğunu ifade etmiştir. (Özek, s. 637.)

¹²⁸ Soyaslan, s. 580.

¹²⁹ Soyaslan, s. 580.

¹³⁰ Aynı yönde Gülfidan, s. 83.

¹³¹ Özek, s.625; Erdoğan, s. 161; Özyüksel, s.1055.

¹³² Bazı yazarlara göre, yemini devlet reisinin sorumluluğu yönünden bir kriter olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü 1961 Anayasasının 96. maddesinde yer almış bulunan yeminin ihlâli, vatana ihanet suçunun kriteri olduğu kabul edilirse suçun kapsamının oldukça genişlemesi gibi bir tehlikeli sonuca yol açacaktır. (Özek, s.635; Erdoğan, s.165.)

¹³³ “Vatan aleyhindeki cürümler:

maddesinde¹³⁴, “*Millî Müdafaa Hiyabet*” başlıklı 55. maddede¹³⁵ ve “*Harb esirlerinin hiyaneti*” olarak 60. maddede düzenlenen suçlar bulunmaktadır. Anılan maddelere dikkat edilecek olursa, (sadece askeri şahıslarla sınırlı olarak) geçici 15 sayılı Kanun ile benzer biçimde, mülga Türk Ceza Kanunu’nun 125. den 145. maddelerine kadar yer alan suçlar, Mülga TCK’nın 133. maddesinde ve 136. maddesinin siyasî ve askerî casusluğa dair cürümler ve 129. maddedeki “*Düşman askerî hareketleri yararına anlaşma*” suçları hiyanet suçu olarak esas alınmıştır. Bu suçlardan “*Harp hiyaneti*” sadece seferberlik zamanında işlenecek bir suç olarak formüle edilmiş diğerleri bakımından ise seferberlik zamanında ika edilmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Kanun’un 54. maddesinde ilginç bir şekilde ihanet fiili “*Vatan aleyhinde bir cürüm yapan*” ibaresiyle, başka bir deyişle, yine kendisi ile belirsiz ve soyut bir biçimde tanımlanmıştır. Anılan suçları 5237 sayılı TCK’daki suçlarla eşleştirdiğimizde 5237 sayılı TCK madde 302 ve devamında

Madde 54 – Vatan aleyhinde bir cürüm yapan askeri şahıslar hakkında Türk Ceza Kanununun 125 inciden 145 inci maddeye kadar olan maddeleri hükümleri tatbik olunur.”

¹³⁴ “*Millî Müdafaa hiyanet:*

Madde 56 – (Değişik: 8/6/1959 - 7331/1 md.) (1) Bu maddede gösterilen fiilleri işleyenler ve bunlara teşebbüs edenler (Millî Müdafaa hiyanet) cürümünden dolayı aşağıda yazılı cezalarla cezalandırılırlar.

A) Türk Ceza Kanununun 133 üncü maddesinde ve 136 ncı maddesinin siyasi ve askeri casusluğa dair 3 üncü fıkrasında yazılı cürümleri işleyenlere Türk Ceza Kanununa göre ceza verilir. Bu cürümleri seferberlikte veyahut Türkiye Cumhuriyetini tehdit eden yakın bir harb tehlikesi mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda işleyenler veya işleme teşebbüs edenler, 136 ncı maddenin son fıkrasında suçlunun taksirine müstenit olarak yazılı olan haller hariç olmak üzere, ölüm cezasıyla cezalandırılır.

B) Doğru olması halinde askeri veya siyasi bir sır teşkil edecek olan evrak ve vesai ki ve sair maddeleri Millî Müdafaa hiyanet maksadıyla sahte olarak vücuda getiren veya bu suretle vücuda getirilmiş olduğunu bildiği halde bunları aynı maksatla bir başkasına bildiren veya tevdi edenler hakkında on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Fiil seferberlikte veyahut Türkiye Cumhuriyetini tehdit eden yakın bir harb tehlikesi mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda işlenmiş ise failleri ölüm cezası ile cezalandırılırlar.

C) (A) ve (B) bentlerinde yazılı cürümlerden birini veya bazılarını işlemek üzere iki veya daha ziyade kimseler aralarında ittifak ederlerse bunlardan herbiri sekiz seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil seferberlikte veyahut Türkiye Cumhuriyetini tehdit eden yakın bir harb tehlikesi mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda işlenmiş ise failleri müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

D) (A) ve (B) bentlerinde yazılı hiyanet cürümlerini işlemeyi bir kimseden talep veya bu cürümleri işlemek için hizmetini arz veyahut böyle bir talebi veya arzı kabul edenler hakkında da bu bentlerde yazılı cezalar aynen verilir. Eğer böyle bir talep veya arz veya kabul yazılı şekilde vukubulmuşsa, bu yazının fail tarafından mücerret gönderilmiş olmasıyla cürüm tamam olur. E) (A) ve (B) bentlerinde yazılı cürümlerden birini veya bazılarını işlemek üzere bir teşekkül kuranlar, tanzim ve sevk ve idare edenler üç seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis veya böyle bir teşekküle yalnız iştirak edenler bir seneden üç seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Fiil seferberlikte veyahut Türkiye Cumhuriyetini tehdit eden yakın bir harb tehlikesi mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda işlenmiş ise teşekkül kuranlar, tanzim ve sevk ve idare edenler ölüm ve böyle bir teşekküle iştirak edenler müebbet veya on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar. F) C, D, E bentlerinde yazılı hallerde her hangi bir suretle olursa olsun cürümün işlenmesine mani olan suç ortağı cezadan kurtulur. G) Türk Ceza Kanununun 127 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yazılı olan millî menfaatler aleyhine yabancından menfaat veya vait kabul eden vatandaşa bu maksatla para veren veya menfaat temin veya vadeden yabancılar bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılırlar. Fiil seferberlikte veyahut Türkiye Cumhuriyetini tehdit eden yakın bir harb tehlikesini mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda işlenmiş ise, failleri ölüm cezasıyla cezalandırılır. Eğer para veya menfaat, yazılı bir beyan ile talep veya kabul ve taahhüt edilmiş ise, fail tarafından bu beyanın mücerret gönderilmiş olması ile fiil tamam olur. 1117 Bu bentte yazılı cürümler ancak Millî Müdafaa Vekilinin talebi üzerine takip olunur. Talebin geri alınması caizdir. 2) Az vahim hallerde bu maddede yazılı ölüm cezaları yerine müebbet ağır hapis veya on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası ile cezalandırılır.”

¹³⁵ “*Harb hiyaneti:*

Madde 55 – (Değişik: 21/8/1940 - 3914/1 md.) (1) Seferberlikte veyahut Türkiye Cumhuriyetini tehdit eden yakın bir harb tehlikesi mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda Türk Ceza Kanununun 129 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı cürümleri işleyenler veya işlemeye teşebbüs edenler (Harb hiyaneti) cürümünden dolayı ölüm cezası ile cezalandırılırlar. (2) Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veyahut on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilebilir. Maksat hasıl olursa her halde ölüm cezası verilir.”

yer alan suçların (Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar) ve casusluk suçlarının hıyanet suçu veyahut milli savunmaya karşı hıyanet suçları olarak kabul edildikleri anlaşılmaktadır:

Mülga TCK	5237 sayılı TCK
md. 125-145	Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK md. 302), Düşmanla işbirliği yapmak (TCK md. 303), devlete karşı savaşa tahrik (TCK md.304), Temel millî yararlar karşı faaliyetlerde bulunmak için yarar sağlama (TCK md. 305), Yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK md.306), Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma (TCK md. 307), Düşman devlete maddi ve mali yardım (TCK md.308), Anayasayı ihlal (TCK md. 309), cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (TCK md.310), Yasama organına karşı suç (TCK md.311), Hükümete karşı suç (TCK md.312), Türkiye Cumhuriyetine karşı silahlı isyan (TCK md.313), Silahlı örgüt (TCK md. 314), Silah sağlama (TCK md.315), Suç için anlaşma (TCK md.316), Askerî komutanlıkların gasbı (TCK md.317), Yabancı hizmetine asker yazma, yazılma (TCK md. 320), Savaş zamanında emirlere uymama (TCK md.321), Savaş zamanında yükümlülükler (TCK md. 322), Savaşta yalan haber yayma (TCK md. 323), Seferberlikle ilgili görevin ihmali (TCK md. 324), Düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü (TCK md. 325),
md. 133	md. 328 Siyasal veya askerî casusluk md. 331 Uluslararası casusluk md. 335 Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini
md. 136	md. 330 Gizli kalması gereken bilgileri açıklama
md. 129/1 (seferberlikte veyahut yakın bir harb tehlikesi mevcut olduğunu gösteren fevkalade zamanlarda)	md. 307/4 Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma

Tablo 2: Mülga TCK ve 5237 sayılı TCK'da Devlete karşı suçlar

VI. SONUÇ

Mevzuatımızda ilk kez vatana ihanet cürmü 1921 tarihli 2 sayılı Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nun 1. maddesinde tanımlanmıştır. Müteakiben 27 Mayıs 1960 askerî darbesinden sonra 6/7/1960 tarihli ve geçici 15 sayılı Kanun'la vatan ihanet cürümlerinin ne olduğu sayma usulü ile belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nda vatana ihanet suçu ile ilgili olan "Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğu" kenar başlıklı 105. maddesi 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve böylelikle Türk hukukunda vatana ihanet bir kavram olarak varlığını muhafaza etmekle beraber

halihazırda pozitif hukukumuzda böyle bir suç bulunmamaktadır.¹³⁶ Her ne kadar Askeri Ceza Kanunu'nun Üçüncü Bap Birinci Faslında “*Hiyanet*” başlığı altında “*Vatan aleyhindeki cürümler*”, “*Harp hiyaneti*” ve “*Milli müdafaaya hiyanet*” suçları sayılmış olsa da anılan faslında ihanet suçundan ne anlaşılması gerektiğine dair herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte bahse konu maddeler fail olarak asker şahısları bağlamaktadır.

Mukayeseli hukukta vatana ihanet cürümlerinin düzenlenmiş olduğu kanunlarda suç teşkil eden fiillerin genel itibarıyla şiddet kullanarak anayasal düzeni değiştirme, düşman bayrağı altında vatandaş olduğu devlete karşı savaşma, buna teşebbüs etme, vatandaş olduğu devlet aleyhine asker toplama, düşman devlete yardım etme, fon sağlama, devlete ait gizli bilgilerin düşman devlete temin ve teslim edilmesi (casusluk), isyan, isyana teşvik etme, devletin topraklarından tamamını veya bir kısmını koparmaya ve başka bir devletin hâkimiyetine sokmaya çalışma gibi fiiller olduğu görülmektedir.

İster siyasî mahiyette isterse de cezaî mahiyette kabul edilsin Cumhurbaşkanı ya da herhangi bir vatandaş bir fiilinden dolayı vatana ihanet suçu ile suçlanıp cezalandırılacaksa evrensel ve anayasal ceza hukuku ilkeleri, hukuk devleti ilkesi ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi muvacehesinde hareket etmek icap etmektedir.¹³⁷ Nitekim 12 Nisan 1991 tarihi itibarıyla meri mevzuatımızda vatana ihanet suçu babında bir suç bulunmadığı için ne Cumhurbaşkanının ne de herhangi bir vatandaşın bu suçtan yargılanması ve cezalandırılması kabil değildir. Failin Cumhurbaşkanı olduğu durumlarda bu boşluğun ne Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından ne de TBMM’ce doldurulması caiz değildir.¹³⁸ Keza, anılan ilkeler uyarınca, failin sıradan vatandaşlar olması durumunda ise yargılama merciinin hangi suçları vatana ihanet kabul edip etmeyeceği konusunda bir vasıflandırma yapması/boşluk doldurması da mümkün değildir. Kanaatimizce bir eylemin vatana ihanet suçu teşkil etmesi için; failin vatandaş olması, failin vatandaş olduğu devletin zararına düşman bir devletin veya devletin/temsilcisinin yararına hareket etmesi, failin eylemin devletin dış güvenliğini ağır biçimde zarara uğratabilecek mahiyette olması ve kanunda hangi fiillerin vatana ihanet suçu teşkil edeceğinin sarih olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde cezalandırma alanını genişletecek biçimde birtakım suçları vatana ihanet suçu havuzuna içine doldurmak suçta ve cezada kanunilik ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TCK’ya, mukayeseli hukukta ekseriyetle kabul gördüğü gibi, hangi suçların vatana ihanet cürmü sayılacağını belirten bir madde ya da hüküm koymak bu konudaki tartışmaları nihayete erdirebileceği gibi bu kavramın retorik olarak kullanılmasının, sulandırılmasının ve içinin boşaltılmasının önüne geçebilmek adına isabetli bir hareket tarzı olacaktır.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmet. “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili”, İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, Ankara, 1999.

¹³⁶ Gülfidan, Osman Serkan. “Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s.74.

¹³⁷ Özek, s 81 vd; Aldıkaçtı, Orhan. *Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı*, Kor Müessesesi, İstanbul, 1960, s.220.

¹³⁸ Aynı yönde Gülfidan, s.88; Gözler, s. 548.

- Aldıkaçtı, Orhan. *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı*, Kor Müessesesi, İstanbul, 1960.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- Arslan, Çetin. “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1997.
- Başaran, Cihan Barış/Çalışkan, Erol/Seher, Şerife. “Türkmen Efsanelerinde Vatana İhanet ve Cezası”, İdil Sanat ve Dil Dergisi, Cilt 6, Sayı 34, Ankara, 2017.
- Başoğlu, Tuncay. “Ta’zir”, TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tazir>, (E.T.02.01.2021)
- Doğancı, Kâmil/Kocakuşak, Fulya. “Eski Roma Ailesinde Pater Familias ve Patria Potestas Kavramları”, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 16, Sayı 27, Bursa, 2014.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt I, Der Yay., İstanbul, 14. Bası, 2016.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, Der Yay., İstanbul, 14. Bası, 2019.
- Durgun, Sezgi. *Memalik-i Şahane'den Vatan'a*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- El-Mâverdî, Ebü'l-Hasen. *Dürerü's-Sülûk Fî Siyâseti'l-Mülûk*, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2019, e-kitap, http://www.ekitap.yek.gov.tr/Home/Show2?BOOK_NO=125, (E.T.:10.03.2021)
- Erdoğan, Mustafa. “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Ajans Matbaacılık, Ankara, 1968.
- Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, 9.Baskı, Ankara, 2003.
- Ersöz, Emine. “Manu Kanunnâmesi'ne Göre Hinduizm”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Türk Ceza Hukuku Açılımı*, 3. Bası, Kazancı, Ankara, 1976.
- Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Gülfidan, Osman Serkan. “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Gürten, Kadir. “Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2017/3, Ankara, 2017.
- Head, Michael. *Crimes Against The State*, Published by Routledge, 2016, New York, 2016.
- Heinzelmann, Tobias. *Cihat'tan Vatan Savunmasına Osmanlı İmparatorluğu'nda Genel Askerlik Yükümlülüğü 1826-1856*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Heywood, Andrew. *Küresel Siyaset*, Çev. Uslu, Nasuh/Özdemir, Haluk, Felix Kitap, 6. Baskı, Ankara, 2019.
- İçel, Kayıhan / Donay, Süheyl. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Karpat, Kemal. *Osmanlıda Milliyetçiliğin Toplumsal Temelleri*, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- Karpat, Kemal. *İslam'ın Siyasallaşması*, 7. Baskı, İstanbul, Timaş, 2019.

- Kerse, Ahmet. *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı*, İstanbul, Sümer Matbaası, 1973.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2020.
- Lear, Floyd Seyward. *Treason in Roman and Germanic Law*, University of Texas Press, Austin, 1965.
- İtişken Dülger, Rezzan. “Vatana İhanet Suçunun Kökenleri Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, İstanbul, 2017.
- Küçük, Eşref. “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *AÜHFD*, Cilt 56, Sayı 4, Ankara, 2007.
- Karpat, Kemal. *İslam’ın Siyasallaşması*, 7. Baskı, İstanbul, Timaş, 2019.
- Katgı, İsmail. Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl (Hukuki Maiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 6, Sayı 24, Kocaeli, 2013.
- Millî Eğitim Bakanlığı Türkçe Sözlük, Millî Eğitim Yayınları, Ankara, 2000.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- Özek, Çetin. “Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 32, Sayı 2-4,
- Öztürk, Bahri. “Bir Ceza Mahkemesi Olarak ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı*, C. 12, 1995, s. 59-108.
- Özyüksel, Özgün. “Türk Ceza Hukukunda “Tam Sorumlu Cumhurbaşkanı”, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, Ankara, 2020.
- Poggi, Gianfranco. *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, 5. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Poste, Edward. *Elements of Roman Law By Gaius*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1871.
- Selçuk, Sami. *Eski Çağlarda Suç Hukuku*, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt II, Ankara, 2015.
- Şafak, Ali. “Bağy”. TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bagy>, E.T.:05.07.2019)
- Tanör, Bülent. *Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)*, 2. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 20. Bası, İstanbul, 2020.
- Taşdöğen, Salih. “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1293-1324.
- Topçu, Namık Kemal. *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2005.
- Uğurlu Serdar/Yılmaz Kaan. “Türk Devlet Yönetme Geleneğinde Töre’den Örf’e Değişim”, *Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 6/2 Spring 2011*.
- Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried. *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

Wessel, Willem/Damen, Peter. “Maiestas in the Dutch Republic”, Rotterdam Erasmus Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (Master Thesis Early Modern Intellectual History), Rotterdam, 2017, <https://thesis.eur.nl/pub/40565/Damen-Wessel.pdf>, (E.T.:18.09.2020)

İNTERNET KAYNAKLARI

ABD Ulusal Kongre Kütüphanesi, <https://id.loc.gov/authorities/classification/KJ252.html>, (E.T.:02.03.2021)

Adalet Bakanlığı, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, (E.T.:21.02.2021)

Adalet Bakanlığı, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%c4%b0spanya%20533-584.pdf>. (E.T.:21.02.2021)

AGİT Katılımcı Devletler Ceza Kanunları, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7/Russian%20Federation/show>, (E.T.:21.02.2021)

AGİT Katılımcı Devletler Ceza Kanunları, Fransa Ceza Kanunu, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>, (E.T.:21.02.2021)

AGİT Katılımcı Devletler Ceza Kanunları, İspanya Ceza Kanunu, https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf, (E.T.:21.02.2021)

Devlet Arşivleri, Arşiv Belgelerine Göre Osmanlı'da İstihbarat, [https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/Osmanlida_Istihbarat.pdf_\(E.T.:06.06.2020](https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/Osmanlida_Istihbarat.pdf_(E.T.:06.06.2020)

İsviçre Federal Konsey Hükümet Portalı, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>, (E.T.:21.02.2021)

İsveç Anayasası, <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>, (E.T.:21.02.2021)

İsveç Ceza Kanunu, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/1/Sweden/show>, (E.T.:21.02.2021)

Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük, <https://www.luggat.com/index.php#ceviri>, (E.T.:12.02.2021)

TBMM Tutanak Dergisi, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100334.pdf, (E.T.:05.01.2021)

TBMM Tutanak Dergisi, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc003/kanuntbmmc003/kanuntbmmc00300556.pdf, (E.T.:05.01.2021)

13 Temmuz 1960 tarihli, 10504 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10550.pdf>, (E.T.:15.12.2020)

11 Şubat 2017 tarihli, 29976 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>, (E.T.:21.02.2021)

Osmanlı Son Döneminde Siyâset-i Şer'iyeye Tartışmaları: İbnü'l-Hâzım Ferîd Örneği*

Bahaddin KARAKUŞ 

Necmettin Erbakan Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Bölümü, Doktora Öğrencisi,
bahadinkarakus42@gmail.com, (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 24.04.2021

Kabul: 09.05.2021

Yayın: 16.05.2021

Anahtar Kelimeler:

Siyâset-i şer'iyeye,
Osmanlı Hukuku, Ceza Kanunu, İbnü'l-Hâzım Ferid, Tanzimat.

Tanzimat ve sonrasındaki süreçte çalkantılı dönemler yaşayan Osmanlı Hukuk düşüncesinde Batı ile karşılaşmanın etkilerini iyiden iyiye görmek mümkündür. Gerek değiştirilmesi gündeme gelen yönetim şeklindeki arayışlar gerekse Batı kanunlarından yapılan resepsiyonlar devlet ricalinden mütefekkilere kadar geniş bir kitlede yankı bulmuştur. Tartışmaların merkezindeki konulardan biri de şüphesiz bu yeni düzenlemelerin siyâset-i şer'iyeye uygunluğu ve şer'î kanunlara ne derece yer verileceğidir. Bunun sonucunda farklı meşrep ve dünya görüşüne göre yazılan çok sayıda kitap, makale ve risaleden oluşan zengin bir literatür meydana gelmiştir. Özellikle II. Meşrutiyet sonrası meydana geldiği varsayılan rahatlatma sonucu, Kanûn-i Esâsî gibi düzenlemeler başta olmak üzere bazı kanunların tartışılması için uygun bir ortam oluşmuştur. Dönemin aydınlarından İbnü'l-Hâzım Ferid (ö. 1938), hem klasik medrese hem de hukuk eğitimi almış, yıllarca fiilen adliye teşkilatında görev yapmış, edebi yeteneği de olan çok yönlü bir Osmanlı aydınıdır. Çalışmamızda ele alacağımız İbnü'l-Hâzım'ın "Siyâset-i Şer'iyeye" yazı dizisi, bu dönemde şer'î siyaset bağlamında tartışılan adalet, eşitlik ve hürriyet gibi bazı soyut konuları ele almıştır. Ancak bunlara nispetle, yürürlükte olan 1274/1858 tarihli Ceza Kanunna-i Hümayunu'nun bazı maddelerinin tahliline daha çok yer vermiştir. Ayrıca adliye teşkilatında görülen aksaklıklar, muhakeme usulü ve istibdad dönemi diye nitelediği süreçte yaşanan problemler de bu yazılarda gündeme getirilmiştir. Ferid, siyâset-i şer'iyeyi merkeze alarak sık sık dönemin kanunlarıyla mukayese etmiş ve eksikliklerini dile getirmiştir. Batı kaynaklı bazı ticari uygulamaların ve aile hukukunun da incelendiği yazı dizisinin geniş içerikli muhtevası arasından, şer'î siyasetin pratik uygulama alanını daha fazla temsil ettiğini düşündüğümüz hukuk felsefesi ve ceza hukuku konuları incelenecektir.

Discussion On Sherry Politics In The Last Ottoman Period: The Example Of Ibn al-Hazim Ferid

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 24.04.2021

Accepted: 09.05.2021

Published: 16.05.2021

Keywords:

Sharia Politics,
Ottoman Law, Criminal Law, Ibn Hâzım Ferid,
Tanzimat

It is possible to see the effects of encountering the West in Ottoman law thought, which experienced turbulent periods during the Tanzimat and after. Both the seeking in the form of administration, which has come to the fore to be changed, and the adaptations made from Western laws resonated with a broad audience from state officials to thinkers. Undoubtedly, one of the issues at the center of the discussions is the suitability of these new regulations to politics and the extent to which religious laws will be included. As a result, a rich literature consisting of many books, articles, and treatises written according to different theories and world views has emerged, especially due to the relief that was supposed to have occurred after the II. Constitutional Monarchy, a suitable environment was created to discuss some laws, especially the regulations such as Qanun al-Asasi (the Constitution). Ibnu'l-Hazim Ferid (d. 1938), one of the intellectuals of the period, was a versatile Ottoman intellectual who had both classical madrasah and law education, actively worked in the courthouse for years, and had literary talent. The article series "Siyâset-i Şer'iyeye" by Ibnu'l-Hazim, which we will discuss in our study, dealt with more abstract issues such as justice, equality, and freedom, which were discussed in the context of religious politics in this period. However, in relation to these, it gave more space to the analysis of some articles of the Criminal Law of 1274/1858, which was more in effect. Besides, the judicial organization's problems, the procedure of judgment, and the problems experienced in the process that he described as the period of deprivation were also brought to the agenda in these articles. Ferid often compared the laws of the period and expressed his deficiencies by focusing on politics. Among the wide-ranging content of the series of articles, in which some Western-based commercial practices and family law are also examined, the issues of legal philosophy and criminal law, which we think more represent the practical application of Islamic politics, will be examined.

Atıf/Citation: Karakuş, B. (2021). Osmanlı Son Döneminde Siyâset-i Şer'iyeye Tartışmaları: İbnü'l-Hâzım Ferid Örneği, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 85-102.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası NEÜ Hukuk Kongresinde tarafımızdan sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

GİRİŞ

Osmanlı Tanzimat hukuku hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için sadece Tanzimat ve sonrasını değil, öncesindeki yaklaşık beş asırlık süreçte yaşananları göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Zira Tanzimat sonrasını sonuç değil sadece sebep olarak görmek büyüyen devam edegelen sorunların anlamlandırılmasını zorlaştırmaktadır. Aynı şekilde hukuki düzenlemeler ve bunun getirdiği eksiklik, aksaklık ve yozlaşmalar; askeri, iktisadi ve ilmi alanda yaşanan problemleri sebep-sonuç ilişkisi içinde bir bütün olarak ele almayı zorunlu kılmaktadır.

Burada konumuz açısından mühim bir hususa işaret etmekte fayda vardır. İslam tarihine baktığımızda gerek siyâsetnâme gerekse siyâset-i şer'îyye tarzında yazılan eserler İslam toplumunun siyasi alanda girdiği dar boğazlar sonrasında yoğunlaşmıştır. Sözelimi Mâverdi'nin (ö. 450/1058) el-Ahkâmü's-sultâniyye'si Fatımî-Abbâsî hilafet tartışmalarının bulunduğu, İbn Teymiyye (ö. 728/1328), İbn Kayyim (ö. 751/1350) ve İbn Ferhun'un (ö. 799/1397) siyâset-i şer'îyye kitaplarının Moğol istilası ve sonrasında devam eden siyasi iktidarsızlık döneminde yazılmış olmaları, bizce siyâset-i şer'îyye alanında eser verme ihtiyacını doğurmuştur. Buna paralel olarak Osmanlı Devleti'nde hukuki anlamda bazı düzenlemelerin görüldüğü, askeri ve iktisadi alanda arayış içinde olduğu 16. yüzyıl ve 19. yüzyıllarda teliflerin dikkat ekici oranda artması bu eserlerin, entelektüel-felsefi bir faaliyetten çok, görülen sorunlara çözüm beklentisinin acil ve pratik bir yansıması olarak okumak daha yerinde olacaktır. Zira eserlerin muhtevasına göz atıldığında, adil bir siyaset için yöneticilere nasihatler içeren başlıklar bulunmakla birlikte adaletin tesis edileceği en somut siyasi tasarrufların görüleceği alanlardan biri olan ceza hukukuna ciddi bir yer ayrıldığı görülmektedir.

Fıkhi/hukukî uygulamalarında Hanefî mezhebini benimseyen Osmanlı'da birçok hükümde yöneticiye tanınan geniş haklar oldukça kozmopolit bir yapıda olan reâyâ üzerinde daha esnek tasarruflarda bulunulmasını kolaylaştırmıştır. Diğer yandan Tanzimat dönemine gelene kadar Kanunnâmelerin yürürlüğe girmesi için Şeyhülislam'ın onayının şart koşulması siyasetin şer'îliği hususunda bir kontrol mekanizması olmuştur. Tanzimat dönemine geldiğimizde ise Batı'dan gelen baskılar, kapitülasyonlar, azınlıklar ve Batı eğilimli hukuk düşüncesini benimseyen devlet ricalinin etkisi gibi birçok farklı unsurun belirleyici olması hukuk düşüncesinde köklü değişimlere yol açmıştır. Buna binaen İbnü'l-Hâzım Ferîd gibi bazı mütefekkirler de siyâset-i şer'îyye alanında yazdıkları yazılarla konuyu gündemde tutmuştur. Bu çalışmada öncelikle siyâset-i şer'îyye kavramının geçirdiği kavramsal süreçler incelenecek, sonrasında Tanzimat döneminde konuyla ilgili tartışmalara yer verilerek, müellifin *Siyâset-i Şer'îyye* isimli tefrikasında ele aldığı hukuk felsefesi ve ceza kanuna dair siyâset-i şer'îyye eksenindeki eleştirileri tahlil edilmeye çalışılacaktır.

I. Siyâset-i Şer'îyye Kavramı

Bu kavramın çerçevesini çizmeden önce İslamî ilimler içerisinde hangi ilim dalıyla öncelikli ilişkisi olduğunu belirlemekte fayda vardır. Tam burada karşımıza çıkan siyâsetnâme ile siyâset-i şer'îyye ayrımı oldukça önemlidir. Tarihsel açıdan bakıldığında erken dönemlerde İslam Felsefesi eserlerinde gördüğümüz devlet ve yönetim şekline dair tasavvurlar kimi zaman

ütopyaya varan tasvirler içermektedir.¹ Buna mukabil hicrî 2. asırdan itibaren siyâsetnâme tarzında telif edilen eserlerde; devlet yönetimi, sultanların vasıfları, onlara yapılan nasihatler ve bürokratik hiyerarşi gibi meselelere değinen yani daha da somutlaşan ve gerçekçi bir tablo serdedilmektedir.² Ancak siyâset-i şer'îyye başlığında konuşulan meselelerin çoğunlukla hukuki bir muhtevası olması ve fakihlerden südür etmesine binaen, fıkıh mezheplerinin hukuk tasavvurlarına göre şekillendiğini görmekteyiz. Dede Cöngi'nin (ö. 975/1567) siyâset-i şer'îyye tabirinden, kamu otoritesinin yönetilen topluluk yararına olan ve dinin genel ilkelerine ters düşmeyecek düzenleme ve uygulamalar yapma yetkisi anlaşılrsa da, F. E. Vogel'in (ö. 2020) de ifade ettiği gibi klasik dönemde tek tip bir siyâset-i şer'îyye anlayışından bahsetmek mümkün değildir.³ Bununla birlikte siyâsetnâme türünün de fıkıh ilminden bağımsız olduğunu ya da fikhî bakış açısından tamamıyla uzak olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır.⁴ Sonuç olarak siyâsetnâme kavramı devlet yönetiminin genel esaslarıyla sınırlandırılabilir bir muhtevaya sahipken, siyâset-i şer'îyye kavramı kamu otoritesinin şer'î esaslara bağlı kalmak suretiyle yaptığı düzenlemeler olarak anlaşılabilir. İbnü'l-Hâzım Ferîd'in yazılarında bu kavram; fıkıh kitaplarında yer alan hükümler, fıkıh kaynaklarındaki boşlukları doldurmak için devlet başkanına verilen yetkiler, devlet idaresi hakkında yazılan müstakil eserler gibi kavramsal çerçevesini aşan geniş bir muhtevada kullanılmıştır. Osmanlı Devleti söz konusu olduğunda ise bu kavramın öncelikle Hanefî mezhebi bağlamında ele alınması gerekmektedir.

Ebu Hanife'den (ö. 150/767) nakledilen akide eserlerinde imamete/hilafete, ya da sonraki daralan alanıyla devlet başkanına dair konulardan bahsettiği bilinmektedir.⁵ Fıkhi hükümlerde de zekât-haraç, kazâ ve siyer kitaplarında yine imamın bazı tasarruflarının hükümlerine yer verilmektedir. Buna rağmen Ebu Hanife kendinden sonraki fakihler gibi, yönetim şeklinin saltanat, müşavere ya da başka bir sistemde olup olamayacağına dair ayrı bir kitap yazmamış ya da kanaat belirtmemiştir. Bu durum İslam'ın siyasi yönetim şekli için nasla tayin edilmiş sınırlar çizmemesinin doğal bir sonucudur. Buna mukabil, fakihler siyasetin şer'î esaslara uygunluğunun tezahürü olan hukuki düzenlemeleri fıkıhın diğer bölümlerinde incelemiştir. Sözelimi, Hanefî mezhebi kurucu imamlarından Ebu Yusuf'un (ö. 182/798) *Kitâbu'l-Harâc*'ı ve İmam Muhammed'in (ö. 189/805) *Kitâbü's-Siyer*'i doğrudan siyâset-i şer'îyye alanıyla ilişki hükümler barındırmaktadır⁶. Nitekim birkaç asır sonra yazılan temel Hanefî fıkıh eserlerinde imamın ve hâkimlerin tasarruflarına dair yetkiler, diğer mezheplerdeki kullanımına paralel olarak "siyaset" adıyla karşımıza çıkmaktadır. Zaten klasik fıkıhta siyaset olarak vasıflanan bazı uygulamalar, Hanefî doktrininde örf⁷ ve istihsan gibi toplumsal uzlaşa ile

¹ Örneğin Fârâbî'nin (ö. 339/950) *el-Medinetü'l-fâzıla*'sında Eflâton'un ütöpik devletinin izlerini görmek mümkündür. Kaya, Mahmut. *Fârâbî*, 1995, <https://islamansiklopedisi.org.tr/farabi> (Erişim Tarihi: 21.03.2021).

² Adalıoğlu, Hasan Hüseyin. *Siyâsetnâme*, 2009, [https://islamansiklopedisi.org.tr/siyâsetnâme](https://islamansiklopedisi.org.tr/siyasetnâme) (Erişim Tarihi: 21.03.2021).

³ Midilli, Muharrem. "Dede Cöngi'nin es-Siyâsetü'-Şer'iyyesi Osmanlı Ceza Kanunlarının Hukukî Temellendirmesi Midir?" (*Osmanlı'da İlm-i Fıkıh* içinde), İSAR Yayınları, İstanbul, 2017, s. 230.

⁴ Köksal, Asım Cüneyd. *Fıkıh ve Siyaset*, Klasik Yayınları, I. Baskı, İstanbul, 2016, s. 22-23.

⁵ Beyâzîzâde, Ahmed Efendi. *el-Usûlü'l-münife li'l-İmâm Ebî Hanîfe*, İFAV Yayınları, IV. Baskı, İstanbul, 2014, s. 148-151 vd.

⁶ Ebu Yusuf, Yakub b. İbrâhîm, *Kitabu'l-Harac*, el-Mektebetü'l-Ezheriyye, Kahire, s. 123; Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl, *Şerhu's-Siyeri'l-kebîr*, es-Şeriketü'-Şarkıyye, 1974, s. 194

⁷ Örf kavramının usuldeki anlamı her ne kadar siyaseten getirilen cezaların örf olarak isimlendirilmesi ile doğrudan bir ilişkiye sahip olmasa da, toplumdaki temayüller ve suçların verdiği zararlar nispeten toplumların örfüne göre değişebilmesi muhtemeldir. Nitekim Seydişehirî, ceza hukuku alanında dahi örfle ilişkili olan naslarda belirtilen

şer'î sabitelerin kaynaştığı alana yakınlığı dolayısıyla aşına olunan hususlardır.⁸ Bu kullanım da daha sonra siyâset-i şer'îye ismiyle telif edilecek eserlerde özellikle ceza hukukundaki tazir hükümlerinin önemli bir yer tutmasını anlaşılır kılmaktadır. Zira ceza hukuku alanında kısas ve hadlere dair hükümler zaten naslarla tayin edilmiş, bu kapsama dâhil edilemeyecek birçok suç, şer'î mahkemelerce tazir cezası olarak karşılığını bulmuştur.⁹

el-Hidâye ve *el-Bahrü'r-râ'ik* gibi klasik dönem Hanefî klasiklerinde siyaset, tazirle neredeyse özdeşleşmiş olarak kullanılmıştır.¹⁰ Hatta kimi zaman imamın verdiği cezalar doğrudan siyaset olarak ifade edilmiştir.¹¹ Bununla birlikte daha erken dönemlerde nadiren tazir, şer'î hukuk çatısı altında ele alınırken, imamın verdiği cezaların doğrudan şer'î olmayan siyaset ile ifade edildiği de görülmektedir.¹² Bu durum, müteahhir döneme doğru ilerledikçe bu iki terim arasındaki farkın zamanla kaybolduğunu hissettirmektedir. Burada gerek doğrudan şer'î bir nas temelli olsun gerekse olmasın, imamın maslahat gördüğü bir cezayı tatbik etmesi şeriatın dolaylı iznine tabi olduğundan, teorik olarak şeriatı muhalif olmaması gerektiğinin kabul edildiğini belirtmek gerekir.¹³ Bununla birlikte kimi zaman meşruiyetini şeriatı alan siyasi uygulamalar, haddini aşarak bazı hükümdarların elinde bir silaha dönüşmüş ve fakihler tarafından *devlet terörü* olarak ifade edilir olmuştur.¹⁴

Gerek tazirin gerekse siyaset olarak ifade edilen uygulamaların temel dayanağı imamın tebaa üzerindeki *velayet* hakkıdır. Bu dayanağın imama tanıdığı haklar ise vergi, kamu, idare ve yargı hukuku gibi fikhın daha başka bölümlerinde de kendisini gösterdiği dikkate alınırsa¹⁵ siyaset terimini kamu yararına imamın tasarruflarının genel adı olarak anlamak daha doğru görünmektedir.¹⁶ Buna göre siyaset ve tazir arasında bir umum-husus ilişkisinden bahsetmek mümkündür.¹⁷

hükümlerin örfün değişmesiyle birlikte değişebileceğine dikkat çekmiştir. Seydişehrî, Mahmud Esad. *Tarih-i İlmi Hukuk, Matbaa-yı Âmiriye*, İstanbul, 1331, s. 233-234.

⁸ İbn Nüceym, Zeynüddîn. *el-Bahrü'r-râ'ik*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, C. V, s. 11; Apaydın, Yunus. *Siyaset-i Şer'iyye*, 2009, <https://islamansiklopedisi.org.tr/siyaset-i-seriyye> (Erişim Tarihi: 30.03.2021); Midilli, Muharrem. "Osmanlı'da Hukukun Kaynaklarından Örf ile Örf-i Sultanî'nin Ebu'l-Berekât en-Nesefî ve Tursun Bey'in Tarifleri Çerçevesinde Mukayesesi", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 662.

⁹ Osmanlı hukukunda siyaset kavramının tahlili için bk.: Akgündüz, Said Nuri. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2017, s. 57 vd.

¹⁰ Merginânî, Alî b. Ebî Bekr. *el-Hidâye*, Daru İhyau't-turâsi'l-Arabî, Beyrut, C. II, s. 344; İbn Nüceym, C. V, s. 11.

¹¹ Haddadî, Ebu Bekr b. Ali. *el-Cevheretü'n-neyyira*, el-Matbaatü'l-hayriyye, C. II, s. 172; İbn Abidin, Muhammed Emin. *Reddü'-Muhtâr*, Daru'l-fikr, Beyrut, 1992, C. IV, s. 15.

¹² Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*, Daru'l-marife, Beyrut, 1993, *el-Mebsût*, C. XVI, s. 145; Midilli, Muharrem. *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2019, s. 108-110.

¹³ İbn Âbidin: "Siyaset-i şer'iyye bağlamındaki tazir uygulamaları, hakkında doğrudan nas bulunmasa da şeri kaidelerin kapsamına girer. Zira iman esaslarından sonra şeriatın özü, âlemin bekası için fesadın kökünün kazanmasıdır." İbn Abidin, C. IV, s. 15.

¹⁴ Yaman, Ahmet. *Siyaset ve Fıkıh*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 57; a. mlf. *Fetva Usûlü ve Âdâbı*, İFAV Yayınları, İstanbul, 2017, 187.

¹⁵ Köksal, 2016, s. 18.

¹⁶ Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968, C. III, s. 330-331; Birsin, Mehmet. "Siyâset'ten Örfî Hukuka: Siyâset-i Şer'iyyenin Serüveni", *Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 436.

¹⁷ Osmanlı ceza hukukunda tazir ve siyaset terimlerinin ilişkisine dair geniş bir tahlil için bk.: Midilli, 2019, s. 85 vd.

Osmanlı ulemasının konuyla ilgili teliflerine bakacak olursak ilklerden sayılan eserlerden itibaren Mâverdî, Cüveynî (ö. 478/1085), İbn Teymiyye ve Memluk dönemi müelliflerin vermiş olduğu eserlerin etkisini görmek mümkündür. Bununla birlikte tercüme ettikleri eserleri dönemin ve devletin sorunlarını içine alacak şekilde genişlettikleri ve metin üzerinde tasarruflarda buldukları görülmektedir.¹⁸ Âşık Çelebi'nin (ö. 979/1572) *Mi'râcü'l-Eyâle*'si ve Bereketzâde Cemâleddin Abdullah Efendi'nin (ö. 1901) *es-Siyâsetü's-Şer'îyye*'si bunun klasik örneklerini oluşturmaktadır. Âşık Çelebi tercüme ettiği İbn Teymiyye'nin *es-Siyâsetü's-Şer'îyye*'sine kendi eklediği kısımları orijinal metinden ayırmak suretiyle kitabı neredeyse üçte bir oranında genişletmiştir. Sözcüleri, devrin meselelerinden Râfîzîlerin taziren öldürülmesi konusunu metne eklediği halde, padişahı rahatsız edebileceği düşünülen bazı pasajları da kitaptan çıkarmıştır. Bereketzâde ise kitabını hazırlarken esas aldığı eserlerden farklı olarak, Tanzimat döneminde yapılan kanunlarda şeriata yeterince müracaat edilmediği, istibdad dönemi eleştirisi ve İslâm devletlerinin Batı karşısında neden geri kaldığı gibi birçok güncel konuyu tartışmıştır.¹⁹

II. Osmanlı'da Tanzimat Sonrası Hukuki Değişim

Tanzimat ve sonrası döneme bakıldığında Batı etkisiyle yapılan kanunlaştırma faaliyetlerinin odağında resepsiyon yoluyla kanun yapılmasına dair tartışmaların olduğu görülmektedir.²⁰ Ahmed Cevdet Paşa'nın (ö. 1895) Meclis-i Tanzîmat üyesi olduğu 1857 sonrasında Meclis-i Tanzîmat'ça hazırlanan bütün kanun ve nizamnâmeler Cevdet Paşa'nın kaleminden çıkmıştır. Onun meclisteki ilk çalışması kendisinden önce hazırlıklarına başlanan 1274/1858 tarihli *Ceza Kanunnâmesi* üzerine olmuş ve kanunun kaleme alınmasında emeği geçmiştir.²¹ Aynı dönemlerde hazırlanan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* ve *Arazi Kanunnâmesi*'nde Osmanlı fıkıh geleneğine uygun metinler hazırlandığı halde *Ceza Kanunnâmesi* büyük ölçüde *Fransız Ceza Kanunu*'ndan (*Code Pénal* 1810) tercüme edilerek hazırlanmıştır. Avrupa kanunlarının ve kurumlarının olduğu gibi alınmasına karşı çıkan Cevdet Paşa İslâmî geleneklerin korunması gerektiğini söylemiş ve bir kısım devlet ileri gelenlerinin Fransız kanunlarının tercüme edilip alınması yönündeki görüşlerine itiraz ederek²² *Mecelle*'nin hazırlanmasında Batı taraftarlarıyla mücadele ettiği halde *Ceza Kanunnâmesi*'nde hangi sâiklerle aynı tavrı gösteremediği ayrıca araştırılmayı hak eden bir konudur.

Mecelle dâhil bazı kanunlaştırma faaliyetlerinin olumlu etkileri yanında bazı olumsuz etkileri üzerinde de durmak gerekmektedir. Her şeyden önce İslam Hukuku'nun sınırları kesin olarak belirlenmiş kanun maddeleri halinde ifade edilmesi, klasik fıkıh doktrininin esnek, değişimlere uyum gösterebilen ve krizi sabitelerinden feragat etmeden yönetebilen yapısını son derece kısıtlamıştır.²³ Zira doktrinde, zaman zaman hâkimlere bir mezhebe göre hüküm verilmesi emredilmişse de mezhep içinde muteber kabul edilen farklı görüşlerden biriyle amel edilmesi imkânı baki kalmıştır. Ayrıca Osmanlı'da yürürlüğe konulan kanunnâmeler az sayıda hükmü

¹⁸ Köksal, 2016, s. 142.

¹⁹ Köksal, 2016, s. 170, 171, 225, 227, 234.

²⁰ Öner, Senem. *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2013, s. 84.

²¹ Halaçoğlu, Yusuf/ Aydın, Mehmet Âkif. *Cevdet Paşa*, 1993, <https://islamansiklopedisi.org.tr/cevdet-pasa> (Erişim Tarihi: 09.03.2021).

²² Cevdet Paşa, Ahmed. *Ma'rûzât* (haz. Yusuf Halaçoğlu), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980, s. 200-201.

²³ Benzer eleştiriler için bk.: Hallaq, Wael Benjamin. *An Introduction to Islamic Law* (trc. Necmeddin Kızılkaya), II. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2018, s. 147, 170.

içerdiğinden hâkimlerin alanını daraltmamış, daha çok siyâset-i şer'îyye yetkisi kapsamında devlet ya da halkın maslahatına uygun olduklarından hukuki istikrarı teyit etme maksadına göre hazırlanmıştır. Fakat Tanzimat dönemi kanunlarına baktığımızda *Ceza Kanunnâmesi*'nde olduğu gibi fıkıhın dört temel bölümünden birini bütünüyle ya da *Mecelle*'deki gibi, borçlar, eşya ve yargılama hukukunu bütünü kapsayan geniş bir alana yayıldığını görmekteyiz. Belki bu kısıtlamaların da etkisiyle *Ceza Kanunnâmesi*, *Mecelle* ve *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îyye* kanunnamelerinin kurulan tadil komisyonları marifetiyle tekrar düzenlendiğini görmekteyiz²⁴.

Bu kanunlaştırma faaliyetlerinin tercihinde Osmanlı'da yer alan gayri müslim azınlıkların etkisi oldukça açıktır. İslam hukukuna göre Osmanlı Devletiyle yapılan emân akdi çerçevesinde zimmî statüsünde yaşayan gayri müslimler, Tanzimat sürecinde vatandaş statüsüne geçmiş yani kanun önünde müslümanlarla eşit hale gelmişlerdir. Aslında siyâset-i şer'îyye açısından bakıldığında devlet eliyle her türlü taarruzdan korunmuş oldukları halde, Tanzimat sonrası kanunlara tabi olmaktan öte kanun yapabilecek haklara sahip olmuşlardır.²⁵ Bu dönemde Hukuk mektebinden mezun olanlar ve aldıkları görevlere dair oranlar bu durumu izhar etmektedir.²⁶ Ayrıca klasik dönemde kurumsal bir müessese olarak var olmayan, Tanzimat sonrasında ise bir meslek halini alan avukatlık alanında da Müslüman hukukçulardan geri kalmamışlardır.²⁷ Zira önceden fıkıh temelli bir hukuk eğitimi verildiği için bir gayri müslimin medreseden eğitim alması yahut bu alanda bilgisi olsa bile gayri müslimlerin Müslüman üzerinde hukuki hâkimiyetini imkânsız kılan *velayet* anlayışı gereği hukuki alanda var olmalarını mümkün kılmıyordu.²⁸ Bu durumun somut bir örneği olarak *Ceza Kanunnâmesi* şerhlerine göz atmak yeterli olacaktır. Batı hukukundan tercüme edilmesi hasebiyle kanun maddeleri, İslam Hukuku'ndan farklı olarak, herkesin kolayca ulaşabileceği bir alandı ve böylece çok sayıda gayri müslim hukukçu *Ceza Kanunnâmesi*'ne şerh yazmıştı.²⁹

III. Osmanlı'da Tanzimat Sonrası Siyâset-i Şer'îyye Literatürü

Batı karşısında askeri ve teknik alanda elde edilen mağlubiyetler İslam coğrafyasının çoğunda olduğu gibi Osmanlı'da da aydınları bir suçlu aramaya sevk etmişti. Her biri kendi

²⁴ *Ceza Kanunnâmesi*, *Mecelle*, ve *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îyye* kanunlarındaki tadil çalışmaları ve tenkitler hakkında bk.: Akgündüz, 2017, s. 89-90; Akgündüz, Ahmed. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, OSAV Yayınları, İstanbul, 2003, s. 32; Akman Ahmet. *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îyye Kararnâmesi ve Tahlili*, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985, s. 130-133.

²⁵ Klasik fıkıh eserlerinde zimmîlerin haklarının korunması hususunda gösterilen hassasiyet o derece fazladır ki, gayri müslim oldukları halde onlara "Ey kafır!" diye onur kırıcı bir şekilde hitap edilmesi taziri gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Hamevî, *Gamzu uyûni'l-besâir*, İdâretü'l-Kur'an, Karaçi, 2015, C. I, 554. Ancak Tanzimat sonrası gayri Müslimlerin elde ettiği hakların sembolü olarak "Artık gavura gavur denmeyecek!" sloganı farklı bir bağlamda meşhur olmuştur. Şeref, Abdurrahman. *Tarih Musahabeleri*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1985, s. 59.

²⁶ Avukatlık mesleği yapan gayri müslimler için bk.: Yörük, Ali Adem. *Mekteb-İ Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 115, 119, 167.

²⁷ *Mehakimi Nizamiye Dava Vekillerinin Usulü İntihap ve İmtihanlarına Dair Kararnamede* yer alan "Komisyona celbolunacak dava vekillerinin mutlaka Türkçe okuyup yazmağa ve yahut yalnız Türkçe okumağa muktedir olmaları ve Türkçe kitabeti olmıyanların behemahal diğer bir lisanda kitabete kâdir olması şart idüğünden" ifadesi üzerine Osmanlı'da avukatlığın Müslüman ve Türk olmayan birtakım Rum ve Ermeni müzevirlerle başlamış olduğuna dair tespit, bu durumu teyit etmektedir. Özkent, Ali Haydar. *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, 1940, (Tıpkıbasım-2002), s. 44.

²⁸ Akgündüz, s. 100-101.

²⁹ Bu konuda oluşan literatürün değerlendirmesi için bk.: Ünal, Mustafa/Yılmaz, Yasin. *Osmanlı Ceza Kanunnamesi Şerh Literatürü Üzerine Bir Derkenar*, *Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

meşrebine göre eksik ya da yanlış olduğunu düşündüğü şeyleri değiştirmekle işe başlama taraftarıydı. Bu yüzden Batı hayranı olanlar, onların bilim ve tekniğini almaya meylederken kimi zaman bilerek ya da bilmeyerek kültürlerinin de üstün olduğuna kadar işi vardırılabildi. Ferîd'in *Siyâset-i Şer'îyye*'de ifade ettiğine göre bu eğilimdeki kişilerin, hukukta görülen problemlerin Batı'dan beslenerek çözüleceğine inanmalarının temelinde, kendi geleneklerindeki hukuk sisteminin kudretine vakıf olmamaları yatmaktaydı.³⁰ Sorunların büyümesiyle bir tür buhrana dönüşen bu tartışmalar siyâset-i şer'îyye alanında birçok eser meydana getirilmesine sebep oldu. Bunlardan kimisi klasik siyaset eserlerinin tercümesi³¹, kimisi gazete ve dergilerde neşredilen yazı dizileri halinde kendini gösterdi. Burada dönemin önemli isimlerinden bazılarının eserlerine ve görüşlerine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Bursalı Mehmed Tâhir (ö. 1925) bibliyografya ve İslami ilimlerin çeşitli alanlarında eser vermiş bir Osmanlı münevveridir. *Siyasete Müteallik Âsâr-ı İslamiyye* eserinin mukaddimesinde belirttiğine göre³² bir mecliste rastladığı bir yazarın İslam âlimlerinin genellikle sarf, nahiv, fıkıh ve kelim gibi alanlarda eserler verdikleri halde, idare ve siyasete dair müstakil eserler vermediğini söylemesinden son derece rahatsız olmuştur. İlmi bir dayanağı olmayan ve vakıya uygun olmayan bu tip önyargıları yıkmak maksadıyla hicretin ilk asırlarından itibaren farklı mezhep ve meşreplerden âlimlerin siyaset içerikli eserlerini bir araya getiren bir bibliyografya oluşturarak *Siyasete Müteallik Âsâr-ı İslamiyye* ismini vermiştir. Eserinde, önce siyaset alanında yazılan kitabın ismini, sonra dilini, müellifini, baskısının yapılıp yapılmadığını zikretmiş, bazen de eserin muhtevası hakkında kısa bilgiler vermiştir. Fârâbî'nin (ö. 339/950) *el-Medînetü'l-fâzılâsından* başlayarak Tunus müftüsü Muhammed b. Bayram'ın (ö. 1214/1800) *el-Bayramiyye fi's-Siyaseti's-Şer'îyye* eserine kadar 172 farklı siyaset eserine yer vermiştir.

Medresetü'l-kudât müderrislerinden İskilipli Âtîf Efendi (ö. 1926), *Medeniyet-i Şer'îyye Terakkiyât-ı Diniyye* isimli bir eser meydana getirmiş³³, burada kanunların gerekliliği, yöneticilere düşen vazifeler, yönetim şekillerinin şer'î açıdan tahlili, kulların Allah tarafından birbirine karşı yüklenen sorumlulukları bağlamında kocanın, komşunun ve anne-babanın görevlerini ele almıştır. Kanunlara duyulan sosyal ihtiyacı dile getirdiği bölümde Kur'an'ı, devletin yönetiminde dünya ve ahiret saadetine ulaştıracak bir “*kanûn-u umûmî*” olarak tanımlayan Âtîf Efendi, veliyyü'l-emr ve hükümet erkânının takip edeceği esasları işi ehline vermek, halkına yumuşak muamelede bulunmak ve meşveret gibi klasik eserlerdeki usule benzer şekilde tekrar etmiştir. Ancak Tanzimat sonrasının en tartışmalı siyasi konularından olan yönetim şekli ve hilafetin yetkileri hususunda dikkat çekici analizler yapmaktadır. Mutlâkiyet, meşrutiyet ve cumhuriyet idarelerini tanımlayarak bunların kâmil hilafetle yani kendince

³⁰ Bu kaygısını şu şekilde ifade etmiştir; “Maksadım şark hukukunu garbın hukukuyla karşılaştırarak bizde ilm-i hukuka ne derece himmet olunduğunu ağız nazarında dahî ispat etmektir. Çünkü Mekteb-i Hukuk'a müdâvim olan efendiler Fransızcadan tercüme edilmiş bir takım nazariyyât-ı hukukiyyeyi okudukları zaman derhal bizde hukukun eksikliğini dile getirmek gibi büyük bir insafsızlık gösteriyorlar.” Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye*, XXV, 793.

³¹ Osmanlı ulemasının yaygın tatbikatına uygun olan özgün tercüme tekniğinde eser, tercümanın katkıları ve izahlarıyla bir tür şerhe dönüşerek metin yeniden inşa edilmektedir. Örnekler için bk.: Kara, İsmail. *İlim Bilmez Tarih Hatırlatmaz-Şerh ve Haşiye Meselesine Dair Birkaç Not*, Dergah Yayınları, İstanbul, 2016, s. 49.

³² Bursalı, Mehmed Tâhir. *Siyasete Müteallik Âsâr-ı İslamiyye*, Kader Matbaası, İstanbul, 1330,

³³ Bu kitap, *Medeniyetimizin Sosyal Dinamikleri - Medeniyet-i Şer'îyye ve Terakkiyat-ı Diniyye* adıyla sadeleştirilerek Ümit Dericioğlu tarafından yayınlanmıştır; İnkilap Yayınları, İstanbul 2011. Eser, müellifin *Beyanü'l-Hak* dergisinde Aralık 1911-Ekim 1912 yılları arasında yayınlanan makalelerinin bir araya getirilmesiyle oluşmuştur.

İslam'ın öngördüğü yönetim şekliyle mukayesesini yapmaktadır. Sadece bir hanedâna ait yönetim şekli yerine gerekli şartları taşıyan fertlerden seçilen bir bireyin iş başına gelmesini kâmil hilafet olarak tanımladığından saltanat idaresini tam manasıyla İslâmî bulmadığı anlaşılmaktadır. Diğer yönetim şekillerini bazı yönlerden kâmil hilafete benzettiği halde bazı yönlerden uygun olmadığı yönünde hükümler vermesinden anlaşılan, ideal olarak gördüğü yönetim şeklini mutlâkiyet, meşrutiyet veya cumhuriyetin tam olarak temsil edemeyeceğidir.³⁴ Halifenin yetkilerini kısıtlama eğiliminde olmakla birlikte meşrutiyet yönetimine mesafeli duran Âtıf Efendi, bu yönüyle meşrutiyetin, şer'î siyaset açısından en uygun model olduğunu savunan dönemin bazı İslamcılarında ayrılmaktadır.

Elmalılı Hamdi Yazır'ın (ö. 1942), II. Meşrutiyet sonrasında yoğunlaştırdığı hukuki ve siyasi faaliyetlerinden anlaşılan, devrin siyasal sisteminin şeriatla uyumlu bir meşrutiyet olmasını öngörmektedir. Zira uzun yıllardır mer'î kanunların Avrupa'dan tercüme edilerek fikhın yerine ikame edilmeye çalışılması gündemdedir. Siyasi yönetim şekli olarak, “Bugün ümmet-i İslâmiye ve millet-i Osmâniyenin son ümidi meşrutiyettir.” diyecek kadar meşrutiyeti benimsemiş, bu yönde sadece şer'î değil felsefi argümanlar da geliştirmekten geri durmamıştır. İstibdad dönemindeki sorunları dile getirirken, yeni kanunlar yapıldığı halde uygulanabilirliğinin olmamasından dert yanarak, hem Avrupayla uyumlu, hem gayri müslimlere haklarını teslim eden hem de fikhın modern medeniyetlere adapte edileceği kanunnâmeler tasavvur etmektedir.³⁵ Kanunların gücüne vurgu sadedinde hilafetin de yetkisini daraltır, şer'î kanunlara muhalefet etmesi halinde hükmünün muteber olmayacağını açıkça beyan eder.³⁶ Siyâset-i şer'îye kitaplarına dayandırarak halifenin aslında milletin vekili konumunda bir vazifeli olarak sunması, meşrutiyet düşüncesiyle uyumu açısından orijinal ve dikkat çeken bir yaklaşımdır.³⁷ Ona göre kanun, gücünü şeriate uygunluğundan almasından hareketle *Kanûn-i Esâsi*'nin şer'î bir görünüşe sahip olması gereklidir.³⁸ Osmanlı mahkemelerinde görülen zafiyetin sebebini ise ilmiye sınıfında görülen usulsüzlüklere bağlamaktadır. Buna göre ilmiye sınıfında liyakatsizliğin artmasıyla Osmanlı mahkemeleri zayıflamış, devamında Avrupalıların müdahalesine zemin hazırlayarak Ceza ve Ticaret mahkemelerinin ayrılması sonucunu doğurmuştur. Fakat yargı ikiliğine neden olan bu durum sorunların büyüyerek devam etmesine yol açmıştır.³⁹

Şer'î hukuk dışında, siyaset manasında konulan kanunların ve devletçe talep edilen vergilerin meşrutiyetine dair kabul fıkıh kitaplarında zaten erken dönemlerden beri var olmuştur.

³⁴ İskilipli, Mehmed Âtıf Efendi. *Medeniyet-i Şer'îye Terakkiyat-ı Diniyye*, Matbaa-yı Ahmed Kamil, İstanbul, 1329, s. 10-13.

³⁵ Köksal, Asım Cüneyd, “Elmalılı M. Hamdi Yazır'ın Fıkıh Ve Siyaset Düşüncesi”, *Doğu'dan Batı'ya Düşüncenin Serüveni*, II. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, 2017, C. 9, s. 633-636. İbnü'l-Hâzım Ferîd de teoride başarılı olsa da kanunların etkisinin uygulamadaki kuvvetine bağlı olduğuna dair benzer bir değerlendirme yapmıştır. Ferîd, *Siyaset-i Şer'îye III*, s. 210.

³⁶ Bu konuda daha geleneksel bir tavır sergileyen son dönem hukukçularından Mahmud Esad Efendi'nin ifadeleri şu şekildedir: “İmam, fıkı ile ve cefa ve zulüm ile imametten azledilemez... Padişahlarımıza ve işlerimizi idare eden valilerimize isyan caiz değildir, velev ki zulmetmiş olsunlar.” Seydişehrî, Mahmud Esad. *Ravzâtü'l-Cennât fî Usûli'l-İtikâd Tercümesi* (sadeleştiren: Bahaddin Karakuş), Hacıveysizade İlim ve Kültür Vakfı Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 188-190.

³⁷ Yazır, Elmalılı Hamdi. “İslamiyet ve Hilafet ve Meşihat-ı İslamiyye, *Beyanü'l-Hak*, C. 1, S. 22, 1909, s. 513; Özcan, Azmi. *İslamcılık*, 2001, <https://islamansiklopedisi.org.tr/islamcilik#2-ikinci-mesrutiyet> (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

³⁸ Durmuş, Abdullah. *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır'ın Hukukçuluğu*, EKM Matbaacılık, Malatya, 2010, s. 358.

³⁹ Köksal, 2017, s. 653.

Zira toplumun maslahatına göre zamanla vaz edilecek kanunların ve düzenlemelerin varlığı kaçınılmazdır.⁴⁰ Bu genel kabul doğrultusunda Elmalılı da devrin kanunlarının şer'î esaslarla açıkça çatışmadığı sürece şer'îliğinin sabit olduğunu belirtmiştir.⁴¹

Burada değindiğimiz isimler dışında çok sayıda müellif siyâset-i şer'îyye alanıyla alakalı kitap ya da gazete yazıları telif etmiştir. Ancak biz bunların bir kısmının isimlerini ve eserlerini zikretmekle yetineceğiz; Meşrepzâde Mehmed Ârif Efendi (ö. 1858) - Dede Cöngî'nin *Siyâsetü'ş-şer'îyye*'sinin *Siyâsetnâme* adıyla genişletilmiş tercümesi (Takvimhane-i Amire Matbaası, İstanbul, 1275); Cemaleddin Abdullah Efendi (ö. 1901) - *Siyâset-i şer'îyye* (Matbaatü'l-Meârif, Kahire, 1319); Ahmed Reşid Paşa (ö. 1918) - *Usûlü'l-hikem fî nizâmi'l-âlem* (Arapça ile birlikte tercümesi - Hicaz Vilâyet Matbaası, 1331); Musa Kazım Efendi (ö. 1920) - *İslâm'da Usûl-i Meşveret ve Hürriyet* (İstanbul, 1324); Said Halim Paşa (ö. 1921) - *İnhitât-ı İslâm Hakkında Bir Tecrübe-i Kalemiyye* (Matbaa-yı Amire, İstanbul, 1334), *İslam'da Teşkilat-ı Siyasiyye* (Sebilürreşad, C. 19, S. 493, 1922, s. 264-265 - C. 20, S. 501, 1922, s. 74-75); Mansûrîzâde Mehmed Saîd Bey (ö.1923) - *Hakikat-i İslam* (Aydın Vilayet Matbaası, Aydın, 1329).

IV. İbnü'l-Hâzım Ferîd ve *Siyâset-i Şer'îyye* Eseri

Ferîd, 1873 veya 1874 yılında Aydın'da doğmuştur. *Te'sîsü'n-Nazar ve Rûhü'l-Fıkh* isimli eserinde, *Eshelü'l-Ferâiz* adlı eserine atıf yaptığı babası Ahmed Hâzım Efendi (ö. 1927), Aydın Mahkeme-i Şer'îyye başkâtibidir. Tahsiline ilk olarak Aydın'da babasının rahle-i tedrisinde başlamış, ardından Faik Paşa Medresesi'nde eğitim görmüş, daha sonra İzmir İdâdîsi'ni bitirmiştir. Tahsilini sürdürdüğü bu dönemde İzmir'de, meşhur muhaddis Abdürrahim Efendi'den hadîs icâzeti almıştır. İzmir'deki tahsilinden sonra İstanbul'a gelerek burada Mekteb-i Hukuk-ı Şahane'ye kaydolmuştur. Bu okuldan da "aliyyü'l-âlâ" derecede diploma ile 1906 tarihinde mezun olmuştur. 1326/1908 yılında Temyîz-i Ceza zabt kâtipliği⁴² ve 1328/1910'da Manisa Cinayet Mahkemesi Reisliği görevleri dışında, 1914'e kadar muhtelif yerlerde hâkimlik görevinde bulunduktan sonra, hâkimlik görevinden istifa ederek İzmir'e gelmiş ve burada avukatlık mesleğini sürdürmüştür.

1918 yılında kurulan İzmir Müdafaa-i Hukuk-ı Osmanî Kongresi'nde "Müsavat Gazetesi başyazarı" unvanıyla üye olarak bulunmuştur.⁴³ Ayrıca 22 Şubat 1895 tarihinde yayın dünyasına dâhil olan ve II. Abdülhamid, Meşrutiyet, savaş ve Cumhuriyet dönemlerinde yayın hayatına devam eden *Ahenk Dergisi*'nde başmuharrirlik görevini üstlenmiştir.⁴⁴ Siyaseten İttihatçılara muhalif bir tavır benimseyerek İtilafçılara daha yakın durduğu için bazı sıkıntılara maruz kalmıştır. İzmir'in Yunan işgali altında olduğu sancılı dönemde Yunan muhalifi yazıları münasebetiyle 1922 yılında, Girit'te 5 ay sürgünde kalmıştır. Yıllar süren yazı hayatı içerisinde

⁴⁰ Hanefi fıkıh eserlerindeki ifadeye göre halkın maslahatı doğrultusunda sultanların koyduğu vergiler tıpkı nas ile sabit olmuş haraç vergisi gibi şeri bir borçtur. Hatta bu vergiyi vermeyerek diğer vatandaşların vergi yükünü arttıranlar vebal altına girmektedirler. İbn Abidin, C. II, s. 336-337.

⁴¹ Köksal, 2017, s. 665.

⁴² İbnü'l-Hâzım Ferîd, *Siyaset-i Şer'iyye III, Beyânü'l-Hak*, C 1, S. 10, 1908, s. 212.

⁴³ *Anadolu Ve Rumeli'de Gerçekleştirilen Ulusal ve Yerel Kongreler ve Kongre Kentleri Bibliyografyası*, T.B.M.M. Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1993, C. 3, s. 27.

⁴⁴ Balcı, Ahmet Hilmi. *İzmir İstiklal Mahkemesi ve İzmir Basını(1906-1926 Cumhuriyetin De Facto Kuruluşu: Ahenk Gazetesi'nde Söylem/İktidar)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2007, s. 9.

kaleme aldığı makalelerin çoğu dînî-millî konularda telif yazılar olmakla birlikte zaman zaman Arapça ve Farsçadan tercüme metinler yayınladığı da olmuştur. Bu durum, onun Arap ve Fars dillerine, bu dillerden Türkçeye tercüme yapacak derecede bir vukûfiyeti olduğunu göstermektedir.

1923-1925 yılları arasında, İzmir Barosu Başkanlığı yapan Ferîd, Cumhuriyet döneminde İzmir'de avukatlık mesleğine devam etmiştir. 1935 Şubat'ında soyadı kanuna tâbi olarak "Yapar" soyadını almış,⁴⁵ bu tarihten itibaren "Ferit Hazım Yapar" ismini kullanmıştır. Cumhuriyet öncesi dönemde oldukça faal olan müellif, Cumhuriyet dönemi ile birlikte âdeta köşesine çekilmiştir. İbnü'l-Hâzım Ferîd 23 Mart 1938'de vefat etmiş ve İzmir Asri Mezarlığı'na defnedilmiştir.⁴⁶

Çok sayıda kitap ve makalesi bulunan İbnü'l-Hâzım'ın en bilinen çalışması *Siyâset-i şer'iyeye* başlıklı makale serisidir.⁴⁷ *Te'sisü'n-nazar ve Rûhu'l-fikh* eserinde bu makaleleri *Siyaset-i Şer'iyeye veyahut Mukayese-i Kavânîn* ismiyle kitaplaştırmayı planladığını belirtmesine rağmen,⁴⁸ bu arzusunu gerçekleştirdiğini gösterir herhangi bir bilgiye rastlanamamıştır.⁴⁹

Siyâset-i şer'iyeye ismiyle *Beyânü'l-Hak* dergisinde yayımladığı makalelerin tarihleri ve muhtevaları şu şekildedir;

1. Memleketin siyasi durumu ve siyâset-i şer'iyeye giriş (21 Şevval 1326/16 Kasım 1908)
2. Adalet, hakkaniyet ve kanun (28 Şevval 1326/23 Kasım 1908)
3. Şeriat, kanun ve mahkeme (13 Zi'l-ka'de 1326/7 Aralık 1908)
4. Hukuk-ı umûmiyye ve şahsiyye, hapis ve bazı kanun maddelerinin şer' ile mukayesesi (20 Zi'l-ka'de 1326/ 14 Aralık 1908)
5. Kasten adam öldürme ve bir uzvu sakatlama (27 Zi'l-ka'de 1326/ 21 Aralık 1908)
6. Suçların cezasının parayla düşürülmesinin caiz olmaması ve adaletin lüzumu (4 Zi'l-hicce 1326/ 28 Aralık 1908)
7. Bazı kanun maddelerinin şer' ile mukayesesi, delalet ve emarelerle hüküm verilmesi, beyyinenin tarifi, siyasetin manası (11 Zi'l-hicce 1326/ 4 Ocak 1909)
8. Deliller ve emarelerle suçun ortaya çıkarılmasına misal ve kasâme (18 Zi'l-hicce 1326/11 Ocak 1909)

⁴⁵ *Yeni Asır Gazetesi*, 17 Şubat 1935, s. 2.

⁴⁶ Huyugüzel, Ömer Faruk. *İzmir Fikir ve Sanat Adamları (1850-1950)*, Kültür Bakanlığı Kültür Eserleri, Ankara 2000, s. 245-249.

⁴⁷ Makalelerden yirmi altı tanesinin bir lisans bitirme tezinde latinizesi yapılmıştır. Engin, Ramazan. *İslam Hukukunda Siyaset-i Şer'iyeye Kavramı ve İbn Hazm Ferid'in Risalesi*, Yayımlanmamış Lisans Bitirme Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2001.

⁴⁸ Ferid, *Te'sisü'n-nazar*, s. 29.

⁴⁹ Hayatı ve eserleri hakkında detaylı bilgi için bk.: İbnü'l-Hâzım Ferîd, *Te'sisü'n-nazar ve Rûhu'l-fikh*, (haz. Bahaddin Karakuş), Kökler Derneği Yayınları, İstanbul 2020, s. 11-16.

9. Tö Ahmet davası, borcun kısımları ve borç dolayısıyla hapis hakkında ihtilaflar, hapis müddeti, müttehemın kısımları, dövmeyle tazirin kısımları (25 Zi'l-hicce 1326/ 18 Ocak 1909)
10. Mahpus zevcesiyle mukarenette bulunabilir mi? Mahpusun hastalığı, ticareti, mübarek günlerde çıkarılması, akrabalarıyla görüşebilir mi? (9 Muharrem 1327/ 31 Ocak 1909)
11. Suça teşebbüs ve birden çok suçun bir arada bulunmasının hükümleri (16 Muharrem 1327/ 7 Şubat 1909)
12. Hırsızlık ve gaspın farkı ve akrabaların birbirinden hırsızlığına dair hükümler (23 Muharrem 1327/ 14 Şubat 1909)
13. Zimmetin tarifi, ehliyet ve kısımları, aklın kısımları ve ehliyet arızaları (30 Muharrem 1327/ 21 Şubat 1909)
14. Sabîlik ve buluş, deliliğın tarifi, kısımları ve hükümleri (8 Safer 1327/1 Mart 1909)
15. İkra h, sarhoşluk, cehalet, sefihlik, hezl ve hükümleri (15 Safer 1327/8 Mart 1909)
16. Çocuğın düşürülmesinin nüfusun çoğalmasına zararı, düşürten ebeye ceza gerekeceği ve gurreye dair hükümler (22 Safer 1327/15 Mart 1909)
17. Hataen ve tesebbüben katl ve geceleyn haneye tecavüz hakkındaki hükümler (29 Safer 1327/22 Mart 1909)
18. Irz ve namus davalarına dair hükümler ve mahremini zina ederken görüp de zina edenleri öldüren kimse hakkında kanuni ve şer'î hükümler (7 Rebü'l-evvel 1327/29 Mart 1909)
19. Sigorta ve kısımları, sigorta şer'î akitlerden birine dâhil edilebilir mi? Sigortaya bir çeşit mudârebe akdi denilebilir mi? (14 Rebü'l-evvel 1327/5 Nisan 1909)
20. Yabancıların haklarının korunması ve sigortayla ilgili bazı tartışmalara cevaplar (21 Rebü'l-evvel 1327/12 Nisan 1909)
21. Hayat sigortası ve gemi kiralınmasına dair meseleler (28 Rebü'l-evvel 1327/19 Nisan 1909)
22. Vapur yolculuğuna dair hükümler (9 Cemâziye'l-âhir 1327/28 Haziran 1909)
23. Baratarya ve hükümleri (16 Cemâziye'l-âhir 1327/5 Temmuz 1909)
24. Avarya ve hükümleri (23 Cemâziye'l-âhir 1327/12 Temmuz 1909)
25. Zina ile nesebin sübutuna dair hükümler (2 Recep 1327/20 Temmuz 1909)
26. Nesep ikrarına dair hükümler (9 Recep 1327/27 Temmuz 1909)
27. Benzerliğın nesebin sübutuna etkisi ve bulunan çocuğa dair hükümler (16 Recep 1327/3 Ağustos 1909)
28. Zeyd ve Zeyneb (ra.) meselesi, evlatlık hakkında cahiliye adetleri, evlatlık hakkında Fransa ve Çin kanunlarındaki asıllar ve siyâset-i şer'îyye ile mukayesesi (7 Rebü'l-âhir 1328/18 Nisan 1910)

Bu başlıklar dışında makalelerde Ferîd'in Osmanlı siyâset-i şer'îyye geleneğiyle ilgili bazı önemli değerlendirmelerine değinmek yerinde olacaktır. Öncelikle siyâset-i şer'îyyenin önerdiği, nas temelli iki esası vardır; adaletle hükmetmek ve işi ehline vermek.⁵⁰ Adaletin tesisi ve toplumun huzuru için var edilecek ceza hukuku, en ideal toplumda bile suçun tamamen ortadan kalkması tasavvur edilemeyeceği için, bir gerekliliktir. Hükmetmek, ya hakların verilmesi ya da had cezalarının tatbikiyle olur. Bunlardan birincisi muamelat ikincisi de ceza hukukuyla tatbik edilir. Ceza hukukunun en temel maksatlarından biri de hayat hakkının korunmasıdır.⁵¹ Siyâset-i şer'îyyede genel olarak her uygulama hakkında bir ayet ya da hadis olması değil, şeriatin genel kurallarına aykırılık teşkil etmemesi şartı aranmalıdır.⁵² Bu meyanda *Ceza Kanunu* ve *Usul-i Muhakeme Kanunu* maddelerinin meşruiyeti için şeriata aykırı olmama şartını sağlaması yeterlidir.

Ferîd, bu yazı dizisini hazırlamasındaki maksadın, şark hukukunu garb fikriyle mukayese ederek şark kütüphanelerinin aydınlık fikirlerini gün yüzüne çıkarmak ve İslam şeriatinin vaz' edildiği adalet kaidelerini gözler önüne sermek olduğunu yer yer dile getirmektedir.⁵³

Görüldüğü üzere Ferîd siyâset-i şer'îyyenin temel kavramları olan ve dönemin aktüel meselelerinden olan adalet, hakkaniyet ve şeriat gibi konuların tasviriyle başladığı yazılarına, başta Ceza Hukuku olmak üzere, muhakeme usulü, Batı kanunlarının kendi kanunlarımızla mukayesesi, aile ve eşya hukukuna taalluk eden birçok meseleyi içine alacak şekilde devam etmiştir. Bunların bir kısmında devrin kanun maddelerinin siyâset-i şer'îyyeye uygunluğunu savunurken, kimi zaman da fıkha uygunluğunu sorgulamıştır. Ancak biz burada sadece hukuk düşüncesiyle yakından ilgili olan; Batılı hukukçu ve düşünörlere, Osmanlı aydınları ve istibdad dönemine, Ceza Kanunu maddeleri ve mahkeme usulündeki aksaklıklara dönük eleştirilerini üç başlık halinde inceleyeceğiz.

A. Batılı Hukukçulara ve Düşünörlere Eleştirileri

Osmanlı'da Tanzimat sonrası yoğunlaşan Batı hayranlığı Batı'nın içinde bulunduğu sorunları göz ardı ederek hukuk sistemlerinin olduğu gibi alınması arzusunu doğurmuştur. Bu hayranlık neticesinde Fransa gibi ölkelerin ceza kanunu doğrudan tercüme ederek meydana getirilen ceza hukuku, problemlerini de beraberinde getirmiştir. Zira Batı hukukunda birçok meselede farklı görüş beyan eden hukukçular arasında uzlaşma meydana gelemediğinden sürekli bir tereddüt hali vardır; ceza mesuliyetinin ne zaman başlayacağı bunlardan sadece biridir. Halbuki şark hukukunda bu mesele çoktan çözüme kavuşturularak karar kılmıştır. Bu belirsizliğin etkisi ceza kanunumuzda da görüldüğü için Ferîd tarafından tenkit edilmiştir.⁵⁴

İbnü'l-Hâzım, hayat hakkına dair konuları işlediği makalesinde intihar ve başkasından kendisini öldürmesini istemek gibi tasarrufları ele almaktadır.⁵⁵ Batılı hukukçular açısından intihar, kişinin kendi mülkünde tasarrufu gibi değerlendirilebilmektedir. Ferîd ise İslam hukuku açısından insan hayatının kendi kesbi/kazanımı sonucu elde edilmediği için sonlandırmaya da

⁵⁰ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* I, s. 134.

⁵¹ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* II, s. 162.

⁵² Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* VII, s. 306.

⁵³ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* XIII, s. 470; *Siyâset-i Şer'îyye* XXV, s. 793.

⁵⁴ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* XIII, s. 471.

⁵⁵ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* II, s. 164.

kendinin karar veremeyeceğini söylemektedir. İnsanın hayat hakkı nasıl başkalarının saldırısından korunmuşsa, kendisinin bu hayatı devam ettirmesi de bir tür zorunluluktur. Yine hayat hakkını doğrudan ilgilendiren düello konusunda da dönemin Hukuk Felsefesi yazarlarından Adolphe Franck'ın görüşlerini⁵⁶ eleştirmektedir. Zira aslında düelloda da intiharda olduğu gibi kişinin hayat hakkından vazgeçmesi hukuken yetkisini aşan, ayrıca ahlaka da aykırı bir durumdur ve cezalandırılmayı hak etmektedir.⁵⁷

Mahkûmların haklarıyla ilgili konularda Batılılar, uzun süren hapis hayatını bir tür ıslah ve ahlaklandırma metodu olarak görmektedir. Bu yüzden mahkûmun eşyle beraber olmasına hak tanınmaması konusunda son derece katı davranarak mahkûmun cezasını tam olarak çekmesi ve mahkûmdaki suçluluk unsurunun bir hastalık gibi doğacak çocuğa da sirayet edeceği iddialarında bulunmuşlardır. Siyâset-i şer'iyede her ne kadar bir kısım ulema buna cevaz vermese de, bazı kişisel ve toplumsal menfaatlerin temini için en azından müebbet veya on beş sene kürek cezası alanlara bu hak tanınması daha uygundur. Zira uzun süre hapiste kalanlar arasında ahlaka mugayir haller görülmesi muhtemeldir. Ayrıca bu, suçluya bir ceza olduğu gibi eşine de aynı anda ceza vermektir. Diğer yandan toplumların nüfus çokluğunun, güç unsuruna dönüştüğü bu dönemlerde mahkûmların bundan yasaklanması nüfus politikamız açısından da doğru değildir. Bizim inancımıza göre Avrupalıların dediği gibi suç nesillere intikal eden bir hastalık değildir, bilakis, vakıada birçok suçlunun evladı milletine yararlı bir fert olabilmektedir.⁵⁸

B. Osmanlı Aydınları ve İstibdad Dönemine Eleştirileri

Ferîd'e göre Osmanlı aydınında görülen Batı hayranlığı hukuk camiasında da kendini göstermiş, bu yüzden kendi hukukumuzda zaten var olan görüşler Batı'dan ilk defa gelmiş gibi kabul görebilmiştir. Batılı filozofların icat ettiği yeni bir şey sanılan umumi ve şahsi hukuk (kamu hukuku ve özel hukuk) aslında siyaseti şer'iyede Allah hakları ve kul hakları olarak icra edilen bir uygulamaydı. Zaten bizde, hemen kabul edilen birçok felsefi mesele aslında *şeriat felsefesinde* çok önceden ortaya konulmuştur.⁵⁹ Batı'nın sanayi, ticaret ve ziraat gibi alanlardaki birikimini kendimize sermaye edinsek de hiçbir zaman Batı hukukunun kaideleriyle ilerleme sağlamamız mümkün değildir. Ancak bizdeki aydınların Batı hayranlığıyla gözleri kamaştığı için Batı hukukunun sorunlarını görmezden gelmektedir. Nitekim Şeyh Abduh'un (ö. 1905) öğrencisi olduğunu anladığımız edebiyatçı Ali Kemal⁶⁰ (ö. 1922) gibi fikir adamları bile bundan kurtulamamıştır. Osmanlı aydınının diğer bir yanlığı istibdad dönemi uygulamalarındaki sorunları esas alarak siyaseti şer'iyeyi eksik görmek suretiyle batı hukukuna yönelmeleridir. Oysa sorun doğu hukukunda değil istibdad döneminde aranmalıdır.⁶¹

⁵⁶ Adolphe, Franck. *Philosophie Du Droit Pénal*, Germer Baillièrre, Paris, 1864, s. 146, 149.

⁵⁷ Mekteb-i Hukuk hocalarından Münif Paşa da Alman hukuk ve siyaset felsefecisi Heinrich Ahrens'in (ö. 1874) *Cours de Droit Naturel Ou de Philosophie Du Droit* isimli eserine dayan *Hikmet-i Hukuk* ders notlarında, intihar ve düello konularını Batı ile mukayeseli olarak tahlil etmiştir. Münif Paşa, Mehmet Tahir. *Hikmet-i Hukuk*, Çizgi Kitabevi, Konya, 2016, s. 78, 90.

⁵⁸ Ferîd, Siyâset-i Şer'iyeye X, s. 410.

⁵⁹ Ferîd, Siyâset-i Şer'iyeye IV, s. 232.

⁶⁰ Uzun, Mustafa İsmet. *Ali Kemal*, 1989, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-kemal> (Erişim Tarihi: 31.03.2021).

⁶¹ Ferîd, Siyâset-i Şer'iyeye XIII, s. 470, 471.

Ferîd, yeni içinden çıktıkları istibdad döneminde Osmanlı'da siyaseti şer'îyye konulu eserlerin yasaklığından dert yanmaktadır. *Kanûn-i Esâs-i* ile birlikte yaşanan rahatlık ortamında bu eserlere ancak ulaşılabilmiştir. Siyaseti, fıkıh kitaplarına da girmiş olan ikili taksimi yani adil ve zalim siyaset üzerinden ikiye ayırdıktan sonra istibdad dönemini zalim siyaset döneminin örneği olarak nitelemektedir. Zira yakın zamana kadar, mahkeme sistemindeki bozulmalar dolayısıyla kimse hakkını alamaz olmuştur, hatta devlet görevlileri beytü'l-mâla bile kolayca el uzatabilmektedir.⁶²

Mahkûmun tedavisinin yapılması hem siyâset-i şer'îyyede hem de *Ceza Kanunu*'nda tanımlanan en tabii haklardandır, hatta cezasının hastalığına göre hafifletilmesi de mümkündür. Ancak istibdad devrinde Ferîd'in ifadesiyle “*Yıldız müstebitleri*” adalete aykırı olarak hastalık bahanesiyle bazı ahabplarının en ağır cezalarının bile affedilmesini sağlayarak bu durumu suistimal etmiştir.⁶³

Hürriyet, eşitlik ve adalet gibi hususiyetler zaten şeriat tarafından dikkate alınmıştır. Her milletin ceza kanunu sosyal asayişini esas almak gayesiyle kendi toplumsal kabulleri doğrultusunda oluşturulur. Ancak burada şu ya da bu kanunun esas alınmasından öte, kanunun hatıra binaen iş yapma, adam kayırma ve şahsi menfaatler için kullanılmasının önüne geçilmedikçe hiçbir arzulanana faydayı sağlamaya yetmez. Zira istibdad dönemi diye nitelediği süreçte yaşananlar da bu durumu teyit etmektedir.⁶⁴ Örneğin, siyâset-i şer'îyyede hırsızlık gibi cezası tayin edilen had cezalarının ne hâkim ne de yöneticiler eliyle para cezasına çevrilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde kötü huylu zengin kimseler suç işlemeye karşı cesaretleneceğinden toplumda adalete güven duygusu kaybolacaktır. Böyle hallerde alınan para da rüşvet ve haram olacaktır. *Ceza Kanunu* da rüşveti yasakladığı halde, istibdad devrinde bazı istisnalar dışında birçok mahkeme ve devlet dairesi rüşvetin membası olmuş, insanlar hakkını almak için mahkemeye başvurmadan imtina eder olmuştur. Zira elde edilecek hak için rüşvet verilerek yapılacak masraf çok daha fazla oluyordu.⁶⁵ Mahkemelerde görülen usul hataları da halkın haklarını elde etmesinin önünde engeller oluşturmuştur. Ferîd'in ifadesine göre istibdad devrinde kanunların inceliklerine vakıf olamayan zabıta memurları mahkeme kararlarını düzenlemiş bu yüzden birçok masum insan mahkemelerde kendini ifade etmekten aciz kalmıştır.⁶⁶

Siyâset-i şer'îyyede üç tip hâkim vardır, ikisi ateştedir. Birincisi, hakkı bilip hilafına hüküm veren, ikincisi bilgisizce hüküm veren, velev isabet etse bile ateştedir. Üçüncüsü de hakkı

⁶² Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* I, s. 134, 135.

⁶³ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* X, s. 411.

⁶⁴ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* III, s. 210.

⁶⁵ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye* VI, s. 280.

⁶⁶ Kaza merkezlerinde bulunan ilk derece mahkemelerinin birer başkanı, müdde-i umumi muavini (savcı yardımcısı), müstantıkı (sorgu hakimi) ile ikişer görevli azadan oluşması mahkemeler kanununda açık olarak belirtildiği halde bu mahkemelere henüz başkan, müdde-i umumi muavini ve müstantık tayin olunmamıştır. Başkanlık vazifesi az miktarda maaşla çalışan ve ceza kanunlarına ve şer'î kanunlara hâkim olmayan ve okuma yazmaları bulunmayan zabıta çavuşu veya onbaşlılarına havale edilmiştir. Saylan, Kemal. “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin Islahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimsiz Bir Layiha Örneği”, *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, C. XXXI, S. 31, s. 272.

bilip bununla hüküm veren hâkimdir ki,⁶⁷ istibdad devrindeki hâkimlerin çoğu ona göre ilk iki sınıfta idi.⁶⁸

C. Ceza Kanunu ve Mahkeme Uygulamalarına Eleştirileri

Ferîd, dönemin hâkimlerinin istibdattan bu yana insanların kalbine korku salmak arzusuyla daha ortada ikna edici bir delil olmadan çoğu kez masumlara ceza verdiğinden dert yanmaktadır. Hâlbuki asr-ı saadetten itibaren siyâset-i şer'îyyede deliller zahir olmadan kimsenin suçlanmamasına özen gösterildiği gibi hiçbir masumun kanı da heder edilmemiştir.⁶⁹

Ceza kanununa şerh yazan bazı gayri müslim hukukçular, ceninin kasten düşürülmesinin cezasını sadece *Ceza Kanunu*'ndaki yaptırımlar yani diyet ve kürek cezası⁷⁰ üzerinden incelemiştir. Gayri müslim şarihler ise, Roma hukukundaki mirastan mahrumiyet hükmü⁷¹ üzerinde durmaktadır. Hâlbuki siyâset-i şer'îyyeye göre bu cezaların hiçbiri ceninin hayat hakkını korumada tam olarak yeterli değildir. Zira İslam Hukuku'na göre ceninin kasten düşürülmesi hem diyet cezasını hem de mirastan mahrumiyet cezasını gerektirmektedir. Bunlara ilaveten, devlet başkanı gerekli görürse başka tazir cezaları da takdir edebilecektir. Ayrıca nüfusun çoğalması politikası, memleketin sosyal yapısı açısından da hayati önem taşımaktadır. *Ceza Kanunu*'nun 193. maddesinde ise çocuk düşürmesine yardımcı olan tabip, cerrah ve eczacının cezalandırılacağı belirtildiği halde bu işi neredeyse bir meslek haline getiren ebelere bir ceza öngörülmemesi çelişkili bir durumdur. Zira görev yaptığı Aydın sancağında pek çok ebenin cezadan muaf tutulmaları bu suçun yaygınlaşmasına sebebiyet vermekten başka bir şeye yaramamıştır.⁷²

Ceza kanununda öldürme aletine bakılmaksızın kasıtlı adam öldürmeye idam cezası verilirken kasıtsız öldürmeye hapis cezası verilmesi⁷³ büyük bir haksızlıktır. Hâlbuki kişinin kastı kalbî bir durum olduğundan bunun tam olarak anlaşılması ve buna göre hüküm verilmesi mümkün değildir. Şer'î hukukta kişinin kullandığı cinayet aleti -mesela kılıç veya bıçak gibi- kalbindeki öldürme kastının tezahürü kabul edildiğinden bu doğrultuda verilen hüküm daha adilene olacaktır. Zaten kanunda on beş sene olarak takdir edilen bu hafif ceza bir de Padişah tarafından gelen aff-ı âlî⁷⁴ ile sadece on yıla kadar düşürülebilmektedir. Buna mukabil Allah hakkı olan cezalara umumi affın tesir edememesi şer'î adaletin meziyetini bir kat daha artırmıştır.⁷⁵ *Ceza Kanunu* 177. maddesi zeylinde; öldürme kastı olmaksızın sopa ile dövülen kişinin ölmesi durumunda altı yıldan az olmamak üzere kürek cezası verilir,⁷⁶ denilmiştir. Fakat bu hükmün hafifliğinden cesaret alan insanlar hasımlarını kolayca öldürebilir. Zira yukarıda değinildiği gibi, kişinin kastı kalbin bir fiili olduğundan dışarıdan anlaşılabilen bir durumdur. Bu yüzden böyle durumlarda hâkimler çok farklı kararlar vermektedir. Bu tip düzensiz kararlar

⁶⁷ Ebû Dâvud, "Akziye", 2; İbn Mâce, "Ahkâm", 3.

⁶⁸ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye III*, s. 210, 211.

⁶⁹ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye VIII*, s. 339.

⁷⁰ *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, madde 192, 193.

⁷¹ Umur, Ziya. "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXXI, S. 1-4, 2011, s. 171.

⁷² Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye XVI*, s. 550-552.

⁷³ *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, Mekteb-i Fünûn-u Şahane Matbaası, İstanbul, 1300, madde 174.

⁷⁴ Aslan, Taner. "II. Meşrutiyet Dönemi Genel Af Uygulamaları", *Akademik Bakış*, C. III, S. 5, 2009, s. 43.

⁷⁵ Ferîd, *Siyâset-i Şer'îyye IV*, s. 233.

⁷⁶ Karakoç, Serkiz. *Ceza Kanunu*, Cihan Matbaası, İstanbul, 1337, s. 104.

da toplumun adalete güvenini azaltabilmektedir. Hâlbuki siyâset-i şer'îyyede, kişi başkasını sopa ile doğrudan öldürülürse diyet cezası, sopa ile yaralama oluştuktan sonra mağdur ölürse kısas gerekmektedir. Dolayısıyla *Ceza Kanunu*'nun olayda kastın var olup olmadığına kararını hâkimlere havale etmesi toplumu tereddüt altında bırakmaktadır.⁷⁷

SONUÇ

Osmanlı son döneminde siyaset ve şariat ekseninde cereyan eden tartışmalar, fikir ayrılıkları ve hakikat arayışlarının bir tür kriz döneminde cereyan ettiği dikkate alınınca, farklı çevrelerin ortak kaygısının aslında devletin ve halkın selameti olduğu hissi uyanmaktadır. Birçok mütefekkir, bozulmaların ıslahı için halk temelli bir hareketi göz ardı etmese de öncelikli hedeflerinin yönetim şekli ve hukuk sistemi olduğu aşikârdır. Siyâset-i şer'îyye eserleri bin yılı aşkın süredir devam edegelen devlet geleneğimizle bağ kurma noktasında bir köprü vazifesi görmüştür. Burada gerek adil yönetimin ve yöneticinin temel esasları gerekse hukuka dair hikmetler ve İslam esasları, asırlarca süregelen birikimin ışığında serdedilmiştir. Buna mukabil Batı'dan gelen fikriyatın tesirinde olanlar, geçmişle hesaplaşma ve İslam geleneğini kusurlu görme eğiliminde olmuştur.

Bu dönemde *Mecelle*, *Arazi Kanunu* ve *Usul-i Muhakeme Kanunu* gibi çeşitli hukuki düzenlemeler arasında herhalde en çok tartışılan *Ceza Kanunudur*. Zira 1858 gibi erken sayılabilecek bir tarihte doğrudan *Fransa Ceza Kanunu*'ndan tercüme ederek bir kanun meydana getirilmesi radikal bir adımdır. Toplumun örfüyle de doğrudan ilgili olan tazir cezalarına dair birçok hüküm içeren bu kanunda görülen sorunlar, Osmanlı toplumuyla kanunun doku uyumsuzluğunun göstergesidir. Ayrıca kanun maddeleri sadece tazir cezalarıyla sınırlandırılmamış ve başta vaat edilen şeriata muhalif olmama şartına da tamamen sadık kalmamıştır. Bunlara bir de mahkeme sisteminde görülen aksaklıklar eklenince Ferîd'in yazılarında ele aldığı sorunlar ortaya çıkmıştır. Kendisi uzun yıllar bilfiil mahkemelerde görev yaptığı için içerden bir ses olan bu hukukçunun tespitleri oldukça önemlidir. Ferîd'in yazılarında dikkat çeken bir husus da sadece güncel problemlerle ilgilenmeyip, daha genel manada Hukuk Felsefesi alanına giren evrensel hukuk ilkeleri hususunda da tespitler yaparak, çözüm önerileri getirmesidir. Batı hukukunu da yakından takip ettiğini anladığımız Ferîd'in geniş vizyonlu hukuk tasavvuru, daha uzun soluklu çalışmalar yapılmasını hak etmektedir.

KAYNAKÇA

Adalıoğlu, Hasan Hüseyin. *Siyâsetnâme*, 2009, <https://islamansiklopedisi.org.tr/siyâsetnâme> (Erişim Tarihi: 21.03.2021).

Adolphe, Franck. *Philosophie Du Droit Pénal*, Germer Baillièrre, Paris, 1864.

Akgündüz, Ahmed. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, OSAV Yayınları, İstanbul, 2003.

Akman Ahmet. *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îyye Kararnâmesi ve Tahlili*, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985.

Akgündüz, Ahmed. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, OSAV Yayınları, İstanbul, 2003.

Akgündüz, Said Nuri. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2017.

⁷⁷ Ferîd, Siyâset-i Şer'îyye V, s. 252.

Anadolu Ve Rumeli'de Gerçekleştirilen Ulusal ve Yerel Kongreler ve Kongre Kentleri Bibliyografyası, T.B.M.M. Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1993.

Apaydın, Yunus. *Siyaset-i Şer'iyye*, 2009, <https://islamansiklopedisi.org.tr/siyaset-i-seriyye> (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

Aslan, Taner. "II. Meşrutiyet Dönemi Genel Af Uygulamaları", *Akademik Bakış*, C. III, S. 5, 2009, s. 41-60.

Balcı, Ahmet Hilmi. *İzmir İstiklal Mahkemesi ve İzmir Basını(1906-1926 Cumhuriyetin De Facto Kuruluşu: Ahenk Gazetesi'nde Söylem/İktidar)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2007.

Beyâzîzâde, Ahmed Efendi. *el-Usûlü'l-münîfe li'l-İmâm Ebi Hanîfe*, İFAV Yayınları, IV. Baskı, İstanbul, 2014.

Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmîyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968.

Birsin, Mehmet. "Siyâset"ten Örfî Hukuka: Siyâset-i Şer'îyyenin Serüveni", *Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, C. X, S. 2, 2019, s. 425-460.

Bursalı, Mehmed Tâhir. *Siyasete Müteallik Âsâr-ı İslamiyye*, Kader Matbaası, İstanbul, 1330.

Cevdet Paşa, Ahmed. *Ma'rûzât* (haz. Yusuf Halaçoğlu), Çağrı Yayınları, İstanbul.

Ceza Kanunnâme-i Hümayunu, Mekteb-i Fünûn-u Şahane Matbaası, İstanbul, 1300.

Durmuş, Abdullah. *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır'ın Hukukçuluğu*, EKM Matbaacılık, Malatya, 2010, s. 358.

Ebu Yusuf, Yakub b. İbrâhîm. *Kitabu'l-Harac*, el-Mektebetü'l-Ezheriyye, Kahire.

Engin, Ramazan. *İslam Hukukunda Siyaset-i Şer'iyye Kavramı ve İbn Hazm Ferid'in Risalesi*, Yayınlanmamış Lisans Bitirme Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2001.

Ferîd, İbnü'l-Hâzım. *Siyâset-i Şer'îyye I-XXVIII*, Beyanü'l-Hak, C. I, S. 7, 1908– C. II, S. 56, 1910.

Ferîd, İbnü'l-Hâzım. *Te'sisü'n-nazar ve Rûhu'l-fikh* (haz. Bahaddin Karakuş), Kökler Derneği Yayınları, İstanbul 2020.

Haddadî, Ebu Bekr b. Ali. *el-Cevheretü'n-neyyira*, el-Matbaatü'l-hayriyye.

Halaçoğlu, Yusuf/Aydın, Mehmet Âkif. *Cevdet Paşa*, 1993, <https://islamansiklopedisi.org.tr/cevdet-pasa> (Erişim Tarihi: 09.03.2021).

Hallaq, Wael Benjamin. *İslam Hukukuna Giriş* (trc. Necmeddin Kızılkaya), II. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2018.

Hamevî, *Gamzu uyûni'l-besâir*, İdâretü'l-Kur'an, Karaçi, 2015.

Huyugüzel, Ömer Faruk. *İzmir Fikir ve Sanat Adamları (1850-1950)*, Kültür Bakanlığı Kültür Eserleri, Ankara 2000.

İbn Abidin, Muhammed Emin. *Reddü'-Muhtâr*, Daru'l-fikr, Beyrut, 1992.

İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm. *el-Bahrü'r-râ'ik*, Daru'l-Kitabi'l-İslami.

İskilipli, Mehmed Âtîf Efendi. *Medeniyet-i Şer'îyye Terakkiyat-ı Diniyye*, Matbaa-yı Ahmed Kamil, İstanbul, 1329.

Kara, İsmail. *İlim Bilmez Tarih Hatırlatmaz-Şerh ve Haşiye Meselesine Dair Birkaç Not*, Dergah Yayınları, İstanbul.

Karakoç, Serkiz. *Ceza Kanunu*, Cihan Matbaası, İstanbul, 1337.

- Kaya, Mahmut. *Fârâbî*, 1995, <https://islamansiklopedisi.org.tr/farabi> (Erişim Tarihi: 21.03.2021).
- Köksal, Asım Cüneyd, "Elmalılı M. Hamdi Yazır'ın Fıkıh Ve Siyaset Düşüncesi", *Doğu'dan Batı'ya Düşüncenin Serüveni*, II. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, 2017, C. 9, s. 629-695.
- Köksal, Asım Cüneyd. *Fıkıh ve Siyaset*, Klasik Yayınları, I. Baskı, İstanbul, 2016.
- Merginânî, Alî b. Ebî Bekr. *el-Hidâye*, Daru İhyau't-turâsî'l-Arabî, Beyrut.
- Midilli, Muharrem. "Dede Cöngi'nin es-Siyâsetü'-Şer'iyyesi Osmanlı Ceza Kanunların Hukukî Temellendirmesi Midir?" (*Osmanlı'da İlm-i Fıkıh* içinde), İSAR Yayınları, İstanbul, 2017, s. 225-256.
- Midilli, Muharrem. "Osmanlı'da Hukukun Kaynaklarından Örf ile Örf-i Sultanî'nin Ebu'l-Berekât en-Nesefî ve Tursun Bey'in Tarifleri Çerçevesinde Mukayesesi", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 657-667.
- Midilli, Muharrem. *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2019.
- Münif Paşa, Mehmet Tahir. *Hikmet-i Hukuk*, Çizgi Kitabevi, Konya, 2016.
- Öner, Senem. *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2013.
- Özcan, Azmi. *İslamcılık*, 2001, <https://islamansiklopedisi.org.tr/islamcilik#2-ikinci-mesrutiyet> (Erişim Tarihi: 26.03.2021).
- Özkent, Ali Haydar. *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, 1940, (Tıpkıbasım-2002).
- Saylan, Kemal. "II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin İslahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimsiz Bir Layiha Örneği", *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, C. XXXI, S. 31, s. 265 - 278
- Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl, *Şerhu's-Siyeri'l-kebîr*, es-Şeriketü'-Şarkıyye, 1974.
- Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*, Daru'l-marife, Beyrut, 1993.
- Seydişehrî, Mahmud Esad. *Ravzâtü'l-Cennât fi Usûli'l-İtikâd Tercümesi*, (sadeleştiren: Bahaddin Karakuş), Haciveyiszade İlim ve Kültür Vakfı Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Seydişehrî, Mahmud Esad. *Tarih-i İlmi Hukuk*, Matbaa-yı Âmire, İstanbul, 1331.
- Şeref, Abdurrahman. *Tarih Musahabeleri*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1985.
- Umur, Ziya. "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXXI, S. 1-4, 2011, s. 159 – 195.
- Uzun, Mustafa İsmet. *Ali Kemal*, 1989, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-kemal> (Erişim Tarihi: 31.03.2021).
- Ünal, Mustafa/Yılmaz, Yasin. Osmanlı Ceza Kanunnamesi Şerh Literatürü Üzerine Bir Derkenar", *Mahmud Esad Seydişehrî'nin Ceza Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yaman, Ahmet. *Fetva Usûlü ve Âdâbı*, İFAV Yayınları, İstanbul, 2017.
- Yaman, Ahmet. *Siyaset ve Fıkıh*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yazır, Elmalılı Hamdi. "İslamiyet ve Hilafet ve Meşihat-ı İslamiyye", *Beyanü'l-Hak*, C. I, S. 22, 1909, s. 511-514.
- Yeni Asır Gazetesi*, 17 Şubat 1935.
- Yörük, Ali Adem. *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu Ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008.

Konya 42 numaralı Şer'iyeye Sicil Defterine Göre 18. Yüzyılın Başlarında Konya'da Aile Hukuku Davaları

Belkıs KONAN 

Doç.Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, bkonan@ankara.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 20.04.2021 Kabul: 20.05.2021 Yayın: 28.05.2021	Bilindiği gibi Osmanlı Devleti'nde, kuruluşundan sona erdiği tarihe kadar özel hukuk alanında İslam hukuku hükümleri uygulanmıştır. Aile hukuku alanında kimi zaman örfi düzenlemeler yapılmış olsa bile devlet tarafından yapılan bu düzenlemeler çok sınırlı kalmıştır. Bu çalışmada, Konya 42 numaralı şer'iyeye sicilinden seçtiğimiz bazı örnek dava ve belgelerden hareket ederek 18. yüzyılın başında Konya'da aile hukuku ile ilgili somut verilere ulaşılmaya çalışılmaktadır. Araştırma kapsamında, 1705-1707 yıllarına ait olan şer'iyeye defterinde yer alan hükümler konularına göre nişanlanma, evlenme, boşanma ve nafaka başlıkları altında incelenmiştir. Mahkeme kayıtlarından, aile hukukuna ilişkin davalarda kimlerin hangi nedenlerle mahkemeye başvurdukları tespit edilirken, nişanın bozulması halinde uygulanan usuller, nikâh işleminin ne sıklıkla sicile işlendiği, bülûğ muhayyerliğinin kullanılması, talâk ve muhâlea ile evliliğin sona ermesi ve nafaka talepleri konularında somut bazı veriler elde edilmiştir.
Anahtar Kelimeler: İslam aile hukuku, Osmanlı hukuku, Namzetlik, Evlenme, Mehir, Nafaka, Boşanma.	

Family Law Cases in Konya at the Beginning of the 18th Century According to the Sheria Registry Book numbered 42 in Konya

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 20.04.2021 Accepted: 20.05.2021 Published: 28.05.2021	As it is known in the Ottoman Empire, the provisions of Islamic law were applied in the field of private law from its establishment until its end. Even though customary regulations were made in the field of family law from time to time, these regulations made by the state remained very limited. In this study, it is aimed to reach concrete data on family law in Konya at the beginning of the 18th century, based on some sample cases and documents that we have selected from the sheriya registry number 42 in Konya. Within the scope of the reseach, the provisions in the sheriya books belonging to the years 1705-1707 were examined under the titles of engagement, marriage, divorce and alimony according to their subjects. While determining who applied to the court for what reasons in cases related to family law, some concrete data were obtained on the procedures applied in case of breach of the engagement, how often the marriage procedure was recorded in the registry, the use of puberty, the termination of marrige with allegiance and muhâlea and alimony request.
Keywords: Islamic family law, Ottoman law, Marriage engagement, Nikâh, mahr (bride wealth), alimony, Divorce.	

Atıf/Citation: Konan, B. (2021). Konya 42 numaralı Şer'iyeye Sicil Defterine Göre 18. Yüzyılın Başlarında Konya'da Aile Hukuku Davaları, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s.103-122.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Türk hukuk tarihi alanında çalışma yaparken yararlandığımız en önemli kaynaklardan biri şer'iyeye sicilleridir. Şer'iyeye defterlerinde yer alan bazı belgeler bize hukukla ilgili bilgiler vermesinin yanında dönemin sosyo-kültürel ve ekonomik koşulları içinde hukukun nasıl şekillendiği konusunda da fikir vermektedir. Bu nedenle şer'iyeye defterleri, özellikle Osmanlı hukuk sistemi ile ilgili çalışmalarda son derece önemli bir role sahiptir. Makalemizde esas olarak 1705-1707 yıllarına ait olan Konya 42 no'lu şer'iyeye defterinden yararlanılmıştır. Bu defterde yer alan namzetlik (nişan), nikâh, nikâhın feshi, talâk, nafaka, mehir ve nafaka ile ilgili belgeler incelenmiş ve o yıllarda incelenen bölgede aile hukukunun küçük bir tablosu çıkarılmaya çalışılmıştır.

I. Nişanlanma (Namzetlik)

İslam hukukunda evlenme vaadi olarak düzenlenmiş olan nişanlanma, fıkıh terminolojisinde “hıtbe” kelimesi ile ifade edilmiştir.¹ İslam hukukunda nişanlanma (namzetlik) bir sözleşme olarak kabul edilmemekle birlikte, evlenme vaadine bazı sonuçlar bağlanmıştır.² Arapçada “evlenme teklif etme”, “bir kadının nikâhına talip olma” ve “kadını velisinden isteme” gibi anlamlara gelen *hıtbe* kelimesi yerine Osmanlı toplumunda “namzet olmak” ibaresi de kullanılmıştır. Nişanlanma kurumunda da aynı nikâh akdinde olduğu gibi tarafların evlenme ehliyetine sahip olması gerekir. Yani nişanlanacak olan kişilerin akıllı ve baliğ olması halinde bizzat nişanlanması mümkündür. Baliğ olmamış (büluğa ermemiş) kişiler adına velileri nişan yapabilir. Bir evlenme vaadi olan nişanlanmada tarafların birbiri ile evlenme zorunluluğu bulunmamaktadır.³ Bu nedenle, nişanın bozulması durumunda “evlenmenin gerçekleşmemesinden kaynaklanan” bir tazminat söz konusu olmaz. Kıza verilecek olan mehir⁴ miktarı yani kadına nikâh için verilmesi gereken mal veya para genellikle nişan anında kararlaştırılır. Eğer namzetlik (nişan) sırasında kadına, mehir için bir ödeme yapılmışsa nişanın bozulması halinde bunun iadesi gerekir. Ancak, erkek tarafından verilen para veya eşyalar_mehir kapsamına girmiyorsa nişanın bozulması sonucu bu para veya eşyalar hibe akdinin hükümlerine göre değerlendirilir. Buna göre, hediyelerden mevcut olanlar iade edilir.⁵ Ayrıca, İslam hukukunda evlenecek kişiler için öngörülen denklik (kefaet) nişanlılık devresinde de gözetilir. 42 no'lu şer'iyeye sicil defterinde bu konu ile ilgili 8 adet belge bulunmaktadır. Bunlardan 7 tanesi, nişanın bozulması üzerine verilen malların iadesi, 1 tanesi ise nişan bozulmasına rağmen eski nişanlının kızın evlenmesine engel olması üzerine kadıya yapılan şikâyet ile ilgilidir.

İnceleyeceğimiz ilk belgede, Fatma isimli kız, Yusuf ile arasında namzetlik olduğunu ancak nikâh akdi bulunmadığını, kendisinin bir başkası ile evlenmek istemesi üzerine Yusuf'un buna

¹ Cin, Halil/Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Bası, Konya 2011, s. 376; Aydın Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Bası, İstanbul 2005, s.283.

² Cin, erkeğin evlenme vaadine bağlanan bu sonuçların dini nitelikte olduğundan bahseder. Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 46,48.

³ Bu kural daha sonra Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 1. maddesinde de yer almıştır. Bkz: HAK madde 1: “Nişanlanmakla veya va'd ile nikâh münakid olmaz”.

⁴ Mehir konusunda ayrıntılı bilgi aşağıda mehir başlığı altında verildiğinden burada ayrıntıya girilmemiştir.

⁵ Cin, 1974, s. 50; Aydın, Mehmet Akif. *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1985, s. 14.

engel olduğunu söyleyerek mahkemeye başvurmuştur.⁶ Yusuf ise mahkemede Fatma'ya "ağırlık" olarak verdiği "3 kuruş nakitle, 13 çeki keten ve 3 kuruşluk ipek kumaşın" iadesini talep eder. Bunun üzerine kadı eşya ve paraların Yusuf'a teslimine, Fatma'nın da "istediği kişi ile evlenmede serbest olduğuna" karar vermiştir.⁷

Nişanın bozulması halinde eşyaların iadesi konusundaki bir kayıta, Süleyman, İbrahim kızı Şerife'yle aralarında namzetlik olmasına rağmen nikâh akdinin yapılmadığını ancak nişan sırasında verdiği elbise paralarının kendisine iade edildiğini belirterek mahkeme huzurunda kızın istediği ile evlenebileceğini beyan etmiştir.⁸ 10 Şaban 1118 tarihli bir belge, yine namzetlik eşyalarının iadesine ilişkindir. Bu olayda, Cafer oğlu Abdullah, Mehmet kızı Şerife İsmihan'la nişanlandıklarını, ancak nikâh akdi olmadığı ve nişanlılık için aldığı bir çift altın bileziği geri aldığını mahkeme önünde beyan ederek alacağının kalmadığı ve kızın istediği ile evlenebileceğini söylemiştir.⁹ Kızın istediği kişiyle evlenmesine izin verilmesi durumu kararlarda, "mezbure nefsinin istediği kimesneye tevzice izin" şeklinde ifade edilmiştir.

13 Şevval 1118 tarihli belgede ise Mustafa, Hüseyin kızı Aişe'nin kendisi ile evlenmek istememesi üzerine nişanlılık için kızın annesi ve kardeşine vermiş olduğu para ve eşyaları geri aldığını bu nedenle alacağının kalmadığını beyan etmiştir.¹⁰ Namzedlikten vazgeçme ve eşyanın alındığına dair bir başka belgede ise, Recep oğlu Veli'nin, Molla Ali kızı Havva ile nişanlandığında verdiği para ve eşyaları aldığını bildirerek Havva'nın istediği kişi ile evlenebileceğine ilişkin beyanı bulunmaktadır.¹¹ Defterdeki diğer belgelerden ise nişanın bozulması durumunda nişanlılık için verilen eşyaların mahkemenin belirlediği görevli kişilere teslim edildiği ve tarafların eşyalarını bu görevlilerden aldıkları anlaşılmaktadır.¹²

İslam aile hukukuna göre, nişan bozulduğu zaman tarafların elinde bulunan eşyaların iade edilmesi gerekir. Şimdiye kadar verdiğimiz örnekler bu kurala uygun olarak yapılan iadelere ilişkindir. Ancak, defterde yer alan bazı kayıtlardan nişan bozulduğu zaman kız tarafının iadeye yanaşmadığı anlaşılmaktadır. Bununla ilgili bir belgede, Abdi oğlu Mehmet'in, Mustafa kızı Marziye ile nişanlandığı, ancak Marziye'nin, nişanın bozulmasından sonra kendisine verilmiş olan eşya ve parayı iade etmediği anlaşılmaktadır. Marziye, Mehmet ile evlenmeye razı olmadığını ayrıca nişanlılık döneminde eşya ve para almadığını beyan etmiş olsa da mahkemede bu durumu şahitlerle ispatlayamadığı için kadı para ve eşyaların iadesine karar vermiştir.¹³

⁶ KŞS 42, 107/2, 16 Şevvâl 1118: "... Yusuf ibn-i el-Hâcc Salih nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm idüb bundan akdem merkûm Yusuf'a nefsimi tevzic itmek üzere va'ad idüb lâkin beynimizde 'akd-ı nikâh câri olmamağla hâlâ nefsimi âhere tevzic murâd eylediğimde merkûm Yusuf mâni' olur sù'âl olunub takrîri tahrîr olunması matlûbumdur didikde..."

⁷ "...merkûm Yusuf'a def' u teslîme mezbûre Fatîma'ya tenbîh ve mezbûre Fatîma nefsinin dilediği kimenseye tevzice izin-birle mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu." agb.

⁸ KŞS 42,53/3, 19 Şa'bân 1118.

⁹ KŞS 42, 52/1, 19 Şa'bân 1118.

¹⁰ KŞS 42, 107/1, 13 Şevvâl 1118.

¹¹ KŞS 42, 180/2, 24 Zi'l-hicce 1118.

¹² KŞS 42, 121/3, 3 Zi'l-ka'de 1118 tarihli belgede, Said İli nahiyesine tâbi Saray nam karye sakinlerinden Veli oğlu Musa'nın, aynı karye sakinlerinden Tekbaş kızı Emine ile nişanlandığı ve nişan hediyesi olarak Emine'nin annesi el-Haç Eyüp kızı Hüsnü'ye bazı eşyalar verdiğini, ancak nikâh akdi olmaması üzerine söz konusu eşyaları talep için tayin edilen Mübaşirler Emirhan oğlu Nebi ve Muharrem oğlu Ali Bey'den eşyaları teslim aldığı ve mübaşirlerden alacağının kalmadığına ilişkin beyanı bulunmaktadır.

¹³ KŞS 42, 105/1, 8 Şevvâl 1118.

II. Nikâh

*İslam hukukuna göre nikâh, aralarında evlenme engeli olmayan bir erkek ve kadının sürekli olarak bir arada yaşama niyetlerini iki erkek şahit huzurunda açıklamaları ile kurulan bir akittir.*¹⁴ Nikâh akdi, evlenme ehliyetine sahip kadın ve erkeğin bizzat kendisi veya evlenme ehliyetine sahip olmayan ya da evlenme ehliyeti eksik olan gayri mümeyyiz kişilerle, mümeyyiz küçük adını verdiğimiz şahısların velilerinin icap ve kabulü ile kurulan bir akittir.¹⁵ Nikâh akdinin unsurları irade beyanı yani icap ve kabulden oluşur. İcap ve kabulün geçerli bir şekilde yapılmış olması, birbiri ile uyumlu bulunması gerekir. *İslam hukukuna göre nikâh akdinin geçerli olabilmesi için bu akdin resmi bir devlet görevlisi ya da din adamı önünde yapılması zorunlu olmadığı halde uygulamada nikâh akitlerinin şer'iyeye defterlerine işlendiği bilinmektedir.*¹⁶ Müslüman toplumlarda aile birliğine verilen önem nedeniyle taraflar nikâh akdini şer'iyeye sicillerine kaydettirme yolunu tercih etmişlerdir. Ortaylı, 17. yüzyılda Anadolu'da nikâhını mahkemeye kaydettirmeyen kadın ve erkeğin bazen "nikâhsız yaşadıkları" gerekçesi ile mahkemeye şikâyet edildiğine değinerek evlenen kişilerin bu nedenle kadı mahkemesine nikâh akdini kaydettirmeye özen gösterdikleri görüşündedir.¹⁷ Evlenme ehliyeti olan ve aralarında evlenmeye dair engel bulunmayan tarafların nikâhı mahkemede hâkim tarafından kıyılmıştır. Uygulamaya bakıldığı zaman nikâh akitlerinde kadına verilecek mehir miktarı da mahkeme sicillerine kaydedilmiştir. Ayrıca, nikâh akdinin geçerli kurulabilmesi için eşler arasında denklik (kefaet) bulunması şartı aranmıştır.¹⁸

Çalışmaya esas olan 42 numaralı defterde nikâhın tescili ile ilgili sadece bir belgeye ulaşılmıştır. 26 Safer 1119 tarihli bu kayıta, "Mahmiye-i Konya'da İbn-i Salih Mahallesi sâkinelerinden olub büüğa duhûlünü mu'terif ve sinn ü cestesinin? bülûğuna tahammülü olan Şerife Fatıma bint-i es-Seyyid Abdullah nâm bikr-i bâliğa meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımu't-tevkîrde işbu râfi 'u'l-kitâb Ahmed bin Mehmed Bey nâm kimesne tarafından tasdîke vekîl-i şer'îsi ve velîsi olan babası Mehmed Bey bin el-Hâcc Hasan nâm kimesne mahzarında bi-tav'ihâ ikrâr-ı sahîh-i şer'î ve i'tirâf-ı sarîh-i mer'î idüb bir damgalı sîm kuşak ve beynimizde ma'lûm ikişer kat beledî libâs ve yorgan ve döşek ve mükemmel hamâm rahtı ve on beş gurûş nakid mehr-i mu'accel ve otuz bin akçe mehr-i mü'eccel ile ben nefsimi merkûm Ahmed'e tezvîc ve tenkîh eyledim didikde mezbûre Şerife Fatıma'nın minvâl-i muharrer üzere cârî olan ikrârını merkûm Mehmed Bey dahî bi'l-vekâle ve bi'l-velâye tasdîk itmeğın mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu." denilerek Abdullah kızı Fatıma ve Mehmed oğlu Ahmed arasında nikâh yapıldığı ve bu nikâh sırasında kararlaştırılan

¹⁴Hatemi, Hüseyin. *İslam Hukuku Dersleri*. 4. Bası, Sümer Kitabevi, İstanbul 2012, s. 118; Aydın, 2005, s. 282; Aydın, 1985, s. 12; Atar, Fahrettin. "Nikâh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 33, İstanbul 2007, (112-117), s.112.

¹⁵ Nikâh akdinin şartları, inikat, sıhhat, nefaz ve lüzum olmak üzere dört grup şarttan oluşur. İnikat şartlarının tam olması için tarafların evlenme ehliyetine sahip olması, evlenmek istediklerine dair irade beyanlarını aynı toplantıda beyan etmeleri (meclis birliği), tarafların arasında evlenmeye ilişkin bir engel bulunmaması ve iradenin şartsız olması gerekir. Sıhhat şartları adını verdiğimiz şartlar ise nikâh akdinin tanıklar huzurunda yapılması, iradenin ikrah ile sakatlanmamış olmasından ibarettir. Geniş bilgi için bkz: Aydın, 1985, s.85, 99-101; Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Sayı 2, 2006 (Güz), (s. 41-60), s. 42.

¹⁶ Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Hukukunda Nikâh Akitleri", *Osmanlı Araştırmaları III*, İstanbul 1982, s. 5, 10. Ortaylı, nikâh kaydedilmesine kadı sicillerinde çok sık rastlanmadığına işaret etmektedir. Bkz: Ortaylı, İlber, *Osmanlı Toplumunda Aile*, Pan Yayıncılık 9. Bası, İstanbul 2009, s. 58.

¹⁷ Ortaylı, s. 66.

¹⁸ Cin, 1974, s. 158-161.

mehir miktarı kayıt altına alınmıştır.¹⁹ Nikâhın tescili sırasında tarafların açık kimliği ve kızın velisi tarafından nikâh akdinin yapıldığı belirtilirken, mehir olarak verilen eşyaların ayrıntılı tarif edilmesi dikkat çekmektedir. Tescil işleminde bu kadar ayrıntıya başvurulması, evliliğin sona ermesi halinde mehir miktarının tespiti açısından önem arz etmektedir.

III. Nikâhın Feshi

A. Büluğ Muhayyerliği Hakkının Kullanılması

İslam hukukunda evlendirmede bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Ehliyetsiz veya eksik ehliyetli kişiler adına hukuki işlem yapma yetkisi velilerine aittir. Evlenme yani nikâh akdi yapma da velilerin yetkisine giren bir konudur. Evlendirme velâyeti, velinin evlendireceği kişinin rızasını alma zorunluluğu olup olmadığına bakılarak zorlayıcı velâyet ve zorlayıcı olmayan velâyet olarak ikiye ayrılır. Zorlayıcı velâyette (*velâyet-i icbar*)²⁰, velinin nikâh akdini yapabilmesi için evlendireceği kişinin rızasını alma zorunluluğu yoktur. Bilmen, zorlayıcı velâyeti velâyet altında bulunan bir kişi üzerinde -evlenmeye rızasının aranmadan- velisinin sözünü geçirebilme ehliyeti olarak tanımlar. Zorlayıcı olmayan velâyette ise veli ancak velâyeti altındaki kişinin rızası olursa onun adına yetki kullanabilir ki bu durum daha çok büluğa ermiş olan kızlar açısından söz konusudur. *Hanefî mezhebinin kurucusu Ebu Hanife ve öğrencisi İmam Yusuf'a göre, akıl hastası olan veya akıl zayıflığı bulunan kızlar ile temyiz gücü olmakla birlikte henüz baliğ olmamış kızlar, velileri tarafından cebren evlendirilebilirler. Hanefî mezhebinden İmam Muhammed ise, büluğa eren kızların kendi başlarına yaptıkları nikâhın geçerli olabilmesi için velilerinin izni olması gerektiği görüşündedir. Osmanlı Devleti'nde nikâhta velâyet konusunda Ebu Hanife ve İmam Yusuf'un görüşü uygulanmıştır.*²¹

*Osmanlı Devleti'nde, 16. yüzyılın ikinci yarısına doğru (1544 M.) şeyhülislam Ebusuud Efendi'nin arzıyla kızların izni olmadan nikâhlanmalarını yasaklayan bir ferman çıkarılmıştır.*²² *Bu fermanla, Ebu Hanife ve imam Yusuf'un o tarihe kadar uygulanan görüşünden dönülerek imam Muhammed'in görüşü esas alınmış olsa da fermanın uygulanması çok uzun süreli olmamıştır*²³ Defterde yer alan nikâhın feshi ile ilgili bir belge yukarıda değindiğimiz bilgilerin somut bir örneğini oluşturmaktadır. Aişe, velisi olmayan biri tarafından evlendirildiğini ve bu evliliğe rızası olmadığını söyleyerek nikâhın geçersizliği konusunda mahkemeye bazı fetvalar sunmuştur. Ömer, Aişe'nin velisi Hüseyin ile (dedesinin amcaoğlu) 9 bin mehr-i müeccel kararlaştırarak aralarında nikâh akdi kıyıldığını iddia etmektedir. Aişe ise mahkemede “*Hüseyin'in velisi olmadığı*”

¹⁹ KŞS 42, 263/3, 26 Safer 1119.

²⁰ Buna göre sırasıyla baba, dede, anne-baba bir erkek kardeşler ve oğulları, anne-baba bir ve baba bir amcalar ve oğulları velayet-i icbar yetkisine sahip olacaktır: Akyılmaz, Gül. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Hukuki Statüsü*, Konya 2000, s. 29-30; Cin/Akyılmaz, s. 310; Cin, 1974, s.76-78.

²¹ İkinci, s. 44; Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-i İslamiyye ve İstilahatı Kamusu*, C.II, İstanbul 1950, s.49; Yakut, Esra. “İslam Osmanlı Hukukunda Erkek Tarafından Konulan Şart veya Belirlenen Süre ile Evlilik Akdinin Sona Erdirilmesi”, *AndHD*, 2016, C.2, sayı 4 ,(s. 63-71), s. 6.

²² İkinci, s. 47.

²³ Akyılmaz, s. 27. Bu konu ile ilgili olarak Mülteka'da bulunan bir fetva şu şekildedir: “*Bâliğa Hind, kendini mehri misliyle eş ve dengi Amr'e nikâhlısa, Hind'in babası Bekir benim iznim bulunmadı diye bu nikâhı feshetmeye kâdir olur mu? Elcevap: Olmaz*” bkz: *Doğangüzel, Semra Betül. Osmanlı Hukukunda Nişanlanma, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.50,51.*

gerekçesi ile Hüseyin'in onun adına nikâh akdi yapamayacağını, ayrıca nikâh için kadıdan izin alınmadığını bu nedenle nikâh akdinin geçersiz olduğunu söylemiştir.

Aişe'nin nikâh akdinin geçersizliğine dair ikinci itirazı mehir konusundadır. Aişe, kız kardeşleri ve halasını örnek göstererek, onlara yirmişer bin akçe mehir verilmiş iken, kendisi için 9 bin akçe olarak belirlenen miktara (misli olmadığı için)²⁴ itirazda bulunmuştur. İslam hukukunda, evlenecek olan kadınla ona örnek teşkil edecek olan kadınların evlenme akdinin yapıldığı zaman vasıfları esas alınarak mehr-i misl belirlenir.²⁵ Hatta Aişe tarafından mahkemeye bu nikâhın geçersiz olduğu yönünde 3 adet fetva sunulmuştur. İlk iki fetva mehr-i mislin eksik olması halinde yapılan nikâh akdinin geçersiz olması ile ilgilidir. İkinci fetva, dedesinin amcaoğlu tarafından mehr-i misl altında bir başkası ile evlendirilen bir kızın nikâhının geçerli olamayacağı konusundadır. Son fetva ise kadı marifeti ile kıyılmayan nikâhın geçerli olmadığına ilişkindir. Sunulan deliller ve şahitlerin Aişe'yi doğrular nitelikteki beyanları karşısında mahkeme nikâhın feshine karar vermiştir.²⁶

Nikâhın feshi konusunda değinmek istediğimiz bir başka konu ise velisi tarafından evlendirilen kızın ergenlik çağına geldiği zaman bu akdi tek taraflı irade beyanı ile feshedebilmesi yani “büluğ muhayyerliği” uygulamasıdır. *İslam hukukuna göre, velisi tarafından rızası alınmadan evlendirilen küçük, baliğ olduğu zaman mahkemeye başvurup zorlayıcı velâyet yolu ile evlendirildiğini bildirerek bu evliliği feshedebilme hakkına sahiptir.*²⁷ 3 Zi'l-ka'de 1118 tarihli bir belgede Musa, Emine ile 8 yıl önce nişanlandığını, aralarında nikâh akdi olduğunu hatta bunun için Emine'nin annesine bazı eşyalar verdiğini²⁸, ancak Emine'nin “nefsini vermeye

²⁴ Mehr-i misl miktarı belirlenirken genellikle kadının baba tarafından olan kadın akrabalarına (kızkardeş, hala, amcakızı vb.) verilen mehir miktarı esas alınır. Aydın Mehmet Akif. “Mehr”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 28, İstanbul 2003, s. 389

²⁵ Acar, H. İbrahim. “Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 17, 2011, (s. 367-388), s. 388; Cin, Halil. “İslâm Hukukunda Mehr” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (1),1972, (s. 199-254), s. 211,213.

²⁶ KŞS 42, 67/2, 26 Şa'bân 1118: “ *Aişe cevâbında benim sıgarım hâlinde veli-i mücbirim olmayub 'akd-ı nikâh eylediği ma'lûm olmadığından mâ'adâ mezbûr Hüseyin veli-i mücbirim olmayub ve benim kız karındaşlarım olan Ümmühani ve Sabire ve 'ammem Şehribani nâm hâtûnlara yiğirmişer bin akçe mehir tesmîye olunmağla benim dokuz bin akçe mehr-i mislimden noksan-ı fâhiş olub ve izn-i kâdî dahî olmamağla yedimde olan üç kat'a fetevâ-yı şerîfeler mücebince 'akd-ı mezbûr şer'ân sahîh olamamağla izdivâcdan imtinâ' iderin deyüb takrîr-i meşrûhuna mutâbık üç kat'a fetevâ-yı şerîfe ibrâz idicek gibbe'l-istintâk mezbûr Ömer izn-i kâdî olduğunu beyâna kâdir olmayub ve mezbûrenin kız karındaşları mezbûretânın ve 'ammesi mezbûrenin mehr-i mü'eccelleri yiğirmişer bin akçe olduğunu inkâr idicek mezbûre Aişe'den mezbûrânın mehr-i mü'eccelleri yiğirmişer bin akçe olduğunu mübeyyine beyyine taleb olundukda 'udûl-ı müsliminden Ahmed bin Ali ve İsmail bin Mustafa nâm kimesneler li-ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olub eserü'l-istişâd fi'l-vâki' mezbûre Aişe'nin kız karındaşları mezbûretân Ümmühani ve Sabire ve 'ammesi Şehribani nâm hâtûnlara yiğirmişer bin akçe mehir tesmiye olundu mezbûrenin mehr-i mislimden noksan-ı fâhişdir biz bu husûsa bu vech üzere şahidlerimiz şehâdet dahî ideriz deyü her biri edâ-i şehâdet-i şer'iyeye eylediklerinde ba'de't-ta'dil ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olduğundan sonra mezbûre Aişe ibrâz eylediği fetevâ-yı şerîfe bi'l-müvâcehe feth u kirâ'at olundukda mazmûn-ı münîfinde âbb ve cedden gayri velî Hind-i sagîreyi mehr-i mislimden noksan-ı fâhiş Ömer'e tezvîc eyleseler 'akd-ı mezbûr sahîh olur mu? el-Cevâb olmaz deyü buyurulub ve fetevâ-yı âherde Hind-i sagîreyi dedesinin 'ammi oğlu Zeyd, Hind'i oğlu Ömer'e mehr-i mislimden noksan-ı fâhiş ile inkâh eylese 'akd-ı mezbûr şer'ân sahîh olur mu? el-Cevâb olmaz deyü buyurulub ve bir fetevâ-yı şerîfede dahî kâdî ma'rifetsiz nikâh olunmaya deyü emr-i pâdişâhî vârid olmuş iken kâdî ma'rifetsiz olan nikâh sahîh olur mu? el-Cevâb olmaz deyü buyurulmağın fetevâ-yı şerîfeler müceblerince 'akd-ı mezbûr sahîh olmamağla mezbûr Ömer'i bî-vech-i mu'ârizadan men'-bire mâvaka' bi't-taleb ketb olundu...”*

²⁷ Büluğa ermiş küçükler bu fesih hakkını ancak hakim kararı ile kullanabilirler. Bilmen, s. 51.

²⁸ Belgede, mehr için “ağırlık” kelimesi kullanıldığı dikkat çekmektedir. “.... Emine için ağırlık nâmıyla beynimizde ma'lûm eşyâyı def' ve irsâl idüb...” KŞS 42,123/1.

yanaşmadığını” iddia ederek, şikâyetçi olmuştur. Emine, davanın görülmesi sırasında “... fi'l-vâki' merkûm Musa'ya târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem nâmzed olub beynimizde 'akd-ı nikâh cereyân itmekle hâlâ nefsimi tezvîce rızâm yoktur” diyerek, Musa ile evlenmeye rızasının bulunmadığını beyan etmiştir. Bunun üzerine kadı Musa'nın şikâyetini reddederek Emine'nin istediği kişi ile evlenmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir.²⁹ Bu olayda, aslında velisi tarafından evlendirilen kızın bülüğ çağına gelmesi ile “bülüğ muhayyerliği” hakkını kullandığı görülmektedir.

Benzer bir belgede, yine velisi tarafından evlenmesine söz kesilen kızın, 20 yıl sonrasında nikâha yanaşmaması üzerine nişanlı erkeğin yaptığı şikâyetten bahsedilmektedir. Mehmet, Emine ile her ikisi de henüz çocuk iken velileri aracılığı ile nişanlandıklarını ancak Emine'nin daha sonra nikâha yanaşmadığını belirterek kadıya başvurmuştur. Emine'nin mahkeme huzurunda Mehmet ile evlenmeye razı olmadığını beyan etmesi üzerine kadı, “Emine'nin istediği kişiyle evlenmesi” yönünde karar vermiştir.³⁰ Hükümlerde geçen “kızın istediği kişiyle evlenmesine izin verilmesi” ifadesiyle kızların nikâh akdine zorlanmayacağı kayıt altına alınmıştır. İki belgede de “bülüğ muhayyerliği” hakkının kullanıldığı dikkat çekmektedir.

Hanefi hukukçular küçükler üzerinde evlendirme velâyetini çok geniş bir zümreye vermiş olmakla birlikte küçüklere tanınan “bülüğ muhayyerliği” hakkı ile ortaya çıkabilecek olumsuzlukları hafifletmeye çalışmışlardır. Baba ve baba-dedesi dışındaki asabeden bir başka velisi tarafından evlendirilen küçük, bülüğ erince nikâhı reddedebilme hakkına sahiptir. Ancak, babası veya baba-dedesi tarafından küçüken evlendirilmiş olan kızlar,³¹ “Hıyar'ül Bülüğ” adı da verilen bu hakkı kullanamaz.³²

Bununla ilgili bir örnekte, Musa: “Şerife bint-i el-Hâcc Osman nâm bîkr-i bâliğa mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm idüb merkûm Seyyid Osman benim 'ammim' olub işbu hâzıra-i bi'l-meclis olan kızı mezbûre Şerife'yi sagîre olduğu hâlde babası merkûm Seyyid Osman velâyeti hasebiyle müslimîn mahzarında benim sagîrem hâlinde benim için on sekiz bin akçe mehir ile 'akd-ı nikâh idüb babam merkûm Seyyid İsmail dahî benim için velâyeti kabul idüb ben ve mezbûre Şerife bülûğumuzdan sonra 'akd-ı mezbûru fesh dahî meşrû' değil iken hâlâ mezbûre nefsinin bana teslîmden imtinâ' ider sù'âl olunub nefsinin bana teslîme tenbîh olunmak matlubumdur” diyerek mahkemeden tenbihte bulunulmasını talep etmiştir. Şerife'nin nikâh akdinin yapıldığını ikrar etmesi üzerine mahkeme Musa'nın talebini uygun bulmuştur.³³ Kayıtta,

²⁹ KŞS 42, 123/1 ve 3 Zi'l-ka'de 1118 tarihli belge: “...mezbûre Emine târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem nefsinin bana tezvîc itmek üzere va'ad itmekle ben dahî mezbûre Emine'nin gâ'ibe-i 'ani'l-meclis olan vâlidesi Hüsnî bint-i el-Hâcc Eyyüb nâm hâtûna velâyeti hasebiyle mezbûre Emine için ağırlık nâmıyla beynimizde ma'lûm eşyâyı def' ve irsâl idüb lâkin 'akd-ı nikâh müyesser olmayub mezbûre Emine nefsinin tezvîcden imtinâ' ider şer'le sù'âl olunub takrîri tahrîr olunması matlubumdur didiğinde gibbe's-sù'âl mezbûre Emine cevâbında fi'l-vâki' merkûm Musa'ya târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem nâmzed olub beynimizde 'akd-ı nikâh cereyân itmekle hâlâ nefsimi tezvîce rızâm yoktur didikde mezbûre Emine nefsinin dilediği kimesneye tezvîce izn ve merkûm Musa'yı bî-vech-i mu'ârizadan men'-birle mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu.”

³⁰ KŞS 42, 218/1.

³¹ Kayıtlarda geçen sagir/sagire kelimesi henüz bülüğ ermemiş çocukları ifade etmektedir.

³² Cın, 1974, s. 76-91.

³³ KŞS 42, 207/2, 17 Muharrem 1119: “...gibbe's-sù'âl mezbûre Şerife cevâbında sagîre olduğu hâlde babası müteveffâ-yı merkûm Seyyid Osman velâyeti hasebiyle târîh-i kitâbdan sekiz sene mukaddem Seyyid Musa'ya kendi on sekiz bin akçe mehir ile 'akd-ı nikâh idüb ve 'akd-ı mezbûr kabûlünü bi't-tav'i's-sâf ikrâr ve i'tirâf eylemeğın mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu.”

nikâh akdinin kızın babası ile yapılmasından dolayı Şerife'nin bülüğa erdikten sonra dahi nikâh akdini feshettiremeyeceği hususu da dikkat çekmektedir.

IV. Evliliğin Boşanma Yoluyla Sona Ermesi

A. Koca'nın Tek taraflı Boşaması: Talâk

Talâk sözlükte “serbest kalmak, bağından kurtulmak, bağını çözmek anlamına gelirken, fıkıh terimi olarak nikâh akdinin bozulmasını ifade eder.³⁴ Talâkta, evlilik koca tarafından tek taraflı kullanılan irade beyanı ile veya tarafların karşılıklı anlaşmaları yoluyla sona erebilir. Bazı durumlarda evliliğin sonlanması mahkemenin verdiği karar sonucunda gerçekleşir. Uygulamada talâk ile daha çok erkeğin tek taraflı irade beyanıyla karısını boşaması anlaşılmaktadır.³⁵ İslam aile hukukuna göre erkeğin her zaman neden göstermeden karısını boşama yetkisi vardır. Ancak, kocaya tanınan bu hakkın sınırsız olmadığını ve erkeğin bu hakkı kötüye kullanarak kadını mağdur etmemesi için islam hukukunda bazı önlemlere yer verildiğini belirtmemiz gerekir. Talâk yetkisi bizzat taraflarca veya vekil aracılığı ile kullanılabilir.

Talâkta genel kural boşama hakkının tek taraflı olarak erkeğe ait olmasıdır. Ancak, nikâh akdi yapılırken koca karısına talâk yetkisi verebilir.³⁶ Bu durumda, kadın tek taraflı olarak talâk ile evliliği sona erdirebilir. Bu hak tek taraflı kullanılan bir hak olduğu için kadının talâk yetkisini kullanması için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde tarafların karşılıklı olarak boşanmaları halinde de mahkeme kararı gerekmez. Mahkeme kararı, kadının boşanmak istemesine rağmen kocanın bu talebi kabul etmemesi durumunda gerekir. Buna rağmen, bazen taraflar boşanmayı gerçekleştirdikten sonra bunu şer'iyeye defterlerine kayıt ettirme gereği duymuşlardır.

Talâk, bazen geciktirici bir şart veya vadeye (süre) bağlı olarak gerçekleştirilebilir.³⁷ Osmanlı Devleti'nde, özellikle savaşa giden erkeklerin cepheden dönmemesi veya uzak bir yere çalışmaya giden erkeklerin belli bir süre dönmemesi halinde genellikle bir vekil aracılığı ile süreyle bağlı olarak boşandıkları sıklıkla görülmüştür. Koca, talâkın anlamını kuvvetlendirmek için yemine de başvurabilir. Nitekim, uygulamada mahkeme kayıtlarında şartla boşanma ile ilgili bu tür kararlar bulunmaktadır. Koca, uzak bir diyara gittiği zaman belirli bir süre dönmemesi halinde karısının boş olacağını bildirebilir ki bu da şartlı talâk kapsamında değerlendirilir. Böylece kadın, sürenin dolması ile mahkemeye başvurarak boşanabilmektedir.

Kocanın talâk yetkisini kullanırken bunu bir şarta bağlayabileceğine değinmiştik. Bu konuda incelediğimiz 5 adet belgeden 3 tanesi kocanın şartlı talâk yapması üzerine kadınların mahkemeye başvurması ile ilgilidir. İlk belgede, Hüseyin kızı Ayni, kocası Hasan'ın, ortağı hakkında söylediği bir söz sonrasında “söyledimse karım benden boş olsun” şeklinde bir cümle sarf ettiğini belirterek kocasından boş olduğunu iddia etmiştir. Ancak Hasan, “karım benden 3

³⁴ Acar, İbrahim. “Talâk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 39, İstanbul 2010,(s.496-500), s. 496 vd.

³⁵ Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956, s. 36; Bilmen, s. 184

³⁶ Kocanın karısına boşanma yetkisi vermesine “tefvizu'l-talâk” denir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Cin/Akyılmaz, s. 434; Cin, 1956, s. 47; Akyılmaz, 2000, s. 44.

³⁷ Yakut, Esra, 2016, s. 67.

talâkla boş olsun” şeklinde bir söz söylemediğine dair yemin etmiştir. Aynı'nin iddiasını ispat edememesi ve Hasan'ın yemini üzerine hâkim davayı reddetmiştir.³⁸

Bir başka belgede, Mahmut oğlu Mustafa ve Recep oğlu Mustafa isimli şahısların Abdülkadir oğlu Halil'in “ ... Mahmut oğlu Ahmet mahallede oldukça bu mahalleden çıkıp gitmezsem karım Hind'i boşarım” dediğini ancak Halil'in şartını tutmayarak mahallede yaşamaya devam ettiğini bu nedenle karısını boşaması gerektiğini iddia ederek mahkemeye başvurdukları görülmektedir. Halil, duruşmada karısını boşayacağına dair bir şart ileri sürmediğine yemin etmiştir. Ayrıca Halil, iddiada bulunan kişilerin kendisine garezi olduğuna ve karısını boşamasını gerektirecek bir neden bulunmadığına dair fetva aldığını beyan etmiştir. Mahkeme sonuç olarak, “boşanmayı gerektirecek şer'an sakıncalı bir durum olmadığına dair fetvaya dayanarak Halil'in karısından boşanmasına gerek olmadığına karar vermiştir.³⁹

Defterde zimmi vatandaşların aile hukuku meselelerine ilişkin olarak rastladığımız tek dava kocanın şartlı talâkına ilişkindir. Osmanlı Devleti'nde, zimmiler, aile hukuku alanında kendi hukuklarına tâbi olmakla birlikte, istemeleri halinde şer'iyeye mahkemelerine başvurabilirlerdi.⁴⁰ Bu çerçevede, Altun bint-i Ananos isimli Nasrani, kocası Kesber veled-i Kirkor'dan boşanmak istediğini ve onun da “*bundan böyle anam kız kardeşim ol, sahibin değilim*” diyerek boşanmayı kabul ettiğini, ancak sonradan kocasının kendisinden “zevciyyet talep ettiğini” belirterek şikâyetçi olmuştur. Kocası ise mahkemede “*eğer küçük oğlun İbrahim'i evinde iskan edersen anam kız kardeşim ol, sahibin değilim*” şartını ileri sürdüğünü, şart yerine gelmediği için de boşanmadan

³⁸ KŞS 42, 20/2, 8 Recep 1118 : “ *Mahmiye-i Konya hâricinde Hoca Cihan Mahallesi sâkinelerinden Ayni bint-i Hüseyin nâm hâtûn tarafından husûs-ı âtiyyü'z-zikri da vâya vekîl-i şer'isi olan karındaşı Ahmed bin Hüseyin nâm kimesne meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımu't-tevkîrde merkûmenin zevci olan bâ'isü'l-kitâb Hasan bin Yusuf mahzarında üzerine bi'l-vekâle da vâ ve takrîr-i kelâm idüb mezbûr Hasan mukaddemâ hâzır-ı bi'l-meclis Mehmed nâm kimesne ile 'akd-ı şirket-i muzâra'a itmekle târîh-i kitâbdan dört gün mukaddem mezbûr Mehmed mezûr Hasan'a hitâb idüb sen benim için mahalle-i mezbûre imâmı İbrahim Halife ortak değilim ve mahsûlden bir şey vermem demişsin didikde merkûm Hasan dahî eğer ben bu cevâbı imâm-ı mezbûra söyledim ise zevcem benden üç talâk boş olsun deyüb vech-i muharrer üzere imâm-ı mezbûra söylediği muhakkak olmağla müvekkilem mezbûre Ayni talâk-ı selâse ile mutallaka olmuşdur sù'âl olunub mücib-i şer'isi icrâ olunmak matlûbumdur didikde gıbbe's-sù'âl merkûm Hasan cevâbında târîh-i mezbûrda imâm-ı merkûma ortak değilim deyü söylemiş idim söylediğim hâtırimda yoğiken ben vech-i muharrer üzere imâm-ı merkûma söylemedim şart olsun didim deyü ikrâr idüb talâk-ı selâseyi zikr itmedim ve hâtırimda talâk dahî yok idi deyü inkâr itmeğle müdde'î-i mezbûrdan müdde'âsını mübeyyine beyyine talep olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı 'aciz ve istihlâk itmeğın talâk-ı selâseyi zikr itmediğine merkûm Hasan'a yemin teklif olundukda ol dahi 'alâ-vaktü's-sù'âl yemini bi'llâhi'- 'azim eylemeğın mücebiyle mâ-vak'a bi't-taleb ketb olundu. ”*

³⁹ KŞS 42, 21/2, 10 Recep 1118: *Ahmed bin Mahmud nâm kimesne mahalle-i mezbûrede oldukça ben bu gün mahalleden çıkub gitmezsem zevcem Hind üç talâk boş olsun deyü şart eyledi ve ilâ-hâzâ'l-ân mezbûr Ahmed mahalle-i mezbûrede ve merkûm Halil ol gün mahalleden çıkub gitmedi kendiden dahî sù'âl olunsun didiklerinde gıbbe's-sù'âl merkûm Halil cevâbında minvâl-i muharrer üzere şart eylediğini bi'l-killiye inkâr idüb ve mezbûrân ile 'adâvet-i düneyviyyem olduğundan bana garaz eylediklerinden mâ'adâ mezbûrân ile bir beldede sâkin olub zevcem ile müddet-i mezbûrede ezvâc mu'âmesi itdiğime 'âlimler iken bilâ-gadr sükût itmeleriyle üzerime şehâdetleri makbûle değildir deyü bir kut'a fetevâ-yı şerife ibrâz eyledikde ba 'de'l-feth ve'l-kirâ'at mazmûn-ı münifinden Zeyd ve Ömer ve Bekir ile otuz beş gün bir beldede sâkinler olub Bekir'in zevcesi Hind ile müddet-i mezbûrede ezvâc mu'âmesi itdiğine 'âlimler iken bilâ-gadr sükût itdiklerinden sonra Zeyd ve Ömer ve Bekir otuz beş gün mukaddem üç talâk ile Hind'i tatlik eyledi deyü şehâdet eyleseler makbûle olur mu? el-Cevâb olmaz deyü buyurulmağın ber-müceb-i fetevâ-yı şerife mezbûrânın şehâdetleri makbûle olmayub ve merkûm Halil'e şart-ı mezkûr sâdir olmadığına ba 'de'l-halef talâk vâki' olmamağla mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu. ”*

⁴⁰ Cin/Akyılmaz, s. 205.

vazgeçtiğini beyan etmiştir. Davacının şikâyetinin şahitler tarafından doğrulanması üzerine mahkeme Altun ile Kesber'i boşamıştır.⁴¹

Uzun yolculuğa çıkan ya da çalışmak için bulunduğu yerden başka bir şehre giden kocalar, bazı şartlar karşılığında karılarına boşanma hakkı verebiliyordu. Ancak bu durum aşağıda muhâlea başlığı altında anlatıldığı için burada sadece başka yere giden kocanın şartla boşandığını belirtmekle yetiniyoruz.

Defterde, “nikâhlı karısının başka bir erkekle kaçarak evlendiği” yolunda bir şikâyet de bulunmaktadır. 25 Şevvâl 118 tarihli bir belgeye göre, Hacı oğlu Yusuf Beşe, nikâhlı olduğunu iddia ettiği Halil Kızı Ümmü'nün, Halil oğlu Hasan ile kaçarak evlendiği iddiasıyla Hasan ve Ümmü'den şikâyetçi olmuştur. Mahkemede şahitler, Yusuf'un Ümmü'yü boşadığına yemin etmişler ve bunun üzerine mahkeme Yusuf'un davasını reddetmiştir.⁴²

6 Recep 1118 tarihli belge ise bâin talâk ile ilgilidir. Sözkonusu belgede Mehmet, “..on dört sene mukaddem mezbûre Fatıma'yı sıgar hâlinde babası el-Hâcc Hasan bana 'akd-i nikâh itmişdi deyü da 'vâ sadedinde olduğumdan mezbûre Fatıma 'akd-ı nikâhı inkâr itmişdi hâlâ da 'vâ-yı meşrûhamdan fârig oldum beynimizde 'akd-ı nikâh dahî vâki' oldu ise benden talâk-ı bâ'in ile mutallaka olsun kat'an da 'vâ ve nizâ'im yokdur nefsinı dilediği kimenseye tezvîc eylesün “ diyerek, Fatıma üzerinde davasının olmadığını ve eğer akd-i nikâh olduysa Fatıma'dan bâin talâkla boş olduğunu söylemiştir.⁴³

B. Muhâlea

İslam hukukunda, tarafların anlaşarak evliliğe son vermelerine “muhâlea” adı verilir. Bu nedenle muhâlea, iki taraflı bir akit olup, akdin geçerli olması için eşlerin karşılıklı olarak icap ve kabulde bulunması gerekir. Muhâlea'nın sözlük anlamı, “elbiseyi çıkarmak, soyunmak, ayırmak” tır. Fıkıh terimi olarak ise kadının, kocanın ayrılığa razı olması halinde belirli bir bedel karşılığında evlilik bağından kurtulması anlamına gelir.⁴⁴ Kadınların sıklıkla başvurduğu bir yol olan

⁴¹ KŞS 42, 207/1, 2 Muharrem 1119: *Mahmiye-i Konya'da el-Hâcc Eymir Mahallesi sâkinelerinden bâ'isetü hâza's-sıfr Altun bint-i Atanos nâm Nasrâniyye meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımu't-tevkîrde zevci Kasber veled-i Kırkor nâm zimmî muvâcehesinde üzerine da 'vâ ve takrîr-i kelâm idüb merkûm Kasber benim zevcim olub târîh-i kitâbdan dört ay mukaddem ben mezbûreden mutâlebe-i tatlik eylediğimde niyet-i tatlik ile bana hitâb idüb bir gün sonra anam ve kız karındaşım ol! ehlim değılsin dimekle ben mezbûrdan talâk-ı bâ'in ile mutallaka olmuş iken merkûm Kasber bana hâlâ zevciyyet ile vaz'-ı yed murâd ider sū'âl olunub benden mukîr-ı yedine tenbih olunmak matlûbumdur didikde gibbe's-sū'âl merkûm Kasber cevâbında müdde'iyeye-i mezbûre Altun bint-i Atanos fi'l-vâki' zevcem olub târîh-i mezbûrda esnâ-yı mutâlebe-i tatlikde tatlik niyetiyle merkûme Altun'a eğer sagîr oğlun Abraham'ı menzîlimde iskân idersen anam ve kız karındaşım ol ehlim değılsin dimişdim şart-ı mezbûrun 'adem-i vukû'ına binâ'en talâk vâki' olmamışdır deyü da 'vâyı def' sadedinde olub müncizen vukû'-ı talâkı inkâr eyleyüb kesbu? fikhiyyeden Zübde'tü'l-Fetevâ'da ed'atü inne talâkühâ min-gayr-i şer' ve'z-zevc yekûlü külfetihâ bi'ş-artu velem yüced fe'l-beyyinetü beyyinetü'l-mir'ât deyü tasrîh olunmakla müdde'iyeye-i mezbûre Altun zevci mezbûr Kasber'den zikri mürûr iden elfâz-ı min-gayr-i şart vâki' olduğunu mübeyyine beyyine taleb olundukda tâ'ife-i zimmiyândan Asvador veled-i Bogos ve David veled-i Bogos nâm zimmîler li-ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olub eserü'l-istişâd fi'l-vâki' târîh-i kitâbdan dört ay mukaddem merkûm Kasber zevcesi mezbûre Altun bint-i Atanos'a bu günden sonra anam ve kız karındaşım ol ehlim değılsin deyu bizim huzûrumuzda min-gayr-i şart hitâb eyledi biz bu husûsa şahidleriz şehâdet dahî ideriz deyü edâ-i şehâdet-i şer'iyeye eylediklerinde ba 'de't-ta 'dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın merkûm Kasber'in elfâz-ı merkûme ile niyet-i tatlike ikrârı ve şahidân-ı merkûmânın min-gayr-i şart tekellüme şehâdetleri mücebince müdde'iyeye-i mezbûre Altun'un merkûm Kasber'den beynûnetine ba 'de'l-hüküm mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu.”*

⁴² KŞS 42, 120/2, 25 Şevvâl 1118.

⁴³ KŞS 42, 13/3, 6 Recep 1118.

⁴⁴ Atar Fahrettin. “Muhâlea”, *Türk İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2005, , C.30, (399-402), s. 399.

muhâleada kadın, çoğu zaman bazı ekonomik haklarından vazgeçerek erkeği boşanmaya razı etmektedir.⁴⁵ Muhâlea ile boşanmada kadınlar, mehr-i müeccel, iddet nafakası ve kocanın iddet süresi sona erene kadar karşılamak zorunda olduğu barınma masraflarından vazgeçmiştir. Kayıtlarda bu üç kalem, “*meûnet-i süknâ*” olarak geçmiştir. Osmanlı uygulamasında en sık rastlanan muhâlea sebepleri, şiddetli geçimsizlik ve kocanın başka bir yere giderek evine dönmemesidir.⁴⁶

Muhâlea çoğu zaman kocanın kadına mehir ve iddet nafakası vermeden boşanma istemesi halinde başvurduğu bir yol olmuştur. Koca karısına karşı talâk yetkisini kullanmayarak kadını adeta bu yola mecbur etmektedir.⁴⁷ Diğer taraftan baktığımızda ise, Osmanlı uygulamasında, kadının; muhâlea davalarında kocayı boşanmaya ikna etmek için mehr-i müecceli güçlü bir koz olarak ileri sürdüğü görülmektedir.⁴⁸

Kadının muhâlea ile boşanabilmesi için temyiz gücüne sahip olması ve baliğ olması yetmez. Bunun yanında “ergin olması” yani malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilme yetkinliği de aranmaktadır.⁴⁹ Defterde yer alan muhâlea örneklerinin tamamında kadınların mehr-i müeccel ve nafakadan vazgeçtiği⁵⁰ hatta bazı davalarda kendilerine ait bir malı kocaya bıraktığı⁵¹ ve bazen de çocukların bakımını üstlendiği görülmektedir.⁵² Örneğin bir davada,

⁴⁵ Akyılmaz, 2000, s.45-46; Aydın, 1985, s.42; Sak, İzzet/Aköz, Alaaddin. “Osmanlı Toplumunda Evliliğin Karşılıklı Anlaşma ile Sona Erdirilmesi: Muhâlea (18. Yüzyıl Konya Şer'iyeye Sicillerine Göre)”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, (2004), (s. 91-140), s. 92 vd.

⁴⁶ Benzer görüş için bkz, Sak/Aköz, s. 97.

⁴⁷ Akyılmaz, 2000, s. 46.

⁴⁸ Dinç, Güven. “Şer'iyeye Sicillerine Göre XIX. Yüzyıl Ortalarında Antalya'da Ailenin Sosyo-Ekonomik Durumu”, *OTAM*, 17(17), Ankara 2005, s. 7; Kılınç, Ahmet/Kılınç, Ayşe Nur. “*Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği*”, *İNÜHFD*, S. 10(1), y. 2019,(s. 103-118), s.106.

⁴⁹ Cin, 1956, s. 73, Atar, 2005, s. 401.

⁵⁰ -*Karapınar sakinlerinden olan Abdolvahhab kızı Marziye'nin hukuk-ı zevciyesinden feragat ettiğini belirterek kocası Mustafa oğlu Ali Çelebi'den boşanması*; KŞS 42, 18/1, 11 Receb 1118.

-*Kalender Hâne mahallesi sakinelerinden Üveys kızı Havva'nın, hukuk-ı zevciyyesinden (mihri müeccel, nafaka-i iddet-i malume, müennet sükenası) feragat ettiğini belirterek kocası Veli oğlu Süleyman'dan boşanması*. KŞS 42, 34/3, 27 Receb 1118.

-*Beyi Hekim mahallesi sakinelerinden Şaban kızı Aişe'nin, mihri müeccel ve nafaka-i iddet-i malumesinden feragat ettiğini belirterek kocası Mustafa oğlu İsmail'den boşandığı beyanı*. KŞS 42, 130/3, 10 Zi'l-ka'de 1118.

-*Konya sakinelerinden Mehmed kızı Fatıma'nın, 15 bin akçelik mihri müeccelinin 7 bin 500 akcesinden feragat ederek, kocası Sefer Beşe oğlu Mehmed'den boşandığı beyanı*. KŞS 42, 142/1, 21 Zi'l-ka'de 1118.

-*Şeyh Aliman mahallesi sakinelerinden Hasan kızı Müslime'nin, mihri müeccel ve diğer hukuk-ı zevciyyesinden feragat ettiğini belirterek kocası Ramazan oğlu Mustafa'dan boşanması*. KŞS 42, 142/3, 18 Zi'l-ka'de 1118.

-*Alaca Mescid mahallesi sakinelerinden Mehmed kızı Aişe'nin, 45 guruşluk mihri müecceli ile nafaka-i iddet-i malumesinden feragat ettiğini ve müennet sükenasını da kendi üzerine aldığı belirterek kocası Ali oğlu Ahmed'den boşanması*. KŞS 42, 148/3, 26 Zi'l-ka'de 1118.

-*Fakih Dede mahallesi sakinelerinden Abdülkadir kızı Fatıma'nın, kocası Sefer oğlu Yusuf'tan, 6 bin akçe mihri müeccelini ve nafaka-i iddet-i malumesini aldığı ve müennet sükenasını da kendi üzerine aldığı ve de babasının Yusuf'tan ağızlık (nişanlılık) namıyla aldığı 20 guruştan Yusuf'un feragat ettiğini belirterek kocası Yusuf'tan boşanması*. KŞS 42, 166/3, 17 Zi'l-hicce 1118.

⁵¹ *Türbe-i Celâliyye mahallesi sakinlerinden Mehmet oğlu Ömer karısı Marziye'yi, mihri müeccelinden, nafaka-i iddet-i malumesinden feragat etmesi ve müennet sükenasını dahi kendi üzerine alması ve 15 guruş vermek kaydıyla boşaması*. KŞS 42, 240/2, 10 Safer 1119.

⁵² Hoşhan mahallesi sakinelerinden el-Haç Mehmed kızı Nesli'nin, küçük kızı Emine için, babası çocuğun) Ahmet oğlu Musa Halife malından olmak üzere nafaka tayin edilmesini mahkemeden talebi; Musa Halife'nin, karısı Nesli'den bi'l-cümle hukuk-ı zevciyyesinden ve elinde olan eşyasından feragat etmesi ve **boşandıktan 5 seneve değin, Nesli'nin, kendi malından olmak üzere Emine'ye bakması şartıyla boşandığı** beyanı, KŞS, 231/2, 29 Muharrem 1119

Halil kızı Aişe, 30 bin akçe mehr-i müecceleden ve iddet nafakasından vazgeçerek müennet sükenasını kendi üstüne aldığı ve ayrıca 65 kuruşluk boşanma masrafını da kocası Mustafa'ya teslim ettiğini beyan ederek vekili aracılığı ile kocası Yusuf oğlu Molla Mustafa'dan boşanmıştır.⁵³ Benzer bir davada, kadın yine mehir, nafaka gibi haklarından vazgeçerken kocasına verdiği borçtan da feragat ettiğini bildirerek kocasından ayrılabilmiştir. Defterde, aralarında muhâlea yapılmasına rağmen bazen kocanın bu durumu yalanlayarak “zevciyetten imtina edildiği” iddiasıyla karısından şikâyetçi olduğu durumlar da mevcuttur. Örneğin 17 Şaban 1118 tarihli bir belgeye göre, Mehmet, “*nikâhlı zevcem olmasına rağmen zevciyyet muamelesini istemiyor*” diyerek karısı Ömer kızı Havva'dan şikâyetçi olmuştur. Duruşma esnasında Havva, mehr-i müeccel ve sair haklarından feragat ederek ve bazı eşyaları da vererek daha önceden kocası Mehmet'ten boşandığını beyan etmiş ve bunu şahitlerle ispatlamıştır. Bunun üzerine mahkeme, şahitlerin Havva'yu doğrular mahiyetteki şهادetlerine istinaden karar vererek Mehmet'i davasından men etmiştir.⁵⁴

Muhâlea yoluna gitme nedenlerinden biri de kocanın yaşadığı yerden bir başka yere gitmesi ve uzun süre dönmemesi durumudur.⁵⁵ Bu durum, kayıtlarda “ahar diyara gider oluk da”, “ahar diyarda olup” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Koca uzak bir yere gitmeden önce belli bir süre dönmemesi durumunda karısının belli haklarından vazgeçmesi halinde muhâlea yoluyla kendisinden ayrılabilmesine dair genellikle bir başka erkeğe vekâlet verebilmekteydi.

Bununla ilgili bir davada, başka bir şehre giden Abdullah oğlu İsmail'in vekili aracılığı ile karısı Fati'den boşandığı görülmektedir. İsmail'in vekili, mahkemede “.....İsmail târîh-i kitâbdan iki sene mukaddem **diyâr-ı âhere gider oldukda** eğer ben on ay tamâmına değin gelüb zevcem merkûmeye mülâkî olursam be-nihâdül-umde-i mezbûrede bu diyâra gelmezsem mezbûre Fati'nin zimmetimde mütekarrer ve ma'kûdun- 'aleyh olan sekiz bin akçe mehr-i mü'eccelinden ve nafaka-i 'iddet-i ma'lûme ve me'ûnet-i süknâsından fâriğa olub da merkûmenin iznini kendi yedine viresin deyü beni vekîl ve şâhidân-ı mezbûrânı işhâd itmeğle. ben dahî târîh-i kitâbdan bir sene

⁵³ KŞS 42, 243/1, 13 Safer 1119: “.....müvekkile-i mezbûre Sakine bint-i Halil Ağa zevcem merkûm Molla Mustafa zimmetinde mütekarrer ve ma'kûdun- 'aleyh olan otuz bin akçe mehr-i mü'eccel ve nafaka-i 'iddet-i ma'lûmemden fâriğ ve me'ûnet-i süknâm dahî üzerime olub ve bilezik kıymetinden ferâgat ve bedel-i hal' olmak üzere altmış beş guriş merkûm Molla Mustafa'ya teslim idüb muhâla'a oldum didi didikde merkûm Molla Mustafa dahî hukûk-ı mezkûresi üzere mezbûre Sakine'yi muhâla'a eyledim ve bedel-i hal' olan meblağ-ı mezbûr altmış beş guriş mezbûre Aişe bint-i Halil Ağa yedinden tāmamen ahz u kabz eyledim ba'de'l-yevm mezbûre 'iddeti münkaziyye oldukda nefsini dilediği kimesneye tezvîc eylesün didikde tarafeyn biri birilerinin takrîr-i meşrûhlarını tasdik itmeğın mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu.”

⁵⁴ “...Havva benim zevce-i menkûham olub hâlâ zevciyyet mu'âmelesinden imtinâ' ider sû'âl olunub takrîri tahrîr olunması matlbûmdur didikde gibbe's-sû'âl vekîl-i merkûm es-Seyyid Osman Çelebi cevâbında fi'l-vâki' müvekkile-i mezbûre Havva mezbûr Mehmed'in mukaddemen zevcesi olub târîh-i kitâbdan on iki gün mukaddem beyenlerinde hüsn-ı zindegânî ve musâfât olmamağla zimmetinde mütekarrer ve ma'kûdun- 'aleyh olan mehr-i mü'eccelinden ve nafaka-i 'iddet-i ma'lûme ve me'ûnet-i süknâsından fâriğa olmak üzere ve bir kumaş kaftan ve bir zibun ve bir sîm kuşak ve bir yorgan ve bir döşek müvekkilem mezbûre Havva mezbûr Mehmed'e virüb ol dahî ahz u kabz idüb irâdetin elinde olsun didikde müvekkilem dahî nefsimi ihtiyâr itdim deyüb bâ'in-i talâk boş olmuştur deyü ..” KŞS 42, 61/1, 17 Şa'bân 1118.

- Türbe-i Celâliyye mahallesi sakinlerinden Sunullah oğlu Abdulkadir'in, “Zevciyyet nuamelesinden imtina ediyor” diyerek karısı Mehmed kızı Aişe'den şikâyetçi olması; Aişe'nin, mihr-i müeccel ve diğer hukuk-ı zevciyyesinden feragat ederek, hatta üste 5 guriş para vererek 16 ay önce Abdulkadirden boşandığını beyanı; mahkemenin ise şahitlerin Aişe'yi doğrular mahiyetteki şهادetlerine istinaden, Abdulkadir'i davasından men etmesi. KŞS 42, 72/1, 24 Şa'bân 1118.

⁵⁵ Akyılmaz, Gül. “Osmanlı Aile Hukukunda Kadın”, *Türkler Ansiklopedisi*, C. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 369.

mukaddem mezbûre Fati'nin sekiz bin akçe mehr-i mü'eccelden ve nafaka-i 'iddet ve em'ûnet-i süknâsından fâriga olub ben dahî iznini yedine virüb ol dahi meclis-i mezbûrda nefsinin ihtiyâr itmîş idi mezbûre nefsinin dilediği kimesneye tezvîc eylesün deyüb” şeklinde beyanda bulunmuş ve Fati'nin şartları kabul etmesiyle İsmail'e vekaleten Fati'yi boşamıştır.⁵⁶

Diğer bir davada, kocası başka bir şehirde olduğu için geçim sıkıntısına düşen bir kadın boşanma talep etmiş ve mahkeme tarafından bu talebi kabul edilmiştir.⁵⁷ Bahsedilen davada, İsmail kızı Ayni, kocasının Eskişehir'de olduğunu ve nafaka ve kisveye şiddetle ihtiyacı olduğunu bu nedenle kocası Abdullah oğlu Hüseyin Çelebi üzerindeki “*hukuk-ı zevciyyesinden fariga*” olup ve oğlu Mehmet'e nafaka istemeyeceğini belirterek kocasının vekili huzurunda boşanmıştır.⁵⁸

Bir başka örnek davada ise, koca bir yıl içinde dönmemesi halinde ve karısı hukuk-ı zevciyyesinden vazgeçtiği takdirde vekili Ahmet'e kendisini boşaması için yetki vermiştir.⁵⁹ Muhâlea ile ilgili diğer örnekte, başka bir şehre giden Hasan vekili aracılığıyla karısı Emine'yi mehr-i müeccelinden, iddet nafakasından vazgeçmesi ve çocuğuna 7 seneye değin nafaka talebinde bulunmaması şartıyla boşanmayı kabul etmiştir.⁶⁰ Bu örneklerin ortak özelliği, kocanın uzak diyarlara giderken “*belli süre dönmemesi*” ve “*karının hukuk-ı zevciyyesinden feragat etmesi*” şartıyla boşanmasıdır. Ayrıca kayıtların hepsinde, “*mezbûre nefsinin dilediği kimesneye tezvîc eylesün*” ibaresi yer almaktadır. Muhâlea ile boşanmada, boşanmanın gerçekleşmesi için mahkeme kararına ihtiyaç olmamakla birlikte, vekil aracılığı ile mahkemeye başvurulmasının ardında, karının ileride nafaka ve mehir talebinde bulunmayacağını resmi kayıt altına alınması niyeti bulunmaktadır.

Bazı davalardan kocanın, çocukların masraf ve nafakasını eşine yüklemek şartıyla muhâlea yolunu kabul ettiği de anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi İslam hukukunda annenin 9 yaşına kadar kız çocukları ve 7 yaşına kadar erkek çocukları üzerinde “hidane” hakkı bulunmaktadır. Yani çocuğun bakım ve terbiyesi anneye aittir. Çocukların bakım ve terbiyesi annenin üzerinde iken onun masraf ve nafakası çocuğun malından karşılanır.⁶¹ Çocuğun kendi mal varlığı yoksa baba, bu masraf ve nafakayı karşılamakla yükümlüdür. Ancak bazı durumlarda kadın, muhâlea yapabilmek için

⁵⁶ KŞS 42, 70/3, 27 Şa'bân 1118: “.....mezbûre nefsinin dilediği kimesneye tezvîc eylesün deyüb mezbûre Fati ben dahî târih-i mezbûr hukûk-ı mezbûremden fâriga olub nefsimi ihtiyâr eyledim didikde tarafeyni biri birilerini tasdik itmeğin mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu.”

⁵⁷ KŞS 42, 12/2, 23 Cumâde'l-âhire 1118. Hoşhan mahallesi sakinelerinden İsmail kızı Ayni'nin, kocasının Eskişehir kazasında olduğunu ve nafaka ve kisveye şiddetle ihtiyacı olduğunu bu nedenle kocası Abdullah oğlu Hüseyin Çelebi üzerindeki hukuk-ı zevciyyesinden fariga olub ve oğlu Mehmed'e nafaka istemeyeceğini belirterek kocası Hüseyin'den (Hüseyin'in vekili huzurunda) boşanması.

⁵⁸ KŞS 42, 12/2, 23 Cumâde'l-âhire 1118. Hoşhan mahallesi sakinelerinden İsmail kızı Ayni'nin, kocasının Eskişehir kazasında olduğunu ve nafaka ve kisveye şiddetle ihtiyacı olduğunu bu nedenle kocası Abdullah oğlu Hüseyin Çelebi üzerindeki hukuk-ı zevciyyesinden fariga olub ve oğlu Mehmed'e nafaka istemeyeceğini belirterek kocası Hüseyin'den (Hüseyin'in vekili huzurunda) boşanması.

⁵⁹ KŞS 42, 78/2, 29 Şa'bâb 1118.

⁶⁰ KŞS 42, 228/2; Gurre-i Muharrem 1119, “...müvekkilem mezbûr Hasan diyâr-ı âhere gider oldukda zevcesi mezbûre bi'l-cümle mü'eccelinden fâriga olub ve nafaka-i 'id'det-i ma'lûme ve me'ûnet-i süknâsı kendi üzerine olub ve bundan mâ'adâ hâmil olduğu veledi dahî ba'de't-tevellüd yedi seneye değin kendi mâlinden infâk ve iksâ itmek üzere hal'ini vekil ve şahidân-ı mezbûrânı işhâd itmekle ...”

⁶¹ Cin, 1956, s. 117, Bilmen, s.452, Sak/Aköz, s.109.

babanın sorumluluğunda olan çocukların bakım masraflarını ve nafakalarını da üstlenmek zorunda kalmıştır.⁶²

Örneklerden de görüldüğü gibi, muhâlea genellikle kadın veya kadının vekili tarafından talep edilmiştir. Kayıtlardan taraflar arasında aslında muhâlea konusunda duruşma öncesinde bir anlaşma yapıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, mahkeme tutanaklarının hiçbirinde muhâlea nedenleri yer almamıştır.

C. Tefrik (Kazai/Adli Boşanma)

“Kazai boşanma” veya “tefrik” mahkeme kararı ile evliliğin sonlandırılmasıdır. Tefrik ile boşanmanın gerçekleşmesi ancak belirli durumlarda mümkündür. Tefrik sebepleri mezheplere göre farklılık göstermektedir.⁶³ Örneğin Hanefî mezhebi sadece hastalık nedeniyle tefrik yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir.

Osmanlı Devleti'nde, Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe girmeden önce kural olarak Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşleri esas alınmış ve sadece erkeğin iktidarsız olması halinde kadının tefrik yoluna gidebileceği kabul edilmiştir.⁶⁴ Ancak, incelenen defterde bu konuda bir örneğe rastlanmamıştır.

V. Mehir

İslam hukukunda mehir, nikâh akdinin kurulması sırasında erkeğin karısına ödediği para veya mal olarak tanımlanır. Bir başka deyişle mehir, kadının evlilik akdi ile kocasından almaya hak kazandığı bir maldır. Mehre konu olabilecek mal içine ekonomik değeri olan, mülk edinilebilen her şey girer.⁶⁵ Satışı veya kullanımı yasak olmayan her şey kadına mehir olarak verilebilir.⁶⁶ İslam Hukuku'nda mehrin peşin olarak ödenmesi şart olmayıp, nikâhtan sonra da ödenebilir. Nikâh akdi sırasında verilen mehir, mehr-i muaccel olarak adlandırılır. Mehr-i müeccel ise, koca tarafından karıya sonradan verilmesi kararlaştırılmış olan mehirdir. mehr-i müeccelin ödenmesinin belirli bir vadeye bağlanmadığı durumlarda, bu miktar kocanın ölümü veya boşanma halinde kadına ödenir. Yani, mehr-i müeccel için bir süre belirlenmemiş ise mehir, talâk veya eşlerden birinin vefatına kadar müeccel sayılır.⁶⁷

Defterde, mehir ile ilgili tüm kayıtlar mehr-i müecceleyle ilişkindir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, evliliğin talâk ile sona ermesi halinde koca, karısına nikâh akdi ile belirlenmiş

⁶²KŞS 42, 129-1 (8 Zî'l-ka'de 1118 / 11 Şubat 1707): “Kerim Dede Mahallesi'nden Şerife Zarîfe bt. es-Seyyid Mustafa mahkemede damadı Mehmed b. Mustafa huzurunda: “İşbu hâzır-ı bi'l-meclis olan sagîre kızım Şerife Mehmed'in zevce-i gayr-i dâhili olmağla hîn-i tezvîcde olan sekizbin akçe mehr-i mü'eccelinin nısfı olup, Mehmed'in zimmetinde olan dörtbin akçe mehrini kızım Şerife ba'de'l-bülûğ mütâlebe iderse meblağ-ı mezbûru ben mâlımdan zâmine olmak üzere Mehmed ile velâyeten muhâla'a-i sahiha ile hul' eyledim” demektedir. Sak/Aköz, s. 119 dn: 138'den naklen.

⁶³ Aydın, 2005, s. 310 vd.; Mezheplere göre boşanma sebepleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Cin,1956, s. 94-97, s.86-111.

⁶⁴ Aydın, Mehmet Akif. “Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma Tefrik”, *Osmanlı Araştırmaları V*, İstanbul 1986, s. 5-10.

⁶⁵Kılınç/Kılınç, s. 105; Acar, 2011, s. 368, 378, 385; Okur, Gümrükçüoğlu, Saliha. “İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013,(s. 223-256), s. 224.

⁶⁶ Cin, 1972, s. 204.

⁶⁷ Acar, 380; Cin, 1972, s. 207-210.

olan mehr-i müecceli ödemek zorundadır.⁶⁸ Sicillerde, evliliğin sona ermesi üzerine mehr-i müeccelin kocadan talep edildiği kayıtların yanında, kocanın ölümü üzerine, mehr-i müeccelin kocanın mirasçılarında talep edildiği de görülmektedir. Bazı kayıtlarda ise kadının boşandıktan sonra tüm mehr-i müecceli aldığı ve kocasından bir alacağı kalmadığına ilişkin beyanlar göze çarpmaktadır.⁶⁹ Örneğin 15 Şaban 1118 tarihli bir belgeden⁷⁰, Ümmü isimli kadının, kocasının kendisine mehr-i müeccelini ödemediği gerekçesi ile davacı olduğu anlaşılmaktadır. *Ümmü, boşandığı kocası Musa oğlu Mehmet üzerinde 2 bin akçe mehr-i müeccelinin kaldığını, ancak alamadığını belirterek Mehmet'ten şikâyetçi olmuştur. Mehmet ise karısı Ümmü ile boşanırken, Ümmü'nün mehr-i müeccel ve diğer hukuk-ı zevciyyesinden feragat ettiğini beyan etmiş bu beyanını şahitler ile ispatlamıştır. Bunun üzerine mahkeme, Ümmü'yü davasından men etmiştir. Benzer bir olayda ise Alime mehri müeccelini vermediği iddiası ile boşandığı kocası Mustafa'dan şikâyetçi olmuşsa da mahkemede koca bir yıl önce Alime'den boşandığını ve bu boşanma sırasında Alime'nin mehr-i müeccel ve diğer haklarından feragat ettiğini şahitlerle ispatladığı için kadı Alime'nin davasını reddetmiştir.*⁷¹

Kadın, mehr-i müecceli, kocanın ölümü sonrasında kocanın mirasçılarında da talep edebilir.⁷² Karının, kocasının ölümü üzerine kocanın mirasçılarında bu alacağını talep ettiğine ilişkin belgelerden birinde, Ayinedâr mahallesi sakinelerinden Halil kızı Aişe'nin, boşandığı kocası Abdullah oğlu Mustafa üzerinde 60 bin akçe mehr-i müeccelinin olduğunu ve bunun 30 bin akçesini, kocasının ölümünden önce kendisinden aldığını, ancak geriye 30 bin akçe alacağının kaldığını belirterek, 30 bin akçe alacağının merhumun terekesinden verilmesini Mustafa'nın varislerinden istediği görülmektedir. Varisler, söz konusu iddianın doğru olmadığını beyan etmiş olsa da şahitlerin Aişe'yi doğrular mahiyetteki şهادetlerine istinaden mahkeme, 30 bin akçenin Aişe'ye teslimi hususunda karar vermiştir.⁷³ Benzer bir davada ise Şehri isimli kadın, kocası Recep oğlu Abdullah Çelebi üzerinde 4 bin akçe mehr-i müeccelinin olduğunu iddia ederek kocasının ölümüyle bu meblağı, merhumun terekesinden olmak üzere varislerinden istemiştir. Ancak, daha sonra aralarında sulh yoluna gitmişler ve davacı Şehri, 20 kuruş mukabelesinde davasından feragat etmiştir.⁷⁴ Defterde yer alan bir başka kayıta benzer bir durum söz konusu olup, boşandığı kocasının ölümü üzerine terekeden mehr-i müeccelini talep eden kadının dava sırasında ölenin mirasçıları ile anlaşmaya vararak alacak davasından vazgeçtiği anlaşılmaktadır.⁷⁵

⁶⁸ Okur, 18. yüzyılda Konya ilinde yapılan bir çalışmaya değinerek kırsal kesimde yaşayan kadınların kentte yaşayan kadınlardan daha fazla mehir aldığına işaret etmiştir. Okur, s. 231.

⁶⁹ KŞS 42, 216/2, 23 Muharrem 1119: *Bağ Evliya mahallesi sakinlerinden iken ölen Haydar oğlu Musa'nın varislerinden olan (boşadığı) karısı Osman kızı Fatma'nın, kocasının üzerindeki mihr-i müeccelini ve ondan kendisine düşen miras hissesi ile çocuklarına babalarından düşen miras hissesini (vesayetine istinaden), merhumun terekesini elinde bulunduran diğer varis (merhumun oğlu) Haydar'dan aldığını belirterek Haydar ve diğer varislerden alacağının kalamadığını ve onlardan davacı olmayacağını beyanı.*

⁷⁰ KŞS 42, 59/2, 15 Şaban 1118.

⁷¹ KŞS 42, 83/1, 26 Şa'bân 1118.

⁷² Cin, 1972, s. 229.

⁷³ KŞS 42, 16/1, 25 Cumâde'l-âhire 1118.

⁷⁴ KŞS 42, 17/1, 5 Receb 1118.

⁷⁵ *Su Dirhemi nahiyesine tâbi Sille nam karye sakinlerinden iken ölen İbrahim oğlu Hüseyin Beğ'in varislerinden olan (boşandığı) karısı Süleyman kızı Döndü'nün, kocasının üzerinde olan 4 bin akçe mihr-i müecceli ile miras hissesini almak için, merhumun çocuklarının vasisi olan Hadali kızı Terpeşe'den şikâyetçi olduğunu, onun da cevaben; "Sen mihr-i müeccelini merhum hayatta iken aldın" dediğini ve nihayetinde de bir ev ve 3 guruş nakid para mukabelesinde*

Mehr-i müeccelin kadının ölümü halinde mirasçıları tarafından kocadan (veya kocanın ölümü halinde onun mirasçılarından) istenmesi de mümkündür. Örneğin Selime, kızı Saliha'nın ölümü üzerine damadı Osman'da kalan 16 bin mehr-i müeccelin Osman'ın terekesinden kendisine verilmesi talebiyle Osman'ın varislerine dava açmıştır.⁷⁶

VI. Nafaka

İslam hukukuna göre evlilik kurulduktan itibaren eşin (karının) bütün masrafları kocaya aittir. Koca, karısının yeme-içme, barınma, giyim masrafı, tedavi masrafı ve hatta gerektiği zaman sütanne ile hizmetçi masrafı da dâhil olmak üzere tüm masraflarını karşılamakla görevlidir.⁷⁷ İmam Muhammed'e göre, nikâh akdinin yapılması ile kocanın nafaka yükümlülüğü başlarken, nafaka borcu kadının koca evine gitmesi ile başlar.⁷⁸ Ebu Yusuf'a göre ise kocanın nafaka adını verdiğimiz bu masrafları karşılaması için nikâh akdinin yapılması ve evliliğin fiilen başlaması gerekir. Kocanın, eşine karşı olan bu yükümlülüklerini yerine getirmedeği veya getiremediği durumlarda kadın, kendisi ve çocukları için mahkemeye başvurarak nafakası için gerekli malların satılmasını talep edebilir.

Ancak bu durum, kocanın malvarlığının bulunması durumunda mümkündür. Eğer koca, maddi imkânı olmadığı için nafaka yükümlülüğünü yerine getiremiyor ise, hâkim kadına nafaka takdir ederek borç alabilmesi için izin verir. Sicilde yer alan nafaka talepleri daha çok iddet bekleyen kadının hamile olması,⁷⁹ kocanın gaip olması, kocanın ölmesi halinde çocukların ihtiyacının sağlanması ve boşanma sonrası nafaka talebi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁰

Nafaka konusunda ilk inceleyeceğimiz belgede, Fatıma isimli kadın, kocası Ali'den her ne kadar hukuk-ı zevciyye talebinde bulunmadan boşanmış olsa da boşandıktan sonra üç aylık hamile olduğunu anlamış olduğundan (boşandığı) kocasından nafaka talebinde bulunmuştur. Mahkeme ise kadının talebini uygun bularak eski kocanın malından Fatıma'ya günlük 6 akçe nafaka tayin edilmesine karar vermiştir.⁸¹ Bir başka olayda ise Dolabucu mahallesi sakinlerinden Döne isimli

davasından feragat ettiğini belirterek Terpeşe'den alacağına kalmadığını ve davacı olmadığını beyanı. KŞS 42, 132/1, 10 Zi'l-ka'de 1118.

⁷⁶ Piri Paşa mahallesi sakinelerinden iken ölen Şahbaz kızı Saliha'nın annesi Mustafa kızı Selime'nin, kızı Saliha'nın, kocası Abdulbaki oğlu Osman üzerinde 16 bin mihr-i müeccelinin olduğunu, Osman'ın ölümü ile bu parayı merhumun varisi olan ve Osman'ın terekesini elinde bulunduran (kardeşi) Hasan'dan talep ettiğini, ancak alamadığını belirterek Hasan'dan şikâyetçi olmuştur. Hasan'ın, kardeşi Osman'ın ele alınır eşyasının olmadığını ve onun terekesini elinde bulundurmadığını beyan etmiştir. Mahkeme, iddiasını doğrulayamamasına istinaden, Selime'yi davasından men etmiştir. KŞS 42, 72/2, 25 Şa'bân 1118.

⁷⁷ Cin, 1974, s. 197 vd.

⁷⁸ Yakut, Esra. "Klasik Dönem Osmanlı Aile Hukukunda Kadının Konumu", *AndHD*, 2015, C.1, (1-23, s.9.

⁷⁹ İddet boşanma, nikâhın feshi veya ölüm nedenleriyle evlilik birliği sona erdiği zaman kadının yeniden evlenmeden önce beklemesi gereken süredir. Cin, 1956, s. 111

⁸⁰ Bilmen, s. 488; Aydın, 1986, s. 6.

⁸¹ KŞS 42, 50/3, 17 Recep 1118: *Mahmiye-i Konya'da Mümin Mahallesi sâkinelerinden bâ'isetü'l-kitâb Fatıma bint-i Osman nâm hâtûn meclis-i şer'a gelüb takrîr-i kelâm ve ta'bîr-i 'ani'l-merâm idüb işbu hâzır-ı bi'l-meclis olan Ali bin Mehmed nâm kimesne sâbiken zevcim olub zimmetinde olan hukûk-ı zevciyyemden fârîga olmak üzere muhâla'a olmuş idim hâlâ merkûmun firâşından üç aylık hamlim zâhir olmakla cânib-i şer'iden nafaka takdîr olunmak taleb iderim didikde hâkim-i mevki 'ü'l-kitâb tûbâ-leh ve hüsne me'âb hazretleri mezbûre Fatıma'nın hamli için târîh-i kitâb gününden râyic-i fi'l-vakt yevmi altı akçe nafaka farz ve takdîr idüb meblağ-ı ma'rûz-ı merkûmu harc u sarf ve 'inde'l-ihtiyâc istizâneye ve vakt-i zaferde mezbûr Ali bin Mehmed üzerine rücû'a mezbûre Fatıma'ya izn virmegîn mâ-vaka' bi't-taleb ketb olundu."*

kadın, kendi yanında olan oğlu Nebi için nafaka tayin edilmesini istemiş ve mahkeme Nebi'ye babasının malından günlük olarak nafaka tayin edilmesine hükmetmiştir.⁸²

Kadınların mahkemeye başvurarak çocukları için nafaka talebinde bulunmalarının bir başka nedeni ise kocanın ölmesidir. Örneğin, Galaba mahallesi sakinlerinden Ümmü'nün, boşandığı kocası Hüseyin'in ölmesi üzerine küçük oğlu Osman için babasının malından nafaka tayin edilmesi talebi mahkemece uygun bulunmuştur.⁸³

Kadının nafaka isteyebileceği bir başka durum ise kocanın gaip olmasıdır. İslam hukukunda gaiplik “yeri bilinen fakat hazır olmayan ile yaşadığı bilinen fakat nerede olduğu bilinmeyen” anlamına gelir ki günümüz hukukundaki “terk” kavramına daha yakındır. Kocanın gaip olması durumunda kadın hâkime başvurarak kocasının malvarlığı içinden kendisi veya çocuklarının geçiminin sağlanmasını talep edebilir.⁸⁴ Osmanlı hukuk uygulamasında da, koca yaşadığı yerden başka bir yere (diyara) gitmiş ve giderken nafaka bırakmamış ise zor duruma düşen kadın mahkemeye başvurarak kocanın malından nafaka isteyebilmiştir.⁸⁵ Bununla ilgili bir örnekte, Havva, kocası Mehmet'in gaip olduğunu söyleyerek⁸⁶ kendisi ve oğlu için nafaka talep etmiş ve mahkeme de Havva ve oğluna günlük beşer akçe nafaka tayin etmiştir.⁸⁷

Kocanın nafaka miktarını ödemekte zorlanması halinde mahkemeye müracaat ederek nafaka miktarının indirilmesi de mümkün olabilmiştir.⁸⁸ Örneğin Veli isimli şahıs, boşandığı eşi Aişe ve çocuklarına günlük 10 akçe nafaka öderken fakir duruma düşmesi nedeniyle bu nafakanın günlük 7 akçeye düşürülmesi talebinde bulunmuştur.⁸⁹

Konuyla ilgili incelediğimiz kayıtlarda kadınların kendileri ve çocukları için nafaka talepleri haklı nedenlere dayandırılmıştır. Fakat, muhâlea yoluyla evliliğin sona ermesinde bazen kadınların mehir ve nafaka almaktan vazgeçtikleri halde yine de mahkemeye başvurarak nafaka talebinde bulunması da sık olmasa bile karşılaşılan bir durumdur. Bu konuya dair 29 Muharrem 1119 tarihli belgeden, Nesli'nin kızı Emine için boşandığı kocası Musa'nın malından nafaka istediği anlaşılmaktadır. Mahkemede Musa'nın, Nesli'nin boşanırken her türlü alacak hakkından

⁸² KŞS 42, 13/2, 29 Cumâde'l-âhire 1118

⁸³ KŞS, 52/2, 7 Şa'bân 1118.

Benzer davalar:

- “Gök Taş mahallesi sakinelerinden Hüseyin kızı Satı'nın, boşandığı kocası Mehmed oğlu Ahmed Beşe'nin mülkünden olmak üzere, küçük kızı Aişe için nafaka ve kisve baha tayin edilmesini mahkemeden talebi; mahkemenin ise, talebi uygun bularak Aişe'ye babası malından olmak üzere nafaka tayinine...” KŞS 42, 91/1, 12 Ramazân 1118.

-“Alaca Mescid mahallesi sakinelerinden Ahmed kızı Fatıma'nın, çocukları Emine, Cemile ve Fati'ye, babaları merhumun terekesinden olmak üzere, nafaka tayin edilmesini, mahkemeden talebi; mahkemenin ise, talebi uygun bularak, çocuklara babaları muhallelatından nafaka tayin edilmesine..” KŞS 42, 147/2, 19 Zi'l-ka'de 1118.

⁸⁴ Bilmen, s. 467 vd.

⁸⁵ Aydın,1986, s. 6.

⁸⁶ “..... zevcim mezbûr Mehmed âher diyâra gidüb gaybet-i munakkata'a ile gâ'ib olub hâlâ yedimde cins-i nafakadan bir şeyi olmamağla mezbûr üzerine savb-ı şer'den bana ve mezbûrun firâşından hâsıl ve benden mütevellid sagîr oğlum [isim yazmamış] nafaka takdîr olunmak taleb iderim...” KŞS 42, 148/1, 21 Zi'l-ka'de 1118.

⁸⁷ KŞS 42, 148/1, 21 Zi'l-ka'de 1118.

⁸⁸ Cin, 1974, s.198.

⁸⁹ KŞS 42, 119/1, Gurre-i Zi'l-ka'de 1118, “Abid mahallesi sakinelerinden Bekir kızı Aişe'nin, boşandığı kocası Mehmed oğlu el-Haç Veli'den çocuklarına aldığı 10'ar akçelik nafaka'nın Veli'nin fakir olduğunu belirterek 7 'şer akçeye indirilmesini mahkemeden talebi; mahkemenin ise, talebi uygun görerek nafakayı düşürmesi.”

feragat ettiğini ve boşandıktan sonra 5 yıl boyunca kızı Emine'ye bakacağı şartıyla boşandığını şahitlerle ispatlaması üzerine hâkim, Nesli'nin talebini reddetmiştir.⁹⁰

SONUÇ

Konya 42 numaralı şer'iyeye sicilindeki aile hukukuna ilişkin namzetlik, nikâh, boşanma, mehir ve nafaka ile ilgili hükümlerin incelenmesi sonucunda aşağıdaki tespitlerde bulunulmuştur:

Evlenme konusunda olduğu gibi nişanlanmada da “bülûğ muhayyerliği” hakkının nişanlı kızlar tarafından nişanı sona erdirmeye kullanılan bir yol olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim nişanlı kızın nikâha yanaşmaması halinde Osmanlı mahkemelerinde kadılar, kızların gerçek irade beyanlarını esas alarak “istedikleri kişi ile evlenmelerine izin” vermişlerdir. Ayrıca, nişanın bozulması halinde tarafların bazen tek taraflı, bazen de iki taraflı olarak nişan hediyesi olarak verilen hediye ve paranın iade edilmesi üzerine ibrada buldukları gözlenmektedir. Bu ibra sırasında ayrıca erkeğin eski nişanlısının bir başkası ile evlenmesine izin vermesi de kayıtlara geçirilmiştir.

Nikâh akdi şer'iyeye sicillerine kayıt ettirmekle birlikte bunlar sayıca çok azdır. Bu durumdan nikâh akitlerinin çoğunun mahkeme huzurunda değil, daha çok şahitler huzurunda dışarıda yapıldığı sonucu çıkmaktadır. Ancak, boşanma ile ilgili kayıtlar çok daha yüksek oranda kadı sicillerine işlenmiştir. Nikâh akitlerinin tescili sırasında genellikle mehir miktarının da mahkeme sicillerine işlendiği görülmektedir. Bu durumu kadınların hak ve hukukunu korumak amacıyla alınan bir nevi önlem olarak yorumlayabiliriz. Kadınlar, evlilik birliğinin sona ermesi halinde, resmi bir niteliği olan bu kayıtlar sayesinde mehr-i müeccellerini kolayca ispatlayabildikleri için bu yola başvurmuşlardır. Nikâhın feshi ile ilgili belgeler daha çok “bülûğ muhayyerliğinin kullanılması” şeklinde karşımıza çıkmıştır. Ayrıca, zorlayıcı olmayan velâyet sonucu evlendirilen kızların nikâhı feshetme yoluna gittiği de görülmektedir.

Defterde yer alan kayıtlara göre, evliliğin sonlandırılmasında en sık başvurulan yöntem muhâleadır. Bunun için kadınların neredeyse her zaman mehr-i müeccel ve iddet nafakasından vazgeçtikleri hatta bazı hallerde kocayı boşanmaya ikna etmek için para veya mal verdikleri dikkati çekmektedir. Ayrıca, muhâlea yoluyla boşanmalarda kadınlar veya vekilleri bu durumu mahkemeye tescil ettirme yolunu tercih etmişlerdir. Kocanın talâk ile karısını boşamasında ise şartlı talâk (özellikle ile süreye bağlanan şartlı talâk) yöntemi sıklıkla tercih edilmiştir. Defterde tefviz-i talâk ile ilgili hiçbir belgeye rastlanılmamıştır. Tefrik konusuna gelince, Hanefi mezhebinin tek boşanma nedeni olarak gördüğü “erkeğin iktidarsızlığı” ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun sebebi, bu durumun aileye özgü mahrem bir neden sayılarak mahkemeye yansıtılmasından kaçınılmasıdır. Nafaka ile ilgili hükümlerden gördüğümüz kadarıyla kadınlar ancak evliliğin sona ermesi veya kocanın gaipliği halinde mahkemeye başvurarak kendileri ve çocukları için nafaka talebinde bulunabilmişlerdir.

⁹⁰ KŞS 42, 231/2, 13 Zi'l-ka'de 1118.

KAYNAKÇA

- Acar, H. İbrahim. "Talâk", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 39, İstanbul 2010, (s.496-500).
- Acar, H. İbrahim. "Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 17, 2011, (s. 367-388).
- Akyılmaz, Gül. "Osmanlı Aile Hukukunda Kadın", *Türkler Ansiklopedisi*, C. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002
- Akyılmaz, Gül. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Hukuki Statüsü*, Konya 2000.
- Atar, Fahrettin. "Muhâlea", *Türk İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2005, C.30, (s. 399-402).
- Atar, Fahrettin. "Nikâh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 33, İstanbul 2007, (s.112-117).
- Aydın, Mehmet Akif. "Mehr", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 28, İstanbul 2003
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Bası, İstanbul 2005.
- Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma: Tefrik", *Osmanlı Araştırmaları V*, İstanbul 1986.
- Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Hukukunda Nikâh Akitleri", *Osmanlı Araştırmaları III*, İstanbul 1982.
- Aydın, Mehmet Akif. *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1985.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahatı Kamusu*, C.II, İstanbul 1950.
- Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Bası, Konya 2011.
- Cin, Halil. "İslâm Hukukunda Mehr" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (1),1972, (s. 199-254).
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974.
- Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956.
- Dinç, Güven. "Şer'iyeye Sicillerine Göre XIX. Yüzyıl Ortalarında Antalya'da Ailenin Sosyo-Ekonomik Durumu", *OTAM*, 17, Ankara 2005
- Doğangüzel, Semra Betül. *Osmanlı Hukukunda Nişanlanma*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Sayı 2, 2006 (Güz), (s. 41-60).
- Hatemi, Hüseyin. *İslam Hukuku Dersleri*, 4. Bası, Sümer Kitabevi, İstanbul 2012.
- Kılınç, Ahmet/ Kılınç, Ayşe Nur. "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", *İNÜHFD*, S. 10(1), y. 2019, (s.103-118).
- Okur, Gümrükçüoğlu, Saliha. "İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013, (s. 223-256).
- Ortaylı, İlber. *Osmanlı Toplumunda Aile*, 9. Bası, İstanbul 2009.

Sak, İzzet/Aköz, Alaaddin. “Osmanlı Toplumunda Evliliğin Karşılıklı Anlaşma ile Sona Erdirilmesi: Muhalaa (18. Yüzyıl Konya Şer'iyeye Sicillerine Göre)”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, (2004), (s. 91-140).

Yakut, Esra. “İslam Osmanlı Hukukunda Erkek Tarafından Konulan Şart veya Belirlenen Süre ile Evlilik Akdinin Sona Erdirilmesi”, *AndHD*, 2016, C.2, sayı 4 , (s. 63-71).

Yakut, Esra. “Klasik Dönem Osmanlı Aile Hukukunda Kadının Konumu”, *AndHD*, 2015, C.1, (s.1-23).

100. Yılında “1921 Anayasası’nın Ruhu”: 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-I Esasiye Kanunu’nun Öngördüğü Sistem ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?)*

Hatice Cemre AKYILMAZ 

Ar. Gör. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
hcakyilmaz@ybu.edu.tr, (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 09.05.2021 Kabul: 03.06.2021 Yayın: 08.06.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: 1921 Anayasası, Meclis Hükümeti Sistemi, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, Meclisin üstünlüğü, Birinci Büyük Millet Meclisi.</p>	<p>Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk anayasası Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası), 20.01.1921 tarihinde kabul edilmiştir. 1921 Anayasası’nın kabulünün üzerinden yüz sene geçmiş, bu Anayasa’dan sonra farklı dönemlerde üç anayasa daha hazırlanıp yürürlüğe girmiş olsa da 1921 Anayasası önemini halen korumaktadır. Bu çerçevede, günümüzde tartışılmaya devam eden hususların başında “1921 Anayasası’nın ruhu” kavramı gelmektedir. 1921 Anayasası’nın olağanüstü koşullar altında, ülkenin çeşitli kesimlerinden gelen çok farklı görüşlere sahip milletvekillerinin yoğun tartışmalarının ve müzakerelerinin sonucunda hazırlanması bu özellikli “ruh”un ortaya çıkışının esas sebepleridir. Bu doğrultuda da 1921 Anayasası’nın ruhunun millî irade temelli, çoğulcu ve müzakereci yapısı öne çıkmaktadır. Bu ruh, Anayasa’da öngörülen hükümet sistemi (meclis hükümeti sistemi) üzerinde de etkili olmuştur. Yasama organının üstünlüğüne dayanan ve dünyada benzerine sık rastlanmayan bu sistem, 1921 Anayasası’ndan sonraki anayasalarda da Meclis’in üstünlüğü ve önemi bağlamında etkisini göstermeye devam etmiştir. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında uygulanmaya başlanan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile ise Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin rolü ve konumu, çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Bu bağlamda, bu makalede yeni anayasa tartışmaları çerçevesinde yeniden gündeme gelen 1921 Anayasası’nın ruhu ile bu ruhun etkisiyle tasarlanan meclis hükümeti sisteminin mevcut hükümet sistemi ile mukayesesi ve 1921 Anayasası’nın ruhu ile cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bağdaştırılmasının mümkün olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.</p>

“The Spirit Of The Constitution Of 1921” In Its Centenary: (Is It Possible To Make) The Comparison Between The System Of Government Provided By The Constitution Of 1921 And The Presidential Government System

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 09.05.2021 Accepted: 03.06.2021 Published: 08.06.2021</p> <p>Keywords: The Constitution of 1921, Assembly government system, Presidential government system, Supremacy of the parliament, The Grand National Assembly.</p>	<p>The first constitution of the Republic of Turkey was “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” (The Constitution of 1921) and it was adopted on 20.01.1921. Although a century has passed and three more constitutions were entered into force after the Constitution of 1921, the first constitution of Republic of Turkey remains its importance. In this framework, “the spirit of the Constitution of 1921” is still one of the most controversial issues. The main motives which create this specific spirit are the extraordinary period of time that the Constitution was prepared under and the discussions between the members of the Parliament who came from different regions of country and had different point of views, beliefs, and ideologies. Accordingly, the spirit of the Constitution of 1921 is based on national will, pluralism, and deliberation. This spirit has also had a vital effect on the assembly government system that was provided by the Constitution. This system is based on the supremacy of the parliament. Even though that system started to alter with the Constitution of 1924, the importance of the parliament has continued. However, after the constitutional amendment in 2017, because of the new presidential government system, the role and the position of the Parliament have been criticised. In this context, this paper will examine the spirit of the Constitution of 1921, which is started to discuss again because of “a new constitution” idea, and try to make a comparison between the system of the government provided by the Constitution of 1921 and the presidential government system.</p>

Atf/Citation: Akyılmaz, Hatice C. (2021). 100. Yılında “1921 Anayasası’nın Ruhu”: 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-I Esasiye Kanunu’nun Öngördüğü Sistem ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s.123-146.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)”

* Bu makale, 11.04.2021 tarihinde, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi’nde tebliğ olarak sunulmuştur.

GİRİŞ

Çağdaş ülkelerle mukayese edildiğinde, kısa aralıklarla yeni anayasaların yürürlüğe girdiği Türkiye’de, ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyacı olduğu fikri, temel olarak 1982 Anayasası’nın “vesayetçi” ve “otorite yanlısı” olduğu gerekçesiyle uzun bir süredir tartışılmaktadır. Bu bağlamda, 2011 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde yeni bir anayasa hazırlamak üzere Meclis’te temsilcisi bulunan dört partinin¹ katılımıyla bir Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulmuştur. Komisyon, faaliyetlerine yaklaşık iki sene devam etmiş, siyasi partiler ortak bir metin üzerinde uzlaşmadan dağılmıştır². 2013 yılından bu yana yeni bir anayasa yapılması fikri zaman zaman gündeme gelmişse de 2021 yılının başında ilk olarak Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan ve Erdoğan’ın ardından Genel Başkanı olduğu Ak Parti³ ile Ak Parti’nin ittifak ortağı MHP⁴ tarafından yeni bir anayasa yapımı sürecinin başlaması gerektiği dile getirilmiştir. Türkiye’nin yeni bir anayasaya ihtiyacının olduğu görüşünün temelinde şu hususlar yatmaktadır: 1982 Anayasası’nın kabulünün üzerinden yirmi dokuz yıl geçmiştir ve bu anayasa “artık geçerliliğini kaybetmiştir”. Mevcut anayasa “herkesi kucaklayacak bir metin” değildir. Bu nedenle, “84 milyon vatandaşımızın tamamını” içeren, millet odaklı yeni bir anayasa hazırlanmalıdır⁵.

Yapılması planlanan yeni anayasanın hangi esaslar üzerine inşa edilmesi gerektiği de Ak Parti ve MHP tarafından tartışılmaya başlanmıştır. Öncelikle, Adalet Bakanı Abdülhamit Gül, hazırlıklarına başlanması planlanan yeni anayasanın 20 Ocak 2021 tarihinde yüzüncü yaşına giren 1921 Anayasası’nın ruhu ile hazırlanması gerektiğini ifade etmiştir. Gül’e göre “1921 Anayasası, Türkiye’de yaşayan herkesin her düşüncesinin, her inancının, her anlayışın yansıdığı bir toplumsal sözleşme metnidir” ve yeni anayasa da bu doğrultuda hazırlanmalıdır⁶. Zira önceki anayasalarda olduğu gibi yürürlükteki anayasanın ilk hâli de olağanüstü bir dönemde, vatandaşlar anayasa sürecinden dışlanarak hazırlanmıştır. Zaman içinde çeşitli değişiklikler gerçekleştirilse de ortaya 1921 Anayasası gibi “herkesi kucaklayan bir metin” çıkmamıştır⁷. Ayrıca tüm vatandaşların üzerinde uzlaşabileceği bir metin için 1921 Anayasası’nın bir model alınması gerektiği düşüncesine ek olarak, yeni anayasada cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden vazgeçilmemesi

¹ Bu partiler, Adalet ve Kalkınma Partisi (Ak Parti), Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ve Barış ve Demokrasi Partisi (BDP)’dir.

² İba, Şeref, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve Parlamento’nun Rolü”, *Yasama Dergisi*, Sayı 34, 2016, sayfa (s.) 51-55.

³ “AKP Sözcüsü Çelik’ten Yeni Anayasa Açıklaması”, *Sözcü Gazetesi*, 09.02.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/akp-sozcusu-celikten-yeni-anayasa-aciklamasi-6251714/>; “Ak Parti’li Akbaşoğlu’ndan ‘Yeni Anayasa İçin Dört Aşamalı Yol Haritası’ Bulduğu Açıklaması”, *Anadolu Ajansı*, 17.02.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/akpartili-akbasoglundan-yeni-anayasa-icin-dort-asamali-yol-haritasi-bulundugu-aciklamasi/2148240>, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

⁴ “Bahçeliden Yeni Anayasa Açıklaması”, *Sözcü Gazetesi*, 02.02.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/bahceliden-yeni-anayasa-aciklamasi-6240083/>, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

⁵ “Cumhurbaşkanı Erdoğan: Türkiye’nin Yeni ve Sivil Bir Anayasayı Tartışması Değişen Şartların Kaçınılmaz Gereğidir”, *Anadolu Ajansı*, 24.03.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhurbaskani-erdogan-turkiyenin-yeni-ve-sivil-bir-anayasayi-tartismasi-degis-en-sartlarin-kacilmaz-geregidir-/2186123>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁶ “Bakan Gül: Gazi Meclisimizin, Milletimizin İradesiyle Yeni Anayasa ile Taçlanacağına İnancımız Tamdır”, *Anadolu Ajansı*, 08.02.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/bakan-gul-gazi-meclisimizin-milletimizin-iradesiyle-yeni-anayasa-ile-taclanacagina-inancimiz-tamdır/2137334>, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

⁷ “Cumhurbaşkanı Erdoğan: Türkiye’nin Yeni ve Sivil Bir Anayasayı Tartışması Değişen Şartların Kaçınılmaz Gereğidir”, *Anadolu Ajansı*.

gerektiği, hazırlanması istenen yeni anayasada hükûmet sisteminin cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine uygun olarak tasarlanması ihtiyacı da vurgulanmıştır⁸.

Bu çalışmada da esas olarak yeni anayasa tartışmaları ile gündeme gelen 1921 Anayasası’nın ruhu kavramına odaklanılacaktır. Bu çerçevede, ilk olarak 1921 Anayasası’nın ruhu⁹ ile anlatılmak istenenin ne olduğu tespit edilecektir. Bu tespitin yapılabilmesi için öncelikle 1921 Anayasası’nın hazırlandığı dönemin ve 1921 Anayasası’nı hazırlayan meclisin yapısının incelenmesi gerekmektedir. Zira 1921 Anayasası’nın ruhunu yaratan, anayasanın hazırlandığı dönem ve anayasayı hazırlayan kişilerdir. Bunun ardından, 1921 Anayasası’nın ruhunu farklı kılan nitelikler belirlenecektir. Sonrasında, özellikli bir ruhla hazırlanan 1921 Anayasası’nın öngördüğü hükûmet sistemi ve bu sistemin nitelikleri irdelenecektir. Son olarak, hazırlanması planlanan yeni anayasada da cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminden vazgeçilmesi düşünülmendiğinden 1921 Anayasası’nın öngördüğü hükûmet sistemi ile cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi mukayese edilecek, 1921 Anayasası’nın ruhu ile cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin bağdaşımı hususu incelenecektir.

I. 1921 Anayasası’nın Ruhu

1921 Anayasası’nın ruhunu özellikli hâle getiren nitelikleri tespit etmeden önce bu anayasanın hazırlandığı dönemi ve 1921 Anayasası’nı kabul eden meclisin yapısını incelemek gerekmektedir. Zira 1921 Anayasası’nı diğer anayasalarımızdan farklı kılan bu anayasanın hükümleri olduğu kadar hazırlandığı dönemin olağanüstülüğüdür. Ayrıca 1921 Anayasası’nı bugün dahi tartışmaya değer bir metin hâline getiren ve ona ruhunu veren anayasayı hazırlayan milletvekilleridir. Dolayısıyla, bu başlık altında öncelikle 1921 Anayasası’nın hazırlandığı dönem ve 1921 Anayasası’nı kabul eden Birinci Büyük Millet Meclisi’nin özellikleri irdelenecektir. Ardından da 1921 Anayasası’nın ruhunun nitelikleri tespit edilecektir.

A. 1921 Anayasası’nın Hazırlandığı Dönem

Osmanlı Devleti, Birinci Dünya Savaşı’ndan yenik ayrılmıştır. Bu yenilginin akabinde Osmanlı Devleti ile İtilaf Devletleri arasında 30 Ekim 1918 tarihinde Mondros Mütarekesi imzalanmıştır. Osmanlı Devleti açısından oldukça ağır sonuçlar doğuran bu anlaşmanın neticesinde ülkenin farklı bölgelerinde işgaller başlamıştır¹⁰. İstanbul Hükûmeti’nden farklı olarak halk, söz konusu işgallere tepkisiz kalmamış ve bu işgallere direnmek amacıyla çeşitli siyasal yapılar altında örgütlenmeye başlamıştır. Önceleri bahsi geçen dönemde yürürlükte olan Cemiyetler Kanunu çerçevesinde dernekler vasıtasıyla örgütlenmeye başlayan yerel halk, daha sonra kongreler düzeyinde bir araya gelmeye başlamıştır¹¹.

⁸ “Cumhurbaşkanı Erdoğan: Artık Bu Ülke Taksim'deki Bir Gezi Olayını Yaşamayacak ve Yaşatmayacaktır”, *Anadolu Ajansı*, 03.02.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-erdogan-artik-bu-ulke-taksimdeki-bir-gezi-olayini-yasamayacak-ve-yasatmayacaktır/2132463>, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

⁹ “Anayasanın ruhu” kavramı ile kastedilen “*anayasanın temelinde bulunan siyasî-felsefî prensipler*”dir, “*anayasanın özü*”dür. Zira bazı yazarlara göre anayasalar, devlet organizasyonuna ve temel hak ve hürriyetlere dair kurallar içeren metinler olmanın ötesinde belirli ideolojilerin, felsefelerin hayata geçirilmesini hedefleyen hukukî araçlarıdır, Gözler, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999, s. 219.

¹⁰ Göze, Ayferi, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Devrimi Tarihi*, Genişletilmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 5-10.

¹¹ Tanör, Bülent, *Yerel Kongre İktidarları*, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 109.

Tanör’ün “*yerel kongre iktidarları*” dönemi olarak adlandırdığı bu dönemde ülkenin farklı bölgelerinde yaklaşık olarak otuz adet kongre toplanmıştır. Söz konusu kongrelerin niteliği incelendiğinde bu kongrelerin “*temsili güce sahip, ülkenin ya da bölgenin siyasî ve idarî geleceğiyle ilgili kararlar alan, bunların gerçekleşmesini sağlamak için gerekli yapıları kuran organizmalar*” olduğu görülmektedir¹². Bu kongreler “*sivil toplum kuruluşu*”larına benzetilebilse de¹³ söz konusu kongreler bir sivil toplum örgütünün yetkilerinin ötesinde, yasama ve yürütme yetkilerine benzeyen yetkiler kullanmıştır. Örneğin, kongreler, direnişe hem malî kaynak kazandırmak hem de daha fazla insanın direnişe katılımını sağlamak amaçlarıyla toplandığı bölge halkına çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Benzer şekilde, çeşitli düzenlemelerle cezai yaptırımlar getiren ve vergiler koyan kongreler bulunmaktadır. Bunun dışında, bazı kongrelerde kongrenin yasama yetkisini kullanacağı açıkça belirtilmiş ya da kongrenin bir meclis niteliğinde olduğu vurgulanmıştır¹⁴.

Kongrelerin yapısına dair belirtilmesi gereken ilk husus, kongrelerin millet iradesine oldukça önem vermesidir¹⁵. Nitekim kongre üyeleri, seçim vasıtasıyla belirlenmiştir. Bu durumun nedeni ise hem kongreleri meşru bir zemine oturtmak hem de getirilen yükümlülüklerin halk tarafından benimsenebilmesini sağlamaktır. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu meşruiyetten, genel oy prensibine dayalı bir demokratik meşruiyet anlaşılmalıdır. Zira bahsi geçen dönemde seçim mevzuatı ile benimsenmiş olan sınırlı oy prensibi, kongreler döneminde de varlığını devam ettirmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak, kongrelerde “*varlıklı*” ve “*okur-yazar*” olan “*orta sınıfin*” hâkimiyeti söz konusu olmuştur¹⁶. Yine de kongreler, millî irade temellidir ve sınırlı oy prensibine dayansa da demokratik meşruiyete sahiptir¹⁷.

Anadolu’da halk, kongre iktidarları vasıtasıyla yerel düzeyde örgütlenerek direnmeye başlasa da Mustafa Kemal Atatürk’ün başını çektiği bir grup, ülkenin bağımsızlığının yerel düzeyde direnişlerle sağlanamayacağı kanaatinde¹⁸. Bu bağlamda, yerel direnişleri ulusal bir çatı altında birleştirmek amacıyla Amasya Tamimi ile başlayan bir sürece girilmiştir. Nihayetinde Sivas Kongresi ile direnişin merkezi ve temsilcisi Sivas Kongresi olarak kabul edilmiş, Kongre’de ulusal düzeyde uygulanmak üzere çeşitli kararlar alınmıştır¹⁹. Diğer bir deyişle, Sivas Kongresi ile birlikte Anadolu’da yerel düzeyde başlayan direniş, ulusal ölçüğe taşınmıştır²⁰.

Yerel kongre iktidarları ve bu kongrelerin ulusal boyuta kavuşmasıyla ortaya çıkan ulusal kongre iktidarı hakkında vurgulanması gereken son husus, bu kongrelerin birer kurucu meclis olarak kabul edilemeyeceğidir. Zira bu kongreler temsili nitelikte olsa ve yasama ile yürütme yetkilerine benzer yetkiler kullansa da amacı yeni bir devlet kurmak değil, kullanılan yetkiler vasıtasıyla bağımsızlığı kazanarak Osmanlı Devleti’nin devamını sağlayabilmektir. Bu durumun bir göstergesi olarak, zaman zaman kongrelerde alınan kararların Kanun-ı Esasi’ye aykırı olduğu

¹² Tanör, 2002, s. 110.

¹³ Tanör, 2002, s. 133.

¹⁴ Tanör, 2002, s. 152, 153, 178, 182.

¹⁵ Demirel, Ahmet, *İlk Meclis’in Vekilleri*, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 37.

¹⁶ Tanör, 2002, s. 143, 150, 151.

¹⁷ Tanör, Bülent, *Kurtuluş Kuruluş*, 8. Baskı, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2007, s. 67.

¹⁸ Demirel, 2017, s. 18.

¹⁹ Tanör, 2002, s. 231.

²⁰ Tanör, 2007, s. 79.

itirazı ileri sürülmüş, Kanun-ı Esasi’ye bağlı kalınmaya çalışılmıştır. Benzer şekilde, kongrelerde Osmanlı Meclis-i Mebusanı’nın tekrar toplanması gerektiği sıklıkla vurgulanmıştır²¹. Nitekim Mustafa Kemal Atatürk, ulusal direnişi meşru bir zemine oturtmak amacıyla Anadolu’da bir meclis toplanmasını arzu etse de bu isteğini bir süreliğine gerçekleştirememiştir. Bunun yerine, İstanbul’da Osmanlı Meclis-i Mebusanı 12 Ocak 1920 tarihinde yeniden toplanmıştır²².

Son Osmanlı Meclis-i Mebusanı için yapılan seçimlere Anadolu ve Rumeli Müdâfaa-i Hukuk Cemiyetleri katılmıştır. Bu şekilde teşekkül ettirilen meclisin ömrü üç aydan kısa olsa da en önemli faaliyeti, esasları Mustafa Kemal Atatürk tarafından belirlenen Misak-ı Millî’yi kabul etmektir. Gerek Misak-ı Millî’nin kabulü gerekse Meclis-i Mebusan’ın Anadolu direnişi ile irtibatı oluşu İtilaf Devletleri’ni rahatsız etmiştir. Misak-ı Millî’nin kabulünden kısa bir süre sonra İstanbul, İtilaf Devletleri tarafından işgal edilmiştir. İşgalin hemen ardından bazı Meclis-i Mebusan üyeleri tutuklanmıştır. Bunun ardından da Meclis, faaliyetlerine ara verdiğine yönelik bir karar almıştır. Bu kararın alındığı 18 Mart 1920 tarihinden sonra ise Osmanlı Meclis-i Mebusanı bir daha toplanamamıştır²³.

İstanbul’un işgali ve Meclis-i Mebusan’ın faaliyetlerine süresi belirsiz bir şekilde ara vermesi üzerine 19 Mart 1920 tarihinde Mustafa Kemal Atatürk tarafından Heyet-i Temsiliye²⁴ adına her liva²⁵ ve kolordu komutanlığına bir tamim gönderilmiştir. Bu tamim uyarınca Ankara’da bir meclis toplanacağı ve toplanacak bu meclis için seçim yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu tamim üzerine yapılan seçimler sonucunda ise 23 Nisan 1920 tarihinde Ankara’da olağanüstü yetkileri haiz, daha sonra Birinci Büyük Millet Meclisi adını alacak bir meclis toplanmıştır²⁶.

B. Birinci Büyük Millet Meclisi’nin Yapısı

Heyet-i Temsiliye’nin her liva ve kolordu komutanlığına gönderdiği tamim üzerine yapılan seçimler, Osmanlı Devleti’nde yürürlükte olan seçim mevzuatına kısmen uygun bir şekilde yapılmıştır. Bu çerçevede, nüfus büyüklüklerine bakılmaksızın her liva bir seçim çevresi olarak kabul edilmiş ve her livadan beş milletvekilinin seçilmesi öngörülmüştür. Buna mukabil, seçim sürecini olabildiğince kısaltmak adına yürürlükteki mevzuattan farklı olarak seçimin iki aşamalı olarak yapılmamasına, tek aşamada tamamlanmasına karar verilmiştir. Bu aşamada da yürürlükteki mevzuata göre belirlenen ikinci seçmenlere ek olarak “*liva, il idare ve belediye meclisi üyeleriyle Müdafaa-i Hukuk Cemiyetlerinin yönetim kurulu üyeleri*”nin de oy kullanması esası benimsenmiştir. Ayrıca son Osmanlı Meclis-i Mebusanı için seçilmiş milletvekillerinden de meclise katılmaları beklenmiştir²⁷.

²¹ Tanör, 2002, s. 240, 250.

²² Demirel, 2017, s. 37, 69.

²³ Göze, s. 95-98; Demirel, 2017, s. 70, 71.

²⁴ Heyet-i Temsiliye, Sivas Kongresi’nin yürütme organı benzeri organdır, Tanör, 2007, 89, 90.

²⁵ Livalar, Osmanlı Devleti taşra teşkilatı birimlerindedir. Osmanlı Devleti’nde taşra teşkilatının “*en büyük birimi eyaletler*”. Eyaletler ise livalara ayrılmaktadır. Bugünkü yapılanma düşünülecek olduğunda livaların iller ile aynı büyüklükte olduğu söylenebilir, Osmanlı Devleti merkez ve taşra teşkilatı için bkz. Cin, Halil / Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2017, s. 112-161.

²⁶ Göze, s. 99-102.

²⁷ Atatürk, Mustafa Kemal, *Nutuk*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 318-319; Demirel, Ahmet, *Birinci Meclis’te Muhalefet İkinci Grup*, 2. Baskı, İstanbul, 2020, s. 65.

Belirtilen şekilde toplanan meclisin üye sayısı tartışmalıdır. Farklı yazarlar, farklı sayılar ifade etmiştir²⁸. Bu çelişkinin temel sebebi, livalarda seçimlerin aynı anda yapılamaması, dolayısıyla tüm milletvekillerinin aynı anda meclise ulaşamaması, her livadan beş milletvekilinin seçilememesi, seçilen bazı milletvekillerinin Ankara’ya gitmeyi reddetmesi, bazı milletvekillerinin Ankara’ya ulaşmadan vefat etmesi ve tüm Meclis-i Mebusan üyelerinin meclise gitmeyi kabul etmemesidir²⁹.

Üye tamsayısına dair tartışmaların olması elbette meclis üyelerine dair hiçbir veriye sahip olunmadığı anlamına gelmemektedir. Bu çerçevede, ilk olarak, meclisin yaklaşık yüzde sekseninin yeni seçilen milletvekillerinden, yüzde yirmisinin ise Osmanlı Meclis-i Mebusanı için seçilen milletvekillerinden oluştuğu belirtilmelidir. Bu şekilde teşekkül eden meclisin milletvekillerinin “yerellik” düzeyi incelenecek olduğunda milletvekillerinin yüzde elli sekizinin doğduğu ili temsil ettiği görülmektedir. Dolayısıyla, milletvekillerinin yerellik düzeyi oldukça yüksektir³⁰. Kanaatimizce bu durum şaşırtıcı değildir; çünkü milletvekillerinin bir kısmı meclisten önce var olan yerel kongrelerde de yer alan kişilerden oluşmaktadır. Meclis de nihayetinde yerel direnişlerin ulusal ölçeğe taşınması sonrasında toplanmıştır.

Milletvekillerinin yaşları incelendiğinde, mecliste yirmili yaşlarda milletvekilleri olduğu kadar yetmişli yaşlarda milletvekilleri de görev aldığı görülmektedir. Milletvekillerinin yaş ortalaması ise kırk üçtür. Bu durum meclisin hem genç kabul edilebilecek hem de tecrübeli sayılacak milletvekillerinden oluştuğunu göstermektedir³¹.

Meclisin yapısını kavrayabilmek için milletvekillerinin sosyo-kültürel ve sosyo-ekonomik düzeylerinin de incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, milletvekillerinin eğitim düzeyine bakılacak olduğunda meclis üyelerinin eğitim düzeyi dönemine göre oldukça yüksektir. Milletvekillerinin yaklaşık olarak yüzde yirmi biri bugün üniversite düzeyinde kabul edilebilecek okullardan mezun olmuştur. Yüzde üçü meslek okulundan, yüzde on beşi askerî okullardan mezunken yüzde yirmi ikisi medrese mezunu, yüzde otuz üçü bugün lise, ortaokul ve ilkokul düzeyinde kabul edilebilecek okullardan mezundur. Buna ek olarak, yabancı dil bilen milletvekillerinin oranı, meclisin eğitim düzeyini ve sosyo-kültürel düzeyini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, milletvekillerinin yaklaşık yüzde kırk üçü Fransızca ve Arapça dilleri başta olmak üzere bir veya daha fazla yabancı dil bilmektedir³². Meclisin sosyo-ekonomik düzeyini tespit için ise milletvekillerinin mensup oldukları meslek grupları incelenmelidir. Bu bağlamda, milletvekillerinin çoğunluğunu devlet memurları ve serbest meslek mensupları oluşturmaktadır. Nitekim milletvekillerinin yaklaşık yüzde otuz beşini Osmanlı idaresinde görevli memurlar, öğretmenler, hâkimler, diplomat ve emniyet mensuplarından oluşan devlet memurları ile yüzde yirmi yedisini çiftçi, tüccar, avukat, gazeteci ve bankacılardan oluşan

²⁸ Örneğin, Mahmut Goloğlu üç yüz doksan, İhsan Güneş üç yüz yetmiş sekiz, Suna Kili üç yüz yetmiş altı, Falih Rıfkı Atay üç yüz seksen bir milletvekilinden bahsetmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, 2020, s. 67-87.

²⁹ Demirel, 2020, s. 68.

³⁰ Demirel, 2020, s. 114, 119.

³¹ Demirel, 2020, s. 120.

³² Güneş, İhsan, *Birinci TBMM’nin Düşünce Yapısı (1920-1923)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1997, s. 89.

serbest meslek mensupları oluşturmaktadır. Bu iki meslek grubu kadar olmasa da mecliste asker, din görevlisi, sağlık çalışanı milletvekilleri de bulunmaktadır³³.

Milletvekillerinin sosyo-kültürel ve sosyo-ekonomik düzeyindeki çeşitlilik, meclisin toplumun her kesiminden insanı bir araya getirdiğini göstermektedir. Demirel’in ifadesiyle bu çeşitlilik, “*Birinci Meclis Dönemi’nde toplumsal sınıflar arasında geniş bir koalisyona kurulmuş olduğu yolundaki tezi desteklemektedir*”³⁴. Buna mukabil, Tanör’e göre, toplumun büyük kesimini oluşturan köylüler temsil sürecinin dışında bırakılmıştır³⁵. Bu nedenle de meclisin tıpkı yerel kongre iktidarlarında olduğu gibi “*orta sınıf*”ın temsilcisi olduğu söylenebilir. Yine de Tanör, Birinci Meclis’in temsil yeteneğinin hem hukukî hem de sosyolojik açılarından oldukça yüksek olduğunu vurgulamaktadır³⁶.

Milletvekillerinin dünya görüşleri incelendiğinde ise mecliste çok farklı ideolojileri benimsemiş milletvekillerinin bulunduğu görülmektedir. Bu çerçevede, Birinci Büyük Millet Meclisi’nde Bolşevizm yanlısı, Bolşevizm karşıtı, hilafet yanlısı, hilafet karşıtı, inkılapçı, İttihatçı milletvekilleri görev yapmıştır³⁷. Ayrıca milletvekillerinin bir kısmı İkinci Meşrutiyet’ten beri siyasetle iç içe olan kimselerdir. Dolayısıyla, İkinci Meşrutiyet ve sonrasındaki siyasi partilerde görev yapmış kişiler de Birinci Meclis’te yer almıştır³⁸. Bu doğrultuda, mecliste benzer görüşlere sahip milletvekillerinin Halk Zümresi, Tesanüd Grubu gibi adlar altında gruplaştığı görülse de söz konusu gruplaşmalar siyasi parti düzeyine varmamış, belirli bir süre sonra dağılmıştır³⁹.

Yukarıda belirtilen verilerden yola çıkıldığında meclisin ülkenin farklı bölgelerinden gelen, farklı eğitim düzeyine, farklı sosyal statüye ve farklı dünya görüşlerine sahip milletvekillerinden oluştuğu sonucuna varılabilir. Milletvekilleri pek çok açıdan birbirlerinden oldukça farklı olsalar da önemli bir ortak noktaları vardır; bu nokta da hepsinin aynı amaç için bir araya gelmesidir. Bu amaç da ülkenin bağımsızlığını sağlamaktır⁴⁰. Nitekim öğrencilik yıllarında Birinci Büyük Millet Meclisi’nde görev yapmış Hıfzı Veldet Velidedeoğlu da bu durumu anılarında şu şekilde anlatmaktadır: “*1920’de Meclis’e ilk kez memur olarak girdiğimde hemen dikkatimi çeken durum, milletvekillerinin kılık, kıyafet, yaş, kafa yapısı ve görgülerinin başka başka ve çok değişik oluşuydu. Beyaz sarıklı, ak sakallı, cüppeli, eli tespihli hocalarla pırıl pırıl*

³³ Güneş, s. 81.

³⁴ Demirel, 2020, s. 122.

³⁵ Bu durum, esasen Osmanlı Devleti’nin seçim mevzuatından kaynaklanmaktadır. Meclisin mümkün olan en kısa sürede toplanmasını sağlamak amacıyla yürürlükte olan mevzuata göre seçimler yapılmış, hatta birinci aşama atlanarak doğrudan ikinci aşamada seçim tamamlanmıştır. Söz konusu dönemde yürürlükte olan mevzuat uyarınca da yalnızca vergi verenlerin oy kullanabilmesi mümkündür. Bu durum da Tanör’ün belirttiği kesimin seçimlerden dışlanmasına yol açmıştır. Osmanlı Devleti’nde seçim mevzuatına hâkim ilkeler için bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınevi, Bursa, 2019, s. 495, 496.

³⁶ Tanör, Bülent, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, 27. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 232, 233. Meclis’in bu yapısı İkinci Meclis ile birlikte değişmeye başlamış, bürokrat ve ordu kökenli milletvekillerinin oranı sonraki meclislerde artmıştır, Tanör, 2016, s. 232.

³⁷ Güneş, s. 153-170.

³⁸ Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)*, 2. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 63; Aslan, Yavuz, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti’nin Kuruluşu, Evreleri, Yetki ve Sorumluluğu*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2001, s. 21.

³⁹ Demirel, 2020, s. 170.

Meclisteki gruplar esas olarak 1921 Anayasası’nın kabulünden sonraki dönemde Birinci Grup ve İkinci Grup olarak belirginleşecektir.

⁴⁰ Güneş, s. 149.

üniformalı genç subaylar; yazma veya şal sarıklı aşiret beyleri; külâhlı ağalar ve kavuklu çelebilerle Avrupa üniversitelerinden yeni dönmüş, Batı kültürüyle yetişmiş, nokta bıyıklı, Kuvayı Milliye kalpaklı gençler, Meclis sıralarında yan yana oturuyorlardır. Bilgileri ve yetişme ortamları çok değişik olan bu insanlar tek bir amaç doğrultusunda birleşmişlerdi: Vatanı kurtarmak”⁴¹. Bu farklılıklar ile amaçtaki ortaklık 1921 Anayasası’nın ruhunu yaratan çok önemli iki unsurdur.

C. 1921 Anayasası’nın Ruhunun Belirleyici Özellikleri

1921 Anayasası, yukarıda da belirtildiği üzere, olağanüstü bir dönemde olağanüstü koşullarda toplanan toplumun farklı kesimlerinden gelen, hayata bakış açıları farklı; fakat hedefleri ortak milletvekillerinden oluşan bir meclis tarafından hazırlanmıştır. Bu nedenle de 1921 Anayasası’nın ruhu esasen dönemin ve meclisin ruhudur. Bu ruh ise müzakereci ve çoğulcu bir ortamda millî irade temelli bir anayasanın hazırlanmasını sağlamıştır.

1. 1921 Anayasası’nın Müzakereci ve Çoğulcu Yapısı

1921 Anayasası’nı hazırlayan meclis, homojen değil, heterojen bir yapıdadır. Diğer bir ifadeyle, meclis bir örnek milletvekillerinden değil, farklı bakış açılarına ve görüşlere sahip milletvekillerinden oluşmaktadır. Bu farklılıklar, mecliste yapılan tartışmaları da oldukça etkilemiştir⁴². Birinci Meclis, çok eşlilikten içki yasağına, Fransız İhtilali’nden Bolşevizm’in manasına kadar pek çok konu üzerinde uzun tartışmalar yürütmüştür⁴³. Buna mukabil, milletvekilleri, bu tartışmalar esnasında amaçlarının ortak olduğunu unutmamışlardır. Bu doğrultuda da milletvekilleri tartışmalarının sonunda uzlaşmaya çalışmış ve ortak bir noktada buluşabilmeyi hedeflemişlerdir. Bu durum 1921 Anayasası’nın ruhunun ilk özelliğini, müzakereci yapısını, ortaya çıkarmıştır.

Mustafa Kemal Atatürk de dâhil olmak üzere Birinci Meclis üyeleri, sahip oldukları fikirleri meclis tartışmaları esnasında savunmaya devam etseler de ortak bir zeminde buluşabilmek adına zaman zaman kendi görüşlerinden taviz vermiş, kendi çıkarlarından ziyade yüksek bir oranda uzlaşmayı tercih etmişlerdir⁴⁴. Bu bağlamda, 1921 Anayasası’nın müzakereci ruhuna dair verilebilecek örnekleri meclisin toplanmasından önceye kadar götürmek mümkündür. Zira Büyük Millet Meclisi’nin niteliği meclisin toplanmasından evvel tartışmalı bir konu olmuştur. Mustafa Kemal Atatürk, Ankara’da toplanacak meclisin kurucu meclis niteliğine sahip olmasını arzu etmiştir. Buna mukabil, Atatürk’ün mevcut rejimin devamından yana olan bazı destekçileri bu duruma itiraz etmiştir. Bilhassa Millî Mücadele’ye olan desteği artırma amacıyla meclisin kurucu meclis olarak değil, olağanüstü yetkileri haiz bir meclis olarak toplanmasına karar verilmiştir⁴⁵.

⁴¹ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *İlk Meclis ve Millî Mücadele’de Anadolu*, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1990, s. 77.

⁴² Tanör, 2016, s. 232. Milletvekillerinin eğitim düzeylerinin, sosyo-kültürel ve sosyo-ekonomik düzeylerinin yüksek oluşunun bu tartışmalar üzerinde etkisini yadsımak mümkün değildir, Güneş, s. 87.

⁴³ Demirel, Ahmet, *Tek Partinin Yükselişi*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 21. Birinci Meclis’te yaşanan çeşitli tartışmalar için bkz. Akşin, Sina, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin İlk Yılında Fransız İhtilâli’nin Etkileri”, *Birinci Meclis* (Editör: Cemil Koçak), Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 63-69; Velidedeoğlu, s. 77-124.

⁴⁴ Güneş, s. 80.

⁴⁵ Atatürk, neden “kurucu meclis” terimini değil de “olağanüstü yetkileri haiz” kavramını tercih ettiğini, Nutuk’ta şu sözlerle açıklamaktadır: “Ben ilk yazdığım müsveddelerde ‘kurucu meclis’ tabirini kullanmışım. Maksadım da toplanacak meclisin ‘rejim’i değiştirme yetkisine ilk anda sahip olmasını temin etmektir. Fakat bu tabirin

Bir başka örnek olarak, Rıza Nur’un maarif vekili olarak seçilmesi sürecinde yaşananlar gösterilebilir. Meclisin toplanmasından sonra İcra Vekilleri Heyeti için yapılan seçimlerde maarif vekilliği için Rıza Nur ve Hamdullah Suphi aday gösterilmiştir. Rıza Nur ancak üçüncü oylamada salt çoğunluğu sağlayabilmiştir. Mamafih Rıza Nur, seçildikten sonra ancak üçüncü turda ve salt çoğunluktan yalnızca bir fazla oyla seçilebilmesinin milletvekillerinin kendisine dair tereddütlere sahip olduğunun göstergesi olduğunu belirterek istifa etmiştir. Ayrıca istifa konuşmasında Hamdullah Suphi’nin “*bu işe yeterli ve layık*” olduğunu ifade ederek Hamdullah Suphi’yi maarif vekili olarak tavsiye etmiştir. Hamdullah Suphi ise yaptığı konuşmada Rıza Nur’un daha fazla oya layık olduğunu vurgulamıştır. Bunun üzerinde yeniden bir oylama yapılmış ve bu sefer Rıza Nur oybirliği ile seçilmiştir⁴⁶. Benzer bir durum, İstiklâl Mahkemeleri’ne üye seçimi için yapılan seçimlerde de yaşanmıştır. Bazı üyeler, çekimsiz oylardan daha az oy alınca istifa etmişlerdir; fakat istifaları kabul edilmemiştir⁴⁷. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere Birinci Meclis, oydaşmaya⁴⁸ büyük bir önem vermektedir.

Milletvekillerinin müzakere çabası, 1921 Anayasası’nın hazırlık sürecinde de söz konusu olmuştur. Nitekim 1921 Anayasası, iki ay gibi uzun bir sürede hazırlanıp kabul edilebilmiştir⁴⁹. Günümüz bakış açısıyla konuya yaklaşıldığında iki aylık hazırlık süresinin bir anayasa için kısa olduğu düşünülebilir; fakat unutulmamalıdır ki 1921 Anayasası, sıcak çatışmaların devam ettiği ve yürütülen savaşın meşru bir zemine taşınmak istendiği bir dönemde hazırlanmıştır. Ayrıca 1921 Anayasası, yürürlük maddesiyle birlikte yirmi dört maddeden oluşan, çerçeve anayasa olarak kabul edilebilecek kısalıkta bir anayasadır. Buna rağmen, milletvekilleri bu yirmi üç maddeyi ayrıntılı bir şekilde tartışmayı ve herkesin üzerinde uzlaşabileceği bir metin haline getirmeyi tercih etmiştir. Uzlaşılabilen konuların çözümü ise ilerleyen zamanlara ertelenmiştir⁵⁰.

Meclisin heterojen yapısının 1921 Anayasası’nın ruhu üzerinde yarattığı bir diğer etki bu ruhun çoğulcu niteliğidir. Bilhassa 1921 Anayasası’nın kabulünden sonraki süreçte bu özelliğin etkilerini görmek mümkündür. Zira Birinci Meclis’te partileşmeye rastlanmasa⁵¹ da 1921

kullanılmasındaki maksadı lüzumu gibi izah edemediğim için veyahut izah etmek istemediğim için halkın alışkın olmadığı bir tabirdir diye, Erzurum ve Sivas’tan ikaz edildim. Bunun üzerine ‘fevkalâde yetkiye sahip bir meclis’ tabirini kullanmakla yetindim”, Atatürk, s. 318.

⁴⁶ Goloğlu, Mahmut, *Milli Mücadele Tarihi – III Üçüncü Meşruyet (1920) Birinci Büyük Millet Meclisi*, 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014, s. 182, 183; Velidedeoğlu, s. 79.

⁴⁷ Goloğlu, s. 188.

⁴⁸ “*Oydaşma*”, kavramı anlam karışıklıklarına yol açabildiğinden bu kavramın tanımına yer verilmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Türk Dil Kurumu’na göre “oydaşma” kelimesi, “*düşünce birliği içerisinde olma*” şeklinde tanımlanmaktadır, bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 17.05.2021). Oydaşma kavramı anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründe ise çoğunlukla “*oydaşmacı demokrasi*” bağlamında kullanılmaktadır. Bu çerçevede, oydaşma kavramı, kimi yazarlarca uzlaşma ya da müzakere kavramları ile eş anlamlı kabul edilse de bilhassa “uzlaşmacı demokrasi” kavramı ile “oydaşmacı demokrasi” kavramı arasındaki fark, bu iki kelimenin aynı anlama gelecek şekilde kullanılmayacağını göstermektedir. Karar alma sürecinde Meclis’te yer alan her grubun fikrinin önem arz ettiğini vurgulamak amacıyla da metin içinde zaman zaman “oydaşma” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. Uzlaşmacı demokrasi ile oydaşmacı demokrasi kavramları arasındaki fark için bkz. Göztepe, Ece, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, *Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s. 150, 151.

⁴⁹ Velidedeoğlu, s. 69.

⁵⁰ Tanör, 2016, s. 250.

⁵¹ Birinci Meclis’te siyasal partilere yer verilmemesi bilinçli bir tercihin ürünüdür. Hatta meclise “partileşme karşıtlığı”nın hâkim olduğu söylenebilir. Bu durumun temel sebebi, milletvekillerinin ortak bir hedef doğrultusunda

Anayasası’nın kabulünden sonra meclisin Birinci Grup ve İkinci Grup olarak ikiye bölündüğünü söylemek mümkündür⁵². Birinci Grup, Mustafa Kemal Atatürk ve O’nun destekçilerinden oluşmuştur. İkinci Grup ise Mustafa Kemal Atatürk’e ve Atatürk ile aynı çizgide olan milletvekillerine muhalif kişilerden teşekkül etmiştir. Buna ek olarak, her iki gruba da dâhil olmayan milletvekilleri de mecliste yer almıştır⁵³.

Mecliste yaşanan tartışmalar esasen bu iki grup arasında gerçekleşmiştir. Çoğunluk Birinci Grup’ta olsa da bu durum, Mustafa Kemal Atatürk’ün ve Birinci Grup’un istediği her konuyu mecliste kabul ettirebilmesi anlamına gelmemektedir⁵⁴. İkinci Grup’un kritik pek çok konuda Birinci Grup’a engel olduğu görülmektedir. Örneğin, İkinci Grup, Mustafa Kemal Atatürk’ün başkumandanlık süresinin üçüncü kez uzatılmasına ilk aşamada mani olmuştur⁵⁵. Ayrıca bazı kişilerin İstiklâl Mahkemeleri’ne üye olarak seçimini önlemiştir. Sonraki aşamada da meclisin bu mahkemeler üzerinde denetim yapabilmesine yönelik bir kanunun kabulüne önayak olmuştur⁵⁶. Bunun yanı sıra, İkinci Grup, İcra Vekilleri Heyeti’nin seçimi usulünde yapılan değişiklikle meclis başkanına verilen yetkilerden rahatsız olmuş, vekillerin tek tek meclis tarafından seçilmesini sağlayan bir kanun değişikliğine yol açmışlardır⁵⁷.

Birinci Grup ve İkinci Grup günümüz anlamıyla disiplinli siyasi partiler olarak kabul edilemeyeceğinden zaman zaman Birinci Grup üyelerinin Birinci Grup aleyhine ya da İkinci Grup üyelerinin İkinci Grup aleyhine hareket ettiği durumlar söz konusu olmuştur. Benzer şekilde, İkinci Grup’un daima Birinci Grup’un aleyhine hareket ettiğini söylemek de mümkün değildir. Zaman zaman iki grubun birbirilerinin önerilerini destekledikleri de olmuştur⁵⁸. Bu durum 1921 Anayasası’nın müzakereci ruhu ile yakın ilişki içindedir. Zira milletvekilleri sahip oldukları görüşlerden bütünüyle vazgeçmemiş, hedeflerinin ortak olduğunun bilincinde olmuşlar ve bir uzlaşma zemini aramışlardır⁵⁹. Bunun bir sonucu olarak da Birinci Meclis’te daima çoğunluğun

bir araya geldiklerine inanmalarındır. Milletvekillerine göre Milli Mücadele, partiler üstüdür, Akın, Rıdvan, *TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare*, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 52; Demirel, 2020, s. 170; Güneş, s. 187; Tunaya, s. 87. Diğer bir deyişle, bu hususta da meclisin müzakereye verdiği önemin etkili olmuştur.

⁵² Meclisin iki gruba ayrılmasının temel sebebi, 1921 Anayasası’nın kabulünden sonra oydaşma noktasında sıkıntılar yaşanmaya başlamasıdır. Bu da meclisin karar alma sürecini kilitlemeye başlamıştır. Atatürk, Nutuk’ta, Birinci Grup’un temeli olan Anadolu ve Rumeli Müdâfaa-i Hukuk Grubu’nun kuruluş nedenini Meclis’teki grupları birleştirmek ya da gruplardan birini güçlendirerek işleri yürütmek olarak açıklamaktadır, Atatürk, s. 437.

⁵³ Akın, s. 61.

Birinci Meclis’teki gruplaşmalar ve İkinci Grup hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, Ahmet, *Birinci Meclis’te Muhalefet İkinci Grup*, 2. Baskı, İstanbul, 2020.

⁵⁴ Demirel, 2020, s. 183; Velidedeoğlu, s. 243.

⁵⁵ Demirel, 2017, s. 123-125. Demirel, 2020, s. 226.

Muhalif milletvekilleri, Mustafa Kemal Atatürk’ün başkumandanlığa seçilmesine karşı çıkmamışlar, aksine destek olmuşlardır. Muhaliflerin karşı çıktığı husus, başkumandana tanınan yetkilerin genişliğidir, Demirel, 2017, s. 119. Mustafa Kemal Atatürk, sürenin üçüncü kez uzatılmaması üzerine mecliste kendisine muhalif milletvekillerinin eleştirilerine cevap vermiştir. Mecliste konuyla ilgili yeniden tartışmalar yürütülmüş ve bu tartışmaların ardından Atatürk’ün başkumandanlık süresi üçüncü kez uzatılmıştır, Demirel, 2020, s. 227-231.

⁵⁶ Demirel, 2017, s. 141; Demirel, 2020, s. 335-348.

⁵⁷ Demirel, 2017, s. 140; Demirel, 2020, s. 313-318.

⁵⁸ Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 29; Demirel, 2017, s. 127; Aslan, s. 82.

⁵⁹ Meclisteki gruplaşmalar milletvekillerinin meclis dışı ilişkilerini olumsuz şekilde etkilememiştir. Milletvekilleri bir saygı çerçevesi içinde hareket etmiş ve amaç ortaklıklarını unutmamışlardır. Demirel’in ifade ettiği üzere “Zamanla meclis içinde önemli görüş ayrılıklarının ortaya çıkması ve buna bağlı olarak mebusların Birinci Grup, İkinci Grup

istediği yönde kararlar alınmamıştır. Önemli bazı konulara muhalefetin yön vermesi söz konusu olabilmıştır. Yani Birinci Meclis, müzakereci ve çoğulcu bir şekilde hareket etmiştir.

2. 1921 Anayasası’nın Millî İrade Temelli Ruhu

1921 Anayasası’nın ruhunu farklı kılan niteliklerden bir diğeri bu ruhun millî irade temelli olmasıdır. Nitekim 1921 Anayasası, millî iradeyi odak noktasına yerleştirmiştir. Bu durum 1921 Anayasası’nda, meclisin üstünlüğünü öngören bir sistemin benimsenmesine yol açmıştır. Bunun haricinde, millî iradeye verilen önem, egemenliğin kaynağında değişikliğe sebep olmuş, bu da 1921 Anayasası’nın ruhunun laik noktalarını ortaya çıkarmıştır. Ayrıca yine millet iradesinin üstün tutulması 1921 Anayasası’nın ruhunun halkçı nitelikte olmasına yol açmıştır.

Milletin iradesinin önem kazanması süreci esasen milletın temsilcilerine yer veren yerel kongrelerle başlamış, Büyük Millet Meclisi’nin toplanmasıyla devam ettirilmiştir⁶⁰. 1921 Anayasası ile meclis, millî iradeye verdiği önemi hukukileştirmiştir. Bu çerçevede, 1921 Anayasası’nın ilk maddesinde hâkimiyetin kayıtsız şartsız millete ait olduğu güvence altına alınmıştır⁶¹. Yukarıda bahsedildiği üzere pek çok konuyu derinlemesine tartışan Birinci Meclis, anayasanın söz konusu maddesini tartışmaksızın kabul etmiştir⁶². Dolayısıyla, 1921 Anayasası’nı hazırlayan meclis üyeleri egemenliğin bu tarihten sonra millete ait olduğuna ilişkin görüş birliği içindedir⁶³.

1921 Anayasası’nın ruhunun millî irade temelli oluşunun en önemli sonucu meclisin üstünlüğüne verilen önemdir. 1921 Anayasası ve sonrasındaki düzenlemeler, meclisin üstünlüğünü sağlamaya yöneliktir. Bu çerçevede, anayasanın ikinci maddesinde yasama ve yürütme yetkilerinin Büyük Millet Meclisi’nde tecelli ve temerküz ettiği ifade olunmuştur⁶⁴. Bu bağlamda, 1921 Anayasası’nda benimsenen hükümet modeli olan meclis hükümeti sistemi, millî iradeye verilen önemin bir sonucudur.

Meclisin yetkileri ile ilgili olarak yapılan tartışmalar da meclisin konumuna dair görüşleri ve millî iradenin ön planda tutuluşunu göstermesi açısından önemlidir. Zira meclisin yetkilerinin düzenlendiği yedinci maddede meclisin birtakım yetkilerinden bahsedilse de bu yetkiler tahdidi olarak sayılmamıştır⁶⁵. Bununla birlikte, İkinci Grup’un başını çeken milletvekillerinden Hüseyin Avni Bey başta olmak üzere bazı milletvekilleri meclisin yetkilerine anayasada açıkça yer verilmesinin meclisin yetkilerini kısıtlamak anlamına geleceği, egemenlik millete ait olduğu için meclisin her konuda yetkili olduğu, bu yetkilerin sayılmasında lüzum bulunmadığı yönünde

ve Müstakiller olmak üzere üç kampa ayrılmaları, bu anlayış birliğini ve mebusların birbirleriyle olan dostluklarını ortadan kaldırmamıştır. Ayrılıklar, daha çok, bu amaca ulaşırken nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususuyla, iç politika meseleleri üzerinde odaklanmıştır”, Demirel, 2021, s. 28.

⁶⁰ Tanör, 2016, s. 256.

⁶¹ Erdem, Tarhan, *Anayasalar ve Belgeler 1876-2012*, Doğan Kitap, İstanbul 2012, s. 73.

⁶² 1921 Anayasası’nın ilk maddesinin kabulüne ilişkin 21.10.1920 tarihli TBMM tutanağı için bkz. Sevinç, Murat / Demirkent, Dinçer, *Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası 1921 Anayasası ve Tutanakları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 93.

⁶³ Demirel, 2020, s. 156.

⁶⁴ Erdem, s. 73.

⁶⁵ 1921 Anayasası taslağında sekizinci maddeye karşılık gelen madde şöyledir: “*Umum kavaninin vazı, tadili, feshi ve muahede ve sulh akdi ve vatan müdafaası ilanı gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir*”, Sevinç / Demirkent, s. 88.

itirazlar öne sürmüşlerdir⁶⁶. Mustafa Kemal Atatürk, bu itirazlara karşı birinci maddenin meclisin her konuda yetkili olduğunu gösterme hususunda yetersiz kalabileceğinden hareketle böyle bir düzenlemeye gidildiğini belirtmiştir⁶⁷. Bunun üzerine, Hüseyin Avni Bey yeniden söz alarak padişaha ait olan hakların da açıkça Büyük Millet Meclisi’ne tanınmasını önermiştir⁶⁸. Bunun üzerine Mustafa Kemal Atatürk, padişahın konumu ve yetkileri ile halifelğe ilişkin hususların tartışılmasını ertelese de söz konusu tartışmalar milletvekillerinin meclisin üstün konumuna dair fikirleri göstermesi açısından önemlidir.

1921 Anayasası’nın millet iradesine ilişkin hükümleri 1921 Anayasası’nın ruhunun laik nitelikte olduğunu da göstermektedir. Bu durum Tanzimat Dönemi ile başlayan laikleşme sürecinin sonuçlarından biridir. Bununla birlikte, 1921 Anayasası ile laikliğin tam manasıyla benimsendiğini söylemek de mümkün değildir. Öncelikle, laikleşme bağlamında 1921 Anayasası’nın getirdiği önemli yeniliklerin başında egemenliğin gökyüzünden yeryüzüne indirilmesi, beşerîleştirilmesi gelmektedir⁶⁹. 1921 Anayasası’nın egemenliğe ilişkin maddesiyle eski Türk devletlerinden bu yana hâkim olan ilahî egemenlik anlayışı terk edilerek demokratik bir egemenlik anlayışı benimsenmiştir⁷⁰. Bu madde ile egemenliğin Osmanlıları’na ait olduğu fikri terk edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Tanör’ün belirttiği üzere, “*egemenliğin millete ait olduğunun ilânı, saltanat ve hilafetin yoklanması anlamına gelmektedir*”⁷¹. Buna ilaveten, milletvekillerince zaman zaman dile getirilen, meclisin padişahın yetkilerine de sahip olduğuna ilişkin görüş⁷² de egemenlik ve laiklik bağlamında önem arz etmektedir.

1921 Anayasası’nın ilk halinde dinî referans olarak kabul edilebilecek tek madde, meclisin yetkilerinin düzenlendiği yedinci maddedir⁷³. Bununla birlikte, 1921 Anayasası’ndan önce kabul edilen Nisab-ı Müzakere Kanunu’nda Büyük Millet Meclisi’nin “*Hilâfet ve Saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesi*”ni gerçekleştirene kadar çalışacağı öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, Büyük Millet Meclisi’nin amacı hilâfet ve saltanatın, vatan ve milletin bağımsızlığını sağlamak olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, 1921 Anayasası’nın ruhunun laiklik bağlamında çelişkiler barındırdığı sonucuna ulaşılabilir⁷⁴. Bununla birlikte, bu durumu

⁶⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Zabıt Ceridesi Cilt 7, Yüz Otuz Beşinci İçtima için bkz. Sevinç / Demirkent, s. 407.

⁶⁷ TBMM Zabıt Ceridesi Cilt 7, Yüz Otuz Beşinci İçtima için bkz. Sevinç / Demirkent, s. 409, 410.

⁶⁸ TBMM Zabıt Ceridesi Cilt 7, Yüz Otuz Beşinci İçtima için bkz. Sevinç / Demirkent, s. 413, 414.

⁶⁹ Esen, Bülent Nuri, *Türk Anayasa Hukuku Birinci Fasikül*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1968, s. 63; Sevinç / Demirkent, s. 32.

⁷⁰ Eski Türk devletlerindeki ve Osmanlı Devleti’ndeki egemenlik anlayışı için bkz. Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devletinde Egemenlik Kavramının Gelişimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 133-136, 137-157; Akyılmaz, Hatice Cemre, “Yasama Yetkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 61-67.

⁷¹ Tanör, 2016, s. 255.

⁷² TBMM Zabıt Ceridesi Cilt 7, Yüz Otuz Beşinci İçtima için bkz. Sevinç / Demirkent, s. 413, 414.

⁷³ Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 7: “*Ahkâm-ı şer’iyyenin tenfizi, umum kavanin vaz’ı, tâdili, feshi ve muahede ve sulh akdi ve vatan müdafaası ilânı gibi hukuk-ı esasiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Kavanin ve nizamat tanziminde muamelat-ı nâsa erfak ve ihtiyacat-ı zamana evfak ahkâm-ı fikihiye ve hukukiye ile adâb ve muamelât esas ittihaz kılınır*”, Erdem, s. 73, 74. Başgıl, bu madde ile meclisin kanun koyma yetkisinin sınırlandırıldığını ifade etmektedir, Başgıl, Ali Fuat, *Esas Teşkilât Hukuku Birinci Cilt*, Baha Matbaası, İstanbul, 1960, s. 113.

Devletin dininin İslam olduğuna ilişkin madde anayasanın ilk halinde bulunmamaktadır. Bu madde 1923 yılında yapılan değişikliklerle anayasaya eklenmiştir. İlgili değişiklik: “*Türkiye Devleti’nin dini, din-i İslâmdır*” (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Bazı Mevaddının Tavzihan Tâdiline Dair Kanun m. 2, Erdem, s. 81).

⁷⁴ Sezgin, Ömür, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu*, Birey ve Toplum Yayıncılık, Ankara, 1984, s. 62.

esasen 1921 Anayasası’nın ruhunun müzakereci yönüyle bağdaştırmak mümkündür. Zira Birinci Meclis’te hilafet yanlılarının tepkisinden kaçınılmış, bu kesimin Millî Mücadele’ye verdikleri desteğin devamı arzulanmıştır⁷⁵; fakat Sezgin’in de ifade ettiği üzere bu tutum “*salt bir taktik, basit bir aldatmaca*” değildir. Bu noktada “*nesnel koşulların zorladığı bir uzlaşma*”, “*ortak düşmana karşı, ortak amaçları gerçekleştirebilmek için bir birleşme*” söz konusudur⁷⁶.

1921 Anayasası ile millî iradenin benimsenmesi ile ilgili diğer bir husus, 1921 Anayasası’nın ruhunun halkçı niteliğidir. Bu noktada hemen belirtmelidir ki 1921 Anayasası Dönemi’nde halkçılık ile kastedilen, halkın kendi kendini yönetmesidir. Yani bu dönemde halkçılık düşüncesi, “*demokratik yönetim*” anlayışıyla benzer tutulmuştur⁷⁷. Gerek anayasanın hazırlık sürecinde gerekse anayasanın bütününde halkçılık düşüncesinin izlerini görmek mümkündür. 1921 Anayasası’nın ruhunun halkçı niteliğini gösteren önemli emarelerden biri anayasanın “Halkçılık Programı” olarak meclise sunulmasıdır. Bu düşünce anayasanın maddelerine de sirayet etmiştir. Nitekim anayasanın birinci maddesinin ikinci cümlesi halkın kendi kendisini yönetmesi anlayışına uygun olarak hazırlanmış ve üzerinde tartışma olmaksızın kabul edilmiştir. Zira bu madde uyarınca “*İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir*”⁷⁸. Bunun yanı sıra, yirmi üç maddeden oluşan bir anayasanın on dört maddesinin yerel yönetimlere ayrılması ve yerel yönetimlere eğitim, sağlık, iktisat, ziraat, tarım, sosyal yardımlaşma gibi pek çok konuda geniş yetkiler tanınması halkçılık düşüncesinin 1921 Anayasası’na yansımalarından bir diğeridir⁷⁹. Her ne kadar daha sonra kabul olunmasa da anayasa görüşmelerinde bazı milletvekilleri tek dereceli seçim ilkesinin benimsenmesi, halkoylaması ve halkın kanun teklifi önerileri⁸⁰ sunması da Birinci Meclis’in halkçılık düşüncesini gösteren bir diğer unsurdur⁸¹. Ayrıca Meclis’e hâkim olan halkçılık düşüncesinin bir uzantısı olarak Meclis, “*halka açık*” olarak çalışmış, halktan kopmamıştır⁸². Bu dönemde, herkesin Meclis’e bir dilekçe ile başvurması mümkün kılınmıştır⁸³.

Meclise hâkim olan halkçılık düşüncesinin kökenlerinin de yerel kongre iktidarları dönemine uzatılması mümkündür⁸⁴. Bunun yanı sıra, yukarıda belirtildiği üzere, meclis, yerellik niteliği yüksek bir meclistir. Diğer bir deyişle, milletvekillerinin büyük çoğunluğu doğdukları bölgelerin temsilcileri olarak meclise seçilmişlerdir. Bu durum, halkçılık düşüncesinin meclise hâkim olmasının sebeplerinden biridir.

⁷⁵ Başgil, s. 111, 112; Tanör, 2016, s. 245; Tunaya, s. 71.

⁷⁶ Sezgin, s. 14.

⁷⁷ Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukuku’nun Umumî Esasları Birinci Kitap Cumhuriyetin Temel Kuruluşu*, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 73; Tanör, 2016, s. 258.

Halkçılığa yüklenen anlam zaman içinde farklılaşmış ve halkçılık, hiçbir kişiye, sınıfa, zümreye ayrıcalık tanınmaması olarak algılanmaya başlanmıştır, Sevinç / Demirkent, s. 21.

⁷⁸ Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m.2/1, Erdem, s. 73.

⁷⁹ Tanör, 2016, s. 264-266; Arsel, s. 73; Sevinç / Demirkent, s. 35.

Yerel yönetimlere verilen önem aynı zamanda “*Anadolu’nun merkeze karşı bir tepkisi*”dir, Tanör, 2016, s. 265. Bunun yanı sıra, Büyük Millet Meclisi’nin temelinde yerel kongre iktidarlarının bulunması da yerel yönetimlerin ayrıntılı düzenlenmesini ve bunlara geniş yetkiler tanınmasını sağlamıştır, Tanör, 2016, s. 266.

⁸⁰ Tanör, 2016, s. 251.

⁸¹ Tanör, benimsenen halkçılık düşüncesiyle laikliğin sıkı ilişki içinde olduğunun altını çizmektedir, Tanör, 2016, s. 258.

⁸² Tunaya, s. 111.

⁸³ Velidedeoğlu, s. 243.

⁸⁴ Tanör, 2016, s. 266.

II. 1921 Anayasası’nın Öngördüğü Hükûmet Sistemi

1921 Anayasası, açık bir düzenlemeyle herhangi bir hükûmet modelini benimsememiştir. Bununla birlikte, anayasanın yasama ve yürütmeye ilişkin düzenlemeleri, bu anayasanın bir meclis hükûmeti modeli tasarladığını göstermektedir⁸⁵. Birinci Meclis’te her ne kadar yasama ve yürütme bağlamında parlamenter sistemi andıran uygulamalarla karşılaşılrsa da bunlar sistemi parlamenter sistem olarak adlandırmaya yetmemekte, sistemi meclis hükûmeti sisteminden tam olarak koparmamaktadır.

1921 Anayasası’nın 2’nci maddesine göre “*İcra kudreti ve teşri salâhiyeti milletin yegâne ve hakikî mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder*”; 3’üncü maddesine göre ise “*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükûmeti ‘Büyük Millet Meclisi Hükûmeti’ unvanını taşır*”. Yani, 1921 Anayasası uyarınca yasama ve yürütme yetkileri Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Yargı yetkisine ilişkin 1921 Anayasası’nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmesi de üyeleri Büyük Millet Meclisi milletvekillerinden oluşan İstiklâl Mahkemeleri, Meclis’in yargı yetkisini de uhdesinde gördüğünün emaresidir. Dolayısıyla, kuvvetler birliğini merkezine alan ve kuvvetlerin Meclis’te toplanmasını öngören bu sistem, meclis hükûmeti sisteminin örneklerinden birini teşkil etmektedir⁸⁶.

Meclis, Anayasanın 2’inci ve 3’üncü maddesi ile yasama ve yürütme yetkilerini kendisinde toplasa da yürütmeye dair bazı işlerin İcra Vekilleri Heyeti adı verilen bir kurul tarafından görülmesine karar vermiştir. İlk olarak 25 Nisan 1920 tarihinde alınan bir kararla yürütme kuvveti kurulmasına karar veren Meclis⁸⁷ bu doğrultuda, 2 Mayıs 1920 tarihinde İcra Vekilleri Heyeti isimli bir kurul kurmuştur⁸⁸. İcra Vekilleri Heyeti, 1921 Anayasası’nın 8’inci maddesindeki “*Büyük Millet Meclisi, hükûmetinin inkısam eylediği devairi kanun-ı mahsus mucibince intihap kerdesi olan vekiller vasıtası ile idare eder. Meclis icra-i hususat için vekillere veçhe tayin ve ledelhace bunları tebdil eyler*”⁸⁹ hükmüyle varlığını anayasal boyutta devam ettirmiştir.

Meclis, yürütme işlerinin bir kısmını İcra Vekilleri Heyeti ile gördürse de bu heyetin parlamenter sistemlerdeki Bakanlar Kurulu gibi kurulduğunu ve işlediğini söylemek mümkün değildir. Öncelikle Heyet, klasik anlamda bir yürütme organı olarak kabul edilmemektedir; çünkü tüm yetkiler Meclis’te toplanmıştır ve bu sebeple yürütme yetkisini kullanan ayrı bir organ bulunmamaktadır. Yürütme yetkisi Meclis’e aittir; yalnızca yürütme işlerinin bazıları İcra

⁸⁵ Bu hükûmet sisteminin tasarlanmasının temelinde Fransız İhtilali’nden ve Jean Jacques Rousseau’dan etkilenmeler olduğu kadar savaşın kolay yönetilmesini sağlamak gayesi de bulunmaktadır, Tanör, 2016, s. 262. Kurnaz ve Duygun bu gerekçelere ek olarak, Meclis’in birbirinden farklı milletvekillerinden teşekkül etmesinin meclis hükûmeti sisteminin tercih edilmesinde etkili olduğunu belirtmiştir, Duygun, Mert / Kurnaz, Işıl, “Does the Government System of the 1921 Constitution Qualify as an Assembly Government System? The Controversial Government System of the 1921 Constitution”, 16.03.2021, <https://blog-iacl-aidc.org/centenary-of-the-turkish-constitution/2021/3/16/does-the-governme-nt-system-of-the-1921-constitution-qualify-as-an-assembly-government-system-the-controversial-government-system-of-the-1921-constitution-5x4nn>, (Erişim Tarihi: 04.05.2021).

⁸⁶ Meclis hükûmeti sistemi, yasama ve yürütme yetkilerinin mecliste toplanmasını öngören bir kuvvetler birliği sistemidir, Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınevi, Bursa 2020, s. 626.

⁸⁷ Kuvve-i İcra-iye Teşkiline Dair Heyeti Umumiye Kararı, Erdem, s. 68.

⁸⁸ Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun, Erdem, s. 70.

⁸⁹ Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m.8, Erdem, s. 74.

Vekilleri Heyeti eliyle ifa edilmiştir⁹⁰. Bu anlayış, İcra Vekilleri Heyeti’nin oluşumuna da yansımıştır. Nitekim Büyük Millet Meclisi, parlamenter sistemden farklı ve meclis hükûmeti sistemine uygun olarak⁹¹ “Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun” ile icra vekillerinin Meclis tarafından ayrı ayrı ve mutlak çoğunlukla seçilmesini hüküm altına almıştır. Daha sonra yapılan bir değişiklikle vekillerin Büyük Millet Meclisi Reisi’nin milletvekilleri arasından gösterdiği adaylar içinden Meclis’in mutlak çoğunluğuyla seçileceği kararlaştırılmıştır⁹². Buna mukabil, 1921 Anayasası’nın kabulünden sonra vekillerin seçim usulü yeniden değiştirilmiş ve ilk usule -vekillerin Meclis Reisi’nin aday göstermesi usulü olmaksızın doğrudan doğruya Meclis tarafından seçilmesi usulüne- dönülmüştür. Bu durumun sonucunda, vekillerin azledilmesi de meclisin uhdesinde bir yetki olarak kabul edilmiştir⁹³.

Meclis hükûmeti sisteminin özelliklerinden biri olarak⁹⁴ 1921 Anayasası, bir devlet başkanlığı makamı ile bir başbakanlık makamı tasarlamamıştır⁹⁵. Yine de 1921 Anayasası, bir Meclis Reisi makamı öngörmüştür. Anayasanın 9’uncu maddesine göre Meclis’in bir seçim dönemi için kendisine bir meclis başkanı seçmesi kararlaştırılmıştır. Meclis Reisi’nin kullanacağı yetkiler ise parlamenter sistemlerde devlet başkanlarının kullandığı yetkilere benzemektedir⁹⁶. Nitekim Anayasanın 9’uncu maddesi, Meclis Reisi’ne, meclis adına imza yetkisi ile İcra Vekilleri Heyeti’nin kararlarını onama yetkisi vermiştir⁹⁷. Ayrıca aynı madde ile İcra Vekilleri Heyeti’nin kendi içinde bir oylama yaparak Heyet’e bir başkan seçmesi hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, aynı maddede, Meclis Reisi’nin İcra Vekilleri Heyeti’nin de tabii reisi olduğu belirtilmiştir⁹⁸. İcra Vekilleri Heyeti Reisi’nin seçimine ilişkin madde 1922 yılında yapılan bir kanunla değiştirilmiş, İcra Vekilleri Heyeti Reisi’nin de Meclis tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir⁹⁹. Bu değişiklik, meclisin üstünlüğü anlayışının ve meclis hükûmeti sisteminin bir sonucu olarak kabul edilebilirse de Özbudun bu sava karşı çıkmaktadır. Özbudun’a göre bu değişiklik, Heyet Reisi’nin konumunu güçlendirmiş, benimsenen sistemi parlamenter sisteme yaklaştırmıştır. Ayrıca 1923 yılında alınan Meclis kararı doğrultusunda, İcra Vekilleri Heyeti Reisi, Meclis ile Heyet arasında “*bir vasıta*” haline getirilmiş, “*vekillerin danışma mercii*”

⁹⁰ Tanör, 2016, s. 237.

⁹¹ Meclis hükûmeti sisteminin özelliklerinden biri de icra vekillerinin meclis tarafından seçilmesi ve yine meclis tarafından görevden alınmasıdır, Gözler, *Cilt I*, s. 630, 631.

⁹² Söz konusu seçim usulü parlamenter sistemlerde Bakanlar Kurulu’nun oluşturulmasını anımsatmaktadır, Özbudun, Ergun, *1921 Anayasası*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992, s. 67.

⁹³ Özbudun, 1992, s. 62.

⁹⁴ Meclis hükûmeti sisteminde bir devlet başkanına gerek bulunmamaktadır; çünkü tüm yetkiler meclise aittir, Gözler, *Cilt I*, s. 630.

⁹⁵ Devlet başkanlığı makamına yer verilmemesinin 1921 Anayasası’nın ruhunun müzakereci yönüyle bağlantısı kurulabilir. Zira bir devlet başkanlığı makamına yer verilmesi bu makam ile padişahın makamının çatışması sonucu doğurabilir, bu da meclisteki saltanat yanlılarının tepkisini çekebilirdi, Özbudun, 1992, s.67; Tanör, s. 260.

⁹⁶ Özbudun, 1992, s. 66; Akın, s. 202, 203.

⁹⁷ Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m.9, Erdem, s. 74.

⁹⁸ Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m.9, Erdem, s. 74.

⁹⁹ İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun m. 1, Erdem, s. 80.

konumuna taşınmıştır¹⁰⁰. Özbudun bu kararı Heyet Reisi’nin başbakanın konumuna benzer bir konuma taşındığı yönünde yorumlamıştır¹⁰¹.

Meclisin üstünlüğü düşüncesi İcra Vekilleri Heyeti’nin işlemleri ve yetkileri üzerinde de etkili olmuştur; fakat uygulamada İcra Vekilleri Heyeti’nin zaman zaman Meclis’i devre dışı bırakarak hareket ettiği durumlarla da karşılaşmıştır. Öncelikle Heyet, Meclis’in kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesinde iktidar sahibi olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede ele alınması gereken ilk hüküm, 1921 Anayasası’nın Meclis’in yürütme işlerine dair İcra Vekilleri Heyeti’ne yön gösterme yetkisini tanıyan 8’inci maddesidir. 8’inci madde uyarınca “*Meclis icra-i hususat için vekillere veçhe tayin ve ledelhace bunları tebdil eyler*”. Benzer doğrultuda, “Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun”un 3’üncü maddesinde vekillerin kendi görev alanlarına giren konularda mensubu oldukları meclis encümenine danışabilecekleri hüküm altına alınmıştır¹⁰². Dolayısıyla, söz konusu hükümlerle İcra Vekilleri Heyeti’nin yetkilerini kullanırken Meclis’in belirleyici bir fonksiyonunun olabileceği, Heyet’in Meclis’e “*bağımlı*” olacağı bir sistem tasarlanmıştır¹⁰³. Buna mukabil, İcra Vekilleri Heyeti’nin Meclis üzerinde benzer yetkileri bulunmamaktadır. Örneğin, Heyet’e parlamenter sistemlerde olduğu gibi Meclis’i feshetme ya da Meclis’in seçimlerini yenileme yetkileri tanınmamıştır¹⁰⁴. Bununla birlikte, uygulamaya bakıldığında yürütme işlerine Meclis’in müdahalesi olabildiğince azaltılmış, yürütme işlerinin doğrudan İcra Vekilleri Heyeti tarafından görülmesi usulü benimsenmiştir¹⁰⁵. Bu durum Meclis’in mutlak üstünlüğünü savunanlar nedeniyle Meclis’te tartışmalara da yol açmıştır¹⁰⁶. Uygulamada İcra Vekilleri Heyeti, yürütme işlerinin yanı sıra, yasama yetkisinin kullanımında da etkili olmuştur. Nitekim kabul edilen kanunların yüzde sekseninin kökeninin İcra Vekilleri Heyeti tarafından verilen tasarılar olduğu görülmektedir¹⁰⁷.

İcra Vekilleri Heyeti’nin sorumluluğu da zaman zaman parlamenter sistemde benimsenen sorumluluk anlayışını anımsatmaktadır. Zira meclis hükümeti sisteminde “*bakanlık dayanışması*” olmadığı için “*kolektif sorumluluk*” ilkesinden bahsedilemez. Bunun yerine vekiller, yasama organına karşı bir kurul olarak değil, bireysel olarak sorumludur¹⁰⁸. Parlamenter sistemde ise bakanlar kurulu, dayanışma ilkesi çerçevesinde hareket eder ve “*hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden dolayı*” kolektif sorumluluğa sahiptir¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, bakanlar, dayanışma

¹⁰⁰ Heyet-i Vekile Reisinin Vazife ve Mesuliyetleri Hakkın Heyet-i Umumiye Kararı: “*Heyet-i Vekile Reisinin İcra Vekilleri Heyeti ile Büyük Millet Meclisi arasında vasıta ve vekillerinin merci-istişarisi olduğu, vezaif-i müşterekeden reisin vekillerle beraber mesul bulunduğu kabul edilmiştir*”, ilgili karar için bkz. Özbudun, s. 69.

¹⁰¹ Özbudun, 1992, s. 69.

¹⁰² Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun m. 3: “*Her vekil deruhta ettiği umurun ifasında mensup olduğu encümenin re’yi istişarisini alabilir*”, Erdem, s. 70.

¹⁰³ Tanör, 2016, s. 259.

Milletvekilleri de İcra Vekilleri Heyeti’nin Meclis’e denk bir organ olmadığını zaman zaman ifade etmişlerdir, Tunaya, s. 96, 97.

¹⁰⁴ Özbudun, s. 72, 73. Benzer görüşler için bkz. Tanör, 2016, s. 260; Akın, s. 228.

Bu durumun esas sebebi İcra Vekilleri Heyeti’nin parlamenter sistemlerdeki bakanlar kurulunun aksine ayrı bir organ olarak kabul edilmemesidir, Duygun / Kurnaz, “Does the Government System of the 1921 Constitution Qualify as an Assembly Government System? The Controversial Government System of the 1921 Constitution”.

¹⁰⁵ Tanör, 2016, s. 270.

¹⁰⁶ Örnek tartışmalar için bkz. Özbudun, 1992, s. 64-66.

¹⁰⁷ Özbudun, 1992, s. 72.

¹⁰⁸ Gözler, *Cilt I*, s. 630, 631.

¹⁰⁹ Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınevi, Bursa, 2020, s. 261.

ilkesi gereğince istifa etmedikleri müddetçe bakanlar kurulu kararlarını imzalamak ve bu kararları savunmak durumundadır¹¹⁰. Bu bağlamda da bakanlar, yasama organına karşı bireysel olarak sorumlu olduğu gibi aynı zamanda bakanlar kurulunun aldığı tüm kararlardan birlikte de sorumludur¹¹¹. Birinci Meclis’teki sorumluluk anlayışı incelendiğinde, İcra Vekilleri Heyeti’nin bireysel sorumluluğu kesin olarak kabul edilmiştir. Zira “Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun”un 4’üncü maddesinde vekiller arasında bir uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlığın çözümünün Meclis’te olduğu ifade edilmiştir¹¹². İcra Vekilleri Heyeti vekillerinin katılmadıkları kararları Meclis’e bildirme yetkileri bulunmaktadır¹¹³. Bununla birlikte, İcra Vekilleri Heyeti’nin kolektif sorumluluğu varmışçasına hareket ettiği durumlar da bulunmaktadır. Bu durumun en iyi göstergesi, İcra Vekilleri Heyeti’nin tümü adına başvuru olan güven oylamalarıdır¹¹⁴. Bir örnek olarak, İcra Vekilleri Heyeti’nin İstanbul hükûmeti ile iletişim içinde olmasından dolayı heyet hakkında topluca güven oylamasına gidilmesi verilebilir¹¹⁵.

III. 1921 Anayasası’nın Ruhu ve 1921 Anayasası’nın Öngördüğü Sistem ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Mukayesesi

2021 yılı itibarıyla hazırlıklarına başlanması planlanan yeni anayasa ile 1921 Anayasası’nın mukayesesinin 1921 Anayasası’nın hazırlandığı dönem ve hazırlanma amaçlarıyla günümüz ve yeni anayasanın hedefledikleri açısından farklılıklar bulunması nedeniyle elverişsiz sonuçlara yol açma riski bulunmaktadır¹¹⁶. Nitekim 1921 Anayasası, sıcak savaşın devam ettiği bir ortamda savaşı yönetmek ve meşru bir zemine taşımak amaçlarıyla olağanüstü yetkileri haiz olduğu kabul edilen bir Meclis tarafından yapılmıştır¹¹⁷. Oysa 2021 yılı itibarıyla yapılacak bir anayasanın olağan bir Meclis tarafından yapılması planlanmaktadır. Ayrıca yeni anayasa fikrinin temelinde yatan sebep, “vesayetçi izlerden” uzak, toplumun her kesiminin üzerinde mutabık olduğu sivil bir anayasa ihtiyacıdır. Dolayısıyla, hazırlanması tasarlanan yeni anayasa ile 1921 Anayasası’nın yapılış amacı bağdaşmamaktadır¹¹⁸. Buna ek olarak, yeni bir anayasaya dair henüz bir teklif metni de bulunmamaktadır. Yine de yapılacak yeni bir anayasada hükûmet modeli olarak cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin benimseneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, hükûmet sistemi bağlamında, 1921 Anayasası ile cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin bir örneğini teşkil eden yürürlükteki anayasanın mukayesesi mümkündür.

¹¹⁰ Gözler, *Cilt II*, s. 263.

¹¹¹ Gözler, *Cilt II*, s. 288.

¹¹² Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun m. 4: “İcra Vekilleri arasında çıkacak ihtilafı Büyük Millet Meclisi halleder”, Erdem, s. 70.

¹¹³ Aslan, s. 108.

¹¹⁴ Özbudun, 1992, s. 68; Tanör, s. 271.

¹¹⁵ Akın, s. 148.

İcra Vekilleri Heyeti’nin kolektif şekilde hareket etmesi bazı milletvekillerinin tepkisini çekmiştir. Bu milletvekillerine göre Heyet, bir kabine gibi hareket etmektedir ve bu durum benimsenen hükûmet modeliyle uyuşmamaktadır, Aslan, s. 77, 78.

¹¹⁶ Oder, Bertil Emrah, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminden Vazgeçmeden 1921 Anayasası Ruhuna Yaklaşılamaz” (Aktaran: Serkan Alan), *Gazete Duvar*, 09.02.2021, <https://www.gazeteduvar.com.tr/cumhurbaskanligi-sisteminden-vazgeçmeden-1921-anayasasi-ruhuna-yaklasilamaz-haber-1512769>, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

¹¹⁷ Akın, s. 216.

¹¹⁸ Özbudun’a göre 1921 Anayasası, çöken bir devlet karşısında yeni bir devlet düzeni kurmayı amaçlamıştır; fakat 2021 yılı itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti “çökmemiştir”, yani yeni bir devlet düzenine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle iki anayasa arasında hedeflenenler bağlamında bir benzerlik kurulamaz, Özbudun, Ergun, “1921 Anayasası Hikayesi”, 26.02.2021, <https://www.perspektif.online/1921-anayasasi-hikayesi/>, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

Öncelikle, yukarıda vurgulandığı üzere, 1921 Anayasası’nın temelinde meclisin üstünlüğü fikri yatmaktadır. 1921 Anayasası’nda benimsenen anlayış uyarınca Meclis, her şeyi yapmaya kadir bir organdır. Bu çerçevede, tüm yetkilerin Meclis’te toplanmasını öngören, kuvvetler birliği esasına dayanan bir meclis hükûmeti sistemi tasarlamıştır. 1921 Anayasası Dönemi’nde yasama yetkisi, Meclis tarafından kullanılsa da yürütme işlerinin bir kısmı İcra Vekilleri Heyeti tarafından ifa edilmiştir. Diğer taraftan, İcra Vekilleri Heyeti ayrı bir egemenlik yetkisine sahip bağımsız bir organ olarak kabul edilmemiş, Meclis’e bağımlı olarak çalışan bir kurul olarak düşünülmüştür. Bu doğrultuda da İcra Vekilleri Heyeti’nin Meclis tarafından seçilmesi ve yine Meclis tarafından görevden alınabilmesi esası benimsenmiştir. Başka bir ifadeyle Heyet, Meclis’e siyaseten sorumlu kılınmıştır. Buna mukabil, İcra Vekilleri Heyeti’nin Meclis üzerinde bu tür yetkileri bulunmamaktadır. Örneğin, Heyet’e Meclis’i feshetme yetkisi tanınmamıştır.

Yürürlükteki Anayasa’nın 7’nci, 8’inci ve 9’uncu maddeleri ise kuvvetler ayrılığı ilkesini öngörmektedir. Anayasa’ya göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne¹¹⁹, yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına¹²⁰, yargı yetkisi ise bağımsız mahkemelere¹²¹ aittir. Dolayısıyla, yürürlükteki Anayasa, 1921 Anayasası’na hâkim kuvvetler birliği ilkesinin tersini benimsemiştir¹²². Yürürlükteki anayasada kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi, meclisin üstünlüğü anlayışının 1921 Anayasası’ndan farklı olarak 1982 Anayasası’na hâkim olmaması anlamına gelmektedir.

Meclisin mutlak üstünlüğü ilkesi esasen 1924 Anayasası ile zayıflamaya başlamıştır¹²³. 1982 Anayasası’nın yürürlükteki halinde de bu ilkedeki bahsetmek mümkün değildir. Nitekim bu durumun göstergelerinden ilki yürütme organının seçimi ve görevine son verilmesi usulündeki değişikliklerdir. Yürürlükte olan sistemde seçim usulü bakımından yasama ve yürütme organları eş konumda bulunmaktadır. Zira Meclis ve Cumhurbaşkanı Anayasa’nın 75’inci ve 101’inci uyarınca halkoylamasıyla işbaşına gelmektedir. Meclis’in Cumhurbaşkanı’nın seçiminde etkisi bulunmamaktadır. Buna mukabil, göreve son verme açısından Meclis’e de Cumhurbaşkanı’na da çeşitli yetkiler tanınmıştır. Anayasa’nın 116’ncı maddesine göre Meclis, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile seçimlerin yenilenmesine karar verebilmektedir. Bu karar, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin de yenilenmesi ile sonuçlanmaktadır. Benzer bir yetki aynı maddede Cumhurbaşkanı’na da tanınmıştır. Anayasa’nın 116’ncı maddesince Cumhurbaşkanı, seçimleri yenileme kararı alabilmektedir; fakat bu takdirde hem Cumhurbaşkanlığı seçimleri hem de

¹¹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kabul Tarihi: 07.11.1982, Resmi Gazete: 09.11.1982-17863 (Mükerrer), m.7.

¹²⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.8.

¹²¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.9.

¹²² Özbudun, uygulamaya kuvvetler ayrılığının değil, kuvvetler birliğinin hâkim olduğuna, yürürlükteki sistemde tüm yetkilerin yürütme organında toplandığına işaret etmektedir. Dolayısıyla Özbudun’a göre 2017 yılındaki anayasa değişiklikleri ile esasen kuvvetler birliği ilkesine dayanan bir sisteme geçilmiştir; fakat yine de 1921 Anayasası ile yürürlükteki anayasanın bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 1921 Anayasası, yetkilerin Meclis’te toplanmasını öngörürken yürürlükteki anayasa yetkileri tek bir kişide, Cumhurbaşkanında, toplamıştır, Özbudun, “1921 Anayasası Hikayesi”. Çelik de aynı kanaattedir. Çelik’e göre 1921 Anayasası ile yürürlükteki anayasa, kuvvetler birliği noktasında benzeşmektedir. Farklılık, kuvvetler birliğinin tercih nedenindedir. 1921 Anayasası, padişahın yetkilerini sınırlandırmak için tüm yetkileri Meclis’te toplamıştır. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ise tüm yetkileri tek bir organda, bir kişide toplamak için denge ve denetim mekanizmalarını ortadan kaldırmıştır, Çelik, Demirhan Burak, “The First Big Constitutional Breakthrough in Ottoman -Turkish Constitutionalism: The 1921 Constitution”, 11.03.2021, <https://blog-iacl-aidc.org/centenary-of-the-turkish-constitution/2021/3/11/the-first-big-constitutional-breakthrough-in-ottoman-turkish-constitutionalism-the-1921-constitution-a7gnc>, (Erişim Tarihi: 04.05.2021).

¹²³ Özbudun, Ergun, *1924 Anayasası*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 13-22.

parlamento seçimleri yenilenmektedir. Her ne kadar Anayasası’nın 116’ncı maddesinin seçimlerin yenilenmesi yetkisine dair yasama ve yürütme organları için benzer düzenlemeler öngörse de bu madde yasama ve yürütme organlarına eşit güçte yetkiler tanımamıştır. Zira Meclis’in seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmesi için nitelikli çoğunluğa (Meclis üye tamsayısının beşte üçüne) ihtiyaç vardır. Hâlbuki yürütme organı tek kişiden oluşmaktadır ve tek kişinin bir karar alması üç yüz altmış milletvekilinin ortak karar almasından çok daha kolaydır. Bu nedenle de seçimleri yenileme hususunda yürütme organı, yasama organından üstün bir konuma taşınmıştır¹²⁴.

Seçimlerin yenilenmesi yetkisinin yanı sıra düzenleyici işlem yapma yetkisi bağlamında da 1921 Anayasası ile 2017 tarihli anayasa değişikliği sonrasındaki anayasanın bağdaştırılması mümkün görünmemektedir. 1921 Anayasası Dönemi’nde İcra Vekilleri Heyeti’nin düzenleyici işlem yapma yetkisinin olduğu kabul edilmiştir¹²⁵; fakat bu yetki benimsenen hükümet sistemi uyarınca, Meclis’in denetimine tâbi ve Meclis’in çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılması gereken bir yetki olarak tasavvur edilmiştir. Bu anlayış 2017 yılındaki anayasa değişikliklerine kadar benzer şekilde devam etmiştir. Zira Anayasa uyarınca yasama yetkisinin Meclis’e ait olduğu ve bu yetkinin genel, ilk-el ve devredilmez bir yetki olduğu kabul edilmiştir. Yürütme organının düzenleyici işlem yapma yetkisi ise yasama organına bağlı, ikincil bir yetki olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, 2017 yılına dek olağan dönemlerde yürütme organının yasama organı tarafından kanunla yetkilendirilmedikçe düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır¹²⁶. Buna mukabil, 2017 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile yürütme organına bazı konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilk-elden düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Yani, artık Cumhurbaşkanının Meclis tarafından yetkilendirilmesine ya da denetimine ihtiyaç duymaksızın doğrudan doğruya düzenleyici işlem yapma yetkisi vardır. Normlar hiyerarşisi bağlamında kanunlar yürütme organının düzenleyici işlemi olan cumhurbaşkanlığı kararnamesinden üstün tutulsa da¹²⁷ 2017 yılı itibariyle yürütme organının yasama organının yetkilendirmesi ve denetimi olmaksızın cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisiyle donatılması, Meclis’in bu alandaki üstünlüğünü ciddi ölçüde etkilemiştir¹²⁸.

¹²⁴ Gönenç, Levent / Kontacı, Ersoy, “2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama – Yürütme İlişkileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 145, 2019, s. 68.

¹²⁵ Yılmaz, Harun, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 110, 2014, s. 225 (dipnot: 18).

¹²⁶ Akyılmaz, Hatice Cemre, s. 106-127.

¹²⁷ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 40, 41; Akyılmaz, Cemre, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2019, s. 199-201; Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 250; Gözler, 2019, s. 944, 945.

Doktrinde normlar hiyerarşisi bağlamında cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun ile aynı değerde olduğunu söyleyen yazarlar bulunmaktadır, ilgili görüş için bkz. Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 280, 281; Barın, Taylan, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 31-34.

¹²⁸ Esen, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, s. 56.

Demirkent, yasama organının düzenleyici işlem yapma yetkisinin zayıflamasına bir örnek olarak Resmi Gazete’de yayımlanan cumhurbaşkanlığı kararnameleri sayısına karşın kanun sayısını vermektedir. Demirkent’e göre “Yasamanın neredeyse bütün yetkileri, hem denetim yetkileri hem de ana işlevi olan yasama işlevsizleştirilmiş durumda. Resmi Gazete’ye her gece baktığımızda yasaların yayınlandığını göremiyoruz ama her gün üç beş tane cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayınlandığını görüyoruz”, Demirkent, Dinçer, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminden Vazgeçmeden 1921 Anayasası Ruhuna Yaklaşılamaz”, (Aktaran: Serkan Alan), *Gazete Duvar*, 09.02.2021, <https://www.gazeteduvar.com.tr/>

2017 yılındaki anayasa değişikliği, Meclis’in denetim yetkilerini de Cumhurbaşkanının lehine Meclis’in aleyhine olacak şekilde etkilemiştir¹²⁹. Yasama ve yürütme organlarının meşruiyet kaynağı halkoyu olduğu için Cumhurbaşkanının siyasî sorumluluğuna seçimlerin yenilenmesi kararı alması haricinde başvuramayan Meclis¹³⁰, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun işletilmesi konusunda da zora sokulmuştur. Zira Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun işletilebilmesi için bu süreci imkânsız kılacak nitelikte yüksek nitelikli çoğunluklar¹³¹ gerekmektedir¹³². Ayrıca Meclis’in çeşitli denetim mekanizmalarına da son verilmiştir. Örneğin Meclis’in 2017 yılındaki değişiklikler öncesinde yazılı sorudan daha sık başvurduğu sözlü soru mekanizmasına 2017 yılındaki anayasa değişiklikleriyle son verilmiştir¹³³. Benzer şekilde, gensoru yetkisi de Bakanlar Kurulu’nun yapısı ve yetkileri tamamen değiştiğinden ilga edilmiştir. Bunlara ek olarak, yasama organının tarihsel süreç içinde önemli silahlarından olan bütçe yetkisi de ciddi ölçüde zedelenmiştir¹³⁴; çünkü Cumhurbaşkanı’na bütçe kanunu kabul edilmediği takdirde geçici bütçe kanunu çıkarma, geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması halinde ise bir önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirme oranında artırarak uygulama yetkisi verilmiştir¹³⁵.

1921 Anayasası’nın ruhu ile cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi mukayese edildiğinde bu ruh ile yürürlükteki sistemi bağdaştırmak da zor görünmektedir. Yukarıda da sıklıkla vurgulandığı üzere 1921 Anayasası ruhu müzakereci ve çoğulcudur. Oysa 2017 yılında yürürlüğe giren sistem ile müzakereci bir ortam tesis etmek güçleşmiştir. Öncelikle 1921 Anayasası’nı hazırlayan Meclis üyeleri ortak bir amaçla bir araya geldikleri için partileşmeyi reddetmişlerdir¹³⁶. Meclis’te zaman içinde gruplaşmalar olsa da bu grupların siyasal parti düzeyine erişmesi mümkün olmamıştır. 1946 yılından bu yana ise parlamentoda en az iki parti bulunmaktadır¹³⁷. Bu partiler disiplinli yapılara sahiptir. Diğer bir ifadeyle, milletvekilleri çoğunlukla kendi görüşlerinden ziyade partilerinin görüşleri doğrultusunda hareket etmektedir¹³⁸. Bu durum yine de müzakereci ve çoğulcu bir ortamın oluşmasına engel değildir. Bununla birlikte, 2017 yılında yapılan anayasa değişiklikleri sonucunda yürütme organı tek kişiden oluşacak şekilde tasarlanmıştır ve bu kişi “*kazanan her şeyi alır*” prensibi¹³⁹ uyarınca seçilmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanı seçilen kişinin bir siyasal parti üyesi olması durumunda, seçim sonrasında partisi ile bağı kesilmemektedir¹⁴⁰. Yani yürütme organı için yapılan seçimler yürütme organına tek bir görüşün hâkim olacağı şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu durum kanımızca yürütme organı bağlamında çoğulcu ve müzakereci bir ortamın oluşmasını ciddi ölçüde zedeleme riskini barındırmaktadır; çünkü yürütme organında

cumhurbaşkanligi-sisteminden-vazgecmeden-1921-anayasasi-ruhuna-yaklasilamaz-haber-1512769, (Erişim Tarihi: 03.05.2021).

¹²⁹ Esen, s. 54.

¹³⁰ Gözler, 2019, s. 857.

¹³¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.105.

¹³² Özbudun, 2019, s. 322.

¹³³ Esen, s. 50; Gözler, 2019, s. 685.

¹³⁴ Gözler, 2019, s. 702; Gönenç / Kontacı, s. 71; Özbudun, 2019, s. 322.

¹³⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.161/3,4.

¹³⁶ Akın, s. 52; Demirel, 2020, s. 170.

¹³⁷ İba, Şeref, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 47.

¹³⁸ İba, 2020, s. 122, 123.

¹³⁹ Söz konusu prensiple ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yazıcı, Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 59-70.

¹⁴⁰ Gözler, 2019, 815, 816.

farklı görüşler dışlanmakta, tek bir görüşün baskın çıkması söz konusu olmaktadır. Buna ek olarak, Meclis ve Cumhurbaşkanlığı için yapılan seçimler aynı gün yapıldıkları için Cumhurbaşkanı seçilen kişinin sahip olduğu görüşün Meclis’te çoğunluğu kazanması da muhtemeldir¹⁴¹. Bu durum ayrıca Meclis’te de müzakereci ve çoğulcu bir havanın hâkim olmasına mani olmaktadır. Zira kanaatimizce hem yasama hem de yürütme organının benzer çoğunluklarda oluşu müzakere ortamına ihtiyaç duyulmaması ile sonuçlanma riskini barındırmaktadır.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk anayasası olan 1921 Anayasası, oldukça zor şartlar altında, özel bir meclis tarafından hazırlanmıştır. Bu nedenle, 1921 Anayasası, hazırlandığı dönemin ve onu hazırlayan milletvekillerinin ruhu taşımaktadır. Birinci Dünya Savaşı’ndan yenilgiyle ayrılan Osmanlı Devleti’nin farklı bölgelerinde işgallerin başlaması üzerine halk direnişe geçmiş, bölgesel düzeyde başlayan direnişler ulusal düzeye taşınmıştır. Süreç Ankara’da olağanüstü yetkileri haiz bir meclisin toplanması ile devam etmiştir. Bu meclis, dönemin olağanüstülüğüne ve güçlüklerine rağmen demokratik bir yöntemle bir araya gelen milletvekillerinden oluşturulmuştur. Altmış altı livadan seçilerek gelen milletvekilleri, farklı toplumsal kesimlerin ve ideolojilerin temsilcileri olarak görev yapsa da söz konusu farklılıklar, milletvekillerinin ortak bir amaç doğrultusunda - vatani kurtarma amacıyla- hareket etmesine mani olmamıştır. Bu bilinçle çalışan milletvekilleri, kendileri gibi farklı ve özellikli bir anayasa hazırlamışlardır. Millî egemenlik prensibine ve bu çerçevede de meclisin üstünlüğüne önem veren milletvekilleri, 1921 Anayasası’nı millî irade temelli, müzakereci ve çoğulcu bir metin olarak tasarlamışlardır.

1921 Anayasası’na dek yasama organı yürütme organından yetkiler devşirmeye çalışmış; fakat önem ve yetki bağlamında yürütme organının önüne geçememiştir. 1921 Anayasası’yla bu durum tamamen değişmiş, yasama organı diğer organların üzerinde bir konuma yerleştirilmiştir. Bu anayasadan sonra da yürütme organı yasama organından çeşitli yetkiler “*koparmaya*” çalışarak yetkilerini genişletmeye çabalamıştır¹⁴². Nitekim 1924 Anayasası itibarıyla, meclisin mutlak üstünlüğü anlayışı etkisini yitirmeye, yasama organı güç kaybederken yürütme organı güç kazanmaya başlamıştır. 2017 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri ile ise yürütme organının yapısı değiştirilmiş ve bu organa oldukça güçlü yetkiler tanınmıştır. Bu değişikliklerin neticesinde, yürütme organı, 1921 yılından bu yana en güçlü konuma yerleştirilmiştir. Yeni anayasa tartışmaları çerçevesinde örnek alınan 1921 Anayasası ile mevcut anayasal sistemin çatışma noktaları da bu iki hususta toplanmaktadır. Zira tek kişiden oluşan yürütme organı 1921 Anayasası’nın müzakereci ve çoğulcu yapısıyla örtüşmemekte, Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler de Meclis’in işlevsiz kalmasına neden olmaktadır.

Kanaatimizce modern bir hukuk devletinde olması gereken, bir organı gereğinden fazla güçlendirmekten ziyade organlar arasında güç dengesini sağlamaktır. Bu da ancak denge ve denetleme mekanizmalarıyla mümkündür. Diğer bir ifadeyle, salt hükûmet modeli bir devleti demokratik bir hukuk devleti yapmaya yeterli değildir. Yasama, yürütme ya da yargı organlarından herhangi birini diğerinden üstün kılmak yerine çeşitli mekanizmalarla bu organların yetki aşımının önüne geçilmelidir. Ancak bu şekilde demokratik bir hukuk devletinden bahsetmek mümkün olur.

¹⁴¹ Özbudun, 2019, s. 322.

¹⁴² Soysal, s. 27, 28.

KAYNAKÇA

Akın, Rıdvan, TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

“AKP Sözcüsü Çelik’ten Yeni Anayasa Açıklaması”, Sözcü Gazetesi, 09.02.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/akp-sozcusu-celikten-yeni-anayasa-aciklamasi-6251714/>.

“Ak Parti’li Akbaşoğlu’ndan 'Yeni Anayasa İçin Dört Aşamalı Yol Haritası' Bulunduğu Açıklaması”, Anadolu Ajansı, 17.02.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/ak-partili-akbasoglundan-yeni-anayasa-icin-dort-asamali-yol-haritasi-bulundugu-aciklamasi/2148240>.

Akşin, Sina, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin İlk Yılında Fransız İhtilâli’nin Etkileri”, Birinci Meclis (Editör: Cemil Koçak), Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 63-69.

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

Akyılmaz, Cemre, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2019, ss. 191-207.

Akyılmaz, Hatice Cemre, “Yasama Yetkisi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devletinde Egemenlik Kavramının Gelişimi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, ss. 129-159.

Arsel, İlhan, Türk Anayasa Hukuku’nun Umumî Esasları Birinci Kitap Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Mars Matbaası, Ankara, 1965.

Aslan, Yavuz, Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti’nin Kuruluşu, Evreleri, Yetki ve Sorumluluğu, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2001.

Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Atatürk, Mustafa Kemal, Nutuk, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2017.

“Bahçeliden Yeni Anayasa Açıklaması”, Sözcü Gazetesi, 02.02.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/bahceliden-yeni-anayasa-aciklamasi-6240083>.

“Bakan Gül: Gazi Meclisimizin, Milletimizin İradesiyle Yeni Anayasa ile Taçlanacağına İncancımız Tamdır”, Anadolu Ajansı, 08.02.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/bakan-gul-gazi-meclisimizin-milletimizin-iradesiyle-yeni-anayasa-ile-taclanacagina-incancimiz-tamdir/2137334>.

Barın, Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Başgil, Ali Fuat, Esas Teşkilât Hukuku Birinci Cilt, Baha Matbaası, İstanbul, 1960.

Cin, Halil / Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2017.

“Cumhurbaşkanı Erdoğan: Türkiye’nin Yeni ve Sivil Bir Anayasayı Tartışması Değişen Şartların Kaçınılmaz Gereğidir”, Anadolu Ajansı, 24.03.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhurbaskani-erdogan-turkiyenin-yeni-ve-sivil-bir-anayasayi-tartismasi-degisen-sartlarin-kacinilmaz-geregidir/2186123>.

“Cumhurbaşkanı Erdoğan: Artık Bu Ülke Taksim'deki Bir Gezi Olayını Yaşamayacak ve Yaşatmayacaktır”, Anadolu Ajansı, 03.02.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-erdogan-artik-bu-ulke-taksimdeki-bir-gezi-olayini-yasamayacak-veyasatmayacaktır/2132463>.

Çelik, Demirhan Burak, “The First Big Constitutional Breakthrough in Ottoman-Turkish Constitutionalism: The 1921 Constitution”, 11.03.2021, <https://blog-iacl-aicd.org/centenary-of-the-turkish-constitution/2021/3/11/the-first-big-constitutional-breakthrough-in-ottoman-turkish-constitutionalism-the-1921-constitution-a7gnc>.

Demirel, Ahmet, İlk Meclis’in Vekilleri, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.

Demirel, Ahmet, Birinci Meclis’te Muhalefet İkinci Grup, 2. Baskı, İstanbul, 2020.

Demirel, Ahmet, Tek Partinin Yükselişi, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

Demirkent, Dinçer, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminden Vazgeçmeden 1921 Anayasası Ruhuna Yaklaşılamaz”, Aktaran: Serkan Alan, Gazete Duvar, 09.02.2021, <https://www.gazeteduvar.com.tr/cumhurbaskanligi-sisteminden-vazgecmeden-1921-anayasasi-ruhuna-yaklasilamaz-haber-1512769>.

Duygun, Mert / Kurnaz, Işıl, “Does the Government System of the 1921 Constitution Qualify as an Assembly Government System? The Controversial Government System of the 1921 Constitution”, 16.03.2021, <https://blog-iacl-aicd.org/centenary-of-the-turkish-constitution/2021/3/16/does-the-government-system-of-the-1921-constitution-qualify-as-an-assembly-government-system-the-controversial-government-system-of-the-1921-constitution-5x4nn>.

Erdem, Tarhan, Anayasalar ve Belgeler 1876-2012, Doğan Kitap, İstanbul 2012.

Esen, Bülent Nuri, Türk Anayasa Hukuku Birinci Fasikül, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1968.

Esen, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, ss. 45-73.

Goloğlu, Mahmut, Milli Mücadele Tarihi – III Üçüncü Meşruiyet (1920) Birinci Büyük Millet Meclisi, 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Gönenç, Levent / Kontacı, Ersoy, “2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama – Yürütme İlişkileri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 145, 2019, ss. 53-79.

Göze, Ayferi, Türk Kurtuluş Savaşı ve Devrimi Tarihi, Genişletilmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993.

Gözler, Kemal, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınevi, Bursa, 2019.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınevi, Bursa, 2020.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınevi, Bursa, 2020.

Göztepe, Ece, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğunlukçu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğunlukçu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, ss. 130-173.

Güneş, İhsan, Birinci TBMM’nin Düşünce Yapısı (1920-1923), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1997.

İba, Şeref, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve Parlamento’nun Rolü”, Yasama Dergisi, Sayı 34, 2016, ss. 47-61.

İba, Şeref, Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Oder, Bertil Emrah, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminden Vazgeçmeden 1921 Anayasası Ruhuna Yaklaşılamaz”, (Aktaran: Serkan Alan), Gazete Duvar, 09.02.2021,

<https://www.gazeteduvar.com.tr/cumhurbaskanligi-sisteminden-vazgecmeden-1921-anayasasi-ruhuna-yaklasilamaz-haber-1512769>.

“Oydaşma” Kelimesi, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>.

Özbudun, Ergun, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992.

Özbudun, Ergun, 1924 Anayasası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özbudun, Ergun, “1921 Anayasası Hikayesi”, 26.02.2021, <https://www.perspektif.online/1921-anayasasi-hikayesi>.

Sevinç, Murat / Demirkent, Dinçer, Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası 1921 Anayasası ve Tutanakları, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.

Sezgin, Ömür, Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu, Birey ve Toplum Yayıncılık, Ankara, 1984.

Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.

Tanör, Bülent, Yerel Kongre İktidarları, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.

Tanör, Bülent, Kurtuluş Kuruluş, 8. Baskı, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2007.

Tanör, Bülent, Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri, 27. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.

Tunaya, Tarık Zafer, Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938), 2. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, İlk Meclis ve Millî Mücadele’de Anadolu, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1990.

Yazıcı, Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

Yılmaz, Harun, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 110, 2014, ss. 219-240.

Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi

M. Onursal CİN 

Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, onursalcin1@gmail.com (Yazar / Corresponding Author)

Tuba GÜNBEY 

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lisans Öğrencisi, h.tubagunbey@gmail.com.

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 11.05.2021 Kabul: 12.06.2021 Yayın: 12.06.2021	Son yıllarda çalışma hayatı içerisinde adı sıklıkla duyulan Mobbing kavramı, iş yeri barışı ve istihdam edilenlerin adil şartlarda huzurla çalışmalarına yönelik en büyük sorundur. Her ne kadar konu İş Hukuku'nun ilgi alanı içerisinde görünse de mobbing mağduruna karşı ika edilen fiiller Ceza Hukuku açısından da haksızlık teşkil etmektedir. Bu sebeple Türk Ceza Kanunu içinde mobbing oluşturan sistematik davranışlara yönelik pek çok suç tipi bulunmaktadır. Bununla beraber Fransa hariç Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dahil olan ülkelerin Ceza Hukuku mevzuatlarında bağımsız bir mobbing suçu düzenlenmemektedir. Türk Ceza Hukuku doktrini de buradan hareketle, kanunda ayrıca bir düzenleme yapma gereğine inanmamaktadır. Oysa söz konusu ülkelerde yargı uygulamacıları mobbing oluşturan davranışlara karşı bilinçli ve hassas olduklarından bu tip fiilleri Federal Ceza Kanunlarındaki ilgili hükümlerle cezalandırmaktadırlar. Oysa ülkemizdeki mahkeme uygulamalarında failin fiilinin mobbing oluşturduğuna dair bir gerekçeli karara rastlanmamaktadır. Her ne kadar bazı Yargıtay kararlarında azınlık görüşü olarak göze çarpsa da bu durum hızla değişmelidir. Çalışma Bakanlığının verilerine göre ülkemizde istihdam edilenlerin yaklaşık yüzde kırkının mobbinge maruz kaldığı gerçeği karşısında, Ceza Mahkemelerinin bu konuda bilinçlenmeleri büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmamızda yargı uygulamamızın en az mobbing kavramı kadar kendini yabancı hissettiği ve az baş vurduğu, TCK nun 96.maddesinde düzenlenen Eziyet suçu çerçevesinde mobbing kavramına büyüteç tutulmuştur. Çalışmanın sonunda da önerildiği üzere, Ceza Kanununda bağımsız bir mobbing düzenlemesi yapılması pek çok sorunu çözecektir kanaatindeyiz.
Anahtar Kelimeler: Mobbing, Eziyet, Çalışma Hayatı, Süreklilik, Psikolojik Taciz.	

Evaluation of Mobbing Behaviors in Terms of Torment Crime

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 11.05.2021 Accepted: 12.06.2021 Published: 12.06.2021	The concept of mobbing, which is frequently heard in business life in recent years, is the biggest problem for workplace peace and the peaceful work of the employed under fair conditions. Although the issue seems to be within the scope of Labor Law, the acts committed against the victim of mobbing constitute unfairness in terms of Criminal Law. For this reason, there are many types of crimes in the Turkish Penal Code for systematic behaviors that constitute mobbing. However, an independent mobbing crime is not regulated in the Criminal Law legislation of the countries included in the Continental European Legal System, except for France. Based on this, the Turkish Criminal Law doctrine does not believe in the need to make a separate regulation in the law. In fact, since the judicial practitioners in these countries are conscious and sensitive to behaviors that constitute mobbing, they punish such acts with the relevant provisions in the Federal Criminal Laws. Besides that, in court practices in our country, there is no reasoned decision stating that the act of the perpetrator constitutes mobbing. Although it stands out as a minority opinion in some Supreme Court decisions, this situation should change rapidly. According to the data of the Ministry of Labor, it is of great importance for the Criminal Courts to be aware of the fact that about forty percent of those who are employed in our country are exposed to mobbing. In this study, the concept of mobbing has been magnified within the framework of torment crime regulated in Article 96 of the Turkish Penal Code, which our judicial practice feels as alien as the concept of mobbing and applied less frequently. As suggested at the end of the study, we believe that making an independent mobbing regulation in the Criminal Code will solve many problems.
Keywords: Mobbing, Torment, Perception, Business Life, Continuity, Psychological Harassment	

Atıf/Citation: Cin, M.O. Günbey, T. (2021), Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s.147-169.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Günümüzdeki çalışma hayatında, iş gücünü oluşturmak ve oluşturulan iş gücünden verim sağlamak amacıyla sürdürülen ilişkiler, hiyerarşik bir şekilde yapılandırılmış kurum ortamında, giderek karmaşık güç ağlarının içinde görünüm bulmaktadır. Söz konusu ilişkiler çerçevesinde çalışanların işyerindeki güç dengelerini algılamaları önemli bir mesele haline gelmiştir. Bu çerçevede çalışanlar güç dengelerine göre pozisyon almakta ve iş hayatlarına bu pozisyonu koruma gayreti içerisinde devam etmektedirler.

Keza 21.yüzyılda iş ilişkilerinin giderek karmaşıklaşan ekonmik yapı ve büyüyen iş kolları nedeni ile çok daha yoğun ve karmaşık hale geldiği de ifade edilmelidir. Bu yoğun ve karmaşık yapının zaman içerisinde başkaca sorunlar doğurabileceği ortadadır.

Kişinin çalışma hayatına adım atması ile birlikte çatışma ve rekabetin oluşmaya başlaması normaldir. Çalışma hayatında rekabet ve çatışma olmazsa iş hayatında güdülen amaçlara ulaşmak; güdülen amaçların gerçekleşmesiyle birlikte ise bu amaçların hayatın bütün yönlerine katkısından bahsetmek ihtimal dâhilinde olmayacaktır. Çalışma hayatında bazen bireyler sahip oldukları işi kaybetmemek, yeni gelen rakipleri saf dışı bırakmak için birbirlerine etik dışı davranışlar sergilerken anormal bir durumun var olduğunu görmemezlikten gelebilmektedirler. İnsanların birbirine uyguladıkları manevi şiddetin genel bir hal alması bunun neticesinde mağdurların psikolojik veya bedensel rahatsızlıklar yaşamaları, sosyal alanda itibar kaybı, işten ayrılmak zorunda kalan kişinin maddi sıkıntıları ve tedavi masrafı gibi mağdur açısından ekonomik zararlar da ortaya çıkarabilmektedir¹. Kısaca iş yaşamında bu rekabet veya çatışma olgularında sınırın aşılması durumunda ortaya çıkan davranışların mobbinge vücut verip vermeyeceği; vermesi halinde ortaya çıkan sonuçların hukuk nezdinde telafisi önem arz etmektedir.

Her mobbing vakasının kendine özgü nitelikleri bulunmaktadır. Birbirine benzeyen mobbing vakaları arasında bile karakteristik farklılıklar vardır. Mağdur bireyin özellikleri (işyerindeki pozisyonu, sosyal çevresi, kişilik gelişimi gibi) mobbinge karşı verilecek mücadelenin şeklini belirleyebilmektedir. Örneğin, aynı eğitim seviyesinde olan ve aynı iş tecrübesine sahip benzer pozisyondaki iki birey arasında mobbingin algılanması, yorumlanması, yaşamdaki etkilerini ayırt edilmesi ve eldeki verilerin değerlendirilmesi suretiyle bir yol haritası çizilmesi becerisi birbirinden farklılık gösterebilir².

Esasen mobbing davranışlarının amacı hedef alınan kişi ya da kişileri zayıflatmak, duygusal açıdan yıpratmak ve yıldırma³. Bunun yanı sıra mobbing işçilerin işten ayrılmaya zorlanması ve bu çerçevede işçilere tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulma gibi özel amaçlarla da icra edilebilmektedir.

Mobbingin, işyerlerinde fiziksel ve cinsel tacize göre daha sıklıkla karşılaşılan bir vaka olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle mobbingin fiziksel ve cinsel tacize nazaran çalışanları

¹ Kuzgun, İmge. (2014), *Türk Ceza Hukuku Açısından Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 419171, s.1.

² Çabuk, Çağlar, “Mağdurun Mobbinge Mücadelesi ve Çözüm Üretme Süreci”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S. 11, Y.2009, s.79.

³ Ermumcu, Senem. (2011), *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Doktora Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 292990, s.2.

psikolojik olarak da fazla yıpratıldığı da söylenebilir. Gerçekten Mobbingin sistematik olması ve belirli bir süre devam etmesi mağdur üzerinde fiziksel ve psikolojik açıdan ciddi etkiler bırakmaktadır. Bu etkilere verilen hukuki tepkilere bakmak gerekirse öncelikle Amerika’da ve Avrupa’da 1990’lı yılların başında mobbing, hukuk literatürüne girmiş ve mobbing mağdurların korunması amacıyla gerekli yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Türkiye’de ise mobbing olgusu 2006 yılından bu yana tanımlanmaya ve özellikle hukuksal açıdan değerlendirilmeye çalışılmaktadır⁴.

Mobbing olgusunu tanımlamak her zaman kolay olmayabilir. Zira bazen tek başına şiddet veya psikolojik taciz olarak kabul edilemeyecek davranışlar sistematik bir şekilde uygulandığında bu sonucu doğurabilir⁵. Bazen de mobbing süreci içerisinde örnek verilen davranışlar sistematik olarak uygulanmadığı için failin eylemleri mobbing sayılmayabilir. Mobbingi oluşturan davranışların bir kısmının Türk Ceza Kanunu açısından suç teşkil ettiği de bir gerçektir⁶. Mobbingin iki önemli özelliği bulunmaktadır. Birinci olarak mobbingi oluşturan davranışlar sistematiktir ve süreklilik arz eder. İkinci olarak ise söz konusu davranışlar nihayetinde bir insan davranışı olarak karşımıza çıkar. Bahsettiğimiz üzere bu bireysel davranışların aynı davranış yahut farklı davranışların silsile şeklinde bir araya gelmesi sonucu çoğu zaman mobbing olgusu açığa çıkmaktadır. Oysa ceza hukuku, belirli bir süreç içerisinde gerçekleştirilen farklı davranışları bir bütün olarak ele almamakta, her davranışı kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirmektedir. Mobbingin ceza hukukunda tanımlanmasındaki sorun, mobbingi oluşturan davranışların ayrı ayrı değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Aşağıda da ele alacağımız üzere, mobbingi oluşturan davranışların birbirinden bağımsız olarak ele alınması, birçok davranışın ceza hukuku bakış açısıyla kavranması da imkansız kılmaktadır. Bu çalışmanın amacı da Türk Ceza Hukuku mevzuatında yer alan düzenlemeler çerçevesinde mobbing teşkil eden davranışların değerlendirilmesidir. Bu çerçevede çalışmada mobbingi oluşturan davranışlar Türk Ceza Kanunu’nun 96.maddesinde yer alan eziyet suçu çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. Tanım ve Kavram

Öğretide mobbingin hukuksa bir kavram olmadığı belirtilmektedir⁷. Latince “kararsız kalabalık” anlamına gelen “mobile vulgus” sözcüklerinden türeyen “mob” sözcüğü, İngilizce “kanun dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık” veya “çete” anlamına gelmektedir. “Mob” kökünün İngilizce eylem biçimi olan “mobbing” ise; “*psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme*” anlamına gelmektedir⁸. Mobbing kelimesinin karşılığı olarak Türkçe’de

⁴ Arslan Ertürk, Arzu. “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı) (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan)*, C.20, S.1, Y.2014, s.286.

⁵ Doğancı, Doğa Ekrem/ Çakrak, Recep. “Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve İspat Yüğü”, *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, S.6, Y.2016, s.78-79.

⁶ Taşkın, Ahmet. “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.44, C.1, Y.2015, s.221.

⁷ Ünver, Yener. “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.11, Y.2009, s.101.

⁸ Tmaz, Pınar, “İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S. 11, Y.2009, s.11; SAVAŞ, Fatma Burcu: *İşyerinde Manevi Taciz*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.5; Lokmanoğlu, Salim Yunus: *İşyerinde Psikolojik Taciz-Mobbing-*, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 20; Tutar, Hasan/ Uslu Ferhat, *Mobbing Hukuku(Mobbing, Hukuksal Sonuçları ve Mobbing ile İlgili Yargı*

işyerinde psikolojik taciz ifadesi kullanılabilir⁹. Mobbing tüm iş sektörlerinde, çalışanların birbirleri arasında veya çalışanlarla üst konumda bulunanlar ve işverenler arasında gerçekleşen hukuka aykırı, kaba ve etik olmayan davranışların sergilendiği bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰.

Mobbing ilk olarak hayvanlar dünyası için kullanılmış bir kavramdır¹¹. Bilahare bu kavram okul yaşamında çocukların zorbalıkları ve tacizleri için kullanıldığı ifade edilmektedir¹². 1976’ da Carroll Brodsky, “The Harassed Worker”(Tacize Uğrayan İşçi) adlı kitabında ”harassment”(taciz) sözcüğünü kullanmış ve bu sözcüğü “*bir birey tarafından işyerindeki bir başka bireye karşı, onun canını sıkmak, umutsuzluğa düşürmek, bezdirmek, gözünü korkutmak amacıyla yapılan kalıcı ve tekrarlanan bir davranış tarzı*” olarak tanımlamıştır¹³. İşyerinde mobbing, kavram olarak ilk kez 1984’te İsveç’te “İş Hayatında Güvenlik ve Sağlık” konulu rapor kapsamında Heinz Leymann tarafından ortaya atılmıştır. Leymann mobbingi “bir veya birkaç kişi tarafından genellikle bir kişiye karşı sistematik bir biçimde uygulanan, onu çaresiz ve savunmasız konuma iten, düşmanca ve etik olmayan bir iletişim biçimi” olarak tanımlamıştır¹⁴. Leymann, iş yerinde mobbing davranışlarını örneklemekle kalmamış, davranışın özel niteliklerine, ortaya çıkış şekline, uygulanan şiddetten en fazla etkilenen kişilere, doğabilecek sonuçlara da rapor da yer vermiştir¹⁵. 1993 yılında İsveç’te çıkarılan “İşyerinde Kişilerin Mağdur Edilmesi” adlı kanunla mobbing ilk kez yasal olarak düzenlenmiştir. 1998 yılında, Uluslararası Çalışma Örgütü(ILO) “Violence at Work (İş Yerinde Şiddet)” adlı kapsamlı bir rapor yayınlarak, mobbing olgusuna dikkat çekmiştir¹⁶.

Türkiye’de mobbing tanımını ilk defa 2008 yılında Ankara 8. İş Mahkemesi’nin Yargıtay tarafından da onanan kararında görmekteyiz. Bu tanıma göre mobbing, “İşçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işverenden veya işveren vekilleri tarafından gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tarif edilmiştir¹⁷. Yine bir Yargıtay kararında¹⁸ “anlılık öfke ile süreklilik göstermeyen geçici davranışların psikolojik taciz olarak nitelendirilmeyeceğini” belirtilmiştir. Bir davranışın psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için sistematik, sürekli ve kasıtlı olması ayrıca

Kararları), Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2018, s.21; Palabıyık, Burak Buğra, *Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı*, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2019, s.19.

⁹ TBMM Mobbing Alt Komisyonu Raporu, Nisan 2011, s.6; Kantarcı, Nihan Gizem (2016), *Türk İş Hukukunda Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 428465, s.4.

¹⁰ Ulusoy, Zeynep Duygu. “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.105, Y.2013, s.130.

¹¹ Ermumcu, s.5.

¹² Çakır, Gamze (2015), *İş Sağlığı Güvenliğinde Psiko-Sosyal Faktör Olarak Mobbing: Ofis Çalışanları Üzerine Bir Araştırma*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 426640, s.31.

¹³ Tınaz, s.12.

¹⁴ Sağun, Aslıhan (2015), *İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Hukuksal Temelleri Ve Sonuçları*, Ulusal Tez Merkezi, 405543, s.10; Arslan Ertürk, s.290; TBMM Mobbing Alt Komisyonu Raporu, Nisan 2011, s.5; Demir Şamil, “Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, Y.2009, s.140.

¹⁵ TBMM Mobbing Alt Komisyonu Raporu, Nisan 2011, s.5.

¹⁶ Kaya, Ahmet. (2013), *Yargı Teşkilatında Mobbing Algısı, Tutumu Ve Deneyimi*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 331988, s.12.

¹⁷ Y.8.HD E.2008/3122 K.2008/4922 aktaran: Dabakoğlu, Abdul Vahap. (2019), *Kişiliğin Korunması Hükümleri Çerçevesinde Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 585089, s.4.

¹⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/17859 K. 2016/17644 T. 11.10.2016, (<https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2016-17859-k-2016-17644-t-11-10-2016/2636058/12.04.2020>).

hareketin amacının da doğru tespit edilmesi gerektiği dile getirilmiştir¹⁹. Çünkü psikolojik tacizde amaç, iş ilişkisi içinde bulunan kişiden kurtulmak veya ona zarar vermek, onu yıldırmaaktır.

Mobbing kavramının ILO'daki tanımında ise; “zalimce, kötü niyetli ve aşağılayıcı girişimler yoluyla bir bireye veya bir gruba zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranışları” psikolojik taciz olarak nitelendirmektedir²⁰. ILO'nun İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 numaralı Sözleşmesinde sağlığın tanımında, “*sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil aynı zamanda, sağlığı etkileyen fiziksel ve zihinsel unsurları da kapsar*” denilmek suretiyle, kişinin Anayasa'nın 17/1 maddesi kapsamında korunan “manevi bütünlüğü”nü iş alanında korunması amaçlanmıştır. Mobbingin 2011'de Başbakanlık tarafından yayınlanmış²¹ genelgedeki tanımında ise; “*olgunun kasıtlı ve sistematik bir surette belli bir zaman dilimi boyunca süregelen, çalışanın; aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırlması vb. şekillerde ortaya çıkan davranışlar*”, mobbing olarak nitelendirilmektedir²². Ayrıca Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinin (g) bendinde, işyerinde mobbing, “*bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler*” şeklinde ifade edilmiştir²³.

Anlık gerçekleştirilen davranışların işyerinde mobbingi oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Bu çerçevede mobbing ancak sistematik davranışlardan oluşan bir süreçtir²⁴ ve bu süreç, kişiye yönelik mobbingi oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesi ile başlamaktadır. Mobbing amcaları ve ortaya çıkma nedenleri bakımından öğretide şu hususlar sayılmaktadır: “*Bireyi grup kuralını kabul etmeye zorlama, düşmanlıktan zevk alma, can sıkıntısı, ön yargıları pekiştirme, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, sahip olmadıklarının acısını çıkarma, bencillik, işçi için çalışma ortamını katlanılmaz bir duruma getirme, yıldırma ve kendi inisiyatifi ile işten ayrılmasını sağlama*”. Mobbing, içerisinde birçok davranışı barındırmaktadır. Bu çerçevede mobbingin mağdurun kendisini bilinçli ve sistematik olarak dışandığını hissetmesine neden olan davranışları içeren bir üst kavramdır²⁵.

Taşkın'a göre mobbingin söz konusu olabilmesi için:

“-Fail, aynı işyerinde işveren veya çalışan olmalıdır,

-Fail, bir veya birden fazla gerçek kişidir,

¹⁹ Hüseyinli, Namık/ Aslanatabay, Hatice. “Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.2, Y.2017, s.611.

²⁰ Arslan Ertürk, s.290.

²¹ 19/03/2011 tarih ve 27879 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi.

²² Özer, Ömür. İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Tacizin İş Hukukuna Bakan Yönü İle Analizi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2017 Ulusal Tez Merkezi, s.8; Özen, Kasım Samet. (2019), *İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Mobbing Faktörü Ve Çalışma Hayatına Etkisi: Ostim Sanayi Bölgesi Uygulaması*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 601113, s.25.

²³ Özer, s.9; Dabakoğlu, Abdul Vahap. (2019), *Kişiliğin Korunması Hükümleri Çerçevesinde Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, s.3 Ulusal Tez Merkezi, 585089.

²⁴ Yuvalı, Ertuğrul. “Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı)*, C.2, Y.2015, s.728

²⁵ Erdem, Mustafa Ruhan/ Parlak Benay. “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.88, Y.2010, s.264-265.

- Eylemler sık, sürekli ve sistematik olmalıdır,
- Mobbingi oluşturan söz ve hareketler belli bir amaç dâhilinde yapılmalıdır,
- Eylem veya davranışlar zarar verici nitelikte olmalıdır,
- Eylemler haksız olmalıdır,
- Güçler arası denge olmamalıdır”²⁶.

İşyerlerinde mobbing kavramı içerisinde ele alınabilecek bazı davranışları ifade etmek için mobbing deyimini yanında kullanılan *bullying*, *bossing*, *stalking*, *staffing*, *straining* ve *psikolojik baskı* kavramlarının de açığa kavuşturulması gerekmektedir. *Bullying*'de fiziksel saldırı ve tehdit gibi eylemler önplanda iken; mobbing'de psikolojik nitelikte bir saldırılar önplandadır²⁷. İskandinav ülkelerinde *mobbing* ifadesi kullanılırken Amerika, Kanada ve İngiltere'de *bullying* deyiminin kullanılması yeğlenmiştir²⁸.

Bossing ise işyerinde üst konumundaki kişi tarafından asta karşı yapılan²⁹; *staffing* ise çalışanlar tarafından işveren ve amire yönelik yapılan psikolojik taciz için kullanılan bir kavramdır³⁰. Buna karşılık *stalking*, “bir insanı kötü niyetli ve planlı olarak ısrarcı ve birçok defa tekrarlanan davranışlarla taciz ve tedirgin etmek” anlamında iken³¹; Herald Ege tarafından literatüre kazandırılan *straining*, “mağdurun işyerinden izole edilmesinin bir türü olup kıymetsiz işler verilerek, bilgisayar, telefon gibi imkânları alınarak işe katılımı engellenerek mağdurun kendisini cezalandırılmış hissetmesine yol açılmasıdır”. Mobbing olgusunda birden fazla *straining* bulunabilir ve *straining* genellikle mobbingden hemen önce gerçekleşir³².

Mobbing ile psikolojik baskı kavramlar birbirleri ile yakın ilişki içerisinde dirler. Psikolojik baskı, insanın iradesi, düşünceleri veya duyguları üzerinde yapılan zorlayıcı eylemlerden oluşur. Psikolojik baskı tek başına mobbing oluşturmaz. Psikolojik baskı niteliğindeki hareketler mobbingi oluşturan hareketler olabilir. Buna karşılık psikolojik baskı niteliğindeki hareketler sistematik ve süreklilik arz eden bir hale gelmediği müddetçe mobbing olarak nitelendirilmemektedir³³.

Önemle belirtilmelidir ki mobbing yalnızca işveren tarafından işçiye veya amir tarafından memura karşı gerçekleştirilen bir eylem değildir. Aynı derecede bulunan kişilerin birbirlerine karşı veya astın üste karşı da mobbing teşkil eden davranışlarda bulunabilmesi mümkündür³⁴. Ekseriyetle çalışma yaşamında mobbing davranışları dikey, düşey ve yatay mobbing olmak üzere

²⁶ Taşkin, Ahmet. “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, s.226 vd.

²⁷ Tınaz, s.12.

²⁸ Çopur, Fatma. (2017), *Mobbingin Çalışanlar Üzerindeki Etkileri: Türk Hukuk Sisteminde Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 469812, s.10; Vatanoğlu, Elif. “İşyerinde Duygusal Taciz (Mobbing) ile İlgili Araştırma Perspektifleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.11, Y.2009, s.86-87.

²⁹ Ergin, Hediye. “İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları- Türk Hukuku, Alman Hukuku ve Yargı Kararları Işığında Bir İnceleme-“, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.11, Y.2009,s.161; Yardımcıoğlu, Didem, “Türk İş Hukukunda İşyerinde Şiddet ve Uygulanacak Hukuki Yapıtlar”, *International Journal of Social and Humanities Sciences*, C.2, S.2, Y.2018, s.151.

³⁰ Erdem/ Parlak, s.265.

³¹ Çopur, s.10; Erdem/ Parlak, s.265; Çakır, s.30; Ünver, s.109.

³² Dabakoğlu, s.12.

³³ Taşkin, “Mobbing Davalarında İspat Sorunu”, s.403-404.

³⁴ Erdem/ Parlak, s.265; Ergin, s.161.

üç şekilde görülmektedir. Üst konumda yer alanların astlarına yönelik olarak gerçekleştirdikleri davranışlar, düşey mobbing; aynı konumda çalışan kişilerin birbirlerine uyguladıkları davranışlar, yatay mobbing; aralarında ast-üst ilişkisi bulunan çalışanların üstlerine uyguladıkları mobbing davranışları ise dikey mobbing olarak nitelendirilmektedir³⁵.

II. Mobbing Oluşturan Davranışlar

Mobbing modern bir savaştır. Fail, yaptığı hareket ve haksızlıkların gizli kalması ve dikkat çekmemesi için çaba harcar. Fail mobbing davranışlarını uygularken, bir yandan mağdura hedef olduğunu ve mağdurun işyerinde istenmediğini düşündürürken diğer yandan da bu davranışların haksızlığının diğer kimselerce öğrenilmemesi için özen gösterir. Mağdur ve bunun bir şekilde farkında olan diğer kişiler sessiz ve tepkisiz kaldıkça, fail uyguladığı davranışların şiddetini ve yoğunluğunu daha da artırır³⁶.

Mobbing, kısır bir döngüdür ve bu döngüyü belirleyebilmek için etkenlerin bütünü ile bunlar arasındaki ilişki tespit edilmelidir. Bu hususta farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Sistem yaklaşımı bütün ve parçalar arasındaki ilişkiyi inceler. Bireyler çevrenin bir parçasıdır ve çevre ile ilişki içerisindedir. Bir sorunun varlığı halinde sistemin bütün parçalarının bu duruma katkısı bulunduğu kabul edilir. *Sistem yaklaşımında*, insan davranışlarının nedenleri değil, bütünü meydana getiren parçalarla olan ilişkileri kavramaya çalışılır. Kısaca sistem, tek tek parçalar yerine bütünle ve bütün içindeki ilişkilerle ilgilenir³⁷. Mobbing sürecinin kavranabilmesi için bu süreci oluşturan ve bu sürece şeklini veren davranışlar bilinmelidir³⁸.

Aşağıdaki davranışlar mobbinge örnek olarak gösterilmektedir:

-*Çalışanların kendilerini ifade etmesini önlemeye yönelik saldırılar* (“kendisini ifade etmeyi sınırlama, sürekli sözünün kesilmesi, bağırarak ve yüksek sesle sövmek, işyerinde ve özel yaşamında sürekli eleştiri, telefon terörü, sözlü ve yazılı tehdit, doğrudan muhatap almamak suretiyle ve aşağılayıcı bakış ve mimikler ile iletişimi engelleme.”)

-*Çalışanların sosyal ilişkilerine yönelik saldırılar* (“konuşmama, konuşmasına izin vermeme, diğer çalışma arkadaşlarından uzak bir büroda çalıştırma, çalışma arkadaşlarıyla ve ilgiliyle konuşmayı yasaklama, yokmuş gibi davranma”)

Çalışanların sosyal itibarına yönelik saldırılar (“arkadan konuşma, asılsız söylenti, gülünç duruma düşürme, akıl hastası olduğunu isnat etme, psikiyatrik muayeneye zorlama, bedensel ve manevi zayıflıklarıyla alay etme, sesini, konuşmasını, yürüyüşünü taklit etme, siyasi görüşüne ve dini inancına saldırı niteliğinde ağır eleştirilerde bulunma, özel hayatı ve milliyeti ile alay etme, çalışma yaşamındaki saygınlığını zedeleyecek işleri yapmak zorunda bırakma, yaptığı işleri, haksız ve art niyetli bir şekilde ve ağır bir dille eleştirme, aldığı kararlara şüphe ile yaklaşma veya kararlarına sürekli itiraz etme, küfür ve hakaret etme, cinsel tacizde bulunma.”)

³⁵ TBMM Mobbing Alt Komisyonu Raporu, Nisan 2011, s.10.

³⁶ Kuzgun, s.26.

³⁷ Gümüş, Özgen Tuğçe. (2015) *Psikolojik Taciz (Mobbing): İnsan Hakları İhlallerinin Yeni Bir Biçimi*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 405544, s.28.

³⁸ Karakuş, Hatice. “Bir İçerik Analizi Örneği: Çalışma Hayatında Mobbing Olduğuna Kanaat Getiren Yargıtay Kararları” *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.6, S.28, Y.2013, s.183; Savaş, s.20; Erdem/Parlak, s.266.

Çalışanların yaşamına ve mesleki kariyerine yönelik saldırılar (görev vermeme veya görev almasını engelleme, yeteneğinin çok altında veya gücünün çok üzerinde ve gereksiz veya anlamsız işler verme veya aşağılayıcı işler verme, sürekli yeni görevler verme.)

Çalışanların sağlığına yönelik saldırılar (“sağlık açısından zararlı işlerde çalışmaya zorlama, fiziksel şiddet, mağdura zarar vermek için emeğini kullanma ve masraf yaptırma, evine ve işyerine zarar verecek şeyler yapma, cinsel saldırıda bulunma.”)

Söz konusu davranışlardan sadece birisi veya birden fazlası bir araya gelerek mobbingi oluşturabilir. Ancak bunun için söz konusu hareketler sistemli olarak tekrar edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Keza söz konusu hareketlerin mobbing olarak kabul edilebilmesi için bu davranışlara maruz kalan kişinin bu davranışlar nedeniyle rahatsız olması da gerekmektedir. Yukarıda sayılan davranışlar bireyin yapısı nedeniyle bireyi rahatsız etmeyebilir. Söz konusu davranışların mobbing olarak kabul edilmesi için bireyi iş^{39,40}.

III. Hukuki Düzenlemeler

Mobbing çalışma hayatının başlangıcından bu yana varlığını sürdürmüş bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu olgu gerek uluslararası gerekse ulusal çapta hukuki açıdan öneme ve düzenlemelere son dönemde kavuşmuştur.

Uluslararası bir kaynak olarak Avrupa Konseyi tarafından 1996’da yürürlüğe konan “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” Türkiye tarafından 2007 yılında mobbinge ilişkin “onurlu çalışma hakkı”nı düzenleyen maddeye çekince konmadan onaylanmıştır. “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın” 26.maddesinin birinci fıkrasında cinsel tacize ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte ikinci fıkrada ise cinsel tacizin kapsamı içinde olmayan sözlü taciz ve kasıtlı yıldırma hareketleri düzenlemeye tabi tutulmuştur. İkinci fıkrada açık şekilde mobbingden bahsedilmese de mobbing insan onuruyla bağdaşmayan bir kavram olarak nitelenmekte ve hükme bağlanmaktadır⁴¹.

İç hukukumuzda etki eden bir diğer uluslararası kaynak da Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi’nin 5 Temmuz 2006 tarihli “İstihdam ve İş Yaşamında Kadınlar ve Erkekler

³⁹ Yenerer Çakmut, Özlem. “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.11, Y.2009, s.130; Tınaz, s.18.

⁴⁰ Öğretide mobbing süreci aşamalara ayrılmaktadır Buna göre :

“1. Aşama çatışmadır. Çalışma hayatında çatışmaların varlığı aslında doğaldır. Dolayısıyla çatışma ancak mobbing sürecinin tetikleyicisi olarak dikkate alınır. Çatışma sonrasında gösterilecek aşırı tepkiler nedeni ile mobbing süreci başlayabilir.

2. aşama ise psikolojik saldırıların başlamasıdır. Bu evrede iş hayatında doğal olarak var olan çatışmalar artık bir tarafın diğer taraf üzerinde psikolojik tacizine dönüşerek süreklilik arz etmeye başlar.

3.aşamada yönetimin devreye girebileceği kabul edilir. Ancak bu noktada yönetimin negatif veya pozitif bir tavır takınabilmesi mümkündür.

4. aşamada ise mağdurun yaşadığı ızdıraplara yeni bir tanesi daha eklenir. Mağdur işyerinde damgalanır. Böylelikle hem önceki çektiği sıkıntıları paylaşacak ve kendisine destek olacak bir kişiyi bulamaz hem de yalnız bırakılmanın ve kötü anılmanın oluşturacağı yeni bir travma ile karşılaşır.

Son aşama olan 5.aşamada ise mağdur işten kovulur veya istifa eder. Bu da daha önce çektiği elemelerin üzerine yeni bir psikolojik travma yaşatacaktır., Dalgaldere, Ayşegül (2019), *Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz(Mobbing)*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, s.29-30; Kaya, s.60-61.

⁴¹Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olmasının dayanağı AY m.90/5 gereğince 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı iç hukukumuzda dâhil olmuş ve bağlayıcılık kazanmıştır.

Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkesi” başlıklı yönergesidir. Yönergede taciz ve cinsel tacize ilişkin ayrı tanımlamalar yapılmış ve üye devletlere eşit davranma ilkesinin uygulanmasının herkesi kapsayacak şekilde yasal altyapı oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir.

İç hukukumuzdaki gelişmelere baktığımızda ilk olarak 19 Mart 2011’de 27879 sayılı Resmi Gazete ‘de “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbingin) Önlenmesi” başlıklı Başbakanlık Genelgesi yayınlanmıştır. Genelge, kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde meydana gelen mobbing ve önlenmesine yönelik tedbirler üzerinde durmaktadır.

Yine 2011 yılında TBMM bünyesinde Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri” adıyla bir komisyon raporu yayınlanmıştır.

Mevzuatımızda 2012 yılına kadar mobbinge ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. 6098 sayılı 2012 yılında yürürlüğe giren Yeni Borçlar Kanununun 417. Maddesi Türk Hukukunda mobbinge ilgili ilk yasal düzenlemedir.

Bu düzenlemenin yanında 2016’da yürürlüğe giren “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu” da mobbinge ilişkin düzenlemelere yer vermektedir.

Bahsi geçen düzenlemelerin yanında mevzuatımızda mobbinge ilişkin açık ve doğrudan düzenlemelerin yeterince bulunmaması söz konusu olmakla birlikte mobbinge yönelik koruma ve yaptırım sağlayan hukuki dayanakların mevcut olduğu görülmektedir⁴². Mobbingi oluşturan davranışlar aynı zamanda temel hak ve hürriyetlerin ihlali anlamına da gelmektedir. Bu itibarla mobbingi oluşturan davranışlar, Anayasa ile güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ile 10, 12, 17, 18, 20, 24/3 ve 25inci maddelerinde düzenlenen hakların ihlal etmektedir

Bunun yanı sıra mobbingi oluşturan davranışlar bir sosyal hak olarak düzenlenen çalışma hürriyetini (AY m.49) de ihlal etmektedir⁴³.

Mobbing davranışı mağdurun kişilik haklarını da ihlal ettiğinden TMK’ da uygulama alanı bulacaktır. TMK mobbingi açık şekilde hüküm altına almamakla birlikte mobbing oluşturan davranışların kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilebileceğinden bu kanun kapsamında da koruma sağlanabilecektir⁴⁴.

Mobbing 4875 sayılı İş Kanununda tanımlanmış ve yasal düzenlemeye bağlanmış bir kavram değildir. Buna karşılık mobbingi oluşturan davranışların İş Kanununda mutalaka bir karşılığı bulunmaktadır. Özellikle İş Kanununun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5.maddesinin esasında mobbing teşkil eden bütün davranışları yasakladığı kabul edilebilir⁴⁵.

IV. TCK çerçevesinde Mobbing

Mobbing sürecindeki davranışlar farklı şekillerde meydana gelmektedir. Bu davranışlar bir bütün olarak mobbing sürecini ifade eder. Ceza hukuku açısından süreç içerisinde gerçekleşen

⁴² Ürgenç, Candan(2018), *İşçi İşveren İlişkilerinde Mobbing*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ulusal Tez Merkezi, Ulusal Tez Merkezi 517809, s.45 vd.

⁴³ Erdem/Parlak, s.268.

⁴⁴ Ürgenç, s.54.

⁴⁵ Erdem/Parlak, s.268.

bu davranışlar bir bütün olarak değil bireysel olarak göz önünde bulundurulmaktadır. Bu bakımdan iş yaşamının bir parçası niteliğindeki olağan çatışma ortamının getirdiği ve mobbing sürecinin başlangıcına zemin hazırlayan hatta ilk aşamalarında varlık gösteren birtakım davranışlar ceza hukuku açısından önem arz etmemektedir. Süreci oluşturan davranışların ceza hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi bir ceza normunu ihlal edecek ağırlık taşıması, ceza kanunları tarafından söz konusu davranışın suç olarak düzenlenmesi ve suçun unsurlarının ve cezalandırılabilirliğin şartlarının gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır. Ceza hukukunun amaçlarından birisi de cezalandırılabilir davranışları yaptırıma bağlamaktır. Bu durum mobbing için genellikle sürecin ilerleyen aşamalarında yani çatışmanın bağımsız bir nitelik kazanmasıyla meydana gelmektedir.

Mobbingin oluşabilmesi için de ahlak dışı bir yıldırı davranışı, bu davranışın sistematik olması, sürekliliği ve kast unsurlarının bulunması gerekir. Davranış unsurunun çeşitliliği, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş suç tiplerinden birinin kapsamına girmesi sonucunu doğurabilmektedir⁴⁶.

Mobbing sürecinde gerçekleştirilen davranışlar, farklı suç tiplerinin oluşmasına neden olabilir: “İntihara Yönlendirme” (TCK m.84), “Kasten Yaralama” (TCK m.86), “İşkence” (TCK m.94), “Eziyet” (TCK m.96), “Cinsel Saldırı” (TCK m.102), “Cinsel Taciz” (TCK m.105), “Cebir” (TCK m.108), “Nefret ve Ayırmacılık” (TCK m.122), “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma” (TCK m.123), “Hakaret” (TCK m.125), “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” (TCK m.132), “Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenilmesi ve Kayda Alınması” (TCK m.133), “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” (TCK m.134), “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi”, “Hukuka Aykırı Biçimde Ele Geçirme veya Yok Etme” (TCK m.135-140), “Teşhircilik” (TCK m.225), Müstehcenlik(TCK m.226), “Kötü Muamele” (TCK m.232), “Bilişim Alanındaki Suçlar” (TCK m.243-246).⁴⁷

VI. Mobbing Oluşturan Davranışların Eziyet Suçu(TCK/m.96) Çerçevesinde Değerlendirilmesi

5237 sayılı TCK'da mobbingi karşılayan bir suç tipi düzenlenmemektedir. Bununla birlikte sürecin içinde gerçekleştirilen bazı eylemler bağımsız şekilde kişilik haklarının ihlal edebilir. Mobbing oluşturan davranışların kişilik haklarını ihlali etmesi durumunda TCK m.96'da düzenlenen “Eziyet Suçu” da mobbing davranışı sonucu oluşan suçlar arasında değerlendirilmektedir⁴⁸. Bir kimsenin kişiliğine, onuruna veya fiziki ve ruhsal bütünlüğüne zarar veren her davranışın mobbing olarak nitelendirilemeyeceği aşıkardır. Kanaatimizce, mobbingi oluşturan davranışlar “bir bütün olarak” ele alınmalıdır. Küçük birer çatışma olarak başlayan eylemler, mobbing süreci ilerledikçe –eylemler sürekli olunca ve sistematiklik kazanınca- bağımsız birer nitelik kazanabilmekte; eziyet suçuna ve diğer ilgili suç tiplerine vücut

⁴⁶ Ürgenç, s.59; Erdem/Parlak, s.270.

⁴⁷ Çelebiyüksel Tuğba. (2018), *ABD, İngiltere ve Fransa'da Mobbinge Yönelik Hukuksal Düzenlemelerin Türkiye Ölçeğinde Karşılaştırılması*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 542107, s.29; Erdem/Parlak, s.271-272; Ünver, s.104-108.

⁴⁸ Göztepeçelebi, Ece. “Anayasa Mahkemesi'nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C.31, S.1, Y.2015, s.333.

verebilmektedir⁴⁹. Eylemlerin, *ceza normunu ihlal edecek haksızlık içeriğini barındırması*⁵⁰, kanununda düzenlenen bir suç tipine uygun olması ve suçun unsurlarının ve diğer cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmesi halinde cezalandırılabilir. ⁵¹. Bu anlamda öncelikle eziyet suçuna daha yakından bakmak ve unsurlarından kısaca bahsetmek gerekir.

Bu suç, AY/m.17/3'deki, “ Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz” hükmündeki “eziyet” yasağının TCK daki görünümüdür. TCK'nın 96.maddesinde eziyet fiilin tanımlanmadığı görülmektedir. Ancak madde gerekçesinde eziyet teşkil eden eylemlerin işkence suçunda düzenlenen eylemler olduğuna işaret edilmiştir. Gerekçedeki belirleme çerçevesinde eziyet suçunun işkence suçunun kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde oluşacağı belirtilmelidir⁵². Eziyet fiilinin 96.maddede tanımlanmaması kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan bir durum olmakla birlikte mevcut düzenleme itibarıyla eziyet fiili ancak işkence fiiline ilişkin tanım sayesinde belirlenebilecektir. TCK m. 96'nın gerekçesinde bir fiilin eziyet olarak nitelendirilebilmesi için davranışın, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açması gerektiği belirtilmiştir; bu fiillerin aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabileceğinden bahsedilmiştir. Eziyet suçu da işkence suçunda olduğu gibi ancak *sistematik* bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Böylelikle eziyet işkence suçunda olduğu gibi kişinin fiziki olarak etkilenmesinin yanı sıra psikolojik veya ruhsal yönden de etkilendiği bir fiil olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³. Bu etkilerin uzun süre devam etmesi eziyet fiilinin kasten yaralama suçuna nazaran daha ağır bir ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmektedir⁵⁴.

Suçla korunan hukuki yarar, kişinin onuru ile maddi ve manevi bütünlüğüdür⁵⁵. Aynı şekilde, eziyet suçunun koruduğu *hukuki yararın*, insan onuru ve kişinin vücut dokunulmazlığı olduğunu; kişinin, onurunu kırarak eziyet çekmesini doğuran davranışlara muhatap olmamayı istemeye hakkı olması⁵⁶ şeklinde de ifade edilmektedir.

Bizim de katıldığımız şekilde, kişinin şeref ve iç huzurunu da korunan yararlar arasında gören yazarlar mevcuttur⁵⁷ Mobbing davranışlarının ihlal ettiği *hukuki yarar* aslında karma niteliktedir. Mobbing sürecini oluşturan eylemler, bu eylemlere maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına, onur ve saygınlığına özetle kişilik haklarına saldırı niteliğindedir ve yapılan

⁴⁹GÜN, Gül/ GÜNEVİN, Burcu. “ Mobbingin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Journal Entrepreneurship and Management Inquiries Dergisi*, C.3, S.4, Y.2019, s.101.

⁵⁰ Ürgenç, s.59.

⁵¹ Göztepe Çelebi, s.334; Çağlar, Bilgi. (2016), *Kamuda Mobbing*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 445678, s.76; Gedikkaya, Muhammed Tolga. (2013), *Kamu Personelinin Maruz Kaldığı Psikolojik Tacizin Önlenmesine Yönelik Mevzuat Analizi*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 332429, s.57.

⁵² Demirbaş, Timur. *İşkence Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.73; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 s.309.

⁵³ Çetin, Cemile/ Bağcı Kurt, Nurgül.” Mobbing ve Sonuçlarından Biri: Psikomatik Belirtiler”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.18, S.2, Y.2016, s.32.

⁵⁴ Artuk, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.129.

⁵⁵ Tezcan, / Erdem, / Önok, s.308

⁵⁶ Hafizoğulları, Zeki/ Özen Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5.Baskı, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s.127.

⁵⁷Yokuş Sevtik, Handan “5327 sayılı Türk Ceza Kanununda Eziyet Suçu” Sokullu Akıncı'ya armağan İÜHFM Cilt LXXI İstanbul 2013, s.1274.

araştırmalar neticesinde davranışa maruz kalanların beden ve ruh sağlığını bozmaktadır⁵⁸. Aynı zamanda mobbing mağdurları beden ve ruh sağlığının bozulması sonucu işyerindeki huzuru bozulmakta, mağdur eziyete son vermek için işinden ayrılmakta veya ayrılmaya zorlanmakta ve bu durum doğal olarak mağdurun ailesine yansımaktadır. Ailesinin mağduru desteklememesi sonucu “çift taraflı mobbing”⁵⁹ kavramı açığa çıkabilmekte, bu durum sonucu mağdur intihara kadar sürüklenebilmektedir⁶⁰. Mağdurun mobbing davranışları sonucu işten ayrılması veya ayrılmaya zorlanması aynı zamanda iş ve çalışma hürriyetini de ihlal emektedir.

Kısacası, ihlal edilen hukuki değer, kişilerin beden ve ruh sağlığı, her türlü cebir ve şiddetten uzak olarak çalışabilmesinin, çalışma hürriyetinin ve iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıyla aynı zamanda ülke ekonomisinin zarara uğratılmasının önlenmesidir.⁶¹

A. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Fail ve Mağdur

Mobbing, 21. yüzyılda cinsiyet, statü, kültür vs. farkı aramaksızın, işyerlerinde icra edilen bir olgu olması sebebiyle kamu veya özel teşebbüslerde çalışan herkes bu olgunun *faili* ve *mağduru* olabilecektir⁶². Mobbingin oluşabilmesi için fail ile mağdur *aynı* organizasyon, örgüt veya işletme bünyesinde bulunmalıdır⁶³. Yapılan davranışların işyerinde icra edilmiş olması zorunlu değildir, failin bazı davranışları işyeri dışında da icra edilebilir⁶⁴.

Öte yandan eziyet suçu, işkence suçunun kamu görevlisi olmayan veya kamu görevlisi olmakla beraber kamu hizmetini yerine getirmediği sırada işlenen hali olarak nitelenebilir. Suçun *faili* ve *mağduru* herhangi bir kimse olabilir⁶⁵. Faile mahsus şartlar öngörülmediğinden suç, *özgü suç* değildir. Bununla birlikte, suçun belirli kişilere karşı işlenmesi durumunda *suçun nitelikli hali* oluşacaktır.

2. Fiil

Suçun fiil unsuru eziyet etmekten ibarettir⁶⁶. Gereğe göre eziyet, “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunmaktır*”⁶⁷. Bu davranışların sistematikliğinden kasıt ise belirli bir süre içerisinde tekrarlanan harekettir. *Sistematik olmadan* söz edebilmek için fiillerin resmi veya özel kişilerin bir politikası ya da planı çerçevesinde işlenmesi gerekmez. Aksi takdirde, bu suç ancak tasarlanarak ve hatta örgütlü olarak işlenebilecektir. Buna karşılık eziyet suçunda mağdura

⁵⁸ Ulusoy, s.151.

⁵⁹ Aile bireylerinin, mağdurun yanında yer almak ve onu savunmak yerine, duruma yanlış teşhis koyarak mağduru suçlamaları çift taraflı mobbingi oluşturur. Bu durumda, mağdur ikili bir baskı ve kışkırtıcı tehdidi altında daha büyük bir tehlikeyle karşı karşıya kalmaktadır, bkz. Keskinioğlu, Benay (2015), *Hukuki Boyutuyla İşyerinde Psikolojik Taciz*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 391620, s.13; Dangaç, Gönül, “Akademik, Hukuksal, Tıbbi Açıdan Mobbing”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.11, Y.2009, s.29.

⁶⁰ Keskinioğlu, s.26.

⁶¹ Ulusoy, s.152.

⁶² Ulusoy, s.152.

⁶³ bkz. Taşkın, “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımında Değerlendirilmesi”, s.226.

⁶⁴ Taşkın, “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, s.226.

⁶⁵ Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.217.

⁶⁶ Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.302.

⁶⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.129.

karşı gerçekleştirilen hareketlerin sistematik olması çoğu kez bu hareketlerin bir plan içerisinde gerçekleştirilmesini gerektirebilir. Suçun oluşması bakımından önemli olan gerçekleştirilen hareketlerin bütün halinde “insan onuruyla bağdaşmayan” ve “bedensel veya ruhsal yönden acı veren, aşağılayan” nitelik taşımasıdır⁶⁸. Nitekim Yargıtay da eziyet suçu ile ilgili olarak, “süreklilik gösteren hareketlerin bir bütün halinde” değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁹.

Doktrinde eziyet suçunun bir zarar suçu olduğuna ilişkin görüş hâkim görüştür.⁷⁰ Ancak aksi yönde görüşler de vardır. Ancak suçun tehlike suçu olduğunu kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre eziyet suçunun oluşabilmesi için mağdurun eziyet teşkil eden fiiller nedeniyle bir zarar görmüş olması gerekli değildir. Suçun oluşması için söz konusu davranışların objektif olarak mağdurun fiziki bütünlüğüne, onuruna veya psikolojisine etki edebilecek nitelikte olması yeterlidir.⁷¹

Bu çerçevede eziyet suçunun gerekçesinde bahsi geçen sistematik olarak işlenen fiilin “insan onuru” ile bağdaşmayan nitelikte olmasından hareketle “insan onuru” kavramına da değinmek gerekir. İnsanın, diğer canlılardan farklı olarak, kendine özgü bir takım aklî ve ahlâkî yetileri bulunmaktadır. Bu yetiler aynı zamanda insan haklarının kutsallığını da sağlamaktadır⁷². Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında insan onurunu, “*İnsanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun, salt insan olmasının kazandırdığı değerinin tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir...*” şeklinde tanımlamaktadır. İnsan onuru, insanın sadece insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olmasını içerir⁷³. İnsanın insan olması sebebiyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli hakların hiçe sayılması ve insanın obje seviyesine düşürülmesi insan onuruna aykırıdır⁷⁴. Özetle, insan onuru; kişinin bilinçli olması, kendi kaderini kendisinin tayin edebilmesi, kişiliksizliğinin ortadan kaldırılması, kişiye çevresini şekillendirebilme yeteneği veren manevi güç olarak tanımlanabilir.

TCK, eziyet çekme sonucunu doğuran davranışların ika edilmesini suç saymıştır. Yani, kanun koyucu, suçu neticesine göre tanımlamıştır; suç, “bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranış” ile kural olarak *icrai* surette işlenir, ihmali surette işlenebileceği ise tartışmalıdır⁷⁵.

Eziyet suçu serbest hareketli bir suçtur; mağdurun maddî ya da manevî bütünlüğünü bozabilecek ve insan onuruna aykırı her hareketle bu suç işlenebilir. Suç tipi, kişiyi küçük

⁶⁸ Erdem/Önok, s.295.

⁶⁹ Bayraktar ve diğerleri, s.376.

⁷⁰ Koca/Üzülmez, s.303

⁷¹ Bayraktar, Köksal/Erman, Barış/Keskinkızıroğlu, Serap/Yıldız, Ali Kemal/Sinar, Hasan/Altunç, Sinan/Kurt, Gülşah/Bostancibozbayındır, Gülşah/Memişkartal, Pınar/Eroğluerman, Fulya. *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.378.

⁷² Arslan, Kahan Onur. “İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *TBB Dergisi*, S.120, Y.2015, s.156-157.

⁷³ KURU, Gonca. “Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.1, Y.2017, s.180.

⁷⁴ Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.277.

⁷⁵ Eziyet suçunun ihmali surette işlenebileceği görüşü için bkz. Hafizoğulları/ Özen, s.127-128; Eziyet suçunun ihmali surette işlenemeyeceği görüşü için bkz. Erdem/Önok, s.294.

düşüren, saygınlığını zedeleyen, mağduru bir nesne gibi kullanıp araç haline getirerek manevi bütünlüğünü zedeleyen tüm davranışları kapsamaktadır⁷⁶. Serbest hareketler sonucu kişinin ruhsal veya bedensel acı çekmesi, algılama veya irade yeteneğinin bozulması “ex post”⁷⁷ değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Gereğe göre, eziyet teşkil eden davranışların; “ani olarak değil sistematik bir şekilde” işlenmesinden söz edildiğine göre, kasten yaralama ile eziyet suçunu ayırt eden unsur, davranışların gerçekleşmesindeki sistematiklik unsurudur. Vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketlerin ani nitelik taşıması halinde artık yaralama söz konusudur⁷⁸. Buradaki süreklilik yani hareket ve neticenin bir süre devam etmesi nedeniyle eziyet suçu bir fikre göre aynı zamanda mütemadi suçtur⁷⁹.

Mobbing için çalışanın maddi ve manevi varlığına yönelmiş bir *hareket* bulunmalıdır. Maddi ve manevi varlık, çalışanın fiziksel ve ruhsal sağlığıdır; bunlar dışında onur, haysiyet gibi kişilik hakları da maddi ve manevi varlığın parçasıdır. Mobbing sürecinde icra edilen fiil sürekli ve sistematik olmalıdır; tek seferlik gerginliklerin göz önüne alınması söz konusu değildir fakat süreklilik ve sistematiklik açısından uzun bir süre belirlemek, mobbing mağdurunu tekrar mağdur etmektir. Mobbing eylemlerine karşı her mağdurun gösterdiği tepki aynı değildir. Mobbing eylemlerinin yoğun ve şiddetli olduğu durumlar da dikkate alınmalı, mağdurun özellikleri de dikkate alınarak süre kısaltılmalıdır fakat bu durum mobbing mağdurlarının kişisel yapıları dikkate alındığında objektiflik ihlal edilebilecek, bu durumda da başka hak ihlalleri ortaya çıkabilecektir⁸⁰ dolayısıyla sistematik ve sürekli olan fiil ve belirlenen süre “ex-post” değerlendirmeye tabi olacaktır⁸¹.

Mobbingi oluşturan hareket çeşitliliği failin hayal gücüne ve kötülük yapma eşğine bağlıdır; mağdura yöneltilen mobbing eylemleri, mağdur hakkında dedikodu yayılmasından, saldırgan ve düşmanca söz ve davranışlara kadar uzanabilmektedir. Mobbing davranışları, bir grup araştırmacıya göre “yapma”(cinsel taciz, hakaret, yaralama...) eyleminden ziyade “yapmama”(tepkinsiz kalarak tepki gösterme, bilgi vermeme, toplantılardan haberdar etmeme...) eylemleridir. Sonuç olarak mobbing davranışları, işyerinde gerçekleşen, hedef seçilen çalışan mağduru sindirme ve yıldırmaya yönelik bir süreci oluşturan her türlü davranıştır⁸².

Mobbing süreci içerisinde icra edilen davranışların doğrudan fail tarafından gerçekleştirilmesi her zaman zorunlu değildir, bu durumda hareket, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Mobbing teşkil eden davranışlara göz yuman işçinin bu davranışlar nedeniyle sorumlu

⁷⁶ Erdem/Önok, s.294.

⁷⁷ Kişinin acı/acı eşği, ruhsal durumundaki karmaşaya göre değil, yapılan bu hareketlerin normal bir insana acı vermeye elverişli olup olmadığı, onun bedensel veya ruhsal olarak ya da algılama ve irade yeteneğini etkilemeye müsait olup olmadığı noktasında “ex-post” bir değerlendirme yapılmalı ve buna göre fiilin eziyet teşkil edip etmediği ortaya çıkarılmalıdır.

⁷⁸ Erdem/Önok, s.295.

⁷⁹ Demirbaş, s.73-74.

⁸⁰ “Uygulamada en sık karşılaşılan sorunlardan birisi süreklilik göstermeyen haksız, kaba ve hukuk dışı eylemlerin mobbing olarak nitelendirilmesidir. Bir eylem süreklilik göstermediği sürece, haksız, etik ve hukuk dışı olsa da ve mağdura ağır zarar verse de mobbing olarak nitelendirilmeyecektir”, bkz.Taşkın, “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, s.229.

⁸¹ Taşkın, s.227-228.

⁸² Ulusoy, s.154-155.

olarak kabul edileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁸³. Ancak bunun için işverenin garantör sıfatını taşıması gerekmektedir. Kanun koyucu işkence suçunun ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmiştir. Aynı kabul eziyet suçu bakımından da geçerlidir. Bu çerçevede eziyet teşkil eden fiillere bilerek engel olmayan işverenin eziyet suçunun faili olarak cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işveren hem işçi ile arasındaki sözleşme gereğince hem de mevzuatta kendisine yüklenen yükümlülükler çerçevesinde kanun nedeniyle garantör konumundadır. Buna karşılık öğretide haklı olarak aynı işyerinde çalışan işçilerin mobbing eylemleri konusunda garantör olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁴.

Garantör olmak ortaya çıkan netice bakımından failin sorumlu tutabilmek için tek balına yeterli değildir. Ortaya çıkan neticeden garantörü sorumlu tutabilmek için aynı zamanda somut olayda kişinin bu neticeyi önlemeye yönelik davranışta bulunma hususunda imkân ve iktidara sahip olması gerekir yoksa kişi meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz⁸⁵. İşveren veya amir, çoğu kez iş hukukunun ve diğer çalışma mevzuatının kendisine verdiği yetkiler çerçevesinde böyle bir imkan ve yetki ile donatılmıştır⁸⁶. Böylelikle işveren veya amirin genellikle mobbing oluşturan eylemleri bilerek önlemediği hallerde sorumluluğuna başvurmak mümkün olacaktır. Buna karşılık elbette ortaya çıkan neticenin garantör olan işveren veya amire objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir.

Mobbing insan hakkı ihlaline neden olan bir tür şiddettir ve zararları toplumsal alanda da görülür. Fakat onu klasik ve genel anlamda şiddetten ayıran psikolojik, ruhsal ve duygusal temelde işlenmesidir. Bilindiği üzere mobbing, 5237 sayılı TCK'da veya diğer özel ceza kanunlarında doğrudan suç olarak düzenlenmiş bir eylem değildir. Dolayısıyla ceza kanunları kapsamında kalan şiddet ile mobbing kapsamında gerçekleşen psikolojik ve duygusal şiddet birbirini örtüşmez. Öte yandan, mobbingi oluşturan davranışlar her zaman kasten yaralama ve hakaret gibi suçların oluşmasına neden olmaz. Bu sebeple mobbingi oluşturan eylemler süreklilik arz eder şekilde işlense bile bazı hallerde herhangi bir suçun oluşumuna sebebiyet vermeyeceği kabul edilebilir⁸⁷. Keza mobbing teşkil eden eylemlerin fiilin sosyal uygunluğu teorisi çerçevesinde cezalandırılmaması gerektiği de düşünülebilir. Ancak söz konusu fiillerin bir hukuka uygun olmadığı, hukuka uygun olmayan fiillerin sosyal olarak da uygun görülemeyeceği ifade edilmelidir⁸⁸. Bu çerçevede mobbingi oluşturan eylemlerin insan onuruyla bağdaşmaması, ruhsal yönden acı çekmesine neden olması ve sistematik bir şekilde icra edilmesi nedeniyle eziyet suçu çerçevesinde cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bunun için aşağıda da ifade edileceği üzere eziyet suçuna ilişkin neticelerin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde eziyet suçu bakımından tipik bir eylemin olmadığı kabul edilecektir.

⁸³ Özdemir, Damla. (2015), *İşçini Haklı Fesih Sebebi Olarak Mobbing Üzerine Bir Değerlendirme*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 379474, s.39; Erdem/Parlak, s.280.

⁸⁴ Erdem/Parlak, s.281-282.

⁸⁵ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. s.233.

⁸⁶ Erdem/Parlak, s.282-283; Taşkın, s.230.

⁸⁷ Taşkın, "s.240.

⁸⁸ Erdem/Parlak, s.286.

3. Netice

Oluşumu bakımından, insan onuruyla bağdaşmayacak suretteki bedensel veya ruhsal yönden acı çekilmesine ya da aşağılanmasına yol açan davranışların sistematik bir şekilde uygulanması gerektiğinden eziyet mahiyeti itibariyle *neticeli* bir suçtur⁸⁹. Zira zarar suçu nitelendirilmesi ancak neticenin arandığı suçlar bakımından yapılabilir bu çerçevede eziyet suçu da *kanaatimizce* zarar suçu olarak nitelendirilebileceği için neticesi aranan bir suçtur⁹⁰.

Mobbingi oluşabilmesi bakımından da mağdurun belirli bir zarar görmesi aranmaktadır. Ancak buradaki zarar eziyet suçun aranan zarar kadar ağır olmayabilir. Mobbingin oluşabilmesi için mağdur üzerinde gerçekleştirilen davranışların mağduru rahatsız etmesi veya üzmesi yeterli görülebilir. Bu çerçevede mobbing teşkil eden eylemlerin eziyet suçunu oluşturan neticelere neden olmadıkları müddetçe eziyet suçundan ötürü cezalandırmanın gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir. Mobbing ile eziyet suçu arasındaki en önemli ayrımı netice oluşturmaktadır.

4. İliyet Bağı ve Objektif İsnadiyet

Eziyetten dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, fail tarafından gerçekleştirilip sistematik uygulama halini almış insan onuruyla bağdaşmayacak davranışlarla mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi veya aşağılanması arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Objektif isnadiyet bakımından ise genel kurallar geçerlidir⁹¹.

B. Manevi Unsur

Eziyet kasten işlenebilen bir suçtur; Taksirli hali kanunda düzenlenmiş değildir. Ayrıca bu suç için saik aranmaz. Bir başka ifadeyle, failin belirli saikler ile hareket etmesi, suçun oluşması bakımından önem arz etmez⁹². Kast açısından failin icra ettiği davranışları insan onurunu rencide edici fiziksel veya ruhsal yönden acı verici olduğunu bilmesi gerek ve yeter şarttır⁹³.

Mobbingi oluşturan eylemler, belirli bir kişiye karşı kasten yöneltilmiş olmalıdır. Bu durum, hareket, söz, tutum ve davranışların *bilerek* ve *istenerek* yapılmasını gerektirir.⁹⁴ Öte yandan, suç teşkil eden eylemlerin ayrıca mobbing olarak değerlendirilebilmesi için amaç ve süreç unsuru önemli bir etkidir. Mobbing faili genellikle bir saik çerçevesinde hareket eder. Fail mağdurun işten çıkartılması, yer değiştirmesi veya pozisyonunu kaybetmesi ya da terfi etmemesi amacıyla belli bir süre sistematik olarak eylemlerini sürdürmüş olabilir. Mobbingde fail belli bir amaca yönelmiştir ve icra ettiği davranışlar mağdur üzerinde gizlice neticeler doğurur⁹⁵. Fail mağdurun özgüvenine ve ösuygısına saldırıda bulunmak, sindirme, yıldırma, üzerinde baskı kurmak amacıyla hareket edebilir⁹⁶. Mobbing süreci, failin düşmanlıktan zevk

⁸⁹ Koca/Üzülmez, s.303.

⁹⁰ Özgenç, s.215.

⁹¹ Koca/Üzülmez, s.302.

⁹² Yokuş Sevük, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*(İUHFM) (Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan), C.LXXI, S.1, Y.2013, s.1278.

⁹³ Hafizoğulları/Özen, s.129; Koca/Üzülmez, s.302.

⁹⁴ Taşkın, (*İş Hukuku*), s.530.

⁹⁵ Kuzgun, s.64.

⁹⁶ Ulusoy, s.163.

alması, can sıkıntısı, önyargılarını pekiştirmek algısı amacıyla ya da işyerinde pozisyon gereği ego tatmini veya aşağılık kompleksi ve diğer birçok nedene bağlı olarak oluşabilmektedir⁹⁷.

Eziyet suçu açısından saik önemli olmasa da mobbing oluşturan davranışın bir saiki bulunması elbette ki fiilin suç teşkil etmesine engel olmayacaktır.

C. Hukuka Aykırılık

Eziyet teşkil eden hareketler, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilemeyecektir. Gerekçeye göre, eziyet suçuna vücut veren fiiller ani olarak değil sistematik biçimde ve belli bir süreç içinde işleneceği için uygulamada hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda gerçekleşebilmesi kolay değildir.⁹⁸

Haksız bir davranışı mobbing haline getiren en önemli ölçütlerden biri bu haksızlığın sürekli ve sistematik bir şekilde tekrarlanmasıdır⁹⁹. Mobbing, etik ve ahlaka, hukuka ve dürüstlüğe aykırı bir eylemdir ve bunu hukuka uygun hale getirebilecek yasal bir neden mevcut değildir. Mobbing olgusundan söz etmek için çok farklı eylemlerin bir arada bulunması veya bu eylemlerden bir ya da birkaçının suç olarak değerlendirilmesi şart değildir. Örneğin, yönetici konumundaki bir kimsenin astı durumundaki işçiye sürekli bağırması, onu diğer çalışanlar önünde azarlaması ve hakaret etmesi mobbing için yeterlidir. Ancak işçi üzerinde oluşan baskının, işin yapısından kaynaklanan olgulardan ayırt edilmesi gerekir. Bu itibarla hareketlerin yalnızca tekrarlanması yeterli değildir. Aynı zamanda icra edilen hareketlerin işin yapısı içerisinde makul sebeplerle izah edilememesi gerekir. Ancak bu ihtimalde bir mobbingin varlığı tespit edilebilecektir.

D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1-Teşebbüs

Fiillerin eziyet suçuna vücut verebilmesi için “*sistematiklik*” şartı arandığından açıkçası eziyet suçu *teşebbüse* elverişli değildir. Burada teşebbüsün mümkün olduğunu söyleyebilmek için tek tek icra edilen hareketlerin eziyet kastıyla yapıldığının ispatı halinde eziyete teşebbüsten bahsedebiliriz. *Bir görüşe göre bu konuda iki ihtimal vardır: fiil ya belirli süreç içinde süreklilik arz eder biçimde tekrarlanarak işlendiğinden hareketler açısından sistematik olma unsuru gerçekleştirmiştir ve bu durumda suç tamamlanmış olur ya da bu unsur gerçekleşmemiştir ve bu durumda da zaten eziyet değil yerine göre kişilere karşı işlenen diğer suçlardan biri söz konusu olur*¹⁰⁰.

Eziyet suçunun maddi unsurunu mobbing kapsamında değerlendirdiğimizde; mobbingde mağdurun maruz kaldığı davranışlar genellikle bütüncül olarak kişi üzerinde bedensel veya ruhsal neticeler doğurur. Dolayısıyla hareketler, failin saiki ve kastı mevcut olmasına karşın belli bir aşamadan sonra belirgin hale gelmeye başlar. Fakat hareketler fark edilir hale gelinceye kadar çoktan mağdur üzerinde yıldırıcı bir etki yaratmış olacaktır. Mobbingde başlangıçtaki aşamalarda

⁹⁷ Bilge, Selahattin Samet. “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, Y.2016, s.1258-1259.

⁹⁸ Yokuş Sevük, s.1279.

⁹⁹ Taşkın, (İşyeri) s.228.

¹⁰⁰ Önok, R. Murat. “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü muamele Suçu” Ceza Hukukunda Kadının Şiddete karşı Korunması Ed.Prof.Dr.Nur Centel 12 Levha yayınları İstanbul 2013, s.204.

mağdur bedensel veya ruhsal acı çekmese de ilerleyen aşamalarda maruz kaldığı davranışlardan rahatsızlık duyacak ve sonuçta mağdur fiziksel veya psikolojik rahatsızlıklar yaşayacaktır. Ancak başlangıçtaki aşamalar eziyet suçunda ve/veya madde gerekçesinde belirtilmiş olan özellikleri taşımadığından hazırlık hareketi olarak bile değerlendirilemeyecek dolayısıyla fail hakkında teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır¹⁰¹.

2. İçtima

İlk bakışta özellikle yaralama suçu ile eziyet suçu arasında *içtima* sorunu oluşacağını söylemek mümkündür¹⁰². Eziyet suçunda genellikle kasten yaralama ve hakaret suçlarının sistematik şekilde işlenmesi söz konusudur. Burada bedensel veya ruhsal yönden acı veren bütün davranışlar sistematiklik şartının da sağlanması için hukuki anlamda “tek” hareket sayılır; bu bakımdan, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu fiiller, mütemadi suç çerçevesinde hepsi tek bir amaç-eziyet etme amacı- ile yapılmaktadır. Aksi takdirde her fiil ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulacak gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Örneğin eziyet fiilleri sonucu kasten yaralamanın ağır neticelerinden biri meydana gelmişse doktrindeki bir görüşe göre gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır¹⁰³ diğer bir görüşe ise eziyet sonucu ortaya çıkan neticeler arasında “fikri içtima” söz konusu olduğu, bu durumda da en ağır cezayı gerektiren suç ile fail cezalandırılmalıdır¹⁰⁴.

Mobbing sürecinde icra edilen davranışlar mağdurun sadece maddi manevi bütünlüğüne değil, şeref ve saygınlığına da yönelik ihlaller barındırdığından bu durumda uygulanacak cezanın düzenlendiği suç tipinin eylemdeki haksızlık içeriğini karşılaması durumunda fikri içtima uygulanması gerektiği, şayet haksızlık boyutunu karşılayamıyorsa gerçek içtima hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebileceği yönünde de bir görüş mevcuttur.¹⁰⁵

3. İştirak

Suç *iştirak* bakımından bir özellik göstermez. Eziyet teşkil eden hareketleri bizzat icra edenler faildir. Faili eziyet teşkil eden fiilleri gerçekleştirmeye ikna edenler azmettiren, suç işleme kararı vermiş olan faile değişik şekillerde yardım edenler ise yardım eden olarak sorumlu olacaklardır¹⁰⁶.

Mobbing davranışları da eziyet suçunu oluşturduğu takdirde bu davranışları tek başına veya birlikte icra edenler ya da icra edilmesine azmettirenler ve suç işlemeye kararlı olan faile değişik şekillerde yardım edenler, kanunda iştirakin genel hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaktır.

¹⁰¹ Kuzgun, s.63-64.

¹⁰² Önok, s.205

¹⁰³ bkz. Erdem/Önok, s.302.

¹⁰⁴ Esasen somut olayda eziyeti oluşturan hareketler kasten yaralama, hakaret gibi suçları oluşturacaktır. Bu itibarla eziyet suçuyla anılan suçlar arasında *fikri içtimanın* varlığını kabul etmek ve sorumluluğu buna göre belirlemek gerekir. Yapılan eziyet, kişinin ağır şekilde yaralanmasına veya ölümüne neden olmuşsa bu durumda kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerine göre failin ceza sorumluluğu belirlenmelidir, görüşü için bkz. Koca/Üzülmez, s.301.

¹⁰⁵ Kuzgun, s.66.

¹⁰⁶ Koca/Üzülmez, s.261; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.291; Soyaslan, s.217.

Sonuç ve Öneriler

İş hayatında mobbingin görülme sıklığı kültürel çeşitlilik neticesinde farklılık göstermiş; mobbing, bazı ülkelerde ayrı bir suç tipi olarak düzenlenirken bazılarında ise belirli suç tiplerinin fiillerine uygun olduğu düşünülerek o suç tipi içerisinde değerlendirilmiş, ayrıca ceza verilmesine gerek duyulmamıştır. Ülkemiz açısından bakıldığında mobbing kavramı üzerinde çalışmalar var olmakla beraber Türk Ceza Kanunu'nda mobbinge ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamakta, mevcut genel düzenlemelerle mobbing faili cezalandırılmaktadır. 2010 yılında yayınlanan TBMM Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyon raporunda henüz Türk Ceza Kanunu'nda suç tipi olarak düzenlenemeyen mobbingin suç tipi olarak düzenlenmesi önerisi yer almıştır¹⁰⁷.

Mobbing süreci içerisinde icra edilen hareketlerin başlangıçta çatışma içerisinde değerlendirilmesi ve bu durumun iş hayatında normal karşılanması hangi statüde olursa olsun(işçi-işveren) mobbing davranışlarına maruz kalanları mağdur olarak nitelendirilemeyeceğini düşündürmektedir. Bahsettiğimiz gibi rekabet her ne kadar iş hayatında verimliliği artırsa da işveren veya çalışan açısından olumsuz etki oluşturması durumunda nimeti yanında külfetini de beraberinde getirecektir. Mobbing faili tarafından çatışma süreci psikolojik saldırıya dönüştüğünde artık mağdur için mobbing kaçınılmazdır. Mağdur, maruz kaldığı hareketler açısından istismar edildiğini düşündüğü an bu sürecin içerisinde yer almaktadır. Elbette bu süreç herkes açısından farklı işlemektedir sonuç olarak da bu noktada sürecin subjektif bir değerlendirmeye tabi olacağı düşünülebilir ancak subjektif bir değerlendirme sonucu sürecin kıstasları belirlenemeyeceğinden, mağdur olduğunu düşünen kişi açısından bu durum ters istikamette yani mağdur rolünü oynayan fail istikametinde ilerleyeceğinden ve sonuçta Ceza Hukuku açısından suçta ve cezada belirlilik ilkesini göz önünde bulundurduğumuzda bu sürecin objektif kıstaslara tabi olması gerektiği de gözetilerek, mağdurun özel durumu da dikkate alınarak süreç objektif olarak değerlendirilmelidir. Özetle, iskelet yapı oluşturulmalı ve bu iskelet yapı kullanılarak mağdurun özel durumu da göz önüne alınarak mobbing süreci değerlendirilmelidir.

Günümüzde mobbing davranışları artık sosyal medya üzerinden de gözlenebilmekte, “siber mobbing”¹⁰⁸ kavramının failleri gün geçtikçe artmaktadır. Bu duruma, pandemi süreci ile birlikte iş hayatında kendine yer edinen sanal toplantılar sırasında işveren veya çalışan tarafından, diğer çalışan veya işverene bezdirme vs. kasıtlı olarak yapılan davranışlar örnek verilebilir.

Her ne kadar doktrin ve uygulama kanunda bağımsız bir mobbing düzenlemesine ihtiyaç bulunmadığını, mevcut suç tipleri ile sorunun çözüme kavuşturulduğunu düşünse de çalışma barışını ve daha da önemlisi çalışanın iç dünyasını son derece olumsuz etkileyen fiillerin özel bir suç tipi olarak düzenlenmesinin faydalı olduğu düşüncesindeyiz. Her ne kadar kaynak kabul ettiğimiz Alman kanununda örneği olmasa da Fransız Ceza Kanunu 17.1.2002 tarihli kanunla eklenen 222-32-2. madde ile mobbing konusunda özel bir düzenleme yapmıştır. Anılan hükme

¹⁰⁷ Kuzgun, s.178.

¹⁰⁸Her 5 Gençten Biri Sanal Mobbing Kurbanı (<https://www.ntv.com.tr/galeri/teknoloji/her-5-gencten-biri-sanal-mobbing-kurbani,B5stxPwloUaC1YVPb7Hvhw/ct6PyQ6KoEO3qA1mjKhBsA> 23.07.2020); GÖKÇE TURAN Seda, “İşyerinde Siber Zorbalık Üzerine Bir İnceleme”, *Journal of Organizational Behavior Review(JOB Review)*, C.3, S.1, Y.2021, s.114.

göre; “çalışma koşullarının kötüleşmesini amaçlayan ya da bu sonucu doğuran, bir başkasının haklarını veya onurunu zedelemeye, fiziksel veya psikolojik sağlığını bozmaya veya mesleki geleceğini tehlikeye koymaya elverişli birden çok davranışla bir başkasının taciz edilmesi bir yıla kadar hapis veya 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır”.¹⁰⁹hükmünü amirdir.

Yapılacak düzenleme çerçevesinde failin özel bir saik ile hareket etmesi aranabilecek, mobbing teşkil eden fiiller sonucu mağdurun kayıplarının boyutları nitelikli haller olarak belirlenebilecektir. Ayrıca fiil, netice sebebi ile ağırlaşmış suç hükümlerinin de uygulanabilmesine olanaklı sonuçlar doğurabilecektir. Bu konuda özel bir düzenlemenin olması Ceza Hukukunda belirlilik ilkesinin de bir gereğidir. Böyle bir düzenlemenin gerek kamuda gerek özel sektörde çalışma barışına ve çalışanların esenliğine büyük katkılar sağlayacağı inancındayız.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu. “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi(Özel Sayı)(Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), C.20, S.1, Y.2014, s.285-339.
- ARSLAN, Kahan Onur. “İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, TBB Dergisi, S.120, Y.2015, s.155-172.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim. Gerekçeli Ceza Kanunları, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BAYRAKTAR, Köksal/ERMAN, Barış/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/KURT, Gülşah/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/MEMİŞ KARTAL, Pınar/EROĞLU ERMAN, Fulya. Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BİLGE, Selahattin Samet. “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4, Y.2016, s.1245-1290.
- ÇABUK, Çağlar. “Mağdurun Mobbinge Mücadelesi ve Çözüm Üretme Süreci”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S. 11, Y.2009, s.79-83.
- ÇAĞLAR, Bilgi. (2016), Kamuda Mobbing, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 445678.
- ÇAKIR, Gamze. (2015), İş Sağlığı Güvenliğinde Psiko-Sosyal Faktör Olarak Mobbing: Ofis Çalışanları Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 426640.
- ÇELEBİ YÜKSEL Tuğba. (2018), ABD, İngiltere ve Fransa’da Mobbinge Yönelik Hukuksal Düzenlemelerin Türkiye Ölçeğinde Karşılaştırılması, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 542107.
- ÇETİN, Cemile/ BAĞCI KURT, Nurgül.” Mobbing ve Sonuçlarından Biri: Psikomatik Belirtiler”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.18, S.2, Y.2016, s.29-49.
- ÇOPUR, Fatma. (2017), Mobbingin Çalışanlar Üzerindeki Etkileri: Türk Hukuk Sisteminde Mobbing, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 469812.

¹⁰⁹ ERDEM/PARLAK, s.271

DABAKOĞLU, Abdul Vahap. (2019), Kişiliğin Korunması Hükümleri Çerçevesinde Mobbing, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 585089.

DALGALIDERE, Ayşegül. (2019), Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz(Mobbing), Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 550729.

DANGAÇ, Gönül. “Akademik, Hukuksal, Tıbbi Açından Mobbing”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.11, Y.2009, s.23-31.

DEMİR Şamil. “Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2009, s.139-145.

DEMİRBAŞ, Timur. İşkence Suçu, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

DOĞANCI, Doğa Ekrem/ ÇAKRAK, Recep. “Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve İspat Yükü”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S.6, Y.2016, s.77-106.

ERDEM, Mustafa Ruhan/ PARLAK Benay. “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.88, Y.2010, s.261-286.

ERGİN, Hediye. “İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları- Türk Hukuku, Alman Hukuku ve Yargı Kararları Işığında Bir İnceleme-“, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.11, Y.2009, s.161-195.

ERMUMCU, Senem. (2011), İşyerinde Psikolojik Taciz, Doktora Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 292990.

GEDİKKAYA, Muhammed Tolga. (2013), Kamu Personelinin Maruz Kaldığı Psikolojik Tacizin Önlenmesine Yönelik Mevzuat Analizi, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 332429.

GÖKÇE TURAN Seda. “İşyerinde Siber Zorbalık Üzerine Bir İnceleme”, Journal of Organizational Behavior Review(JOB Review), C.3, S.1, Y.2021.

GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece. “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, C.31, S.1, Y.2015, s.323-342.

GÜMÜŞ, Özgem Tuğçe. (2015) Psikolojik Taciz (Mobbing): İnsan Hakları İhlallerinin Yeni Bir Biçimi, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 405544.

GÜN, Gül/ GÜN EVİN, Burcu. “ Mobbingin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Journal Entrepreneurship and Management Inquiries Dergisi, C.3, S.4, Y.2019, s.94-107.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN Muharrem. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5.Baskı, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

HÜSEYİNLİ, Namık/ ASLAN ATABAY, Hatice. “Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Y.2017, s.603-636.

İLHAN Ümit. “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri”, Ege Akademik Bakış, C.10, S.4, Y.2010, s.1175-1186.

KANTARCI, Nihan Gizem. (2016), Türk İş Hukukunda Mobbing, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 428465.

KARAKUŞ, Hatice. “Bir İçerik Analizi Örneği: Çalışma Hayatında Mobbing Olduğuna Kanaat Getiren Yargıtay Kararları” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.6, S.28, Y.2013, s.181-199.

Kasım Samet. (2019), İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Mobbing Faktörü Ve Çalışma Hayatına Etkisi: Ostim Sanayi Bölgesi Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 601113.

KAYA, Ahmet. (2013), Yargı Teşkilatında Mobbing Algısı, Tutumu Ve Deneyimi, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 331988.

KESKİN İŞOĞLU, Benay. (2015), Hukuki Boyutuyla İşyerinde Psikolojik Taciz, Ulusal Tez Merkezi, 391620.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018,

KURU, Gonca. “Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.1,Y.2017, s.179-208.

KUZGUN, İmge. (2014)Türk Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 419171.

LOKMANOĞLU, Salim Yunus. İşyerinde Psikolojik Taciz-Mobbing-, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2019.

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZDEMİR, Damla. (2015), İşçini Haklı Fesih Sebebi Olarak Mobbing Üzerine Bir Değerlendirme, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, 379474.

ÖZER, Ömür. (2017), İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Tacizin İş Hukukuna Bakan Yönü İle Analizi, Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, Adana.

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

PALABIYIK, Burak Buğra. Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2019.

SAĞUN, Aslıhan. (2015), İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Hukuksal Temelleri Ve Sonuçları, Ulusal Tez Merkezi, 405543.

SAVAŞ, Fatma Burcu. İşyerinde Manevi Taciz, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku Özel Hükümler,11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

TAŞKIN, Ahmet. (2016), İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, Doktora Tezi, Ulusal Tez Merkezi,422640.

TAŞKIN, Ahmet. “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.44, C.1, Y.2015, s.221-258.

TAŞKIN, Ahmet. “Mobbing Davalarında İspat Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.2, Y.2016, s.391-437.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TINAZ, Pınar. “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S. 11, Y.2009, s.11-22.

TUTAR, Hasan/ USLU Ferhat. Mobbing Hukuku (Mobbing, Hukuksal Sonuçları ve Mobbing ile İlgili Yargı Kararları), Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2018.

ULUSOY, Zeynep Duygu. “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.105, Y.2013, s.129-170.

ÜNVER, Yener. “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.11, Y.2009, s.101-127.

ÜRGENÇ, Candan. (2018), İşçi İşveren İlişkilerinde Mobbing, Ulusal Tez Merkezi, 517809.

VATANOĞLU, Elif. “İşyerinde Duygusal Taciz(Mobbing) ile İlgili Araştırma Perspektifleri”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.11, Y.2009, s.85-99.

YARDIMCIOĞLU, Didem. “Türk İş Hukukunda İşyerinde Şiddet ve Uygulanacak Hukuki Yaptırımlar”, International Journal of Social and Humanities Sciences, C.2, S.2, Y.2018, s.144-160.

YENERER ÇAKMUT, Özlem. “ Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.11, Y.2009, s.129-160.

YOKUŞ SEVÜK, Handan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, İstanbul Hukuk Mecmuası(İUHFM) (Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akıncı’ya Armağan), C.LXX1, S.1, Y.2013, s.1273-1290.

YUVALI, Ertuğrul. ”Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı), C.2, Y.2015, s.723-738.

Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları*

M. Onursal CİN 

Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
onursalcin1@gmail.com (Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 15.05.2021 Kabul: 12.06.2021 Yayın: 12.06.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: Bilirkişilik, Uygulama Sorunları, Ceza Yargılaması, Bilirkişi Raporu, Bilirkişilik Kanunu.</p>	<p>Bilirkişilik, deliller üst başlığı altında incelenen önemli bir delil elde etme ve değerlendirme aracıdır. Bilirkişi, sahip olduğu teknik bilgi çerçevesinde hâkime yardımcı olan kişi veya kurumdur. Bilirkişi olabilmenin en önde gelen şartı, özel bilgi sahibi olmaktır. Zira hâkim, kendi mesleki ve teknik bilgisiyle çözemediği konuları bilirkişiye danışır. Bilirkişi, hâkimin yardımcısıdır, ama asla hâkimin yerine geçemez, hâkimlik fonksiyonu ifa edemez. Sadece kendisine sorulan sorulara cevap vermekle mükelleftir. Bundan fazlası, bilirkişilik görevinin sınırını aşar. Özetle Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir.</p> <p>Bu çerçevede ortaya konacak ilk kural, bilirkişiliğin ihtiyari bir mesele oluşudur. Madde metninde de belirtildiği gibi hâkim bilirkişiye "... başvurabilir". Bilirkişiye başvuru, kural olarak zorunlu değildir. Hâkim, günlük bilgisiyle ya da mesleki bilgi ve tecrübesiyle çözebileceği hususlarda bilirkişiye başvuramaz. Bizim sistemimizde hep eleştirdiğimiz, hâkimlerin bir alanda ihtisaslaşamayarak değişik mahkemelerde görev yapmaları aslında bu yönden bir avantajdır. Bir ceza hâkimi, daha önce farklı mahkemelerde görev yapmış olduğundan, hukuki konularda da bilgi sahibi olabilir. Ancak hâkimin zaten hukuka dair her konuda uzman olduğu kabul edilir. Bu çerçevede hâkimin, bir başka hukukçu olarak bilirkişiye başvurması hukuka aykırıdır.</p>

Expertise and Its Implementation Problems in Criminal Procedure

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 15.05.2021 Accepted: 12.06.2021 Published: 12.06.2021</p> <p>Keywords: Expertise, Implementation Problems, Criminal Procedure, Expert Report, Expertise Law.</p>	<p>Expertise is a tool that obtains and evaluates important evidence examined under the heading of evidence. Expert is the person who assists the judge within the framework of his technical knowledge or institution. The most important requirement for being an expert witness is to have special knowledge. It is because the judge consults an expert on issues that he cannot solve with his professional and technical knowledge. Expert is a vice-assistant of the judge but can never replace a judge or function as a judge. Expert is just obliged to answer the questions that were asked to him. More intervention than that exceeds the limit of the duty of an expert. To sum up, in the situations which require expertise, special or technical knowledge; requesting the opinion of the expert could be decided "sua sponte", whereas the view of the expert can be decided by the request of the public prosecutor, participant, the attorney or the suspect or the accused, attorney or legal representative. The first rule to be put forward in this context is that expertise is an optional issue. As it is stated in the article text a judge "... can apply" to the expert. Application to an expert is not compulsory as a rule. The judge is responsible for issues that he/she can solve with his daily knowledge or professional knowledge and experience and he is not allowed to apply to an expert. The thing that we always criticize in our system, the fact that judges cannot specialize in a certain court and serve in different courts, is actually an advantage in this respect. However, it is accepted that the judge is already an expert in all legal matters. This is why it is against the law for the judge to apply to an expert as another lawyer.</p>

Atf/Citation: Cin, M.O. (2021). Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s.170-184.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale, 12.04.2021 tarihinde, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde tebliğ olarak sunulmuştur.

GİRİŞ

Gerek Adli gerek İdari Yargıda, isabetli kararlar verebilmek açısından en önemli müesseselerden biri de bilirkişiliktir. Hele ki Ceza Muhakemesinde maddi gerçeğin yani gerçeğin ta kendisinin bulunmaya çalışıldığı ve ayrıca yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmolunduğu göz önüne alındığında bilirkişilik kurumunun önemi daha da ön sıralarda yer alır. Ülkemizdeki bilirkişilik uygulamalarının son derece çarpık ve özensiz olduğu göz önüne alındığında, maddi gerçeğe ulaşmanın çok da kolay olmadığı üzüntüyle ifade edilmelidir. Özellikle sınırını aşan ifadelerle dolu bilirkişi mütalaalarının kabul görmesi ve kusur oranının hâkime bırakılması gerekirken, bilirkişilerin bazen kasıtlı bazen de bilgisizce sınırlarını aşarak yargılamaya olumsuz bir yön verdikleri görülmektedir. Ülkemizde gerek hâkimlerin iş yoğunluğu gerek Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatları çerçevesinde bilirkişilik ihtiyarilikten çıkmış, yargılamanın zorunlu bir aşaması haline gelmiştir. Bu durum uygulamanın “bilirkişi adaleti” çerçevesinde tecelli ettiği yönünde haklı bir eleştiriyi de beraberinde getirmektedir. Öyle ki pek çok davada, aynı yönde iki bilirkişi raporu lehine gelen taraf yargılamada haklı çıkmaktadır. Yıllardır hem kanun koyucunun çabaları hem de doktrin ve uygulamacıların haklı eleştirileri bulunmasına rağmen anılan müessesenin sorunlu işleyişi bir türlü giderilememiştir. Oysa ki konuyla ilgili Ceza Muhakemesi Kanununda son derece ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Bununla da yetinilmemiş 2016 senesinde 6754 sayılı kanun numarasıyla müstakil bir Bilirkişilik Kanunu ihdas edilmiş ve hemen akabinde konuyla ilgili yönetmelik çıkarılmıştır. Fakat hala sorunlu işleyiş devam etmektedir. Bir hukuk devletinde olmaması gereken şekilde, kanunların uygulaması uygulayanların keyfiyetine bırakılır ve kanunu uygulamamanın yaptırımları tatbik edilmezse ne kadar yeni düzenlemeler yapılırsa yapılsın yara kanamaya devam edecektir. Bu çalışmamızda bilirkişilik müessesesi ile ilgili temel düzenlemeler özet olarak verilecek, daha ziyade uygulama sorunları ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

I-Genel Olarak Bilirkişilik

Bir davada gerçeğin ortaya çıkartılması çabası sırasında zaman zaman çözülmesi gereken sorunlarla karşılaşılır ve bunların çözümü özel ve teknik bilgiyi, bilimsel bir çalışmayı gerektirebilir. Uyuşmazlığın sonlandırılması bakımından önemli olan maddi olayın ispatı için bir takım sorunların çözülmesi zorunlu olmaktadır. Ancak bu sorunlar, çözümü için uzmana gitmeyi ondan yardım almayı gerektirir nitelikte olabilmektedir. Böyle bir durumda hâkim, mahkeme, yasanın izin verdiği hallerde Cumhuriyet Savcısı kendilerine yardımcı olması için uzman kişilere başvurmaktadır. Hatta bu başvuru hâkim için bazen bir zorunluluk oluşturmaktadır. Bilirkişi, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda oy ve görüşlerini almak üzere kural olarak hâkim veya mahkeme tarafından atanan, tarafsız kimsedir.¹ Öte yandan bilirkişi, CMK 63. Maddesi çerçevesinde çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvuru alan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder” biçiminde tanımlanmıştır. Bilirkişiye başvurulduğunda bilirkişi temelde üç hususta hâkime yardımcı olacaktır.1-Genel tecrübe kurallarını bildirerek 2-Özel ve teknik bilgi sahibi olan bir kimsenin gözlemleyip algılayabileceği olguları belirleyerek 3-Özel ve teknik eğitimle

¹Çakmut Yenerer, Özlem. “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanununa göre Bilirkişilik Kurumu” Ceza Hukuku Dergisi, C.4, S.11, 2009, s.135.

öğrenilebilecek bilgilere bilimsel kuralları uygulayıp sonuç çıkartarak². Genel bilgilerle çözülmesi gereken hususlar hakkında bilirkişi yardımına müracaat etmek için geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Ancak genel bilginin sınırlarının ne olduğunun tespiti önemlidir. Genel bilgi kavramı ile hâkimin genel ve hukuki bilgisinin çerçevesini ve muhatabını gerek hukuk fakültesindeki öğrenimi sırasında, gerekse hâkimlik stajı aşamasında ve gerekse de hizmet içi eğitim faaliyetleri dolayısıyla ve mesleğini icra ederken edindiği mesleki eğitim ve deneyimi belirlemektedir. Belli bir öğrenim görmüş herkesçe bilinebilecek teknik ve bilimsel kurallar ile hâkimin hayat tecrübelerine dayanarak çözüme kavuşturabileceği konular, bilirkişiye gerek olmayan genel bilgi konularıdır. Genel bilgi ne hukukta, ne de başka bir alanda uzman olmayı gerektirmeyen o hususu bilen herkesin elde edebileceği bilgidir.

Bilirkişi incelemesindeki yöntem ve esaslar Bilirkişilerin genel olarak hangi yöntemlerle çalışmalarını sürdürüp rapor vereceklerine dair yöntem ve esasları gösteren bir Yargıtay kararı yok ise de; Amerika Birleşik Devletlerinde federal mahkemeler, Yüksek mahkeme tarafından 1993 yılında belirlenen ve Bilirkişilikte “Daubert Standartları” olarak bilinen kuralları baz almaktadır. “Daubert Standartları”na göre, hakimler bilirkişi sorgulamasının bilimsel geçerliliğinin metodolojik ve mantıksal temelleri bulunup bulunmadığını ve metodolojik temellerin yargılama konusunu oluşturan uyumsuzluğa uygulanmasının mümkün olup olmadığına dair bir ön inceleme yapacaklardır. Bu ön inceleme, bilirkişi görüşlerinin bir teste tabi tutulması anlamına gelmektedir. Buna göre bilirkişi açıklamalarının; I. Sınırları belirlenmiş ve bunun test edilebilir olması gerekir. II. İncelemeye ve değerlendirmeye tabi tutulabilir olması gerekir. III. Alınan bilginin hata oranı, istatistiksel olarak belirlenebilir olmalıdır. IV. İlgili bilim çevresinde kabul görmüş olmalıdır³

Bilirkişinin kim olacağı ve sayısının belirlenmesinde hâkim yetkilidir. Bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alan kişiler arasından seçilir. Ancak, kendi bölge listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen, diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden de görevlendirme yapılabilir. Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişiler öncelikle atanırlar. Kanunda bahsedilen listelere, daha önceden, bilirkişilik yapmak üzere başvuran ve uygun görülerek bilirkişilik yapmasına izin verilen kimseler yazılır. Bu kimseler Bilirkişilik Kanununun 10.maddesinde belirtilen hususiyetleri taşımak zorundadırlar. Bilirkişilik müessesesine başvurmak her ne kadar ihtiyari ise de, kanundan kaynaklanan bazı istisnalar da mevcuttur. Bunlara zorunlu bilirkişilik halleri denir. Bu hallerde hâkimin, mutlaka bir uzman yardımından faydalanması gerekir, bu durumda meseleyi kendi başına çözümleyemeyeceği hususunda yasal bir faraziye mevcuttur. Bu gibi durumlarda başta Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışan Adli Tıp Kurumu olmak üzere kanunlarca yetkilendirilmiş bazı tüzel kişiliklerin resmi bilirkişi olarak görev yaptığını söylemeliyiz. Söylenildiği gibi, hakim ya da C.Savcısı özel ve teknik bilgiyi gerektiren konuda kişisel ilgileri nedeniyle bilgi sahibi olsalar da konu hakkında uzmanından görüş almak zorundadırlar. Dolayısıyla kişisel bilgi bilirkişiye başvurma yükümlülüğünü ortadan

² Yurtcan Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 2005, s.377.

³ Karaburun, Gökhan. “*Karar Örnekleriyle Yargıtay’ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları*” Adli Tıp Bülteni, C.22, S.3, 2017, s.203.

kaldırmamaktadır.⁴ Prensip bu olmakla beraber Yargıtay özellikle tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili vermiş olduğu geçmiş kararlarda aynı fikirde olmadığını isabetli olarak vurgulamaktadır. Yargıtay'a göre hekimin mesleki değil meslek dışı dikkati ile bile yapmaması gereken hatalardan kaynaklanan zararlarda konunun bir uzman önünde incelettirilmesine gerek yoktur.⁵

Hâkim, bir kişi veya heyete bilirkişi mütalaası elde etmek amacıyla dosyayı gönderdiğinde gelen raporla kural olarak bağlı değildir. Zira bilirkişi mütalaası bir delil değerlendirme aracıdır ve ceza yargılamasında hâkim, delilleri serbestçe takdir eder. Bununla beraber hâkim, mütalaayı yeterli bulmazsa, mütalaanın genişletilmesi için dosyayı aynı kişiye yollayarak daha ayrıntılı bir rapor isteyebileceği gibi, bir başka kişiye de yollayabilir. Hatta bu iki bilirkişinin raporları birbiriyle çelişmekte ise, hâkim, üçüncü bir kişiyi de bilirkişi olarak tayin edebilir. Ancak bunlar hep zaman kaybıdır. Bu yüzden bilirkişi dikkatle belirlenmelidir. Özellikle tutuklu işlerde raporların gecikmesinden dolayı insanlar çok uzun süreler özgürlüklerinden mahrum kalabilmektedirler.

Bilirkişilerin de tıpkı hâkim gibi reddi, çekinmesi ve yasaklanması mümkündür. Hâkimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişilerin reddi için de aynen geçerlidir (m. 69). Hatta bunun usulü de, yine hâkimlerin reddinin usulünde olduğu gibidir. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan bir kimse, bilirkişilikten de çekinebilir (m. 70). Bilirkişinin yasaklılık haline örnek olarak m. 87/3 verilebilir. Buna göre, ölen kimseyi son hastalığında tedavi eden doktora otopsi yapma görevi verilemez. Öte yandan bilirkişi üstlendiği görevi tarafsız olarak ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde ifa etmekle yükümlüdür. Kasten gerçeğe aykırı bilirkişilik yapması durumunda TCK md 276 hükmü uygulanacaktır. Bilirkişi görevini yaptığı sırada gerek TCK md 6 gerek Bilirkişilik yönetmeliği çerçevesinde kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle görevini gerçekleştirdiği esnada göreviyle ilgili suç işlemesi durumunda kamu görevlilerine yönelik düzenlenmiş bazı özgü suçlardan da sorumluluğu cihetine gidilebilecektir. Örneğin rüşvet suçu açısından bilirkişilik TCK 252/2 uyarınca nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.⁶

II- Bilirkişinin ve Raporunun Hukuki Statüsü

Bilirkişilik statüsü, kanunda tanıklık statüsüyle paralel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 62. maddesi, bilirkişilikle ilgili olarak, tanıklığa ilişkin hükümlerin bilirkişilik hükümlerine aykırılık teşkil etmeyenlerinin ortak hüküm olduğunu belirterek tanıklık hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu çerçevede, bilirkişinin de tanık gibi üç temel ödevi mevcuttur. İlk ödevi, mahkeme önünde hazır bulunmaktır. Ancak, bilirkişiler çok istisnai durumlarda mahkeme önünde hazır bulunurlar. Uygulamada hâkimler, genellikle bilirkişilerin hazır bulunmalarına gerek görmez. Bunun yerine bilirkişilerin yazılı beyanları söz konusu olur. Bilirkişi, dosyayı almak üzere mahkemeye

⁴ Yokuş Sevik, Handan. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", İHFM, C.64, S.1, 2006, s.53.

⁵ Uyuşmazlık karaciğer kistinden rahatsız olan müştekinin devlet hastanesinde davalı doktor tarafından ameliyat edilirken karnında koher pensinin unutulmasından doğan zarara ilişkindir. Olayın herhangi bir uzman önünde incelettirilmesine gerek yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi gerekir. Buna rağmen Yüksek Sağlık Şurasının olay kendisine gönderilince verdiği 26.11.1973 tarih ve 6669 sayılı raporunda, olayın en normal olan dikkat ve özen zorunluluğunu bir tarafa bırakarak büyük ve karmaşık ameliyatlarda böyle olayların görülebileceğini mütalaa etmesi yersizdir. Y.4.HD 11.12.1976 E.4250 K.1393. Kararı Aktaran Hancı Hamit, Malpraktis, Ankara 2002, s.25-26.

⁶ Sevik Yokuş, s.101.

gitmelidir. Bilirkişinin adliyeye giderek dosyayı alması ve çağırdığında hâkimin önünde hazır bulunması, ödevidir.

Bilirkişinin bir diğer ödevi, beyanda bulunmadır. Bilirkişi, beyanlarını sözlü ya da yazılı olarak üç ay içerisinde mahkemeye ulaştırmak zorundadır. Bu süre içinde tamamlayamazsa, kendisini atayan merci, üç ay daha süre verebilir. Üçüncü ve son yükümlülüğü ise yemin etmedir. Bilirkişinin bir başka yükümlülüğü ise, yemin etme ödevidir. Aynı şekilde, bilirkişinin yemin etmeksizin mütalaa sunması, hukuka aykırılık oluşturacaktır. CMUK'a göre bilirkişiler, dosyayı adliyeye giderek alırken yemin etmekteydiler. Yeni sistemde ise, Listelere kaydedilen bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulu veya bulunduğu yer il adli yargı adalet komisyonu huzurunda "Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." sözlerini tekrarlayarak yemin ederler.(CMK 64/5) Eğer hâkim, liste dışından bir kimseyi bilirkişi tayin ederse, bu kişinin adliyeye gelerek, eski sistemde olduğu gibi, kendisini atamaya yetkili merci (hâkim) önünde yemin etmesi gerekir. Ancak uygulamada genellikle atamaya yetkili merci önünde değil de, mahkeme kaleminde yazı işleri müdürünün önünde yemin edildiği görülebilmektedir. Hatta yemin etmeyip sadece teslim tutanağına imza atarak dosyaları aldıkları da bilinen bir gerçektir. Unutulmamalıdır ki Bilirkişi, kanunen yemin yükümlülüğü altındadır ve yemin, bilirkişiliğin kurucu unsurudur.

Bilirkişi incelemesinin hukuki niteliği hakkında yasada net düzenleme bulunmamakla birlikte, CMK m. 62'de tanıklara ilişkin hükümlerin bilirkişiler hakkında da uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle bilirkişi incelemesinin tanık ifadesi gibi bir delil mi, yoksa delillerin değerlendirilmesi vasıtası mı olduğu tartışmalıdır. Öğretide bilirkişi mütalaaasının bazı hallerde delil, bazı hallerde delilleri değerlendirme aracı olduğu kabul edilmektedir.⁷ CMK m. 62 gerekçesinde "*bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir. Başka bir deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır.*" denilmek suretiyle delil olmadığı görüşü benimsenmiştir.

CMK gerekçesinde her ne kadar bilirkişiliğin delil olmadığı açıklanmış ise de; doktrinde baskın olan bu görüşe göre, bilirkişi raporları veya açıklamaları kendine özgü bir delildir. Çünkü, bilirkişi görüşü neredeyse delil kadar hükme etkili olabilmektedir.

Başka bir görüşe göre bilirkişinin yaptığı iş, yargısal nitelikte bir danışmanlık hizmetidir.⁸ Zira Bilirkişinin yapacağı inceleme sonrasında çeşitli saptamalar yaparak bunu mahkemeye bildirmesi durumunda bilirkişinin delil yaratması söz konusu olmayıp sadece önceden var olan, ancak mahkemenin elde edilmesi için gerekli bilgi ve donanıma sahip olmadığı bir veriyi mahkemeye sunması söz konusudur.

Yargıtay 1. CD.nin 01.03.1991 gün ve 391/559 sayılı kararında bilirkişi görüşünü, delil hakkında yapılmış bir değerlendirme beyanı olarak kabul etmiştir.⁹ Bilirkişi, incelemesini hakimin

⁷ Dülger, İbrahim. "Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", GÜHFD, C. 11, S.1-2, 2007, (Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan), s. 672.

⁸ Deryal, Yahya. *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 23.

⁹ Dönmez, Burcu. "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9 İzmir 2007, s.1148, dn. 18.

yerine geçerek yaptığı için sonuçta hakim onunla bağlı değildir. Çünkü bilirkişi hakimın yardımcısı olarak çalışmıştır. Bu nedenle hakim, bilirkişilerin bilirkişisidir (peritus peritorum).

Her ne kadar bilirkişi yaptığı inceleme ile değerlendirme faaliyetinde hakime yardımcı olup ona yol gösterse de yargılama süresince delillerin takdiri daima hakime aittir. Kanaatimce bilirkişi görüşü hem delil elde edilmesi hem de delil değerlendirme aracıdır ancak başlı başına delil değildir. Delil bilirkişi incelemesi sonucunda ortaya çıkan, elde edilen eser, iz ya da emaredir.

Teknik; fizik, kimya matematik gibi bilimlerden elde edilen verileri iş ve yapım alanında uygulamadır. Teknik bilgi ise uygulamaları yapmaya yeterli bilgi olarak ifade edilebilir. Ayrıca kurum kuruluş ve yetkili kişilerce belirlenmiş ve genel nitelik kazanmış teknik standartlar da teknik bilgi kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁰

III- Bilirkişi Beyanının Sınırlamaları

Bilirkişi, beyanda bulunurken (raporunu yazarken) belirli sınırlamalara tâbidir. Bu sınırlamalar şunlardır:

Bilirkişi, hiçbir zaman hâkimin görev alanına giren bir konuda yorum yapamaz. Yani, hukuki konularda değerlendirme yapmamalıdır. Bilirkişi, kendisine hangi soru sorulduysa ancak onu cevaplandırabilir. Mesela, taksirli bir suça ilişkin bilirkişiden mütalaa istendiğinde, bilirkişi, sadece failin bu konuda düzenlenmiş davranış kurallarına riayet edip etmediği, davranışının tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi unsurların ürünü olup olmadığı yönünde beyanda bulunabilecektir. Asli kusurlu veya Tali kusurlu gibi belirlemeler hâkime aittir. Hâkimin de hukuki sorunlar için bilirkişiye başvuramayacağı ise unutulmaması gereken bir husustur. Hâkimin hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda, bilirkişi incelemesine başvurulamayacağına dair açık hükmünün, 1985 tarihinden önce Kanun'da bulunmadığı dönemde de, Yargıtay çeşitli kararlarında hâkimin genel ve hukuki bilgi ile çözümü mümkün olan konularda bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağını belirtmekteydi. Bununla ilgili bir Yargıtay kararında, hâkim ve Cumhuriyet savcısının kendi bilgisi, kültürü ve müktesebatı ile önüne gelen bir konuyu çözümlenmek niteliğine sahip bulunduğu, ihtisarla ilgili bulunmayan hâllerde bilirkişi mütalâasına başvurmaya gerek olmadığına işaret edilmiştir¹¹.

Ancak bir görüşe göre Uluslararası ilişkiler nedeniyle karşılaşılabilecek durumlardan olan “yabancı ülkede işlenen bir suçun Türkiyede yargılanması halinde TCK md 19 çerçevesinde yabancı ülke mevzuatı ve uygulaması bakımından hukukçu bilirkişiden yararlanılabilmesine olanak tanınması da gereklilik olarak gözden uzak tutulmamalıdır.¹²Haklılık payı olsa da kanaatimce böyle bir sorun, bakanlıkça çözülebilir. Dış ilişkiler dairesindeki uzmanlarca tercüme edilecek başka ülkelere ait ceza mevzuatları UYAP üzerinden hakimın kullanımına açılabilir. Böylece zaman kaybına da mahal verilmez.

Yeni Bilirkişilik sistemimize göre, kusurun matematiksel oranlarla ifadesi mümkün değildir. Bilirkişiler artık 2/8, 6/8 gibi oranlarla kusur belirtip, bilirkişi raporu düzenleyemezler. Ancak, bununla ilgili olarak kanuni bir düzenleme de mevcut değildir. Bu husus, yalnızca TCK

¹⁰ Yenerer Çakmut, s.137.

¹¹ Yargıtay 8. CD'nin 13.10.1975 tarih ve 1975/6525 E- 1975/5960 K. sayılı kararı.

¹² Ünver Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız” Ceza Hukuku Dergisi, C.1, S.2, 2006, s.171.

m. 22'nin gerekçesinde yazmaktadır. Bu tarz bir düzenlemenin geçerli olduğunu savunmak çok da mümkün değildir zira gerekçe madde metnine dâhil değildir. Bu hususta derhal CMK içerisinde veya Bilirkişilik mevzuatı içerisinde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Uygulamada bilirkişiler hala bu şekilde raporlar vermekte, ancak gelen itiraz üzerine hâkim itirazı kabul etmeyerek raporu geçerli saymaktadır. Öte yandan Yaralama suçlarına ilişkin bilirkişi raporlarının Adli Tıp kriterleri(ATK) olarak adlandırılan puanlama çerçevesinde yapıldığı da bilinen bir gerçektir. Fakat bu tamamen teknik bir konu olup, basit tıbbi müdahale ile giderilebilme ve kemik kırığının vücut fonksiyonlarına etkisinin değerlendirilebilmesi için bilinen daha elverişli bir yol bulunmamaktadır.

CMK m. 67/6 ve m. 68/3 hükümlerinde uzman mütalaasından bahsedilmektedir. CMUK döneminde, avukatlar, işin içinden çıkamadıklarında ya da o konuyla ilgili Yargıtay kararı da bulamadıklarında, hâkimi ikna edebilmek amacıyla, uzman görüşü alarak dosyaya koymaktaydılar. Bu uzmanlar genellikle, Üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinden oluşmaktadır. Bununla beraber hâkimlerin bu uygulamaya pek sıcak bakmadıkları, dosyada olan bu mütalaalara pek de itibar etmedikleri bilinen bir gerçektir. CMK, CMUK'tan ayrılarak bu konuyu bir kanun hükmü olarak düzenlemiştir. Hatta, CMK sistemine göre avukatlar, uzman bilirkişi sıfatıyla kişiyi duruşmaya getirerek dinletebileceklerdir. Bu durum hukuki konulara müteallik olmadığı sürece bir sakınca arz etmez kanaatindeyiz. Bu görüşümüzün temel sebebi gerek Ceza Muhakemesi Kanununun gerek Bilirkişilik Mevzuatının hukuki bilirkişiliğe cevaz vermemesidir.

Adalet Bakanlığı tarafından 2010 yılında hazırlanan “Bilirkişilik” konulu İnceleme Raporunda “*Bilirkişilik uygulamalarında temel sorunlardan biri, mevzuatta açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi ile çözümlenebilecek konularda hukukçu bilirkişilere müracaat edilmesi*” “hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bile sıklıkla bilirkişi görevlendirildiği ve bilirkişinin adeta hâkimin yerine geçerek yargı yetkisini kullandığı” hususları eleştirilmiştir. Her ne kadar uzman mütalaası CMK tarafından 67/6 fıkrasında yasal zemine kavuşturulmuşsa da bu uzmanın yargılama konusu olay hakkında hukuki değerlendirmelerde bulunması aynı problemi yaratacaktır. Hukuki konularda bilirkişilik yapabilmek için listeye kaydolmaya kanunen izin verilmediği yerde, taraf bilirkişisi olarak da bu faaliyetin yapılması mazur görülmemelidir. Doktrinde “ *bilirkişi raporunda hukuki değerlendirmeler bulunması, mevcut uygulamamız bakımından, farkında olmadan (kanaatimce çok gerekli) bir işlev görmektedir. Şöyle ki, ancak böyle bir rapor sayesinde ki, taraflar, mahkemenin kararının muhtemelen hangi hukuki değerlendirme esas alınarak verileceğine dair, üzerinde tartışabilecekleri, neden yanlış yahut doğru bulduklarını izah edebilecekleri bir zeminden haberdar olabilmektedirler. Öte yandan, Uzman görüşünün hukuki bir değerlendirme ihtiva edebileceği konusunda hiçbir tereddüt yoktur.*” şeklinde görüşler bulunsun da¹³ bu yaklaşıma Anayasanın ve Kamu hukukunun temel prensiplerinden biri olan eşitlik ilkesi çerçevesinde sıcak bakmak mümkün değildir. Söz konusu uzman görüşleri hukukçu akademisyenlerden ciddi meblağlar karşılığı alınmaktadır. Bu durum görüş almaya madden imkanı olmayan taraf için bir eşitsizlik yaratmaktadır. Ayrıca yukarıda da

¹³ Atalı Murat, “6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki konularda Bilirkişilik” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4, s.3277.

değindiğimiz gibi hakimler bu tip raporlara çok sıcak bakmamakta, kendilerine işlerinin öğretildiği duygusuna kapılmaktadırlar. Mademki hukukçu bilirkişi atanması yasada sakıncalı görülmektedir, aynı sakıncanın hukuki konularda görüş bildiren taraf bilirkişileri açısından da kabulü gerekmektedir. Hukuki konuda rapor hazırlayan uzmanın yargılamayı yapan hakim veya hakimlerin geçmişte hocalığını yapmış olma ihtimali ise hakim açısından tamamen tarafsızlığı tehlikeye düşüren bir durum olarak nitelendirilmelidir. Yargılama bu tip şüpheleri, varsayımları bünyesinde barındırmamalıdır. Bununla beraber CMK nun 67/6. Fıkrasındaki metin içerisinde, hukukçu akademisyenlerin rapor yazmasının sakıncalı olmadığı aksine faydalı olduğu husular da vardır. Eğer bu tip bir mütalaa doğrudan yargılama konusu olaya ilişkin değil de bilirkişinin raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere sunulursa son derece faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

IV-Bilirkişi Raporlarındaki Sorunlar

Bilirkişilik alanındaki sorunları azaltmak ve uygulamaya kurumsallık getirmek maksadı ile kabul edilen 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu çerçevesinde Adalet Bakanlığı uhdesinde bir merkez teşkilatı oluşturulmuştur.¹⁴Bu teşkilat içinde yer alan Bilirkişilik Daire Başkanlığı, “Bilirkişilerin uyacağı rehber ilkeler ve bilirkişi raporunda bulunması gereken standartlar” başlığı altında bilirkişilik yapacaklara yönelik olarak ayrıntılı bir rehber hazırlamıştır.¹⁵ Otuziki ilkededen oluşan bu rehberde yazılan raporun içeriğine yönelik en önemli gördüklerimiz aşağıda sıralanmıştır. Buna göre;

1-Bilirkişi, görevlendirildikten sonra yapacağı ön inceleme sonucunda konunun kendi uzmanlık alanına girmediğini tespit ettiğinde en geç bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan merciye durumu bildirecek ve görevlendirmeyi kabul etmeyecek.

2-Bilirkişi, incelemesini yaparken hak ve adaletin gerçekleşmesinde hakime yardımcı olacağından, bu sorumluluk bilinciyle azami dikkat ve özen göstererek kendisine sorulan tüm sorulara cevap verecek biçimde raporunu hazırlayacak.

3-Bilirkişi, görevlendirme konusu hakkında uzmanlık alanına girmeyen, uyuşmazlığa ve sorunun çözümüne doğrudan etkili olmayan bir durumla karşılaştığında raporunda kesinlikle bu konuda herhangi bir belirleme yapamayacak, görüş açıklayacak.

¹⁴ Eleştiriler için bkz Atalı, s3276-3277 Yazar bu yapılanmayla ilgili “6754 sayılı Kanun’un yeni ve büyük bir buluşmuş gibi gösterip, yaşanan sorunlara çözüm olarak sunduğu husus, özü itibariyle bölge adliye mahkemeleri adalet komisyonları tarafından yerine getirilen idari görevlerin, biraz farklılaştırılarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan bir Bilirkişilik Dairesi (m. 6) ile bölge adliye mahkemesi kurulu bulunan yerde oluşturulan bilirkişilik bölge kurullarına (m. 7, m. 8) verilmesinden ibarettir. Bunun yanında bir de Danışma Kurulu diye adlandırılan, gerek üyelerinin görev konumları ve gerekse 28 kişilik hantal yapısıyla (m. 4) hiçbir fonksiyon yerine getiremeyeceği aşikâr olan bir kurul getirilmiş ve kendisine danışma ve öneri işi (m. 5) verilmiştir. Özellikle Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Dairenin bilirkişilerle ilgili görev ve yetkileri ile bilirkişinin statüsü göz önünde bulundurulduğunda, bunun yargı bağımsızlığı açısından ortaya ciddi endişeler çıkaracağı açıktır. Tamamı bağımsız hâkim ve savcılardan oluşan bölge adliye mahkemeleri bilirkişiliğin idari bürokrasisi açısından neyi eksik yahut yanlış yapmıştı ki, yeni yapı bunlara çözüm getirecektir. Bunun yerine, ayrı ve merkeziyetçi bir idari yapılanma öngörülmüş bulunması, bilirkişilik müessesesi açısından uygulamada yaşanan hiçbir soruna çare olmayacaktır.” görüşündedir.

¹⁵ Rehber için bkz. <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bilirkisilerin-uyacagi-rehber-ilkeler-ve-bilirkisi-raporlarinda-bulunmasi-gereken-standartlar26032021121159>, E.T:7.05.2021.

4-Bilirkişi, iddia ve savunmalarla ilgili yorumda bulunamayacak.

5-Bilirkişi, raporunu hazırlarken raporun dayanağı olan somut ve özel nedenleri bilimsel verilere uygun göstermek zorunda olacak.

6-Değerlendirmede kullanılmak üzere ölçüm yapılması gerektiğinde de bilirkişi, bu ölçümleri bizzat yapacak, tarafların verdikleri ölçümleri esas alarak değerlendirme yapamayacak, hesaplamada esas alınan birim fiyatlar ve dayanılan kriterlere raporda açıklamalı yer verilecek.

7-Bilirkişi, raporunda kesinlikle takdiri değerlendirmelerde bulunmayacak, somut olayı tüm açıklığıyla raporda anlattıktan sonra olayın yorumunu ve takdirini hakime bırakacak.

8-Bilirkişi, raporunu hazırlarken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamayacak, tereddüt ettiği hallerde görevlendirmeyi yapan merciden hukuk sorunu ve inceleme alanının kapsam ve sınırları hakkında bilgi isteyebilecek.

9-Bilirkişinin, özel veya teknik bilgiye dayanmadan yalnız yargılama sırasında elde edilen delilleri değerlendirerek uyuşmazlık konusu hakkında saptamalar ve yorum yapmasının bilirkişilik temel ilkelerine aykırı olduğu göz önünde bulundurulacak.

10-Bilirkişi, sorunu çözerken kullanacağı özel veya teknik bilgisinin değerlendirilmesinde delillerden yardımcı ya da denetleyici olarak yararlanabilecek.

11-Bilirkişi, raporunu hazırlarken teknik terim ve kavramlarla ilgili sözcüklerin Türkçe karşılıklarını tercih edecek ya da parantez içinde Türkçe karşılıklarını mutlaka yazacak, teknik bir kavram söz konusu ise ayrıntıya kaçmadan bu kavramla ilgili açıklamada bulunacak. Ayrıca, bilirkişi raporunu hazırlarken görevlendiren merci tarafından istenmesi halinde yargılama sırasında dosyaya sunulan uzman görüşlerini de özel ve teknik bilgi yönünden değerlendirebilecek.

12-Bilirkişi, raporunda tümüyle maddi olgulara yer verecek, cevaplama istenen somut soruları tek tek sorulma sırasına göre, bilimsel dayanaklarını da açık ve anlaşılır biçimde gösterecek, eksiksiz cevaplayacak.

13-Bilirkişi, hakimın yetkisinde olan kusurluluk konusunda (asli/tali kusurlu, kusursuz, yüzdellik kusur oranı) herhangi bir değerlendirme yapamayacak.

14-Dosyada daha önce alınan bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden rapor düzenlemek üzere görevlendirilme halinde bilirkişi, birbiriyle çelişen raporlardaki tespit ve değerlendirmelerden hangilerine katıldığını veya farklı bir görüş ve değerlendirme sunacak ise bunun nedenlerini tartışıp gerekçelendirerek raporunu düzenleyecek.

15-Bilirkişi, dosyada ek rapor alınmak üzere görevlendirildiğinde, ek raporun alınma gerekçesi çerçevesinde soruna çözüm üretecek mahiyette ve tekrar ek rapor alınmasına gerek duyulmayacak nitelikte rapor düzenleyecek.

16-Öte yandan, bilirkişi, hazırlayacağı raporda özel ve teknik bilgisini kullanarak ulaştığı sonuçların gerekçesini de açıklamakla yükümlü olacak.

Rehber ilkelerde ifade edilen bu hususlara tamamen riayet edilerek ve süresinde hazırlanmış bir raporun varlığı halinde maddi gerçeğin bulunabilmesine yardımcı olacak, hâkimin konuyla ilgili soru işaretlerini ortadan kaldıracak, tam anlamıyla hukuka ve işleve uygun bir

bilirkişilik gerçekleştirilmiş olacaktır. Bununla beraber bilirkişi raporlarının içeriğinde bulunması gereken hususlar sadece Daire Başkanlığının belirlediği ilkeler ile sınırlı değildir. Uygulamaya yön veren Yüksek Mahkeme Yargıtay'ın da bilirkişi raporlarının nasıl olması gerektiği ve içeriğinde bulunması gereken hususlara yönelik yaklaşımları mevcuttur. Yargıtay tarafından yerel mahkeme kararları üzerinde en sık denetimi yapılan ve bozma kararlarına esas teşkil eden iki ilke 'yetkinlik' ve 'tarafsızlık'tır. Bilirkişinin en önemli özelliklerinin başında alanında uzman ve tarafsız olması gelmektedir. Nitekim Yargıtay'ın çeşitli dairelerince verilmiş kararların analizinde;

- “Konunun ne şekilde uzmanı olduğu anlaşılabilen bilirkişi görüşüne itibarla hüküm tesisi.”
- “İhtisas derecesi anlaşılabilen kişinin dayanaksız mütalaasına dayanılarak beraat kararı verilmiş olması.”
- “Bitkinin hint keneviri olduğunun uzman bilirkişi raporu ile saptanmaması.”
- “Dava konusu emvalin fatura ve nakliye tezkeresine uygunluğu hususunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılmadan beraate karar verilmesi.”
- “Dava konusu içki, çay ve Çin malı tabakların CİF değerlerinin bu konuda uzman bilirkişi yerine gümrük komisyoncusu olan bilirkişiye tespit ettirilmesi.”
- “Kaçak malın değerinin tarafsız bir bilirkişi yerine Gümrük ve Tekel İdaresinde memur olan bir bilirkişiye tespit ettirilmesi.”
- “Grafoloji dalında özel uzmanlığı bulunan bir bilirkişiden rapor aldırılması gerekirken adli tıp doktorundan alınan rapora dayanılması.”

Gibi sebeplerle birçok kararın bozulmasına karar verildiği görülmekte; bilirkişinin mutlak surette tarafsız, özel bilgi ve uzmanlık sahibi kişi olmasının istendiği anlaşılmaktadır.¹⁶

Yine bu kapsamda uygulama da en çok hata yapılan belgede sahtecilik suçlarındaki bazı özelliklere değinmek gerekirse; bu suçlarda belgenin “iğfal kabiliyeti” yani “aldatıcılık özelliği” bu suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilen belge, sahte belge olarak kabul edilmektedir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte olup olmadığı, aldatma unsurunun belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiği, muhatabın hatasından, dikkatsizlik ve özensizliğinden kaynaklanan fiili iğfalin, aldatma yeteneğinin varlığını göstermeyeceğini Yargıtay birçok kararında kabul etmiştir. Yargıtay ayrıca belge incelemesine esas imza karşılaştırmasının, belgenin hazırlanışından sonraki tarihte atılmış imza örnekleriyle yapılmış olmasını bozma sebebi kabul ederek, incelemenin şüphelinin belgeden hem önceki hem de sonraki tarihe ait örneklerle yeniden yapılmasını gerekli görmüştür. Bilimsel olarak bilirkişiye gönderilen mukayese edilecek imza örnekleri ile şüpheli imzanın atılış tarihi arasında beş yıldan fazla süre olmaması gerektiği de kabul edilmiştir¹⁷

Çelişkili bilirkişi raporlarının dosyadaki varlığı da bir başka sorun olarak göze çarpmaktadır. Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda yapılacak incelemenin metodunu, hâkimin birinci veya ikinci raporlara göre karar veremeyeceği bu durumda üçüncü kez bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği bunun yanı sıra birden fazla bilirkişinin görevlendirildiği işlerde azınlıkta kalan bilirkişi raporunu esas alarak hüküm verilemeyeceğini ve çelişkili bilirkişi raporları varsa hangi yöntemle hareket edilmesi gerektiğini uygulamaya yön verecek şekilde açıklamıştır.¹⁸

¹⁶ Karaburun, Gökhan. “Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları” Adli Tıp Bülteni, C.22, S.3, İstanbul 2017, s.200.

¹⁷ Karaburun, s.201-202.

¹⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise 22.02.2004 tarihli (E.2004/5818, K.2004/10153) kararında “bilirkişi raporunda hangi ortamda ne tür teknik cihazlar kullanılarak inceleme yapıp sonuca varıldığının açıklanmadığını, sadece grafolojik ve grafometrik metodların uygulandığının belirtildiği, ulaşılan sonucun maddi dayanaklarının denetime elverişli şekilde ortaya konmadığını, bu itibarla bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulamayacağını,” belirterek kararı bozmuştur.

Birçok Yargıtay kararında bilirkişi raporları arasında- ki çelişkinin giderilmesi için Adli Tıp Kurumuna başvurulması gerektiği işaret edilmekteyse de bu husus sadece yerel mahkemeye yön göstermek amaçlı olup, 2659 sayılı *Adli Tıp Kurumu Kanununun 23/C-3 maddesi de dikkate alındığında Adli Tıp Kurumunun resmi bilirkişi sıfatı bulunmasının onu son merci yapmayacağı ve kurum tarafından verilen raporlara sırf bu nedenle üstünlük tanınmayacağı açıktır*. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 20.03.2007 tarihli (2007/2366-5280 esas ve karar sayılı) kararında “Adli Tıp Kurumu grafoloji (bugün adli belge inceleme şubesi olarak ismi değiştirilen bölüm kastedilmektedir) bölümünün imza incelemesinde son merci olarak kabulünün mümkün bulunmadığını” belirtmiş, yine aynı daire 26.11.2012 tarihli (2012/17547E, 34790K) kararında “Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesinin imza incelemesinde son merci olarak kabulü mümkün bulunmayıp, raporun anılan kurumdan alınmış ve heyetçe düzenlenmiş olması da yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre ona üstünlük tanımayacağından anılan rapora itibar edilerek sonuca gidilemez.” demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.¹⁹ Doktrinde de aynı kurumlara bağlı makamların delilleri değerlendirmesi kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeler nitelikte olduğunu, Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu gibi resmi bilirkişilik kurumlarının varlığının bilirkişi yönünden eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu iddia eden görüş sahipleri vardır.²⁰

V- Bilirkişinin Görevlerini Yapmamasının Yaptırımları

CMUK döneminde bilirkişi adliyeye gitmez ya da kabul etmesine rağmen süresi içinde raporunu sunmazsa, 765 sayılı TCK m. 282’ye atıf yapılmaktaydı. Bu madde, kanunen yerine getirilmesi gereken bir görevin yerine getirilmemesini düzenlemektedir. Bu bir kabahat idi ve bilirkişiye disiplin hapsi uygulanabileceği hükmü düzenlenmekteydi. Yeni ceza sistemimizde 765 s. TCK m. 282’ye karşılık gelen bir hüküm yoktur. CMK m. 60’a atıf yapılmaktadır. Bu madde, tanığa uygulanan bir hükümdür atıf gereği bilirkişi hakkında da uygulanabilir. CMK m 71 e göre usulüne uygun olarak çağırıldığı halde gelmeyen veya gelip de yemin etmektan, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında CMK md 60/1 de tanıklar bakımından düzenlenen maddeye atıf yapılarak yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Bir görüşe göre yapılan yollamanın sınırlı olması özellikle disiplin hapsi kararına itiraz edilebilmesini düzenleyen CMK md 60/son un uygulanmasını olanak dışı bırakması nedeniyle doğru bulunmamaktadır. Bu durumun adil yargılamayı zedelediği söylenmektedir.²¹Oysa ki hükümde kanun yoluna başvurmayı etkileyen veya engelleyen bir durum olmadığı kanaatindeyiz. Ama başta yakalamaya ve gözaltına alınmaya itiraz olmak üzere uygulama sürelerinin zaten çok kısıtlı olduğu bazı müesseseler çerçevesinde haklı bir eleştiridir. Öte yandan Muhakeme kanunumuza kaynak teşkil eden Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) nun konuyu düzenleyen 77.maddesi CMK 60 tan müeyyide yönüyle farklı olmakla beraber(disiplin hapsi yerine disiplin para cezası) gerek müeyyidenin takdiri olmayışı, gerek uygulanan disiplin para cezasına yönelik herhangi bir kanun yoluna başvuru hakkı tanımaması çerçevesinde çok daha katıdır.

¹⁹ Karaburun, s.202-203.

²⁰ Batum, Süheyl/Yenisey Feridun/Erkut Celal/ İnceoğlu Sibel, *AİHS ve Adil Yargılama İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, Tüsiad Yayınları, İstanbul 2003, s.102; Yenerer Çakmut, s.157.

²¹ Özbek, Veli Özer. “*Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3 S.2, 2006, s.399.

CMK m. 60, üç aylık disiplin hapsi ve zararların giderilmesini hükme bağlamaktadır. Fakat önceden de söylediğimiz gibi bu yol çok nadiren işletilmektedir. Bununla beraber Bilirkişilik Kanununun “Bilirkişilik listesinden ve sicilinden çıkarılma” başlıklı 13.maddesi bu yaptırımın hangi hallerde uygulanacağını tahdidi olarak saymaktadır. Fakat uygulamada bu maddenin gereklerinin de titizlikle yerine getirildiğini söylemek mümkün değildir.

TCK’da gerçeğe aykırı bilirkişilik yapmak cezalandırılan bir eylemdir. Kanunun 276. maddesinde düzenlenen, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçunun lafzı bazı sorunlar yaratacak nitelikte olsa da böyle bir suç tipinin mevcudiyeti son derece önemlidir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi 19.07.2007 tarihli kararında “bilirkişilerin icra müdürlüğünce kıymet takdiri yapılmak üzere görevlendirdikleri konutu görmeden değer tespiti yaparak rapor düzenlemelerini TCK 276. maddesine uyan “gerçeğe aykırı bilirkişilik” suçunu oluşturacağını” belirtmiştir.²²

VI-Bilirkişilik Müessesesi Çerçevesinde Eleştirilerimiz

Gerek CMUK gerek CMK ve hatta HMK bilirkişilik konusunun yargılama için öneminin altını çizer şekilde çok fazla madde adedi ile geniş ve ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır. Buna rağmen sorunlar giderilememiş, kanunkoyucu 2016 yılında müstakil bir Bilirkişilik Kanunu ihdas etmiştir. Kanunun Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan genel gerekçesinde, yeni bir “bilirkişilik kanunu” hazırlamayı zorunlu kılan hususların üç noktada toplandığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, kurumsal yapı eksikliği; ikincisi bilirkişiliğin bir meslek olarak kabul edilmemiş olması ve nihayet üçüncüsü ise hukuki konularda bilirkişiye müracaatın adeta yargı yetkisinin devri sonucu doğurmasıdır. Bununla birlikte, mevcut liste uygulamasının bilirkişilik kurumundan beklentileri tam olarak karşılayamadığı da ayrıca vurgulanmış, bu durumun yargılama faaliyetlerinin uzamasına neden olacak şekilde mağduriyetlere ve şikayetlere sebebiyet verdiği belirtilmiştir. Gerekçede vurgulanan hususlara genel olarak katılmakla birlikte yapılan iyiniyetli düzenlemenin, yaranın kanamasını dindirmediğini de söylemek zorundayız. Kanaatimizce sorun bilirkişilik teşkilatlanmasında olmayıp çözümü de kontrol ve uygulamayı İl Adli Yargı komisyonlarından alıp merkezi otoriteye bağlamak değildir. Bir görüşe göre yargısal alana özgü bir işlev üstlenen bilirkişilik bu açıdan daha az yürütme ile daha çok yargı ile ilişkilendirilerek tesis edilmelidir.²³

Şüphesiz ki bakanlık bünyesinde kurulan Daire Başkanlığı bilirkişilik uygulamalarına yönelik bir takım eğitim programları da yürütmektedir. Hatta kanundan önce herkesin ağız birliği yapmışçasına vurguladığı bilirkişi sicili oluşturulması ve dosya dağıtımının sicildeki başarı durumuna göre yapılması hususları da mevcut kanun çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Fakat kabul edemediğimiz ve düzeltemediğimiz gerçek, yasalarımız yeterince kapsayıcı olsa da mer’iyette olan normları uygulama konusundaki keyfilliğimizdir. Bilirkişilik konusundaki sorunların temel sebebi ne kurumsal yapı eksikliği ne de düzenleme ve yaptırım konusundaki mevzuattır. Kanaatimizce sorun kalite sorunudur. Bir kamu görevinin ifası anlamında yargısal faaliyetlere gerçekten uzmanlığı ile yardımcı olmak isteyen çok az sayıda bilirkişiyi tenzih ederek söylemeliyiz ki ülkemizde bilirkişilik yapan gerçek kişilerin çok büyük bölümü, asgari ücret tarifesinden belirlenen cüzi bilirkişilik ücretlerine talip olarak ek gelir elde etme amacındadır.

²² Karaburun, s.203.

²³ Karaburun, s.207.

Mesleğini kamuda veya özel sektörde başarı ile ifa edip, uzmanlık dereceleri çerçevesinde tercih gören ve bunu da gelire tahvil edebilen kişiler arasında bilirkişilik yapmak tabir caiz ise angarya ve vakit kaybı olarak kabul edilmektedir. Hal böyle iken herhangi bir uzmanlık alanından, zanaat kabul edilen işlere kadar her alanda durum bundan ibarettir. Bilirkişi derneklerinin web sayfalarında yapılan açıklamaların hemen hepsinde adaletsiz dosya dağıtımını en büyük sorun olarak gösterilmektedir. Dosya başına verilen cüzi ücret, ayda yazılan rapor sayısı arttıkça özellikle emekli olmuş uzmanlık sahipleri için bir geçim kaynağı olarak kabul edilmektedir. Bilirkişilik açısından zikrettiğimiz bu nitelik sorunu aslında Türkiye'deki yüksek öğrenimin ve uzmanlık eğitiminin de kalitesiyle yakından alakalıdır. Üzülerek ifade etmeliyiz ki diplomalı uzman sayımız ciddi boyutta olsa da nitelikli uzman sayımız son derece azdır. Hal böyleyken kanunkoyucu hukukçulara yönelik yapmış olduğu düzenlemede kendi kuralının arkasından dolanırçasına başka uzmanlık alanları olması halinde hukukçuların da bilirkişilik yapabilmesine cevaz vermiştir. Türkiye Barolar Birliğinden kısa sürelerde alınan sertifikalarla yeni uzmanlık alanları doğmuş, aynı yargı çevresinde faaliyet gösteren avukatların aktüerya uzmanı, iflas uzmanı gibi sıfatlarla bilirkişi listelerine girebilmelerine olanak sağlanmıştır. İş Mahkemelerinde kıdem ve ihbar tazminatları yıllarca avukat bilirkişiler tarafından hesaplanmıştır. Bunun için hesap uzmanı olmaya gerek yoktur ve ayrıca avukat hesap uzmanı değildir. Son derece basit yazılımların UYAP sistemine dahil edilmesiyle hakimler tazminat hesaplama imkanına sahiptir. Zorunlu müdafilik, Uzlaştırıcılık gibi uygulamalara öncelikle talip olan meslektaşlar genellikle bunu belirli sebeplerden yapmaktadır. Söylemek istediğimiz şudur ki bilirkişiliğe talip olanların büyük kısmı aynı sebeplerle bu iş için kolları sıvamakta ve yazdıkları raporlar ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşma konusunda büyük problemler yaratmaktadır.

Raporların süresi içinde gelmemesi de çokça zikredilen bir başka problemidir. Eğer listeden çıkarılma konusunda tavizsiz davranılırsa ve Hakimler CMK nun 60.maddesinde belirtilen yaptırımını kararlı şekilde uygularlarsa bu sorunun kolaylıkla çözüleceğinden kimse kuşku duymamalıdır.

Kanaatimizce çeşitli sebepler ve mazeretler öne sürülerek uygulanmayan bir başka yasal düzenleme, bilirkişinin duruşmaya davet edilerek raporu hakkında açıklamalarda bulunmasının istenmesidir. Kanunun cevaz verdiği bu uygulama, maddi gerçeğin çok daha hızlı ve isabetli olarak tespit edilmesine büyük fayda sağlayacaktır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununun 201.maaddesinde yer alan “doğrudan soru yöneltme” imkânı sayesinde bilirkişi raporunun eksik ve hatalı yanları çok hızlı şekilde ortaya çıkarılabilecek, yazılı rapora itiraz ederek evrak üzerinde yeni tartışmalarla vakit kaybedilmeyecektir. Öngörülebileceği üzere bilirkişinin niteliği, konuşma hakimiyeti ve alanındaki başarıları raporun kuvvetini arttıran etkilerdir. Özellikle aynı konuya ilişkin farklı bilirkişilerden rapor veya görüş alındığı durumlarda görüşler arasında farklılıkların bulunması halinde niteliğin önemi daha da ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamda duruşma sırasında dinleme ve doğrudan soru yöneltme araçları ile; bilirkişinin vasıfları, dereceleri, eğitimi, konumu, profesyonel meslek gruplarına üyelikleri, bilirkişilik yaptığı alandaki uzmanlığı ve bunları nasıl elde ettiği gibi hususlar bilirkişiye bizzat onaylattırılarak ortaya konacak, kesin ve doğrudan sorular ile varsa rapordaki teknik husus veya kullanılan dilin açıklattırılması sağlanmış olacaktır.²⁴ Daha da önemlisi delillerin doğrudan doğruyalığı prensibi çerçevesinde hakim, değerlendirme

²⁴ Karaburun, s.207.

yaparken mümkün mertebe delillerle beş duyusu aracılığı ile temasa geçmelidir. Kanun buna imkân tanıyorken bunu kullanmamanın yargılamaya maliyeti çok daha fazladır. Zira Bilirkişi raporlarının huzurda tartışılması hakimın bir kanaate ulaşması bakımından son derece faydalıdır.²⁵

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de maalesef bilirkişilik uygulamalarımız hakkında olumsuz değerlendirmeler yapmakta ve kararlar vermektedir. AİHM, Türkiye ile ilgili olarak önüne gelen pek çok dosyada özellikle adli raporların yüzeysel ve amaca uygun olmadığını, genel ifadelerle yetinildiğini belirtmekte, özellikle savcılıklardan adli tabipliklere gönderilen müzakerelerde neden muayene istendiğinin yazılmamasının, otopsiyi gerçekleştiren hekimlerin yeterli deneyim ve bilgiden yoksun bulunmalarının, otopsi ve ölü muayene tutanaklarında incelemenin başlama saati, cesetteki yaraların uzak, yakın veya bitişik atış sonucunda mı olduğuna değinilmemesinin, ölü morluğu ve katılığının oluşup oluşmadığının açıklanmamasının, cesedin bulunduğu yer ve konumuna ilişkin bilgilerin verilmemesinin önemli eksikler olduğunu ifade etmektedir.²⁶Daha da çarpıcı bir örnek bilirkişinin süreye riayet etmemesi noktasında kendini göstermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 21.12.2006 tarihli Oruç /Türkiye (33620/02) kararında; “Dava konusu olayda mahkemenin sahte olduğu iddia edilen evrakın yorumlanması için dava dosyasını bilirkişiye göndermiş olması ve takip eden yedi (7) duruşma boyunca bilirkişiden cevap alınmaması ve duruşmanın yeniden ertelenmesi nedeniyle başvurusunun yargılama süresinin AİHS m. 6/1 de düzenlenen makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair” karar vererek başvurusunun talebini yerinde görmüş ve Türkiye’yi AİHS’in 6/1 maddesini ihlal etmekten sorumlu bulmuştur.²⁷

SONUÇ

Bilirkişiler, amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza yargılamasına uzman olduğu teknik ya da özel bilgisiyyle yardımcı olan önemli bir unsurlardır. Ceza muhakemesinde çözümü uzmanlık, özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda kural olarak hâkim veya mahkeme kararı ile görüşüne başvuru bilirkişi yargılama süreci içerisinde, hâkim yerine geçmemekle birlikte verilecek hükümden büyük ölçüde belirleyici ve etken bir rol oynamakta, böylelikle adalet hizmetinin işleyişine katkıda bulunmaktadır. Fakat çalışmamız boyunca belirttiğimiz bazı sorunlar yıllardır çözülememiş, yargıdaki iş yükü arttıkça çoğu zaman göz ardı edilmiştir. Gerek her uzmanlık alanında yeterince yetkin uzman bulunmaması, gerek bilirkişilerin uygulamacı ve bakanlıkça gösterilen onca hoşgörüyeye rağmen hala usulüne aykırı raporlar düzenlemeleri problemlerin devam etmesindeki en temel etkenlerdir. Resmi Bilirkişi olarak görev yapan Adli Tıp kurumunun yeniden yapılandırılması, Bilirkişilik kanununda yetkilendirilen özel hukuk tüzel kişilerinin temel bir akreditasyon sürecinden geçirilme zorunluluğunun bulunmaması, bilirkişilik ücretinin sembolik

²⁵ Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayıncılık, 7.Baskı, Ankara 2018, s.142.

²⁶ Centel, Nur, “*Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları*” AÜEHFD, C.4, S.1-2, 2000, s.16-17, Yenerer Çakmut, s.152.

²⁷ AİHM ulusal mahkemenin bir yılı aşkın bir süre sahte olduğu iddia edilen evrakla ilgili bilirkişi raporunu beklemiş olduğunu gözlemler. Benzer şekilde Adli Tıp Kurumu'ndaki grafoloji uzmanının belgelerde bulunan el yazısı ve imzaların başvurana ait olup olmadığını belirlemesi dokuz ay almıştır. Her iki dönemde de mahkeme esas veya usule ilişkin bir karar almadan duruşmaları ileriki bir tarihe ertelemiştir. Mahkeme ayrıca Adli Tıp Kurumu uzmanlarının dava dosyası hakkındaki görüşlerini sunmalarının yaklaşık on altı ay sürmüş olduğunu gözlemler. Buna ek olarak sözkonusu uzmanların dava dosyasını mahkemeye geri göndermemiş olması takibatın beş ay daha uzamasına neden olmuştur. Karar için bkz <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11476.htm> E.T., 06.05.2021.

oluşu, süre şartına riayet etmeyen bilirkişilerin istisnasız bir şekilde kanundaki yaptırımla karşılaşmamaları müessese çerçevesindeki sorunları büyütmektedir. Elbette ki en önemli husus yüksek öğrenim kurumlarındaki lisans ve özellikle lisansüstü eğitimin gün geçtikçe nitelik olarak kan kaybetmesi sonucu bu programları bitiren pek çok kişinin uzmanlık vasfını gerçek anlamda hak etmemesidir. Yargılama hukukumuzda bilirkişilik müessesesinin önemini azaltılamayacağına göre müessesenin güvenilirliğini arttırmak için gerekli tedbirler bir an önce alınmalıdır. Aksi takdirde tıpkı elli yıldır tartışıldığı gibi bir o kadar daha tartışılmaya, eleştirilmeye, “kanayan yara” olarak nitelendirilmeye devam edecektir.

KAYNAKÇA

Atalı, Murat. “6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki konularda Bilirkişilik” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 65, S4, s. 3271-3282.

Batum, Süheyl/Yenisey Feridun/Erkut Celal/ İnceoğlu Sibel. *AİHS ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, TÜSİAD Yayınları İstanbul 2003.

Centel, Nur. “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları” AÜEHFD C.4, S.1-2 2000, s.3-19.

Çakmut Yenerer, Özlem. “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Bilirkişilik Kurumu” Ceza Hukuku Dergisi S.11, 2009, s.129-160.

Deryal, Yahya. *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Dönmez Burcu. “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, 2007, s.1145-1177.

Dülger, İbrahim. “Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C. 11, S. 2007/1-2 (Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan) s.657-678.

Karaburun, Gökhan. “Karar Örnekleriyle Yargıtay’ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları” Adli Tıp Bülteni, C.22, S.3, 2017, s.200-207.

Özbek, Veli Özer. “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.3, S.2, 2006, s.357-406.

Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayıncılık 7.Baskı Ankara 2018.

Ünver Yener. “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız” Ceza Hukuku Dergisi, C.1, S.2, 2006, s.103-205.

Yokuş Sevük, Handan. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik” İHFM, C.LXIV, S.1, 2006, s.49-107.

Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 2005.

WEB KAYNAKLARI

<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bilirkisilerin-uyacagi-rehber-ilkeler-ve-bilirkisi-raporlarında-bulunması-gereken-standartlar26032021121159> E.T 7.05.2021.

<https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11476.htm> E.T 06.05.2021.

Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûdü'l Hâlin Statü ve Mesleklerinin Tahlili

Ahmet KILINÇ 

Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, akilinc@ybu.edu.tr,
(Yazar / Corresponding Author)

Merve Nur ÖZTÜRK 

Ar. Gör. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı,
mervenur.k@hotmail.com.

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 16.04.2021 Kabul: 14.06.2021 Yayın: 16.06.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: Şuhûdü'l hâl, Reaya, Askerî, Osmanlı hukuku, Kadı.</p>	<p>Şuhûdü'l hâl, Osmanlı yargı teşkilatı içerisinde kadıya yardımcı olan ve asırlardır kadı sicillerinde yer almış bir müessesedir. Şuhûdü'l hâle sadece kadının yargılama faaliyeti yaptığı sırada değil, yargılama faaliyeti dışındaki vazifelerinde de rastlanılmaktadır. Belgelerin hukuki geçerliğini sağlatmada rol oynayan ve ispat vasıtası olan Şuhûdü'l hâl, yargılamanın aleniliği, denetimi ve kadının tarafsız ve bağımsız şekilde karar vermesine de katkı sağlamaktadır. Bu çalışma, konuyu hukuk tarihi perspektifi ile ele alması, Şuhûdü'l hâl üyelerinin Osmanlı toplumsal yapısındaki statü ve mesleklerine odaklanması ile nispeten farklılık arz etmektedir. Çalışma belirli bir yüzyıla ya da bölgeye odaklanmamış, ancak özellikle klasik dönem şer'iyecilerindeki verilerden yararlanmıştır. Araştırma neticesinde varılan sonuçları şu şekilde ifade etmek mümkündür: Statü ve meslekler, yargı faaliyeti gerçekleştirilirken Şuhûdü'l hâlin hazır bulundurulmasına ayrı bir anlam katmaktadır. Hem askerî hem de reaya sınıfından kişilerin Şuhûdü'l hâlde yer alması, bu heyeti toplumun bir aynası konumuna sokmaktadır. Müderris, müftü gibi kişilerin heyetteki varlıkları hukukun pratik ve teorik boyutunun bir arada olmasını sağlamıştır. Halk arasında itibar gören ilmiye sınıfından kimselerin huzurunda karar verilmesi hükümlerin meşruiyet kazanmasında etkili olmaktadır. Ehl-i örften sadrazam, beylerbeyi gibi görevlilerin heyetteki konumu, müessesenin önemini ortaya koymaktadır. Reayaya dâhil olan üyeler incelendiğinde zimmilere, esnaf ve zanaatkarlara, meslek ustalarına ve lonca teşkilatındaki kethüdalara, aynı mahkemede görülen diğer davaların taraf ve şahitlerine toplumun her kademesinden halka, nadir de olsa kadınlara kadar oldukça çeşitlilik barındıran bir heyet olduğu görülmektedir. Bu durum kararın toplum nazarında kabullenilmesinde önemli bir role sahiptir. Osmanlı tecrübesi, yargılamanın aleniliğinin kural olarak mecburi tutulması ve hâkimi toplumun her kesiminden kişinin izlemesi ile verilecek kararların toplum vicdanındaki adalet duygusunu pekiştirdiğini ortaya koymaktadır.</p>

The Analysis of The Status and Professions of “Şuhûdü'l Hâl” In The Ottoman Jurisdiction Law

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 16.04.2021 Accepted: 14.06.2021 Published: 16.06.2021</p> <p>Keywords: “Şuhûdü'l hâl”, “Reaya”, “Askerî”, Ottoman law, Qadı.</p>	<p>“Şuhûdü'l Hâl” assists the judge in the Ottoman judicial organization and has been included in the qadi records for centuries. “Şuhûdü'l Hâl” is not only encountered when the qadi is doing judgment, but also in his duties other than judgment. The institution is playing a role in ensuring the legal validity of the documents and being a means of proof. It contributes to the judge to make an impartial and independent decision, and to the public and supervision of the trial. This study differs relatively in that it deals with the subject from a “history of law” perspective and focuses on the members of “Şuhûdü'l Hâl” in the Ottoman social structure. The study did not focus on a specific century or region, but especially benefited from the data in the classical period qadi records. It is possible to express the results of the research as follows: Status and professions add a special meaning to “Şuhûdü'l Hâl”'s availability while the judicial activity is being carried out. The fact that people from both “askerî” and “reaya” groups take place in “Şuhûdü'l Hâl” makes this committee a mirror of the society. The presence of people such as “müderris” and “müftü” in the committee enabled the practical and theoretical dimensions of the law to be together. The presence of “ilmiye” group who are respected among the people are effective in the gaining legitimacy of the judgments. The position of officials such as the “sadrâzam” and “beylerbeyi” from “ehl-i örf” in the committee, reveals the importance of the institution. When the members of “reaya” are examined, it is seen that there is a diverse committee members; people from status of “zimmi”, tradesmen and crafts, masters of the profession and “kethüda” from organization of lonca, the parties and witnesses of the other cases in the same court, people from all levels of society and rarely women. This situation has an important role in the acceptance of the decision in the eyes of the society. The Ottoman experience reveals that the decisions to be taken with the publicity as a rule and the judge followed by people from all levels from community reinforced the sense of justice in the conscience of the society.</p>

Atıf/Citation: Kılınç, A. Öztürk, Merve N. (2021). Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûdü'l Hâlin Statü ve Mesleklerinin Tahlili, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s.185-205.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”



GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin uzun yıllar varlığını sürdürmesinde ve toplumu meydana getiren farklı unsurları bir arada tutarak toplumsal düzeni sağlayabilmesinde en önemli esas, adalet olmuştur. Adaletin uygulanmasına titizlikle riayet edilen dönemlerde devlet her bakımdan yükselmiş ve gelişmiştir¹. Yargı makamlarında yolsuzluk ve rüşvet olaylarının artmasıyla adalet inancının zayıflaması ise tahrip edici sonuçlar doğurmuş ve devletin çöküşünde etkili olmuştur². Bu nedenle Osmanlı adaleti ve adaletin tesisinde görevli yargı makamları, edinilen tecrübeler açısından günümüz hukukuna yön göstermesi amacıyla araştırılması gereken olgulardır.

Osmanlı yargı teşkilatında çeşitli yargı makamları bulunmakla birlikte ilk akla gelen hukukî müessese kadılar olmaktadır³. Kadılar hukukî veya idari vazifeleri tek başlarına yerine getirmemiş, çeşitli yardımcılarıyla birlikte çalışmıştır⁴. Osmanlı yargı sisteminde kendisine has bir konuma haiz olan şuhûdü'l hâl müessesesi de yargılama sürecinde adaletin tesisi hususunda kadıya yardımcı bir rol üstlenmiştir.

Kadı sicillerinde yer alan ilam ve hüccetlerin tamamına yakın bir kısmında şuhûdü'l hâl olduğu gözlemlenmektedir. Kadıların hukukî uyuşmazlıklara ilişkin kararlarını yahut hukukî işlemlerin mahkemece tasdik ve tescilini içeren sicil kayıtları şuhûdü'l hâl asırlardır var olagelen bir uygulama olduğuna işaret etmektedir. Sicillerde kayda konu olan hüküm, ikrar, beyan veya akit yazıldıktan sonra tarihin belirtildiği, kaydın en sonunda ise şuhûdü'l hâl başlığı altında mahkemede hazır bulunanların isimlerine yer verildiği görülmektedir⁵. Kayıtlardan kimi zaman hükme veya hukukî işleme şahit olanlardan bazılarının isimlerinin zikredilmesiyle yetinildiği, hazır olan diğer kimselerin “ve gayrihüm” tabiriyle ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Osmanlı yargı teşkilatında şuhûdü'l hâl konu alan hukuk tarihi çalışmaları sınırlı sayıda da olsa mevcuttur⁶. Müessese farklı disiplinlerin bakış açısıyla da incelenmiştir⁷. Ancak şuhûdü'l

¹ Gür, A. Refik. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, 2. Basım, Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 54; Osmanlı Devleti ise İslam Hukuku ve Örfi Hukuk şeklinde ikili bir yapı kurarak adalete erişmeye çalışmıştır; konuyla ilgili bk. Osmanağaoğlu, Cihan, “Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devleti'nin Örfi Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2., İstanbul 2007, s. 75 vd.

² Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 5. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 367. Mumcu, Ahmet. *Osmanlı Devleti'nde Rüşvet*, 3. Baskı, İnkılâp Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 308-309; Cevdet-i Adliye defterinde mevcut olan bir takım belgelerden yola çıkarak, Osmanlı Devleti'nin adalete verdiği öneme ancak rahatsızlığın çok fazla olmasına bağlı olarak da sıkıntıların çok fazla olduğuna ilişkin görüş için bk. Konan, Belkis, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Ankara 2011, s. 282.

³ Cin, Halil / Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018, s. 167. Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, 10. Baskı, Kronik Kitap, İstanbul, 2019, s. 19; Koyuncu, Nuran / Gök, Ümmügülüm, “Türk Hukuk Tarihinde Ve Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimlik Mesleğine Giriş Ve Hâkim Yardımcılığı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Konya, 2019, s. 71.

⁴ Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 83. Gedikli, Fethi. “Kazâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara, C. 25, 2002, s. 118.

⁵ Akgündüz, Ahmet. *Şer'îye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, C. I, s. 22.

⁶ Müesseseye dair güncel araştırmalar için bkz.; Kılınç, Ahmet / Kayar, Betül. “Osmanlı Yargılama Hukukunda ‘Şuhûdü'l Hâl’in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği”, *Adalet Dergisi*, S. 62-63, 2019, s. 33-48. Yurtseven, Yılmaz / Kayar, Gürcan. “Osmanlı Muhakeme Hukuku'nda Şuhûdü'l Hâl”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1, 2018, s. 57-77. Öztürk, Merve Nur. “Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûdü'l Hâl” Yüksek Lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

⁷ Konuya dair kapsamlı bir çalışma şu şekildedir; Aslan, Nasi. *İslam Yargılama Hukukunda “Şuhûdü'l-Hâl” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, 2. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2018. Müesseseyi tarihçi perspektifiyle değerlendiren makaleler de bulunmaktadır; Taş, Hülya. “Osmanlı Kadı Mahkemesindeki ‘Şuhûdü'l Hâl’ Nasıl Değerlendirilebilir?”,

hâl müessesesini meydana getiren üyelere odaklanan müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Araştırmamızda ise şuhûdü'l hâlin kimlerden oluştuğu, üyelerinin belirli vasıfları haiz olup olmadığı, üye sayılarının, statü ve mesleklerinin değişkenlik gösterip göstermediği, Osmanlı toplumsal sınıfı içerisinde üyelerin ne şekilde konumlandırıldığı gibi sorulara cevaplar aranacaktır. Böylece üyelerin statü ve meslekleri tahlil edilerek, şuhûdü'l hâlin işlevinde ne gibi etkileri olduğu değerlendirilecektir. Klasik dönem esas alınarak çeşitli tarih ve kazalara ait sicil örnekleri doğrultusunda müessesenin yargılama hukukuna katkısı üzerinde durulacaktır.

I. Şuhûdü'l Hâlin Tanımı ve Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Yeri

Osmanlı Devleti'nde hukukî ihtilafların çözümüyle görevli birçok mercii bulunmaktadır. Divan-ı Hümayûn başta olmak üzere İkinci divanı, Cuma ve Çarşamba divanları, Kazasker ve Defterdar divanları, Paşa divanları, cemaat ve konsolosluk mahkemeleri davaların görüldüğü müesseselerdendir⁸. Aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümü için bir yargı merciiine gerek kalmaksızın tarafların kendi iradeleri ile anlaşmalarına imkân veren muslihûna da başvurulabildiği görülmektedir⁹. Tanzimat dönemine kadar yargı teşkilatının mutlak mahkemelerini ise her kazâ çevresinde bulunan ve kadıların hüküm verdiği şer'iyeye mahkemeleri oluşturmaktadır. Kadılar görev aldıkları kazâlarda yargılama vazifelerinin yanında akitlerin tescili, tereke kaydı, vasiyet tanzimi, tapu sicilinin muhafazası gibi günümüzde noterlerin yaptıkları hizmetleri de yürütmüştür¹⁰. Merkezden gelen emirlerin ilanı, vakıf ve okulların denetimi, mukataa ve iltizam düzeninin sağlanması gibi idari görevler ile çarşı ve pazarların denetimi, beldenin genel düzeninin sağlanması gibi beledi faaliyetler de kadılar tarafından yerine getirilmiştir¹¹.

Klasik dönem boyunca kural olarak bir dava hakkında ilk ve son kez hüküm verilen şer'iyeye mahkemelerinde yargılama ile ilgili görev ve sorumluluk kadılara aittir¹². Hükümdarın yargı yetkisini vekaleten kullanan kadılara yardımcı olan görevliler bulunmaktadır¹³. Naipler, kadının bulunmadığı zamanlarda önem arz eden işlere bakarak, keşif ve soruşturma yapmakta, adli işler dışındaki vazifelerde de kadının işlerini yürütmesine yardım etmektedir¹⁴. Katipler yargılama esnasında tarafların iddia ve savunmalarını, şahitlerin beyanlarını belirli usullerle kayda geçirmekte, bunun yanı sıra çekişmesiz yargı kapsamında hüccetler düzenleyerek, belgelendirme ve tescil işlemlerini yürütmektedir¹⁵. Müftüler, tarafların yahut kadının başvurusu üzerine

Bilig, S. 44, 2008, s. 25-44. Erünsal, İsmail. "Osmanlı Mahkemelerinde Şâhitler: Şuhûdü'l- 'udülden Şuhûdü'l-hâle Geçiş", *Osmanlı Araştırmaları*, S. 53, 2018, s. 1-49.

⁸ Uzunçarşılı, İ. Hakkı. *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s. 33, 137-140, 236, 329, 415. Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası*, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 390-395.

⁹ Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, C. 2, 2016, s. 23.

¹⁰ Ortaylı, s. 43. Ülker, İbrahim. *Osmanlıda Noterlik İşlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 148 vd.

¹¹ Halaçoğlu, Yusuf. *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, s. 109. Anbarlı Bozatay, Şeniz / Demir, Konur Alp. "Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 6, S. 10, 2014, s. 78.

¹² Kesin hükme bağlanmış kararlar Divan-ı Hümayûn tarafından bozulabilirdi. Mumcu, Ahmet. "Divan-ı Hümayûn", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 9, 1994, s. 431

¹³ Ekinci, s. 367.

¹⁴ Naiplerin görevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Kayar, Betül. "Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, S. 1, s. 203-213.

¹⁵ Örsten Esirgen, Seda. "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Noterliğin Gelişimi", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, C. I, 2016, s. 52.

verdikleri fetvalar aracılığıyla yargılama sürecine katılarak ilmi manada katkıda bulunmaktadır¹⁶. Uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konularda ise kadılar bilirkişilerin yardımına başvurabilmektedir¹⁷. Bu bağlamda makalenin konusu şuhûdü'l hâl de kadıya yardımcı olan kimseler arasında yer almaktadır.

Kadıların yürüttükleri faaliyetler kadı sicillerinde kayıt altına alınmış, sicillerde yer alan belgeler düzenlenirken sakk mecmualarında ortaya konulan yazma usulü takip edilerek hata ve eksikliklerin önlenmesine çalışılmıştır¹⁸. Kadı sicillerindeki ilam ve hüccetlerin neredeyse tamamında şuhûdü'l hâlin olduğu görülmektedir. Örfî hukuk-şer'i hukuk yahut özel hukuk-kamu hukuku ayrımı olmaksızın tüm uyuşmazlıklara ilişkin kayıtlarda şuhûdü'l hâl mevcuttur. Yargılama faaliyetinin yürütüldüğü haller dışında nikâh akdi, miras taksimi, vakıf senedi, satış ve benzeri sözleşmeler yazıya aktarılırken de şuhûdü'l hâl yer verildiğini gösteren örnekler bulunmaktadır¹⁹. Zira şuhûdü'l hâl mahkemede hazır bulunması sebebiyle yazıya aktarılan ve sicile kaydedilen durum ile yazılı belgenin muhtevasının aynı olduğuna şahitlik etmektedir²⁰. Böylelikle belgenin hukukî geçerliliğini sağlamakta ve kesin delil niteliği kazandırmaktadır²¹. Aynı zamanda defterdeki kayıtların zarar görmesi veya tahrif edilmesi ihtimalinde ispat vasıtası olması söz konusudur²². Bu nedenle yargılama faaliyetinin yürütülmediği hallerde dahi şuhûdü'l hâl in yargılamaya ilişkin rol üstlendiği anlaşılmaktadır²³.

Şuhûdü'l hâl tabiri şahit kelimesinin çoğulu olan şuhûd isminden ve şimdiki zamanın suretini, keyfiyetini, durumunu ifade eden hâl kelimesinden meydana gelmekte olan bir

¹⁶ Aydın, s. 96. Gedikli, Fethi. "Osmanlı Mahkemesinde Fetva Kullanımı ve Fetva-Kaza İlişkisi", *Osmanlı Hukukunda Fetva*, Ed.: Süleyman Kaya, Yunus Uğur, Mustafa Demiray, Klasik Yayınları, 2018, s. 213. Örsten, Seda. "Osmanlı Hukuku Fetvâ" Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 68-69.

¹⁷ Bilirkişilerin kadılarına yardımcı olduğu dava türlerine ilişkin örnekler için bkz.; Kılınç, Ahmet. *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

¹⁸ Sakk mecmualarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Kaya, Süleyman. "Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, S. 5, 2005, s. 379-416.

¹⁹ Örneğin; 17. Yüzyıla ait Mahmud b. Ahmed'in Siyavuş b. Abdullah'tan olan iki bin akçe alacağı hakkında tarafların sulh olduklarına ilişkin sicil kaydı bir uyuşmazlık ihtiva etmemekte, yargılama faaliyeti yürütülmeyip taraflar arasındaki hal tespit edilerek sicil defterine tescili yapılmaktadır. Kaydın alt kısmında ise "Şuhûdü'l-hâl: Seyyid Mehmed Çelebi b. Ahmed, Seyyid Hasan Çelebi b. Seyyid Osman, Ali Beşe b. Mehmed ve gayruhüm." ifadesi yer almaktadır. Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Sabri Atay- Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 49, 2019, s. 53, Hüküm no: 2.

²⁰ "Yalnız hatt ve hâtem ile amel olunmaz." Mecelle'nin 1736. maddesi hükmüne göre adil şahitler ile muhtevası doğrulanmayan yazıya itibar edilmez. Çünkü yazının bozulma yahut değiştirilme ihtimali mevcuttur. Bu kuralın bir istisnasını güvenilirliğinden emin olunan mahkeme sicilleri oluşturmaktadır. Ancak sicildeki kayıt hakkında da şüphe mevcut ise kadı hükmederken hazır bulunan şahitlerin tanıklıklarına başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, C. IV, 2020, s. 3128-3132.

²¹ Atar, Fahrettin. *İslâm Adliye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, s. 213-214. Aslan, Nâsi. *İslâm Yargılama Hukukunda "Şuhûdü'l-Hâl"*, 2. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2018, s. 18.

²² Akgündüz, s. 19, 51.

²³ Şuhûdü'l hâl mahkemede görülen uyuşmazlıkların yanı sıra terekenin tespiti, paylaşılması, çocukluktan çıkıp rüş yaşına gelenlerin mallarını vasilerinden teslim alması gibi günümüzde çekişmesiz yargı olarak nitelendirilen işlerde ve vakıfların kuruluş senetlerinin kaydedilmesi, vekaletnamelerin düzenlenmesi, akitlerin tescili gibi kadının yerine getirdiği noterlik faaliyetlerinde de hazır bulunmaktadır. Bu durumlardan ilkinde şuhûdü'l hâl kadının yürüttüğü bir hukukî sürece, ikincisinde ise kayıt altına alınan hal ile düzenlenen belgelerin muhtevasının örtüştüğüne şahitlik etmektedir. Böylelikle sürecin ve aşamaların aleniyetini ve gözetimini sağlamakta, yargılama esnasında üstlendiği fonksiyonların benzerini ifa etmektedir. Kanaatimizce şuhûdü'l hâl in, günümüzde çekişmesiz yargı olarak nitelendirilen bu gibi kayıtlardaki rolü ve fonksiyonu münferit bir çalışma ile ortaya konmalıdır.

taamlamadır²⁴. Sözlük anlamı hâlin şahitleri demek olup hâle tanıklık eden ve söz konusu hâlin bilgisine sahip, bu bilgiyi nakleden kişiler kastedilmektedir²⁵. Hukuk tarihi anlamında ise şuhûdü'l hâl kavramı mahkemede yargılamaya müşahit sıfatıyla katılan ve kadıların adil karar vermesinde varlıklarıyla dolaylı olarak etkili olan kadı yardımcısını karşılamaktadır²⁶. Literatürde şuhûdü'l hâli kadının adil davranmasında etkili, kadıya gelebilecek müdahalelerin kamuoyu tarafından bilinmesi ve önlenmesinde önemli rol oynayan, böylelikle mahkemelerde adil kararlar verilmesini, yargının denetimini ve bağımsızlığının gözetimini sağlayan bir müessese olarak tanımlayan çalışmalar da mevcuttur²⁷. Bir diğer tanımda ise şuhûdü'l hâlin yargılamanın aleniyet ve dürüstlük içinde yürütüldüğünün ispatı amacıyla mahkemede hazır bulundurulmuş kişiler olduğu ifade edilmektedir²⁸. Görüldüğü üzere tanımlar, şuhûdü'l hâlin yargılamanın aleniyeti ve denetlenmesinde etkili olduğuna, tarafsızlığın ve bağımsızlığın temini ve tespitinde rol oynadığına işaret etmektedir. Öğretide şuhûdü'l hâlin, gözlemci sıfatıyla yerine getirdiği bu fonksiyonların yanı sıra, keşif ve bilirkişiye başvuru uyuşmazlıklarda yargılama faaliyetine doğrudan katkısının bulunduğunu belirten bir görüş de mevcuttur²⁹. En az iki kişiden meydana gelen şuhûdü'l hâl içerisinde meslekleri, görevleri, milletleri, statüleri bakımından çok çeşitli kimseler görev alabilmektedir.

II. Osmanlı Toplumsal Yapısında Şuhûdü'l Hâl Üyelerinin Statü ve Meslekleri

Şer'iyye sicilleri incelendiğinde aynı defterde yer alan farklı kayıtlarda şuhûdü'l hâldeki üyelerin aynı kalabildiği veya değişebildiği gözlemlenmektedir. Sicillerde birbirini izleyen kayıtlarda şuhûdü'l hâlde aynı kimselerin bulunması halinde isimlerin birkaç kez açıkça yazılmasından sonraki kayıtlarda “*eş-şâhidûn, şâhidu's-sâbık, es-sâbık, fi'l-a'lâ*” gibi ifadelerle not düşülmesinin yeterli bulunduğu görülmüştür. Diğer yandan üyelerin aynı mahkemede art arda görülen davalarda dahi farklılık arz ettiği kayıtlar da bulunmaktadır³⁰. Üyeler arasında sık

²⁴ Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugât*, 29. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2013, s. 1172, 363

²⁵ Aslan, s. 1.

²⁶ Aydın, s. 84. Cin / Akyılmaz, s. 173-174. Yurtseven / Kayar, s. 66. Ünal Özkorkut, Nevin. “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, s. 234. Öztürk, s. 102.

²⁷ Fendoğlu, H. Tahsin. *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996, s. 264.

²⁸ Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, 6. Bası, Atlas Akademi, Konya, 2017, s. 137.

²⁹ Kılınc / Kayar, s. 44-45. Bir diğer görüş ise şuhûdü'l hâlin yargılama faaliyetine yalnızca iki durumda doğrudan katkıda bulunabileceğini ifade etmektedir. Keşifte bilgisine başvuru bilirkişilerin isimlerinin, hâle de şahitlik etmekte olmaları nedeniyle şuhûdü'l hâl arasında zikredilmesi durumunda şuhûdü'l hâlin yargılama faaliyetine doğrudan katkısı söz konusudur. Şuhûdü'l hâl arasında hazır bulunan uzman bir kişinin somut olayda bilirkişi olarak atanması durumunda da şuhûdü'l hâlin yargılama faaliyetine doğrudan katkı sağladığını söylemek mümkündür. Somut olay için bilirkişi atanmasının yapıldığı ancak bu kimselerin isimlerinin sicil kaydının metin kısmında zikredildiği ve kaydın altındaki şuhûdü'l hâl arasında sayılmadığı hallerde ise şuhûdü'l hâlin doğrudan katkısından söz edilemeyecektir; örneğin Adalar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1178-1184/ M. 1764-1771), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Abdülkadir Altın- Nedim Pakırdağ, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 75, 2019, s. 36, Hüküm no: 7. Ayrıca üyeler arasında bulunan uzman kişilerin hâle şahitlik ettikleri her seferinde bilirkişi olarak görevlendirilmeleri de mümkün görülmemektedir. Öztürk, s. 72-73.

³⁰ Örneğin; 1795 senesine ait Kastamonu şer'iyye sicilinde 5 Cemaziyevvel 1211 tarihinde kaydedilmiş iki hüccetten dükkan satışına ilişkin olanın şuhûdü'l hâli “*Kuloğlu el-Hâc Mustafa, İmamoğlu el-Hâc Ali, Mush Beşeoğlu Ahmed Beşe, Ormancızâde el-Hâc Osman Ağa, İmam Ahmed Efendi, Semerci Molla Ali, Boyacıoğlu Dürzi Molla Hüseyin, Molla Velizâde el-Hâc Mehmed ve gayruhum*” iken, arazi satışına ilişkin şuhûdü'l hâlin üyeleri “*el-Hâc Mustafa, Hâtiboğlu Abbas, Molla Hüseyin, Kâyancızâde Salih Efendi, Amasyalizâde Molla Abdüllâtîf, Pehlivan Mehmed Beşe, Kuzu Ahmed Beşe, Yemni Abdurrahman Beşe, Muhzır Molla Halil*” şeklindedir. Aral, Neslihan. “69/2 Numaralı Kastamonu Şer'iyye Sicili (H.1210-1211/ M.1795-1796) Transkripsiyon ve Değerlendirme” Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 30-31.

karşılaşılan statü ve meslek gruplarının Osmanlı toplumsal yapısındaki konumları göz önünde bulundurularak ele alınması konunun hukukî cihetini ortaya koyacaktır.

Osmanlı toplumsal yapısı genel itibariyle askerî ve reaya olmak üzere iki grup altında ele alınmaktadır³¹. Askerî sınıf bütün kamu hizmetlerini kapsamak üzere herhangi bir devlet hizmetini yerine getirenleri ve vergi konusunda diğer vatandaşlara göre ayrıcalıklı olanları içermektedir³². Askerî sınıf dışında kalan ve vergi verenler ise reayayı oluşturmaktadır³³. Her iki grup hukukî statü itibariyle birtakım farklı uygulamalara tâbidir. Bu nedenle şuhûdü'l hâl üyelerinin statü ve mesleklerini bu temel ayrımı esas alarak incelemekte yarar vardır.

A. Askerî (Yönetici) Kategoride Olan Şuhûdü'l Hâl Üyeleri

Askerî sınıf, ilmiye ve fiili olarak yönetim görevini yerine getiren ehl-i örf olmak üzere iki bölümde incelenebilir³⁴.

1. İlmiye Sınıfına Mensup Kimseler

İlmiye, medrese tahsilinden sonra icazetle mezun olan ve eğitim, hukuk, fetva, dini hizmetler ve merkezi bürokrasi alanlarında görev alan kimselerin oluşturduğu sınıftır³⁵. Şeyhülislam, nakîbüleşraf, kazasker, kadı, müderris ve müftü ilmiye sınıfına mensuptu. Medresede aynı eğitimi almış kişilerin kadı gibi uygulayıcı, müderris gibi öğretim elemanı veya müftü gibi teorisyen olabilmesi mümkündür³⁶. Bu noktada ilmiye sınıfına mensup çeşitli mesleklerden kimselerin şuhûdü'l hâl üye olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir.

a. Yargı Personeli

Şuhûdü'l hâl arasında yargı teşkilatına mensup çeşitli kimselerin hazır bulunduğu görülmektedir. Yargı teşkilatı içerisinde esas olarak hüküm vermekle görevli olan kazasker ve kadıların yargılama faaliyeti yürütmedikleri davaların şuhûdü'l hâlinde bulduklarını gösteren kayıtlar mevcuttur. Örneğin; 1740 senesine ait İstanbul şer'iyeye sicilindeki miras hissesinin vasiden teslim alınmasına ilişkin hüccette şuhûdü'l hâl "*Fahrü'l-mevâli'l-izâm Kadriyâde Mustafa Efendi kâdı-i Kudüs sâbıkâ, fahrü'l-kuzât Çalkandızâde Mustafa Efendi, fahrü'l-kuzât Ali Efendi b. Hüseyin, Mehmed Efendi imâm-ı câmi'-i Bali Paşa, Molla Mehmed Kırımî, Mehmed Emin b. el-Hâc Ali, el-Hâc Mustafa Odabaşı b. Hüseyin, el-Hâc Mustafa Odabaşı b. Hasan, Ahmed b. Receb, Abdullah b. Hasan, el-Hâc Salih b. Hüseyin, el-Hâc İsmail b. Hasan*" şeklindedir. Üyeler arasında biri Kudüs'ün eski kadısı olmak üzere üç kadının hazır bulunduğu anlaşılmaktadır³⁷.

Yargı makamına yardımcı olan naip, katip, kassam, muhızır gibi görevlilerin isimleri de şuhûdü'l hâl kaydedilmektedir. Eyüp mahkemesine ait bir kayıtta şuhûdü'l hâl "*Mustafa Beşe b.*

³¹ Kunt, Metin / Froghi, Suraiya / Yurdaydın, Hüseyin G. / Ödekan, Ayla. *Türkiye Tarihi*, Yayın Yön.: Sina Akşin, Cem Yayınevi, İstanbul, C. 2, 2002, s. 130-133. Kazıcı, Ziya. *Osmanlı'da Toplum Yapısı*, Bilge Yayınları, İstanbul, 2004, s. 21.

³² Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Yayınları, Ankara, 2011, s. 209. Ünal, Mehmet Ali. "Tanzimat'tan Önce Osmanlı Devleti'nde Memur Yargılaması", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 277-278.

³³ Halaçoğlu, s. 92.

³⁴ Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 210.

³⁵ İpşirli, Mehmet. "İlmiye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 22, 2000, s. 141.

³⁶ Uzunçarşılı, s. 89-90.

³⁷ Bab Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (H. 1152-1153 / M. 1740), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Sabri Atay- Salih Kahrıman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 69, 2019, s. 252, Hüküm no: 235.

Mehmed el-Muhtesib, Ali Beşe b. Mustafa el-Muhzır, Hüseyin Çelebi b. Ali el-Muhzır, Mustafa b. Veli el-Muhzır, Mustafa b. İbrahim el-Muhzır, el-Hâc Ahmed Beşe b. İsrâfil Çukadâr, Bayram Sofu el-Muhzır, Süleyman b. Turgud ve gayruhüm” şeklinde olup hazır bulunanlar arasında muhızlıların da kaydedildiği görülmektedir.

Şuhûdü'l hâlde yargı mensuplarının mevcudiyeti, şuhûdü'l hâl üyelerinin isimlerinin kaydedilmesindeki sıralama için de önemli bir etken olmaktadır. Şuhûdü'l hâlde her kesimden kişilerin bulunabilmesinin yanında kayıtlar incelendiğinde üyelerin isimlerinin yazımında mutlak surette olmasa da bir sıra gözetildiği anlaşılmaktadır. Üyeler arasında yargı mensupları var ise bu kişilerin isimlerinin ilmiye sınıfından müderris ve müftülerde olduğu gibi diğer üyelerin isimlerinden daha önce yazıldığı görülmektedir. Örneğin; 1769 senesine ait bir kayıta şuhûdü'l hâl “*Fahrü'l-müdrresini 'l-kirâm Yayıbaşızâde İsmail Efendi, Mevâli-i kirâmdan sâbıkâ Lefkoşa Kâdısı Mehmed Efendi, Kapıçukadârı Hamza, Mefharu'l-kuzâtü'l-kirâm Abacızâde Ahmed Efendi, Büyük Hüseyin tâbi '-i İsmail, Küçük Hüseyin tâbi '-i mûmâ-ileyh*” olarak kaydedilmiştir³⁸. Üyelerin isimleri yazılırken ilk sıralarda müderris ve kadıların yer verilmiştir.

Şuhûdü'l hâl arasında, hüküm vererek hukuku uygulamakla ve hüküm verene yardım etmekle görevli kimselerin yer alması müesseseye atfedilen öneme işaret etmektedir. Bu şekilde kadılar somut olayda hüküm verirken, verilen hükmü değerlendirebilecek hukuk bilgisine sahip diğer kadıların ve sürecin işleyişine ilişkin tecrübesi olan kimselerin huzurunda yargılama yürütmektedir. Bu durum ise olayı çözmekle yükümlü olan kadıyı otokontrol ve daha dikkatli davranmaya itmektedir. Öte yandan bu grupta yer alan kişilerin varlığı o kadar önemsenmiştir ki kural olarak isimleri diğer üyelerin isimlerinden önce yazılmıştır.

b. Teorisyen ve Öğretim Elemanları

İlmiye sınıfının önemli sülhelerinden olan, kendilerine sorulan ilmî hususlarda fetva vermekle vazifeli müftüler ve ilmin eğitim öğretim kısmı ile ilgilenen müderrisler de şuhûdü'l hâl arasında yer alabilmektedir. 1813 senesine ait Kütahya sicilindeki bir dava kaydında şuhûdü'l hâl “*Müdrresin-i kirâmdan es-seyyid Ahmed Arif Efendi, Kâtib Ahmed Edib Efendi, Kara Mollâzâde Hasan mahalle-i Şehre Küsti, Fatma binti Osman mahalle-i Şehre Küsti, Es-seyyid münci Mollâ İbrâhim, Es-seyyid Mollâ Halil Hâcî Ali Efendi*” olarak yazılmıştır³⁹. Üyeler arasında müderris ve mollaların bulunduğu görülmektedir. Üsküdar mahkemesi sicilinde ise “*Ferhad Ağa b. Abdullah Yayabaşı, Ahmed Efendi el-müftü, Mehmed Çelebi el-müstaid, Karagöz Beşe [b.] Ömer, Sipâhi*

³⁸ İstanbul Mahkemesi 33 Numaralı Sicil (H. 1183-1185 / M. 1769-1770), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Mustafa Yılmaz, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 77, 2019, s. 47, Hüküm no: 3. Şuhûdü'l hâldeki kadıların isimlerinin en başta kaydedildiğine ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür; Çöpoğlu, Binnaz. “H. 1099 (M. 1687-1688) 836 No'lu Bolu Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi” Yüksek Lisans tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 64, 104, 218, 279. İstanbul Mahkemesi 33 Numaralı Sicil (H. 1183-1185 / M. 1769-1770), C. 77, 2019, s. 188, Hüküm no: 149.

³⁹ Kahveci Yüngül, Seda. “9 No'lu Kütahya Şer'iyeye Sicili (1812-1813m./1227-1229h.) Transkript ve Değerlendirme” Yüksek Lisans tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 275-276. Bu husustaki örnekleri çoğaltmak mümkündür: Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653), C. 49, 2019, s. 257, Hüküm no: 361; Beşiktaş Mahkemesi 63 Numaralı Sicil (H. 1061-1062 / M. 1651-1652), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Nedim Pakırdağ- Yılmaz Karaca, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 48, 2019, s. 262, Hüküm no: 342.

Hüseyin Bey ve gayruhüm"dan meydana gelen şuhûdü'l hâlde müftünün de hazır bulunduğu anlaşılmaktadır⁴⁰.

Teorisyen ve öğretim elemanları, şuhûdü'l hâl olarak kaydedilirken yargı mensupları ve ehl-i örfün varlığına bağlı olarak konumlandırılmışlardır. Bu bağlamda ilk sırada öğretim elemanları, sonrasında yargı personeli, ardından hazır bulunuyor ise teorisyenler kaydedilmiş, ehl-i şerden kimseler kural olarak ehl-i örften önce yazılmıştır. Örneğin; 17.yüzyıla ait bir kayıta şuhûdü'l hâl "*Fahrü'l-müderresîn Mustafa Efendi, Ahmed Efendi el-müderresî Âhizâde, Hüseyin Efendi el-Burûsî, Keşfî Mustafa Efendi el-kâtib, Ahmed Çelebi b. Mahmud kethudâ-yı muhzırın.*" şeklindedir⁴¹. Üyeler arasında bulunan öğretim elemanlarının en başta kaydedildiği, ehl-i örften olan muhzırlar kethüdasının ise kaydın sonunda yer aldığı görülmektedir. Yargılama sürecine ilmiye sınıfından yalnız hukuku uygulamakla görevli kadı, muhzır, naib gibi yargı personelinin değil hukuk ilminin teorisyeni ve eğiticisi olan müftü ve müderresilerin de dahil olduğu şer'iyye sicillerinde açıkça gözlemlenmektedir. Böylece hukukun uygulama ve teorisinin bir arada bulunmasında şuhûdü'l hâl müessesesi etkili olmuştur. Günümüzde hala hukukun teorik ve pratiğindeki ayrılıktan doğan problemler olduğu düşünüldüğü takdirde, Osmanlı döneminde şuhûdü'l hâlin, hukuku uygulayan kadının yürüttüğü yargılama sürecine hukukun teorik kanadını oluşturan müftü ve müderresileri de dâhil eden bir hukuk süjesi olması önem kazanmaktadır.

c. Seyyitler Şerifler

Seyyit ve şerifler sahip oldukları birtakım ayrıcalıklardan ötürü reayadan ayrılmaktadır⁴². Seyyit ve şerifler, Peygamber efendimizin soyundan gelen ve Hz. Peygamber'e duyulan hürmetin tezahürü olarak kendilerine saygı gösterilen kişilerdir⁴³. Bu kişiler, askerî kategori dahilinde olmakla birlikte fiilen yönetim görevini yerine getirenlerden ve ordu mensuplarından olmadıkları için konu ilmiye başlığı altında değerlendirilmelidir.

Şuhûdü'l hâl üyeleri arasında sadece seyiyit ve şerif olanlara rastlanıldığı gibi bunun yanı sıra müftülük, müderreslik gibi başka vazifeleri olanlarla da karşılaşılmaktadır. Örneğin; 1820 senesine ait Antep şer'iyye sicilindeki satış işlemine ilişkin kayıta şuhûdü'l hâl "*Hala me'zunu'l-iftâ faziletlu es-Seyyid Muhammed Arif Efendi, Sâbık me'zunu'l-bi'l-iftâ faziletlu El -Hac Selim Efendi, Ka'imakam Nakibü'l-Eşraf Es-Seyyid El -Hac Muhammed Emin Efendi, Halep müfti Çelebizâde Es-Seyyid Abdurrahman Efendi, Es-Seyyid Muhammed Çelebi Hamidzâde, Müderresin-i kirâmdan faziletlü Es-Seyyid El -Hac Mustafa Efendi, Güllizâde Osman Sa'ib Efendi, Hebâmlzade El -Hac Ali Efendi, Hala Dizdar-ı kal'a Muhammed Emin Ağa, Cin Alizâde Halil*

⁴⁰ Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H. 999-1000 / M. 1590-1591), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Rifat Günalan, Arapça Çev.: Mehmet Canatar- Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 10, 2010, s. 126, Hüküm no: 77. Bu noktada örnekleri çoğaltmak mümkündür: Kılıç, Mehmet Ali. "41/1 Numaralı Kayseri Şer'iyye Sicili (H. 1048 / M. 1638-1639) Transkripsiyon ve Değerlendirme" Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 150.

⁴¹ İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca, Abdullah Sivridağ, Hüseyin Kılıç, Ali Coşkun, Numan Yekeler, Mustafa Yılmaz, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 51, 2019, s. 148, Hüküm no: 81.

⁴² Osmanlı Devleti ehl-i beyte maddi ve manevi ikram ve tazimlerde bulunmuştur. Sarıcık, Murat / Katgı, İsmail. "*Osmanlı Devleti'nde Nakibü'l- Eşrafılık Müessesesi*", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2012, s. 177-178.

⁴³ Öz, Mustafa. "Ehl-i Beyt", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 10, 1994, s. 500.

Ağa ve gayrihum” olarak kaydedilmiştir⁴⁴. Üyeler arasında aynı zamanda müftü, müderris, nakibüleşraf olan seyyitlerin olduğu dikkat çekmektedir. Aynı sicil kaydında sadece seyyit olanların da şuhûdü'l hâl üyesi olabildikleri görülmektedir.

Seyyit ve şerifler şuhûdü'l hâl arasında bulduklarında genel olarak ehl-i şer ve ehl-i örfün ileri gelen mensuplarının ardından kaydedilmiştir. Örneğin; bir vakıf mülkünün yenilenmesi ve masrafların keşfine ilişkin kayıta şuhûdü'l hâl “*Umdetü'l-meşâyih zevi'l-ihirâm eş-Şeyh Ali Efendi b. Mehmed el-Kudüsî, fahrü'l-eimme-i zahrü'l-ecille Mevlânâ Abdi Efendi [b.] Ali, fahrü'l-eimme Mevlânâ Muslihiddin Efendi b. Hamza, Mevlânâ Mehmed Efendi b. Kamil, fahrü'l-eimme-i Mevlânâ Ali Efendi b. Musa, zahrü'l-sâlihîn Kemal Dede b. Abdulkadir el-imâm, zahrü'l-meşâyih es-Seyyid Ali Çelebi b. es-Seyyid Mehmed, zahrü'l-meşâyih es-Seyyid Fethi Çelebi b. Mirza, Davud Halife b. Alâeddin, el-Hâc Hüseyin b. Abdullah el-müezzin, umdetü'l-emâsil Mehmed Rıza Çavuş b. Abdülmennân, zahrü'l-akrân Salih Ağa b. Abdülmennân, zahrü'l-a'yân Ali Ağa b. Mustafa, Mustafa Çelebi b. Mehmed, ... ve gayruhüm.*” şeklindedir⁴⁵. Üyeler arasındaki seyyitlerin isimleri ilmiye sınıfında önde gelen öğretim elemanlarından sonra, diğer üyelerden önce kaydedilmiştir.

Manevi açıdan saygınlığı olan seyyit ve şeriflerin de şuhûdü'l hâlde görev alabiliyor olması, müessesenin toplum ve yargı makamı nazarındaki itibarını pekiştirmektedir. Böylelikle bir yandan verilen hükümlerde yanlışa düşülmemesi hususunda yargı makamları dikkate sevk edilmekte ve diğer yandan mahkeme kararlarına toplum nezdinde meşruiyet kazandırılmaktadır.

2. Ehl-i Örf

Osmanlı Devleti'nde ehl-i şer olarak da ifade edilen ilmiye sınıfına mensup olmayıp bunların dışında kalan merkez teşkilatındaki divan üyeleri, vezirler, beylerbeyi, sancakbeyi, sipahi ve tımarlılar, yardımcılar, kethüdalar, subaşı, asesbaşı ehl-i örf sayılmaktadır⁴⁶.

Şuhûdü'l hâl arasında ehl-i örf mensup üyelerin bulduklarını gösteren kayıtlar da mevcuttur. Örneğin; Ayas Paşa'nın mülklerinin vakfiyesine ilişkin kayıta şuhûdü'l hâlde Sadrazam İbrahim Paşa, Mustafa Paşa, Defterdar İskender ve Defterdar Ahmed olmak üzere ehli örfün önde gelenlerinin hazır bulunduğu anlaşılmaktadır⁴⁷. Bir diğer örnek ise 1667 senesine ait olup; suçun ikrarına ilişkin kayıta yer verilen şuhûdü'l hâl “*Umdetü'l-emâsil ve'l-a'yân Ebu Ahmedzâde Mehmed Efendi, umdetü'l-eimme'l-kirâm Halil Efendi b. Ahmed, umdetü'l-eimmeti'l-kirâm Ali Efendi b. Hacı Mustafa, Osman Usta b. Hasan, Hacı Mustafa b. Süleyman, Üsküdar*

⁴⁴ Geçkil, Aynur. “141 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili, Metin Değerlendirme (H. 1234-1236/ M. 1818-1821)” Yüksek Lisans tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.108-109. Örnekleri çoğaltmak mümkündür: İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca, Abdullah Sivridağ, Hüseyin Kılıç, Ali Coşkun, Numan Yekeler, Mustafa Yılmaz, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 51, 2019, s. 138, Hüküm no: 63. Rumeli Sadâreti Mahkemesi 40 Numaralı Sicil (H. 1033-1034 / M. 1623-1624), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Hüseyin Kılıç, Abdulkadir Altın, Numan Yekeler, Salih Kahrıman, Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 46, 2019, s. 343, Hüküm no: 364.

⁴⁵ Rumeli Sadâreti Mahkemesi 40 Numaralı Sicil (H. 1033-1034 / M. 1623-1624), C. 46, 2019, s. 343, Hüküm no: 364.

⁴⁶ İpşirli, Mehmet. “Ehl-i Örf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 10, 1994, s. 519.

⁴⁷ Evkaf-ı Hümâyûn Müfettişliği 1 Numaralı Sicil (H. 1016-1035 / M. 1608-1626), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Rasim Erol, Abdullah Sivridağ, Ali Coşkun, Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 45, 2019, s. 583, Hüküm no: 527.

subaşı Ahmed Ağa b. Halil, Kasımpaşa subaşı Şaban b. Mustafa, Üsküdar'da Pazarimâmı mahallesi müezzini Mehmed Halîfe b. (), Murad Hoca b. Süleyman, el-Hâc Hasan Haseki, Ahmed Haseki, Halil b. Osman el-Mu'temed Haseki, Mustafa b. Mehmed Haseki, Ahmed b. Ali Ayazmalı Haseki, Hasan b. Mehmed, Bâli b. Hüseyin, Süleyman [b.] Hasan Haseki." şeklinde kaydedilmiştir. Üyelerin arasında asayiş sağlamla görevli Üsküdar ve Kasımpaşa subaşlarının da bulunduğu görülmektedir⁴⁸.

Benzer şekilde şehirde, çarşı ve pazarlarda düzenin sağlanmasından sorumlu olan muhtesiplerin de zaman zaman şuhûdü'l hâl arasında yer aldığı sicillerden anlaşılmaktadır. Örneğin; 1663 senesine ait bir sicil kaydında şuhûdü'l hâl "*Hasan Çavuş el-Mübâşir, Hüseyin Efendi el-Brusî el-Kâtib, Keşfi Mustafa Efendi el-Kâtib, Ali Çelebi b. Mustafa müezzin-i mahalle-i Arpa Emîni, Mustafa Beşe b. Murad, Fahrü'l-akrân Kethüdâ Abdünnebî Ağa, Mefharü'l-emâsil ve'l-akrân Muhtesib Ağası Mehmed Ağa, Mehmed Ağa b. Mahmud sermuhezrân, Abdülkâdir Efendi el-kadı.*"dan meydana gelmektedir⁴⁹. Üyeler arasında mahkeme personellerinden olan mübaşir, katip, muhzirbaşının yanında kadının idari işlerine yardım eden bir muhtesibin de bulunuyor olması dikkat çekicidir.

Ehl- örf'e ilişkin dikkat çekici bir diğer husus ise şuhûdü'l hâl olarak kaydedildikleri ve daha çok kamu düzeni ile ilgili olan vakalarda, üye sayısının her zamankinden fazla olmasıdır. Örneğin; 1658 senesinde Edirne'de kurulan IV. Mehmed'in ayak divanında isyan eden Halep valisi ve ilgililerin cezalandırılmasına hükmedilmiş, hüküm kayda geçirilirken oldukça kalabalık bir şuhûdü'l hâl zikredilmiştir. Hazır bulunanlar arasındaki hazinedar, hasoadabaşı, silahdar ve ağalar olmak üzere ehl-i örfün önde gelenlerinin isimleri yazılmıştır⁵⁰. Kaydın sonundaki "...ve gayruhüm" ifadesinden hazır bulunan ancak isimleri yazılmayan başkalarının da bulunduğu anlaşılmakla beraber kırk iki kişinin isimlerine açıkça yer verildiği görülmektedir. Bu durum somut vakanın kamu düzeni ile yakından ilgili olmasından kaynaklanabileceği gibi bilhassa ehl-i örfün isimlerinin kayda geçirilmesine önem verilmesinden de kaynaklanmakta olabilir.

Sicil kayıtları aynı zamanda ehl-i örfün sıralamada ehl-i şerden sonra yazıldığını ortaya koymaktadır. Örneğin; 16.yüzyıla ait bir kayıta şuhûdü'l hâl "*Mevlânâ Mehmed b. Veli el-imâm, Hayrullah Bey b. Abdullah, Sipâhî Mahmud Bey b. Abdullah, Receb b. Hasan, İskender Bey sipâhî, Sadi Subaşı b. Yusuf, Mehmed b. Mustafa el-muhzir ve gayruhüm mine'l-hâzirîn*" şeklindedir⁵¹. Üyelerin isimleri kaydedilirken ilk sırada ehl-i şere mensup olan bir imamın isminin yazıldığı, eh-i örf'ten sipahilerin ve subaşının isimlerinin ise ehl-i şerden sonra zikredildiği görülmektedir.

⁴⁸ Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077/ M. 1666-1667), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Rıfat Günalan, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 17, 2011, s. 560, Hüküm no: 687.

⁴⁹ İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/ M. 1663-1664), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Rasim Erol, Salih Kahriman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 16, 2010, s. 266, Hüküm no: 268.

⁵⁰ Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (H. 1067-1069 / M. 1656-1658), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Mustafa Yılmaz, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 50, 2019, s.758, Hüküm no: 854.

⁵¹ Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Sinan Satar, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 42, 2019, s. 258, Hüküm no: 524.

Sadece ehl-i şerden ilim sahibi kimselerin değil ehl-i örfе mensup çok çeşitli kademelerden görevlilerin de şuhûdü'l hâlde yer alabiliyor olması, bu kişilerin isimlerinin hususen detaylı şekilde yazılması müessesenin, hem devlet nazarında mühim bir yere sahip olduğunu hem de mahkemelerde verilen hükümlerin meşruiyetinin sağlanmasına ve güvenilirliğinin pekiştirilmesine katkıda bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

B. Reaya Kategorisinde Olan Şuhûdü'l Hâl Üyeleri

Şuhûdü'l hâl üyeleri arasında askerî sınıfın dışında kalan reayadan birçok kişinin yer aldığı görülmektedir. Reaya içerisinde bulunan kadınlar, köleler ve zimmilerin ise sahip oldukları hukukî statü ve tâbi oldukları hukukî rejim farklılık arz etmektedir. Bu nedenle kendilerine has konumları göz önünde bulundurularak ayrı başlıklar altında ele alınmaları gerekmektedir. Şuhûdü'l hâlde yer alan meslek uzmanları ve aynı mahkemede davası görülen diğer kişiler de ayrı birer grup oluşturmaktadır.

1. Kadınlar

Şer'iyeye sicillerinde kadınların davacı veya davalı taraf olduklarına ve şahitlik hatta bilirkişilik yaptıklarına dair pek çok kayıt vardır. Ancak şuhûdü'l hâl olarak görev aldıklarını gösteren çok az kayıt bulunmaktadır. Yapılan araştırmalar neticesinde sınırlı sayıda örneğe rastlanılmıştır: 1813 senesine ait Kütahya şer'iyeye sicilinde Ayşe binti Abdi'nin altı aylık oğlu Ahmet'in öldürüldüğü iddiasıyla açtığı davaya ilişkin kaydın altında şuhûdü'l hâl "*Müderresin-i kirâmdan es-seyyid Ahmed Arif Efendi, Kâtib Ahmed Edib Efendi, Kara Mollâzâde Hasan mahalle-i Şehre Küsti, Fatma binti Osman mahalle-i Şehre Küsti, Es-seyyid münci Mollâ İbrâhim, Es-seyyid Mollâ Halil Hâcı Ali Efendi*" şeklindedir⁵². Şuhûdü'l hâl arasında bir kadın üyenin adının da kaydedildiği görülmektedir.

Doğrudan kadınları ilgilendiren hususlara ilişkin kayıtlarda yahut tarafların kadınlardan ibaret olduğu hukukî ihtilaflarda ve kadın bilirkişilere başvuru hallerde dahi şuhûdü'l hâl içerisinde kural olarak kadınların varlığına rastlanılmamaktadır. Örneğin 18.yüzyıla ait bir sicil kaydında ebeveyni, kızlarının zina ettiğine ilişkin iddianın doğru olmadığını "*...biz dahî işbu hâzırât-ı bi'l-meclis olan dîndâr ve müstakîme kâbile hatunlardan Sadreddîn Mahallesi sâkinlerinden Irâz bint-i Şa'bân ve 'Âyşe bint-i 'Alî ve Nisâ bint-i Mevlûd ve Râbi'a bint-i Mehmed nâm hatunlar yoklayup kızımız mezbûre Marziye'yi bâkiredir deyu haber virmeleriyle...*" şeklinde ifade etmektedir⁵³. Kayıttan vakanın tespiti için kadın bilirkişilere başvurulduğu anlaşılmaktadır. Kaydın altında ise "*el-Hâc Mehmed bin Hasan Beg, Mustafâ Beşe ibn Velî, Ahmed bin Mehmed, Halil bin Mehmed, 'Abdullah bin 'Abdullah.*"dan teşekkül eden şuhûdü'l hâl yazılmıştır. Görüldüğü üzere şuhûdü'l hâl arasında kadın üye bulunmamaktadır.

Bir başka davada, gebe olduğu iddia edilen Emine'nin "kâbile hatunlar" olarak ifade edilen bilirkişilerce "*...mezbûre Emine bâkire ve pâk ve pâkîzedir...*" denilerek bakire olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca kaydın altında isimleri kaydedilmiş mahalle sakinlerinden de tarafların ahvalleri sorulmuş ve bilirkişilerin beyanı şuhûdü'l hâlde hazır bulunan kimselerin görüşlerine de atıf

⁵² Kahveci Yüngül, s. 275-276.

⁵³ Sak, İzzet / Çetin, Cemal. *Konya Kadı Sicili (1126-1127 / 1714-1715) Defter 45*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, s. 418

yapılarak teyit edilmiştir⁵⁴. Somut vakada kadın bilirkişiler olduğu ve şuhûdü'l hâlden gebe olduğu iddia edilen Emine'nin ahvali sorulduğu halde şuhûdü'l hâlde kadınlar bulunmamaktadır. Yine bir diğer vakada kendisini önceden boşanmış kocasından hamile olan Ayşe binti Bayram'ın öncelikle hamileliği bilirkişi ile belirlenmiş ardından doğuma kadar günlük beş akça nafaka almasına karar verilmiştir. Sicil kaydında yazılı şuhûdü'l hâl arasında ise kadın üyenin yer almadığı görülmektedir⁵⁵.

Kadınların kural olarak şuhûdü'l hâlde bulunmamasını üç temel hukukî argüman çerçevesinde izah edebilmek mümkündür:

İlk argüman muhadderedir. Muhaddere kadınların mahkemelerde bizzat hazır bulunmamaları ve gerekli hallerde vekil vasıtasıyla temsil edilmeleri şuhûdü'l hâl üyeleri arasında kadın varlığına sık rastlanılmamasına neden olmuştur⁵⁶. Evlerinden dışarı çıkmayan muhaddere kadınların mahkemeye geldiklerinde rahatça konuşup haklarını savunamayacakları gerekçesiyle, mahkemede hazır bulunmak yerine vekil ile temsil edilmelerinin zaruret kapsamında olduğu görüşü kabul görmüştür⁵⁷. Kendi ihtiyaçlarını başkası aracılığıyla temin eden muhaddere bir kadın cebren dahi mahkemeye getirilememiş, kadı tarafından atanan naibin bu kişilerin yanına gönderilmesi yoluyla muhakeme sürdürülmüştür⁵⁸.

Bir diğer argüman ise kadınlarda aranan şahitlik nisabına ilişkindir. Borç ilişkilerinin yazıya aktarılmasına ilişkin ayette “...Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun. Şahitler iki erkek olmazlarsa, rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki de kadın olsunlar...” buyrulmaktadır⁵⁹. Kadınların ev dışındaki hayatla ilgileri bakımından unutmama ve yanılma ihtimallerine karşı birbirlerine yardımcı olmaları için ayette iki kadın birlikte anılmıştır⁶⁰. Bu durum mahkemede hazır bulunarak yargılamaya şahitlik eden ve sicil kaydının altında zikredilen şuhûdü'l hâl yeterli sayıda kişiden meydana gelmesini güçleştirmektedir. Zira sicil kayıtlarından şuhûdü'l hâl kısmında o esnada hazır bulunan en az iki erkeğin isimlerinin yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır. Üyelerin erkek olması heyetin şahitliğinde aranan sayının sağlanmasını kolaylaştırmaktadır.

Kadınların şuhûdü'l hâlde bulunmamasını açıklayan argümanların sonuncusu ise kadınların toplumsal hayattaki yeri ile bağlantılıdır. Osmanlı toplumunda kadınların fiili olarak sosyal hayata katılımının ve kurdukları toplumsal ilişkilerin sınırlı olması, mahkemelerde kendi

⁵⁴ Sak, İzzet / Solak, İbrahim. *Konya Kadı Sicili (1148-1149 / 1736-1737) Defter 53*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, s. 240-241.

⁵⁵ Sak, İzzet. *Konya Kadı Sicili (1115-1116 / 1703-1704) Defter 41*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016, s. 112

⁵⁶ Muhaddere kavramı kelime olarak kapalı, örtülü, namuslu kadınlar; Müslüman kadınları anlamına gelmektedir. Devellioğlu, s. 774. Osmanlı toplumunda ise muhaddere sıfatı ev dışındaki hayattan izole olmayı tercih eden, toplumsal alanda varlık göstermeyen bilhassa zengin ve üst kesime mensup olan ahlaklı kadınları nitelemek için kullanılmıştır. Açık, Turan. “Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Osmanlı Hukukunda Kadından Eşkiye Olup Olamayacağına Dair Bir Tartışma: Havva Hatun Örneği”, *Karadeniz Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, 2015, s. 55-56.

⁵⁷ Bayder, Osman. “Mezhebin Kurucu İmamına Muhalefetin İmkan ve Sınırı” Doktora tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 78.

⁵⁸ Akgündüz, Ahmet. “İslam ve Osmanlı Hukukunda Gıyapta Yargılama Müessesesi”, *Bellekten*, C. L, 1986, s. 184-185.

⁵⁹ Bakara 2/282.

⁶⁰ *Kur'an Yolu Tefsiri*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, C. 1, s. 446-448.

(<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/289/282-ayet-tefsiri.s.e.t.>: 16/03/2021)

işleri haricinde uzun süreli hazır bulunmayı tercih etmeme ihtimallerini doğurmaktadır⁶¹. Halk tarafından bilinirlikleri erkeklere kıyasla kısıtlı olduğundan adil kimseler olup olmadıkları hakkında kesin kanaat oluşması da güçtür⁶². Ayrıca hazır buldukları yargılama faaliyetine ve hükme ilişkin şahitliklerine başvurulmak istendiği takdirde bir yerden başka bir yere yolculuk etmelerinde de çeşitli zorluklar bulunmaktadır⁶³.

Bu doğrultuda kadınların kural olarak şuhûdü'l hâlde yer almamalarını muhtelif İslam hukuku hükümleri ve uygulamaları ile dönemin sosyo-konjonktürel yapısıyla izah etmek mümkündür. Bununla birlikte kadınların şuhûdü'l hâl olmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır, nadiren de olsa kadın üyelerin varlığı ile karşılaşılmaktadır.

2. Zimmiler

Osmanlı toplum yapısında ayrı bir hukukî statüye sahip olan bir diğer grup zimmilerdir. Zimmiler din ve vicdan hürriyetinin uzantısı olarak evlilik, boşanma, miras gibi özel hukuka ait işlerde cemaat mahkemelerine başvurabilmiştir⁶⁴. Diledikleri takdirde kendi aralarındaki davaları şer'iyeye mahkemelere getirmeleri veya cemaat mahkemesi karar vermiş olmasına rağmen şer'iyeye mahkemesinde yeniden dava açabilmeleri mümkündür⁶⁵. Zimmiler ile Müslümanlar arasındaki ihtilaflarda ise yetkili mahkeme şer'iyeye mahkemeleri olup bu ihtilaflara İslam hukuku hükümleri uygulanmaktadır⁶⁶. Bu nedenle sicil kayıtlarında şuhûdü'l hâl arasında zimmilerin isimlerinin de yer aldığı örnekler mevcuttur. Zimmi üyelerle daha ziyade tarafların ikisinin de zimmi olduğu hallerde karşılaşılmaktadır.

16.yüzyılın ikinci yarısına ait bir kayıt Kosta b. Dimitri'nin, İstemad b. Yorgi'ye yüz kırk beş müdre içki verdiğinin şahitlerle ispatına ilişkin olup şuhûdü'l hâl "*Sadi Subaşı b. Yusuf, Ramazan b. Mahmud, Mehmed b. Mustafa el-muhzır, Ferruh b. Abdullah, Papas Dimitri b. Yani, Todora b. Yorgi ve gayruhüm.*" şeklindedir⁶⁷. Yine iki zimmi arasındaki alacak davasında edilen yemine ilişkin bir kaydın şuhûdü'l hâli de "*Havâle-i Veli, Ferruh b. Abdullah, Yani b. Nikola, Nikola b. Mihâl ve gayruhüm.*" şeklinde olup aralarında zimmilerin bulunduğu görülmektedir⁶⁸.

Sadece ihtilaflı hususlarda değil satış gibi tescil mahiyetindeki işlemlerde de şuhûdü'l hâl arasında zimmilere rastlanılmaktadır. Örneğin Yani b. İsterenora ile Kosta b. Yani arasındaki mülk menzili satışına ilişkin kayıta şuhûdü'l hâl kısmında "*Papaz Dimitri b. Yani, Aston b. Yuri, Kosta b. Kaman, Dimitri b. Todori ve Hasan b. Abdullah ve Mehmed b. Mustafa el-muhzır ve gayruhüm*" yazılıdır⁶⁹. Bu noktada ihtilafların yahut hukukî işlemin taraflarından ikisi de zimmi olsa dahi şuhûdü'l hâlde sadece zimmilerin yer almıyor oluşu dikkat çekmektedir. Yargı erkinin devlet egemenliğinin göstergelerinden olduğu ve bu nedenle İslam devletinde oldukça önemli bir role sahip olan şuhûdü'l hâlde sadece zimmilerin yer almasının egemenlik ile örtüşmeyeceğini

⁶¹ Gürhan, Veysel. "18.yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kadın ve Hukuk: Amid Mahkemesi'nde Kadınların Hak Arama Süreçlerine Dair Bazı Değerlendirmeler", *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, S.3, 2017, s. 1650.

⁶² Öztürk, s. 121.

⁶³ Şahin, Osman. "Kadınların Mahremsiz Yolculuk Yapmasının Hükümü", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 34, 2019, s. 381.

⁶⁴ Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 218. Aydın, s. 148.

⁶⁵ Kenanoğlu, Macit. *Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek*, 4. Basım, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, s. 40.

⁶⁶ Cin / Akyılmaz, s. 196.

⁶⁷ Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), C. 42, 2019, s. 289, Hüküm no: 601.

⁶⁸ Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), C. 42, 2019, s. 301, Hüküm no: 631.

⁶⁹ Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), C. 42, 2019, s. 213, Hüküm no: 512.

söylemek mümkündür. Bu durum zimmilerin ancak kendi aralarındaki meseleye ilişkin şahitlikleri geçerli olduğundan yargılama sürecine ve mahkemede gerçekleşen işlemlere dair Müslümanların şahitliğinin gerekmesiyle açıklanabilir⁷⁰.

Taraflardan yalnızca birinin zimmi olduğu durumlarda da şuhûdü'l hâl arasında zimmilerin bulunduğu görülmektedir. Örneğin Meyrem bt. Bahşi'nin evini Konstantin b. Yorgi'ye sattığına ilişkin kayıta şuhûdü'l hâl "*Mahmud Bey b. Abdullah sipâhî, Ferhad Bey b. Abdullah, Muhzır Mehmed Bey b. Mustafa, İstemat b. Nikola kethüdâ, Yani b. Niko ve Nikola b. Yorgi ve Mihal b. Kosta, Nikola b. Yorgi ve gayruhüm.*" den meydana gelmektedir⁷¹. Öte yandan bu ve başkaca birçok kayıta şuhûdü'l hâldeki zimmilerin isimleri Müslümanlardan sonra yazılmıştır⁷².

Ayrı bir hukukî statüye ve hukukî rejime tabi olduğu gözlemlenen zimmilerin, şer'iyeye mahkemelerinde şuhûdü'l hâl olarak yer almaları, Osmanlı adaletinin toplumun tüm kesimlerine hitap ettiğini göstermesi açısından önemlidir. Osmanlı yargısına toplumun her ferdi tarafından güven duyulmasında ve verilen kararların bu kimseler nazarında meşru kabul edilmesinde şuhûdü'l hâl arasında hazır bulunan farklı statülerden üyelerin varlığı etkili olmuştur.

3. Köleler

Köleler mülkiyete ve hukukî işlemlere konu olmaları bakımından eşya, diğer hususlarda ise şahıs olarak kabul edilmekle birlikte hür kimselerden farklı bir statüde kendine özgü (sui generis) hukukî varlıklardır⁷³. Kölelerin doğruyu ifade etme hususunda çekinmeleri, sahiplerinin baskı ve tesiri altında beyanda bulunmaları söz konusu olabileceğinden taraf veya şahit olmaları durumunda şüphenin meydana gelmesi ihtimali mevcuttur⁷⁴. O nedenle köleler tanık oldukları bir mesele hakkında ancak azat olunduktan sonra şahitlik edebilirlerdi⁷⁵. Bu nedenle şuhûdü'l hâl arasında bulunmaları teorik ve pratik açıdan mümkün olmamıştır.

4. Meslek Uzmanları

Lonca sistemi Osmanlı Devleti'nde üretilen ve satılan malların fiyat, ölçü ve kalitelerinin kontrolünde, işgücü ve hizmetin karşılansında, piyasa standartlarının gözetilmesinde, esnaf ve zanaatkârlara güvence sunulmasında ve nizamnamelere uyulmasında katkı sağlamaktaydı⁷⁶. Loncalarda kayıtlı esnaf ve zanaatkârlar bu örgütlenme sayesinde denetlenir, eğitim alır, iş ahlakına uygun davranmaya teşvik edilirdi. Böylelikle lonca üyeleri toplum nezdinde güvenilir ve dürüst kimseler olarak saygın bir yere sahip olmuşlardır. Şuhûdü'l hâl arasında da mimar, kuyumcu, saka, ekmekçi gibi farklı mesleklerden esnaf ve zanaat ustalarına, bu ustaların lonca başlarına ve kethüdalara sıklıkla rastlanılmaktadır.

⁷⁰ Öztürk, s. 120.

⁷¹ Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), C. 42, 2019, s. 301, Hüküm no: 632.

⁷² Örneğin; Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), C. 42, 2019, s. 292, Hüküm no: 607. Çalışkan, Muhammed. "B-7 Numaralı Şer'iyeye Siciline Göre Bursa (1591-1592)" Yüksek Lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 65.

⁷³ Aydın, M. Âkif / Hamîdullah, Muhammed. "Köle", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara, C. 26, 2002, s. 239.

⁷⁴ Serahsî. *Mebûsât*, Çev. Soner Duman / Osman Gülman, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, C. 16, s. 208-209. Kölelerin aleyhine olan yahut aleyhe olma ihtimali bulunan işlemleri ancak efendilerinin izni ile geçerlidir. Avcı, s. 308.

⁷⁵ Halebî. *Mülteka-El Ebhur*, Çev. Mustafa Uysal, Uysal Yayınevi, Konya, C. 3, 1993, s. 231.

⁷⁶ Akbaş, H. Emre / Bozkurt, Serdar / Yazıcı, Kübra. "Osmanlı Devletinde Lonca Teşkilatı Yapısı ve Yönetim Düşüncesi İle Karşılaştırılması", *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 9, 2018, s. 190-191.

1676 senesine ait bir kayıttta iki gayrimüslim ortağın kuyumculuk şirketlerini feshettikleri ve şirketin değeri olan iki yüz kuruş meblağı bölüştükleri davada şuhûdü'l hâl “*Kuyumcubaşı Nuh Ağa, Ehl-i hibre Mehmed Ağa, Bayram Çelebi, Mehmed Çelebi ve gayruhüm*” olarak kayda geçmiştir⁷⁷. Kuyumculuk mesleğinin icrası ve esnafın ticari faaliyetiyle doğrudan ilişkisi olan davanın şuhûdü'l hâlinde lonca sisteminde kuyumcuların ustası olan Kuyumcubaşı Nuh Ağa ile yine bir meslek ustası olan ehl-i hibre Mehmed Ağa'nın hazır bulunduğu görülmektedir. Bir diğer örnekte ise kereste satışında gabin iddiasına nedeniyle açılan davanın şuhûdü'l hâli “: *el-Hâc Ali Ağa b. Musa Kethudâ-yı keresteciyan, Halil Efendi b. Musa, Ali Efendi b. Ömer, Ahmed Efendi b. Memi Efendi, Şaban Halife b. Mustafa el-kayyum, Mehmed Beşe b. Cafer el-Mübâşir, Hüseyin Ağa b. Hasan ez-Za'im, Ali Halife el-müezzin ve gayruhüm*” şeklindedir⁷⁸. Kereste bedeline ilişkin uyuşmazlığın bulunduğu davada hazır bulunanlar arasında kerestelerin üretim sürecini ve kalitesini denetleme, fiyatını belirlenme, lonca üyelerinin birbirleriyle veya müşterileriyle olan anlaşmazlıklarını giderme gibi görevleri yerine getiren keresteciler kethüdasının da olduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere dava konusu, şuhûdü'l hâl olarak hazır bulunacak üyeler bakımından belirleyici olabilmektedir. Dava konusu ihtilaf hakkında bilgi sahibi üyelerin şuhûdü'l hâle katılmasının önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Böylece üyelerin mahkemede alınan kararlara duyulan itibarın artmasında etkili oldukları söylenebilir. Esnaftan bir kimsenin esnafılık faaliyetine ilişkin olmayan hukukî ihtilaflarında mahkemede hazır bulunan şuhûdü'l hâl arasında meslek ustalarına sık rastlanılmaması da buna işaret etmektedir. 1653 senesine ait bir örnekte kasaplık yapan Dimitri v. Todori'nin sulh bedeli para karşılığında son verilen ev davasında şuhûdü'l hâl “*Kapıcı İbrahim b. Abdullah, Mehmed Beşe b. Abdullah, Mehmed b. Hüseyin, Ahmed Çelebi [b.] Attâr Abdullah, İbrahim Çelebi b. Davud er-ressâm, Hüseyin b. Mahmud, Mehmed [b.] Mustafa, Pîrî b. Hüseyin ve gayruhüm*” olarak kaydedilmiştir⁷⁹. Kasaplık mesleğini ilgilendirmeyen davanın şuhûdü'l hâlinde üyeler arasında kasap esnafından usta veya ustabaşılara rastlanılmamaktadır.

Esnaf ve zanaatkârların taraf olduğu, mesleki faaliyetlerini ilgilendiren ve meslek uğraşlarından kaynaklanan ihtilaflarda şuhûdü'l hâlde meslek ustalarının yer aldığı gözlemlenebilmektedir. Ancak uygulamada sık karşılaşılan bu durum bir kural olmayıp esnaflıkla ilgili ihtilaflarda şuhûdü'l hâl üyeleri arasında esnafın bulunmadığı kayıtlarla da karşılaşılmaktadır. Örneğin; çizme dikme işi yapan kalfaların senelerini doldurmadan özürsüz olarak işten ayrılmaları veya kovulmaları halinde adilane muamelede bulunulmasına dair sicil kaydında şuhûdü'l hâl “*Hacı Halil b. Hacı Abdülcelil, Hasan Ağa b. Mehmed Ağa, Emir Mustafa*

⁷⁷ İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Salih Kahriman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 18, 2010, s. 365, Hüküm no: 356.

⁷⁸ İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108/ M. 1695-1697), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Ali Coşkun, Sabri Atay, Nedim Pakırdağ, Abdülkadir Altın, Hüseyin Kılıç, Salih Kahriman, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 57, 2019, s. 222, Hüküm no: 137.

⁷⁹ Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653, *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Sabri Atay- Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 49, 2019, s. 20,1 Hüküm no: 260.

b. *Ebûbekir, es-Seyyid Mehmed b. Abdullah, İbrahim b. Abdullah, Ali Ağa b. Abdullah*"den meydana gelmekte ve aralarında dikici ustası yahut lonca kethüdası bulunmamaktadır⁸⁰.

5. Aynı Mahkemede Görülen Diğer Davaların Taraf ve Şahitleri

Şer'iyeye sicillerinden zaman zaman aynı mahkemede görülmüş veya görülecek davalarda taraf veya şahit oldukları görülen kimselerin diğer davaların şuhûdü'l hâli arasında bulunabildikleri anlaşılmaktadır. Bu durum genellikle kendi davası veya işi için mahkemede beklemekte olan kimselerin o esnada mevcut hâle, verilen karara yahut gerçekleştirilen işleme tanık olması ve kaydedilmesi ile gerçekleşmektedir.

Bu hususta, 19 numaralı Ankara şer'iyeye sicilinin incelendiği bir çalışmada ev satışına dair hüccette işlemin taraflarından olan Kassab Mustafa bin Ramazan'ın, bir sonraki kayıta köle azadına ilişkin davanın şuhûdü'l hâlinde yer aldığı tespit edilmektedir⁸¹. Benzer bir durum 17.yüzyıl Çankırı şer'iyeye sicilinde de gözlemlenmektedir. Aynı defterde art arda yer alan iki kayıttan ilkinde şuhûdü'l hâl üyesi olan Çankırı müftüsünün sonraki kira akdine ilişkin kayıta taraf olduğu görülmektedir⁸².

Mahkemede beklemekte olan kişilerin dahi şuhûdü'l hâle kaydedilebilmesi, müesseseye mutlaka yer verilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca toplumun her kesiminden kişilerin şuhûdü'l hâl üyesi olabileceğini ve yargılamanın aleni olarak yürütüldüğünü göstermektedir. Bu ise mahkemede verilecek kararların toplum nazarında daha çabuk ve kolay kabullenilmesi sonucunu doğurmaktadır.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde kadılar adaletin tesisinde en önemli süje olmuştur. Yargı teşkilatında kadiya yardımcı olarak yer alan şuhûdü'l hâlin hem çekişmeli hem de çekişmesiz yargı faaliyetlerinde hazır bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu bakımdan müessese farklı disiplinlerden araştırmacıların dikkatini çekmiştir. Şuhûdü'l hâl üyelerinin toplumsal statü ve mesleklerinin, müessesenin fonksiyonlarına etkisi ise çalışma kapsamında müstakil olarak ele alınmıştır. Statü ve mesleklerin, yargı faaliyeti gerçekleştirilirken şuhûdü'l hâlin hazır bulundurulmasına ayrı bir anlam kattığı anlaşılmaktadır.

Osmanlıdaki toplum yapısının askeri ve reaya sınıflarından meydana geldiği göz önünde bulundurulduğunda her iki kesimden de şuhûdü'l hâlin varlığı, bu müessesenin toplumun bir aynası olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. İlimiye sınıfı içerisindeki kazasker, kadı, naib, kassam gibi yargı personelinin, dönemin öğretim elemanı olan müderrislerin, hukuk ilmine teorik katkı sağlayan müftülerin, toplum nezdinde manevi ağırlıkları olan seyyit ve şeriflerin şuhûdü'l hâldeki varlığı ele alınmıştır. Böylelikle müessesenin hukukun pratik ve teorik boyutunu bir araya getirdiği tespit edilmektedir. Ayrıca hem hukuku uygulayanlar hem de toplum nazarındaki önemi ortaya konulmaktadır. Şuhûdü'l hâlde hazır bulunan ilmiye sınıfına mensup kimseler sayesinde hukuku uygulayanlar yargı faaliyetleri esnasında daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk edilmektedir.

⁸⁰ İstanbul Mahkemesi 33 Numaralı Sicil (H. 1183-1185 / M. 1769-1770), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Mustafa Yılmaz, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 77, 2019, s. 86, Hüküm no: 43.

⁸¹ Taş, s. 33.

⁸² Köse, Uğur. "H. 1063-1065 (1058), M. 1653-1655 tarihli Çankırı Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi" Yüksek Lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 137-139.

Halk arasında itibar gören bu kimselerin huzurunda karar verilmesi hükümlerin meşruiyet kazanmasında etkili olmaktadır. İlimiye sınıfının varlığının şuhûdü'l hâlin kayıt sıralamasında da önemli bir etken olduğu görülmektedir. Zira üyeler arasında ilmiye sınıfına mensup kimseler var ise öncelikli olarak yazılmaktadır.

Askerilerin diğer kanadını oluşturan ehl-i örften sadrazam, beylerbeyi, sancaktar, hazinedar, kethüda, sipahı, subaşı, asesbaşı ve benzeri kimselerin şuhûdü'l hâl olarak yer alması da müessesenin önemine işaret etmektedir. Ehl-i örfün hazır bulunduğu şuhûdü'l hâllerde genellikle üye sayısının daha fazla olduğu görülmektedir. Bu durum somut vakanın kamu düzeni ile ilgili olmasıyla veya tarafların ehl-i örften kimseler olmasıyla ilişkilendirilebilir.

Şuhûdü'l hâlde yer alan ve reayaya dahil olan üyeler incelendiğinde zimmilere, esnaf ve zanaatkarlara, meslek ustalarına ve lonca teşkilatındaki kethüdalara, aynı mahkemede görülen diğer davaların taraf ve şahitlerine toplumun her kademesinden halka, nadir de olsa kadınlara kadar oldukça çeşitlilik barındıran bir heyet olduğu görülmektedir. Kadınlara kural olarak üyeler arasında yer almamasının muhaddere ve birtakım İslam hukuku hükümleri ile dönemin sosyo-konjonktürel yapısından kaynaklanabileceğini söylenebilir. Kişiler hukuku açısından ayrı bir statüde olan kölelerin şuhûdü'l hâlde olmaması dönemin koşulları ve mevzuatı açısından makul karşılanırken, zimmilerin üye olabilmeleri müessesenin toplumun tüm kesimlerine açık olduğunu ve yargılamanın aleniyetine nasıl hizmet ettiğini ortaya koymaktadır. Mesleki ihtilaflar ile ilgili davalarda meslek uzmanlarının varlığı taraflar bakımından kararın kabullenilmesinde önemli bir rol üstlenmektedir. Siciller, şuhûdü'l hâlin kayıtlarda kural olarak yer alması gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim bu gerekliliğin uygulamada en pratik şekilde yerine getirilebilmesi için mahkeme mevcut personelden yahut kendi davası için beklemekte olan taraf ve şahitlerden istifade edildiği anlaşılmaktadır.

Yargı faaliyetinin yürütüldüğü sırada hazır bulunarak süreci gözlemleyen bir müessesenin üyelerinin geniş bir yelpaze teşkil etmesi ve toplumdaki farklı statü ve mesleklerden olmaları mahkemenin aleniyetini sağlamaktadır. Bununla birlikte hakimin bağımsız ve tarafsız hareket ederek isabetli bir hüküm vermekte özenli davranmasına katkıda bulunmaktadır. Üyeler yargılama neticesinde ulaşılan sonucun taraflarca kabullenilmesinde ve toplumun yargı makamlarına güven duyarak kararlarına itibar etmelerinde de önemli bir role sahip olmaktadır. Bu bağlamda müessese, üyeleri vasıtasıyla, verilen kararların meşruiyetinin sağlanmasında, toplum vicdanındaki adalet duygusunun pekiştirilmesinde ve nihai olarak ideal hukuka ulaşılmasında vazife almaktadır.

KAYNAKÇA

Açık, Turan. “Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Osmanlı Hukukunda Kadından Eşkıya Olup Olamayacağına Dair Bir Tartışma: Havva Hatun Örneği”, *Karadeniz Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, 2015, s. 35-94.

Akbaş, H. Emre / Bozkurt, Serdar / Yazıcı, Kübra. “Osmanlı Devletinde Lonca Teşkilatı Yapısı ve Yönetim Düşüncesi İle Karşılaştırılması”, *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 9, 2018, s. 165-202.

Akgündüz, Ahmet. “İslam ve Osmanlı Hukukunda Gıyapta Yargılama Müessesesi”, *Belleten*, C. L, 1986, s. 169-199.

Akgündüz, Ahmet. *Şer’iye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, C.I.

Anbarlı Bozatay, Şeniz / Demir, Konur Alp. “Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 6, S. 10, 2014, s. 71-89.

Aral, Neslihan. “69/2 Numaralı Kastamonu Şer’iye Sicili (H.1210-1211/ M.1795-1796) Transkripsiyon ve Değerlendirme” Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Aslan, Nasi. *İslam Yargılama Hukukunda “Şühûdü’l-Hâl” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, 2. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2018.

Atar, Fahrettin. *İslâm Adliye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991.

Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, 6. Bası, Atlas Akademi, Konya, 2017.

Aydın, M. Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Aydın, M. Âkif / Hamîdullah, Muhammed. “Köle”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara, C. 26, 2002, s. 237-246.

Bayder, Osman. “Mezhebin Kurucu İmamına Muhalefetin İmkan ve Sınırı” Doktora tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Cin, Halil / Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018.

Çalışkan, Muhammed. “B-7 Numaralı Şer’iye Siciline Göre Bursa (1591-1592)” Yüksek Lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Çöpoğlu, Binnaz. “H. 1099 (M. 1687-1688) 836 No’lu Bolu Şer’iye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi” Yüksek Lisans tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugât*, 29. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2013.

Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 5. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.

Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası*, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.

Erünsal, İsmail. “Osmanlı Mahkemelerinde Şâhitler: Şühûdü’l- ‘udûlden Şühûdü’l-hâle Geçiş”, *Osmanlı Araştırmaları*, S. 53, 2018, s. 1-49.

Fendoğlu, H. Tahsin. *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996.

Geçkil, Aynur. “141 Numaralı Gaziantep Şer’iye Sicili, Metin Değerlendirme (H. 1234-1236/ M. 1818-1821)” Yüksek Lisans tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Gedikli, Fethi. “Kazâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Ankara, C. 25, 2002, s. 117-119.

Gedikli, Fethi. “Osmanlı Mahkemesinde Fetva Kullanımı ve Fetva-Kaza İlişkisi”, *Osmanlı Hukukunda Fetva*, Ed.: Süleyman Kaya, Yunus Uğur, Mustafa Demiray, Klasik Yayınları, 2018.

Gür, A. Refik. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, 2. Basım, Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.

Gürhan, Veysel. “18.yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kadın ve Hukuk: Amid Mahkemesi'nde Kadınların Hak Arama Süreçlerine Dair Bazı Değerlendirmeler”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, S.3, 2017, s. 1644-1664.

Halaçoğlu, Yusuf. *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991.

Halebî. *Mülteka-El Ebhur*, Çev. Mustafa Uysal, Uysal Yayınevi, Konya, C. 3, 1993.

Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l-Hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, C. IV, 2020.

İpşirli, Mehmet. “Ehl-i Örf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 10, 1994, s. 519-520.

İpşirli, Mehmet. “İlmiye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 22, 2000.

Kahveci Yüngül, Seda. “9 No'lu Kütahya Şer'iyye Sicili (1812-1813m./1227-1229h.) Transkript ve Değerlendirme” Yüksek Lisans tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Kaya, Süleyman. “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, S. 5, 2005, s. 379-416.

Kayar, Betül. “Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, S. 1, s. 189-234.

Kazıcı, Ziya. *Osmanlı'da Toplum Yapısı*, Bilge Yayınları, İstanbul, 2004.

Kenanoğlu, Macit. *Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek*, 4. Basım, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017.

Kılıç, Mehmet Ali. “41/1 Numaralı Kayseri Şer'iyye Sicili (H. 1048 / M. 1638-1639) Transkripsiyon ve Değerlendirme” Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Kılınc, Ahmet. “Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, C. 2, 2016, s. 15-81.

Kılınc, Ahmet. *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kılınc, Ahmet / Kayar, Betül. “Osmanlı Yargılama Hukukunda ‘Şuhûdü'l Hâl'in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliği”, *Adalet Dergisi*, S. 62-63, 2019, s. 33-48.

Konan, Belkis, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Ankara 2011, s. 253- 288.

Koyuncu, Nuran / Gök, Ümmügülsüm, “Türk Hukuk Tarihinde Ve Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimlik Mesleğine Giriş Ve Hâkim Yardımcılığı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Konya, 2019, s. 68-86.

Köse, Uğur. “H. 1063-1065 (1058), M. 1653-1655 tarihli Çankırı Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi” Yüksek Lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Kunt, Metin / Froqhi, Suraiya / Yurdaydın, Hüseyin G. / Ödekan, Ayla. *Türkiye Tarihi*, Yayın Yön.: Sina Akşin, Cem Yayınevi, İstanbul, C. 2, 2002.

Mumcu, Ahmet. “Divan-ı Hümayun”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 9, 1994, s. 430-432.

- Mumcu, Ahmet. *Osmanlı Devleti'nde Rüşvet*, 3. Baskı, İnkılâp Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, 10. Baskı, Kronik Kitap, İstanbul, 2019.
- Osmanağaoğlu, Cihan, “Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devleti'nin Örfi Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2., İstanbul 2007, s. 75-130.
- Örsten, Seda. “Osmanlı Hukuku Fetvâ” Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Örsten Esirgen, Seda. “Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Noterliğin Gelişimi”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, C. I, 2016, s. 49-86.
- Öz, Mustafa. “Ehl-i Beyt”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 10, 1994, s. 498-501.
- Öztürk, Merve Nur. “Osmanlı Yargılama Hukukunda Şühûdü'l Hâl” Yüksek Lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Sak, İzzet. *Konya Kadı Sicili (1115-1116 / 1703-1704) Defter 41*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016.
- Sak, İzzet / Çetin, Cemal. *Konya Kadı Sicili (1126-1127 / 1714-1715) Defter 45*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016.
- Sak, İzzet / Solak, İbrahim. *Konya Kadı Sicili (1148-1149 / 1736-1737) Defter 53*, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya, 2016.
- Sarıcık, Murat / Katgı, İsmail. “*Osmanlı Devleti'nde Nakîbü'l- Eşrâflık Müessesesi*”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 2012, s. 175-184.
- Serahsî. *Mebisûl*, Çev. Soner Duman / Osman Gülman, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, C. 16.
- Şahin, Osman. “Kadınların Mahremsiz Yolculuk Yapmasının Hükümü”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 34, 2019, s. 359-387.
- Taş, Hülya. “Osmanlı Kadı Mahkemesindeki ‘Şühûdü'l Hâl’ Nasıl Değerlendirilebilir?”, *Bilig*, S. 44, 2008, s. 25-44.
- Uzunçarşılı, İ. Hakkı. *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988.
- Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Yayınları, Ankara, 2011.
- Ülker, İbrahim. *Osmanlıda Noterlik İşlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Ünal, Mehmet Ali. “Tanzimat'tan Önce Osmanlı Devleti'nde Memur Yargılaması”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 277-304.
- Ünal Özkorkut, Nevin. “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, s. 225-242.
- Yurtseven, Yılmaz / Kayar, Gürcan. “Osmanlı Muhakeme Hukuku'nda Şühûdü'l Hâl”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1, 2018, s. 57-77.

Sicil Kayıtları

- Adalar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1178-1184/ M. 1764-1771), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Abdülkadir Altın- Nedim Pakırdağ, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 75, 2019.
- Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Sabri Atay- Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 49, 2019.

Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077/ M. 1666-1667), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Rıfat Günalan, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 17, 2011.

Bab Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (H. 1152-1153 / M. 1740), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Sabri Atay- Salih Kahrıman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 69, 2019.

Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Sinan Satar, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 42, 2019.

Beşiktaş Mahkemesi 63 Numaralı Sicil (H. 1061-1062 / M. 1651-1652), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Nedim Pakırdağ- Yılmaz Karaca, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 48, 2019.

Evkaf-ı Hümayûn Müfettişliği 1 Numaralı Sicil (H. 1016-1035 / M. 1608-1626), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Rasim Erol, Abdullah Sivridağ, Ali Coşkun, Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 45, 2019.

İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca, Abdullah Sivridağ, Hüseyin Kılıç, Ali Coşkun, Numan Yekeler, Mustafa Yılmaz, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 51, 2019.

İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/ M. 1663-1664), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 16, 2010.

İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 18, 2010.

İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı Sicil (H. 1107-1108/ M. 1695-1697), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Ali Coşkun, Sabri Atay, Nedim Pakırdağ, Abdülkadir Altın, Hüseyin Kılıç, Salih Kahrıman, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 57, 2019.

İstanbul Mahkemesi 33 Numaralı Sicil (H. 1183-1185 / M. 1769-1770), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Mustafa Yılmaz, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 77, 2019.

Rumeli Sadâreti Mahkemesi 40 Numaralı Sicil (H. 1033-1034 / M. 1623-1624), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Hüseyin Kılıç, Abdülkadir Altın, Numan Yekeler, Salih Kahrıman, Nedim Pakırdağ, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 46, 2019.

Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (H. 1067-1069 / M. 1656-1658), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Çev. Yazı: Yılmaz Karaca- Mustafa Yılmaz, Arapça Çev.: Mehmet Akman, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, C. 50, 2019.

Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H. 999-1000 / M. 1590-1591), *İstanbul Kadı Sicilleri*, Proje Yön.: M. Âkif Aydın, Ed.: Coşkun Yılmaz, Haz.: Rıfat Günalan, Arapça Çev.: Mehmet Canatar- Mehmet Akman, İSAM Yayınları, C. 10, 2010.

İnternet Kaynakları

Kur'an Yolu Tefsiri, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, C. 1, s. 446-448. (<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/289/282-ayet-tefsiri> s.e.t.: 16/03/2021)

Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler*

Melikşah AYDIN 

Dr. Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, aydinmeliksah@gmail.com,
(Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 17.04.2021 Kabul: 18.06.2021 Yayın: 21.06.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: Şahit, Tezkiye, Tanzimat dönemi, Eleştiri, Usul Hukuku.</p>	<p>Davada dinlenecek şahitlerin adil ve güvenilir olup olmadıklarının araştırılması faaliyetine tezkiye denir. Tezkiye faaliyeti kural olarak davaya bakan hâkim tarafından yapılır. Bu çalışmada İslam hukukunda ve Osmanlı'da uygulanmış olan tezkiye kurumunun Tanzimat dönemindeki yansımaları incelenecektir. Bu açıdan Tanzimat dönemindeki kanunlardaki şahitlerin tezkiyesi ile ilgili maddeler incelenecektir. Daha sonra Osmanlı'nın son döneminde Ceride-i Adliye isimli dergide yayınlanan iki makale ışığında tezkiye kurumuna getirilen eleştiriler ele alınıp yorumlanacak, son olarak bu kurumun günümüzde uygulanabilirliği tartışılacaktır. Bu konu Osmanlı'nın ilk devirlerinden itibaren mahkemelerde uygulanan şahit tezkiyesinin yaşadığı değişimi göstermesi açısından önemlidir. Uygulama ve usul açısından Osmanlı'nın kuruluşundan yıkılışına kadar çok değişim göstermeyen şahit tezkiyesi, devletin son yıllarında eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştiriler tezkiye usulünün reforma ihtiyaç duyduğu temelinde tezahür etmekle beraber, pozitif hukukumuzda uygulaması bulunmayan kurumun şahitlik deliline sağlayabileceği faydaları göstermesi açısından önemlidir.</p>

The “Tezkiye” of The Witnesses in Tanzimat Period and Reviews About It

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 17.04.2021 Accepted: 18.06.2021 Published: 21.06.2021</p> <p>Keywords: Witness, Tezkiye, Tanzimat period, Review, Procedure Law.</p>	<p>The activity of investigating whether the witnesses to be heard in the case are fair and reliable is called tezkiye. As a rule, the act of tezkiye is carried out by the judge who handles the case. In this study, the reflection of the tezkiye institution in Tanzimat period will be examined which applied in Islamic law and the Ottoman Empire. In this respect, the articles related to tezkiye in the laws of the Tanzimat period, will be examined. Later, in the light of two articles published in Ceride-i Adliye during the last period of the Ottoman Empire, the reviews brought to the tezkiye institution will be discussed. Finally, the applicability of this institution today will be discussed. This issue is important in terms of showing the change of “tezkiye” of the witnesses applied in the courts since the first periods of the Ottoman Empire. The “tezkiye” of the witness, which did not change much in terms of practice and procedure from the foundation of the Ottoman Empire to its collapse, has been the subject of reviews in the last years of the state. These reviews were manifested on the basis that the procedure of “tezkiye” needed reform. It is also important in terms of showing the benefits of the institution which is not applied in our positive law can provide witness evidence..</p>

Atıf/Citation: Aydın, M. (2021). Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s.206-217.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



*This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)

* Bu makale, 12.04.2021 tarihinde, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde tebliğ olarak sunulmuştur.

GİRİŞ

İslam Hukukunda davada dinlenecek olan şahitlerin ifadelerinin hükme esas alınabilmesi için şahitlere yönelik yapılması zorunlu bir uygulama olarak öngörülen tezkiye kurumu İslamiyet'in ilk devirlerinden Osmanlı Devleti'nin son dönemine kadar uygulanagelmiştir. Tezkiyenin sadece Tanzimat dönemindeki uygulamasının inceleneceği bu çalışma, zaman içinde eskidiği ve faydasız bir hal aldığı yönünde eleştirilere konu olan tezkiyenin genel görünümüne ışık tutacak, yapılan eleştirileri değerlendirerek sonuç kısmında pozitif hukukumuzda uygulaması olmayan bu uygulamanın şahitliğe olan güveni artırmaya fayda sağlayıp sağlamayacağı konusunda görüş bildirecektir.

I. GENEL OLARAK

Tezkiye kelimesi sözlükte “temizlemek, temize çıkarmak, arıtmak” gibi anlamlara gelmektedir.¹ Tezkiye işlemi ise bir davada dinlenecek olan şahitlerin adaletli, doğru sözlü ve güvenilir kimseler olup olmadığının araştırılması yani bir nevi güvenilirlik soruşturmasıdır.² Şahitler hakkında ifade veren yani tezkiye işini yapan kimselere de “müzekki” denir.³ Müzekkilerin şahitler hakkındaki olumlu görüşlerine yani şahidin şahitlik yapmasına engel bir ahvali olmadığına, doğru sözlü, güvenilir kimselerden olduğunu bildirmesine “ta'dil” buna karşın olumsuz görüş bildirmesine ise “cerh” denir.⁴

Tezkiyenin hangi davalarda gerekli olup hangi davalarda gerekmediği konusunda Hanefi mezhebinin içinde görüş farkları bulunmaktadır. İmam-ı Azam Ebu Hanife'ye göre had ve kısas davaları dışındaki davalarda şahitler, aleyhine ifade verecekleri tarafça ta'n edilmezlerse yani bunların şahitliklerine itiraz edilmezse tezkiye yapılmasına gerek yoktur. Bu şahitlerin adil oldukları ve doğru ifade verdikleri kabul edilir.⁵ Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise aleyhine ifade verilen tarafça bunların şahitliklerine itiraz edilsin veya edilmesin şahitlerin tezkiye edilmesi gerekir, tezkiyeleri olumlu çıkmadan ifadeleri hükme esas alınamaz.⁶ Şahitlerin şahitliklerine taraflar tarafından itiraz gelirse veya had ve kısas davalarında, tüm âlimlere göre

¹ KELKİT, Ömer Arif, “Kur'an'da Tezkiye” Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 1999, s.2; BAŞOĞLU, Tuncay, “Tezkiye”, DİA, C.41, İstanbul, 2012, s.77.

² BAYINDIR, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması*, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986, s.181; ATAR, Fahrettin, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, MÜİFY, İstanbul, 2013, s.179.

³ ATAR, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, DİB Yayınları, Ankara, 1991, s.204; ASLAN, Nasi, *İslam Yargılama Hukukunda “Şuhudü'l-Hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999, s.39; AYDIN, Melikşah, *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.169.

⁴ BAYINDIR, s.181; BAŞOĞLU, s.77; MESSICK, Brinkley, “Evidence: From Memory to Archive”, *Islamic Law and Society*, Vol. 9, No. 2, Evidence in Islamic Law (2002), s.239; DOĞAN, Hasan, “İslam Muhakeme Hukukunda Ta'dil ve Tezkiye”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sy.29, 2017, s.14.

⁵ SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, *Mebcut*, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008, C.16, No:88; MAVSİLİ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyar li- Ta'lili'l Muhtar*, çev. Mehmet Keskin, Hikmet Neşriyat, İstanbul, 2013, C.2, s.229; ATAR, 2013, s.179.

⁶ SERAHSİ, C.16, No:113; DAMAD TERCÜMESİ, *Mecme'ul Enhur*, çev. Mehmet Çelik, Yasin Yayınları, İstanbul, 2011, C.4, s.490; FETAVA-YI HİNDİYYE, *Fetava-yı Alemgiriyye*, çev. Mustafa Efe, Huzur Yayınları, İstanbul, 2004, C.7, s.76; ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade, *Dürrü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, çev. Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, DİB Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2017, C.4, s.3090; ZUHAYLİ, Vehbe, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, ilmi müşavir Mehmet Emin Saraç, çev. Heyet, Risale Yayınları, İstanbul, 1994, C.8, s.258; HARİRİ, İbrahim Muhammed, *el-Kavaidu ve'd Davabitü'l Fikhiyyeti li-Nizami'l Kaza fi'l İslam*, Umman, 1999, s.103.

şahitlerin tezkiye edilmeleri gerekir.⁷ Ebu Hanife ile öğrencileri olan Ebu Yusuf ve İmam Muhammed arasındaki görüş farkı zamanın değişmesi, ahlakın bozulması ve insanların doğru sözlü olduklarına yönelik inancın azalması ile ortaya çıkmıştır.⁸

Tezkiye alenen ve sırren tezkiye olmak üzere ikiye ayrılır. Alenen tezkiyede davanın tarafları, şahitler ve şahitleri tezkiye eden müzekkiler birlikte hazır bulunurlar.⁹ Aleni tezkiye mahkemede yahut mahkeme dışında da yapılabilir. Mahkeme dışında yapılacak olan aleni tezkiyede davanın tarafları, şahitler ve mahkemenin görevlendirdiği memur aracılığıyla müzekkilerin yanına gidilip müzekkinin beyanları dinlenir, memur da bunu kayda geçer.¹⁰ Sırren tezkiye ise hâkimin kendisinin bizzat veya görevlendireceği memur aracılığıyla şahitlerin durumunu gizli olarak müzekkilere sormasıdır. Sırren tezkiyede hâkim mahkemede şahit olarak dinlenecek kişilerin isimlerini, adreslerini ve çalıştıkları yeri öğrenir. Daha sonra şahitleri komşularına, iş arkadaşlarına ve yakın çevresine sorar. Bu sordurma faaliyetini genellikle bir mektup vasıtasıyla yapar.¹¹ Bu soruşturma neticesinde şahitlerin ifadelerinin hükme esas alınıp alınamayacağına karar verir.

Sırren tezkiyenin ilk ortaya çıkışı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu tür tezkiyeyi ilk olarak dört halife devrinin en meşhur kadılarından Kadı Şureyh uygulamıştır. Rivayete göre Kadı Şureyh şahitlerin güvenilir kimseler olup olmadığını şahitleri tanıyan başka kimselerden gizlice sordurmuştur. Bunun üzerine bazı kimseler Kadı Şureyh'e İslam'da olmayan bir yenilik icat ettiği için eleştiride bulunmuşlardır. Kadı Şureyh ise bu eleştiriye “*İnsanlar İslam'da olmayan şeyler ortaya çıkarınca ben de bunu çıkarmak zorunda kaldım*” diyerek cevap vermiştir.¹²

II. TANZİMAT DÖNEMİNDE TEZKİYE KURUMU

A. Mecelle Dışındaki Kanun ve Fermanlarda Tezkiye

1840 tarihli Ceza Kanunu'nun 3. Maddesinde “.... *şahidler dahi kemâl-i dikkatle tezkiyesi neticesi..*”¹³ denilerek şahitlerin bu madde özelinde adam öldürme davalarında tezkiyelerinin dikkatle yapılması emredilmiştir. 1851 tarihli Ceza Kanunu'nun 2. ve 3. maddesinde de bu hüküm aynen korunmuştur.¹⁴

1855 tarihli Bi'l-Umûm Mehâkim-i Şer'iyye Hakkında Müceddeden Kaleme Alınan Nizâmnamenin 61. maddesine göre şer'iyye mahkemelerinde görülecek davalarda mahkeme dışında tezkiye memurlarınca yapılacak şahitlerin tezkiyesi için 25 kuruştan 150 kuruşa kadar

⁷ SERAHSİ, C.16, No:88; ALİ HAYDAR, C.4, s.3090, 3092; BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970, C.8, s.153; ZUHAYLİ, C.8, s.309.

⁸ MAVSİLİ, C.2, s.229-230; DAMAD, C.4, s.490-491; TEHANEVİ, Zafer Ahmed b. Latîf el-Osman, *İ'laü's Sünen, (Hadislerle Hanefî Fıkhi)*, çev. Macit Bilge, Misvak Neşriyat, İstanbul, 2014, C.16, s.18-19; BAŞOĞLU, s.77.

⁹ DAMAD, C.4, s.491; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.7, s.80; BEHNESİ, Ahmed Fethi, *Nazariyyetü'l-İsbât fi'l-fikhi'l-cinaiyi'l-İslami*, Beyrut, Dârü's-Şurûk, 1983, s.50.

¹⁰ BAYINDIR, s.184; AYDIN, s.180.

¹¹ MAVSİLİ, C.2, s.231; DAMAD, C.4, s.491; FETAVA-YI HİNDİYYE, C.7, s.81,82; YILDIZ, Kemal, *İslam Yargılama Hukukunda Şahitlik*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul, 2005, s.133.

¹² HAMİDULLAH, Muhammed, *İslam Peygamberi*, çev. Mehmet Yazgan, Beyan Yayınları, İstanbul, 2014, No: 1562, s.776; ÖZEN, Şükrü, “Kadı Şureyh”, DİA, C.24, İstanbul, 2001, s.120.

¹³ AKGÜNDÜZ, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2012, C.I, s.605.

¹⁴ AKGÜNDÜZ, C.I, s.614.

tezkiye harcı alınması öngörülmüştür. Diğer maddelerde ise memur görevlendirmeye gerek olmayan durumlarda bu harcın alınmayacağı belirtilmiştir.¹⁵

1866 yılında çıkarılan bir fermanla, gerek gizli ve gerek açık olarak şahitleri tezkiye edenlerin ve babalarının isimleri ile adresleri ve meşgul oldukları işlerin, sicillerde yazılmaya başlanması emredilmiştir.¹⁶

1879 tarihli Usul-ı Muhakemat-ı Cezaiye Kanununda şahitlerin tezkiyesi ile ilgili hüküm bulunmazken¹⁷ aynı tarihli Usul-ı Muhakemat-ı Hukukiye Kanununun 89. Maddesinde: “Şehadetin nisabı ve keyfiyet-i edası ve şurut-u esasıyesi ve davaya muvafakatı ve şahitlerin ihtilaf ve eda-i şehadetten sonra tezkiyeleri veyahut şehadetten nükulları hususları Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin kitab-ı beyyinatına tevfiğ olunur”¹⁸ denilerek şahitlerin tezkiyesi ile ilgili durumlarda Mecelle hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir.

1907 tarihli bir belgeye göre nahiye meclislerinin adli ve sulhi vazifelerini mübeyyin nizamnamenin tezkiye-i şuhud hakkındaki özel faslının 33. maddesinin hükmü mahkemelerin diğer kısımlarında mer’i ve cari olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin ilgili maddesinin mündericatinə muhalif olduğundan gereğinin icrası emredilmiş¹⁹ yani şahitlerin tezkiyesi ile alakalı Mecelle hükümlerine aykırı bir kanunname hükmünün geçerli olmayacağı düzenlenmiştir.

1917 tarihli Usul-ı Muhakeme-i Şer’iyye Kararnamesinde de şahitlerin tezkiyesi ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.²⁰

Tanzimat dönemindeki bu kanunlardan anlaşıldığı üzere şahitlerin tezkiyesi ile ilgili Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye kabul edilinceye kadar klasik dönemden farklı uygulamalar bulunmamaktadır. Bu dönemde sadece 1866 yılındaki fermanla müzekkilerin ve onların babalarının isimlerinin, adresleri ve mesleklerinin sicilde yazılmaya başlanması söz konusudur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin tezkiye ile ilgili hükümleri kabul edildikten sonra ise bu hükümler geçerlidir ve bu hükümleri ilga eden bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır.

B. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Tezkiye

Şahitlerin tezkiyesi Mecelle’nin on beşinci kitabı olan Kitabü’l-Beyyinat ve’t-Tahlif’in altıncı faslı olan Tezkiye-i Şuhud başlığında düzenlenmiştir. Bu fasıl Mecelle’nin 1716-1726. maddeleri arasındadır.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hukuk yargılaması ile ilgili hükümleri kapsadığından bu hüküm de hukuk yargılamalarında söz konusu olmaktadır. Ulema tarafından ittifak olunan görüşe

¹⁵ AKGÜNDÜZ, C.I, s.933.

¹⁶ BOA, A.}MKT.MHM., 365/13, H. 05.06.1283; AKGÜNDÜZ, C.I, s.841.

¹⁷ Kanunun 268. Maddesinde “... Reis şahitlere isim ve şöhet ve sin ve sanatlarını ve daimi veya muvakkat ikametgâhlarını ve ithamnamede beyan olunan cürmün vukuundan evvel müttehemi tanıyıp tanımadıklarını ve mütteheme ve yahut müdde-i şahsiye bir güna karabetleri olup olmadığını ve olduğu takdirde ne derecede bulunduğu ve müttehemin ve yahut müdde-i şahsinin hizmetinde bulunup bulunmadıklarını sual edecek ve badehu şahitler şifahen icra-yı şahadet eyleyeceklerdir.” hükmü bulunmaktadır. GÖKCEN, Ahmet, “1296 (1879) Tarihli Usul-ı Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”, SÜHFD, C:4, Sy:1-2, 1994, s.246-247. Bu hüküm her ne kadar şahitlerin tezkiyesine yakın görünse de tam olarak tezkiyede uygulanacak usule uygun görünmemektedir.

¹⁸ Usul-ı Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Zeyli, Kader Matbaası, Dersaadet, 1329, s.35.

¹⁹ BOA, BEO, 3191/239272, H. 18-10-1325.

²⁰ Bu kararname ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AKMAN, Ahmet, “Usul-ı Muhakeme-i Şer’iyye Kararnamesi ve Tahlihi”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1985.

göre ceza yargılamasındaki had ve kıyas davalarında hâkim şahitleri tezkiye ettirmek zorundadır. Yani bu davalarda şahit olarak dilenecek kişiler hakkında, aleyhinde ifade verdikleri tarafça olumsuz bir görüş bulunsun veya bulunmasın yahut hâkim bu şahitlerin adil olup olmadıklarını kendi şahsi bilgisine dayanarak bilsin bilmesin, şahitlerin ifadelerini hükme esas alabilmek ve bu şahitlerin adil olup olmadıklarını belirlemek için alenen veya sırren tezkiye yapmalıdır.

Maddeleri teke tek ele alacak olursak:

Madde 1716: “Şahidler şehadet ettikde hâkim, meşhudun-aleyhten ne dersin, bunlar şehadetlerinde sadık mıdırlar yoksa değil midirler diye sual eder.”

Şahitler mahkemede ifade verdikten sonra aleyhine ifade verdikleri tarafa hâkim bu ifadelere bir diyeceği olup olmadığını sorar. Eğer bu taraf şahit ifadelerine itiraz etmez ve şahitlerin adil olduklarını, sözüne güvenilir kimseler olduklarını söylerse hâkim bu tarafın aleyhine hüküm verir. Çünkü bu durumda taraf iddiaları kabul etmiş olur ve hüküm de ikrara dayanılarak verilir.²¹ Ancak aleyhinde ifade verilen taraf tanıkların ifadelerine itiraz eder veya şahitlerin adil olmadıklarını iddia ederse şahitler tezkiye edilmeden hüküm verilemez.²²

Madde 1717: “Şahidlerin gerek sırren ve gerek alenen mensub oldukları cânibden yani talebe-i ulûmdan ise sakin oldukları medrese müderrisi ile mu'temed ahalisinden ve askeriyeden ise taburu zabıtân ve katiblerinden ve ketebeden ise kalemi zabıtân ve hulefasından ve tüccardan ise tüccarın mu'teberanından ve esnaftan ise kethüdasıyla lonca ustalarından ve sunuf-ı saireden ise mahalle ve karyelerinin mevsuk ve mü'temen ahalünden tezkiye olunur.”

Bu maddeye göre sırren ve alenen yapılacak tezkiyede şahitler ne iş yapıyorlarsa o iş arkadaşlarından sordurulur. Yani öğrenciler öğretmenlerinden, askerler komutanlarından memurlar amirlerinden, tüccar ve esnaflar kendi odalarındaki meslektaşlarından bunlara mensup olmayanlar ise ikamet ettikleri mahallelerindeki emin ve güvenilir kimselerden sordurulur.²³

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi maddede geçen mu'temed, mevsuk ve mü'temen müzekki olabilmek için birtakım şartlar olduğunu belirtmiştir. Birinci şarta göre müzekki olacak kişi adil, şahitlerin durumlarını bilen, fakir olmayan kişilerden olmalıdır. Fakir olmaması rüşvet alması ihtimalinin önüne geçmek içindir. Bu şartı sağlayan Müslüman müzekkiler gayrimüslim şahitleri tezkiye edebilirler. İkinci şarta göre müzekki ile şahit arasında bilinen düşmanlık varsa bu müzekkinin tezkiyesi kabul edilmez. Üçüncü şarta göre şahitlerden birisi diğerini tezkiye edemez. Yani bir davada dinlenen şahitlerden birinin adil olduğu tezkiye sonucu ortaya çıktıktan sonra adaleti bilinmeyen diğer şahidi adil olan şahit tezkiye edemez. Kendi şahitliğinin boşa gitmemesi için böyle bir işi yapabilmesi ihtimali vardır.²⁴

Tezkiyeyi yapacak olan müzekkiler cinsiyeti konusundaki kurala göre kadın şahitleri kadın müzekkiler tezkiye edebilir; çünkü kadınların hemcinslerinin ahvalini daha iyi bilmeleri

²¹ ALİ HAYDAR, C.4, s.3090-3091; TÜRKZADE, Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi, Kasbar Matbaası, Dersaadet, 1312 s.1080-1081; HACI REŞİT PAŞA, *Ruhu'l-Mecelle*, Dersaadet, 1328, C.8, s.69.

²² ALİ HAYDAR, C.4, s.3092; TÜRKZADE, s.1081. Aleyhine ifade verilen tarafın şahitleri ifade vermeden önce ta'dil etmelerinin bir hükmü yoktur. BİLMEN, C.8, s.153.

²³ TÜRKZADE, s.1082; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.74.

²⁴ ALİ HAYDAR, C.4, s.3094.

normaldir.²⁵ Davanın tarafları belirli bir erkeğin tezkiyesinin yeterli olması konusunda anlaşılırsa, tarafların şahitlerini bu müzekkinin tek başına tezkiye etmesi yeterlidir.²⁶

Madde 1718: “*Sırren tezkiye ıstılah-ı fukahada mesture ta'bir olunur varaka ile icra olunur.*”

Bu maddeye göre sırren tezkiye mesture ismi verilen bir belge ile yapılır. Bu belgeye mesture ismi verilmesi gizli olarak müzekkilere gönderilmesi dolayısıyladır. Hâkim bu belgeye tarafların isimlerini, dava konusunu, şahitlerin isimlerini, varsa lakaplarını, ne işle meşgul olduklarını, eşkâllerini, ikametgâhlarını, baba ve dede isimlerini şahitlerin kimliklerinin başkalarıyla karıştırılmasına imkân vermeyecek şekilde yazar. Bu belgeyi kapalı bir zarfa koyup mühürler ve müzekkilere gönderir.²⁷

Madde 1719: “*Mesturede müzekkiler tarafından şahidler adil ve makbulü'ş-şehade diye yazılmayıp da adil değillerdir, yahut hallerini bilmeyiz veya mechulü'l-ahvaldir yahut Allah bilir gibi sarahaten veyahut delaleten cerhi ifade eder bir söz yazılmış olur veyahut hiçbir şey yazılmaksızın mesture mahtûmen hâkime iade olunur ise hâkim ol şahidlerin şehadetini kabul etmez.*”

Bu maddeye göre sırren tezkiyenin yapılacağı mesturenin gönderildiği tezkiyeyi yapacak olan müzekkiler, bu mestureye şahitler hakkında olumsuz ifadeler yazarlarsa veya şahitlerin durumlarını bilmediklerini belirtirlerse veya hiçbir şey yazmadan mestureyi hâkime geri gönderirlerse hâkim söz konusu şahitlerin şahitliklerini kabul etmez.

Madde 1720: “*Alenen tezkiye bu vechile icra olunur ki, müzekkiler huzur-ı hâkime celb ile müterâfi'ân hâzır oldukları halde şahidler tezkiye olunur.*”

Bu maddeye göre alenen tezkiyede müzekkiler hâkim huzuruna yani mahkemeye gelerek şahitleri tezkiye ederler. Sırren tezkiyedeki gibi mesture gönderilmesi usulü burada yoktur. Sırren tezkiye yapan müzekkilerin daha sonra aynı şahitleri alenen tezkiye etmelerinde bir engel yoktur.²⁸

Madde 1721: “*Sırren tezkiyede bir müzekki kâfi ise de ihtiyata riayeten lâ-ekall iki olmalıdır.*”

Sırren tezkiyede kural olarak bir müzekkinin şahidi tezkiye etmesi yeterlidir; ancak ihtiyaten iki müzekki olmalıdır. Burada Mecelle, bir müzekkinin yeterli olması konusundaki baskın Hanefi görüşünü yinelemekle beraber ihtiyaten iki kişi olmasını hususunu eklemiştir. Sırren tezkiye şehadet sayılmaz. Bu sebeple Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre sırren tezkiyede bir müzekki yeterlidir. Ancak İmam Muhammed'e göre iki müzekki gerekir.²⁹

Tezkiye dini bir iş sayıldığı için müzekkilerde sadece adalet vasfı aranır. Dolayısıyla şahitliği kabul edilmeyen kazif suçundan ceza almış kişi, köle, çocuk ve âmâ dahi müzekki olabilir. Aynı şekilde akrabalık bağı sebebiyle birbirleri lehine şahitlik yapamayacak olanların birbirlerini

²⁵ ALİ HAYDAR, C.4, s.3094.

²⁶ ALİ HAYDAR, C.4, s.3094; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.75.

²⁷ TÜRKZADE, s.1083; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.75.

²⁸ ALİ HAYDAR, C.4, s.3098.

²⁹ ALİ HAYDAR, C.4, s.3099; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.79.

sırren tezkiye etmelerinde bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde sırren tezkiyede “şahitlik ederim” lafzını kullanmak ve mahkeme huzurunda bulunmak şartları da yoktur.³⁰

Madde 1722: “*Tezkiye-i aleniyye şehadet kabilinden olup, şehadetin şurut ve nisabı bunda dahi muteberdir.*”

Aleni tezkiyede ise sırren tezkiyeden farklı olarak şehadet gibi sayılıp şahitlerde aranan şartlar ve yeter sayı bunda da aranacaktır. Buna göre aleni tezkiye yapan müzekki adil, ergin, hür, kazif suçundan ceza almamış olmalıdır. Ancak şehadette aranan “şahitlik ederim” lafzını kullanmak, aleni tezkiyede şart değildir.³¹

Madde 1723: “*Bir hâkimin indinde bir husus zımnında adaleti sabit olan şahidler yine ol hâkimin huzurunda diğer bir hususa şehadet ettiklerinde, eğer arası altı ay geçmemiş ise hâkim tekrar onları tezkiye ile meşgul olmaz.*”

Bu maddede daha önce olumlu olarak tezkiyeleri yapılan ve ifadeleri hükme esas alınan şahitlerin tekrar başka bir davada şahit olarak dinlenebilmeleri, ifadelerinin hükme esas alınabilmesi için tekrar tezkiyeye ihtiyaç duyulmayacağı sürenin altı ay olduğu belirtilmiştir. Yani şahitlerin olumlu olarak yapılan tezkiyelerinin son kullanma tarihi altı aydır. Altı ay sonra şahitlerin tekrar tezkiye edilmeleri gerekir. Bu altı ayın hesabında hicri aylar dikkate alınır.³²

Madde 1724: “*Gerek kable't-tezkiye ve gerek ba'de't-tezkiye meşhudun-aleyh def-i mağrem veya cerr-i meğnem gibi şehadetin kabulüne mani olur bir şey isnad ile şahidlere ta'n eder ise hâkim ondan beyyine taleb eder.*”

Bu maddeye göre tezkiyeden önce veya sonra şahidin aleyhinde ifade verdiği taraf şahit hakkında şahitliğin kabulüne engel olan bir hususun varlığını iddia ederse, hâkim bu engel hakkında aleyhine ifade verilen taraftan delil ister. Delil olmaksızın yapılan bu tür iddialar kabul edilemez. Örneğin şahidin karşı tarafın oğlu olduğunu iddia ederse bu iddiasını ispat etmelidir. Ancak bu konuda bir istisna bulunmaktadır. Aleyhinde ifade verilen taraf, dinlenen şahidin köle olduğunu iddia ederse, lehine ifade verilen taraf veya şahidin kendisi bu şahidin köle olmadığını ispat etmelidir.³³

Madde: 1725: “*Müzekkilerden bazısı şahidleri cerh ve bazısı ta'dil eylese cerh taraflı müreccah olarak hâkim onların şehadetleriyle hükmetmez.*”

Hâkimin şahitleri sordurduğu müzekkilerden bazıları şahidi olumlu olarak tezkiye derken bazısı olumsuz olarak tezkiye ederse, hâkim olumsuz tezkiyeyi esas alarak şahit ifadelerini hükme esas almaz. Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, müzekkilerden ikisi şahidi tadil yani olumlu tezkiye ederken biri cerh yani olumsuz tezkiye ederse olumlu tezkiye sonucuna ulaşılır. Eğer tadil edenlerle cerh edenler aynı sayıda veya cerh edenler çoğunluktaysa cerh esas alınır. Eğer bir müzekki tadil ederken bir müzekki cerh ederse hâkim üçüncü bir müzekkiye sordurup bunun vereceği cevabı esas alarak şahitlerin ifadelerini hükme esas alır veya almaz.³⁴

³⁰ ALİ HAYDAR, C.4, s.3099; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.79-80.

³¹ TÜRKZADE, s.1086.

³² ALİ HAYDAR, C.4, s.3099; TÜRKZADE, s.1087; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.81.

³³ ALİ HAYDAR, C.4, s.3100; TÜRKZADE, s.1087.

³⁴ ALİ HAYDAR, C.4, s.3104; TÜRKZADE, s.1088; HACI REŞİT PAŞA, C.8, s.83.

Madde 1726: “*Muamelatta şahidler ba'de eda'i's-şehadet fevt yahut gaib olsalar hâkim onları tezkiye ederek şehadetleriyle hükmedilebilir.*”

Bu maddeye göre hukuk davalarında ifade veren şahitler, kendileri hakkında tezkiye yaptırılmadan ölürlerse ve gaib olurlarsa hâkim bu şahitleri tezkiye ettirerek bunların verdiği ifadeyi hükme esas alabilir. Ceza davalarında ise şahitlerin hüküm verilinceye kadar duruşmalarda bulunmaları ve ifadelerinde sabit olmaları gerekir.³⁵ Çünkü tanığın ifadesinden dönmesi her zaman mümkündür. Ayrıca bazı davalarda örneğin zina davasında şahit infazı başlatmakla yükümlü tutulmaktadır. Diğer bazı ceza davalarında da hükmün infazı boyunca infazı izlemeleri gerekmektedir. Ceza davaları sonucunda telafisi imkânsız zararların ortaya çıkması daha yüksek ihtimalde olduğu için bu esas getirilmiştir.

C. Şahitlerin Tezkiyesine Getirilen Eleştiriler

Ceride-i Adliye'nin birinci döneminin 1917 tarihli 154-155. sayısının 396 ila 402. sayfalarında yayınlanan “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”³⁶ başlıklı ve yazarı bilinmeyen makalede verilen bilgiler şu şekildedir: Makalede tezkiye kurumunun Mecelle'de düzenlenen hükümlerinden bahsedilmiştir. Bununla beraber tezkiyeyi amacına uygun şekilde adil ve doğru bir şekilde yapacak müzekkilerin bulunmasının zor olduğundan bahsedilmiştir.³⁷ Mecelle'de müzekkilerin şahitlerce bilinmemesi gerektiği kuralının benimsendiği ancak Mecelle'nin müzekkilerin kimler arasından seçileceğini saymakla sırren tezkiyenin yapılmasının amacını ve esasını ihlal ettiği belirtilmiştir.³⁸ Sırren tezkiye sonucunun yazıldığı mestureyi lehine tanıklık yapan kişinin müzekkilere verdiği bile rastlanmaktadır. Bu sebeple sırren tezkiyenin yapılma usulü fayda sağlamaktan ziyade yalan ve hileye başvuracak kişilerin elinde bir alet halini almıştır.³⁹ Sırren tezkiyenin aleni tezkiye ile kuvvetlendirilmesi de gereksiz ve külfete yol açan bir yoldur; çünkü aleni tezkiye şahitlerin kimlik bilgilerinde bir karışıklık meydana gelmemesi için öngörülmüştür.⁴⁰ Şahitlerin kimlik bilgilerinin ise şahitlik yapılmadan önce belirlenmesi gerekir. Şahitlerin adaletlerinin tespitinden ziyade tarafların kötü emellerine alet olan sırren ve alenen tezkiye usulü yerine daha basit ve faydalı bir usulün getirilmesi gerekir.⁴¹ Bu konuda yapılması gerekenler şunlardır:

- 1- Şahitlere taraflardan bir itiraz olmazsa Ebu Hanife'nin içtihadı gibi tezkiye yapılmasına gerek yoktur.
- 2- Şahitlere taraflardan bir itiraz gelirse tarafların ortak olarak belirledikleri bir müzekki şahitleri tezkiye etmelidir.
- 3- Taraflar ortak olarak bir müzekki tayin edemezlerse şahitlerin durumuna bakacak olan hâkim, tezkiyeye ihtiyaç olup olmadığına karar vermelidir.

³⁵ ALİ HAYDAR, C.4, s.3104.

³⁶ Makalenin tam künyesi: “Tezkiye-i şuhud mesailine dair”, Anonim, *Ceride-i Adliye*, Sene: 7, Sy: 154-155, 1332, s.396-402.

³⁷ “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.397-398.

³⁸ “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.399.

³⁹ “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.400.

⁴⁰ “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.400-401.

⁴¹ “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.401.

- 4- Hâkim bu karar sonucunda tezkiyeye gerek olduğuna karar verirse belirli kişilerle bağlı olmayıp güvendikleri kişileri müzekki olarak belirlemelidir.
- 5- Gerek tarafların ortaklaşa belirledikleri gerekse hâkimin atadığı müzekkilerin yaptıkları tezkiye kesin olup buna itiraz veya ikinci bir tezkiye yapılmamalıdır.
- 6- Hâkimlere verilecek takdir hakkının neticesinde şahitlerin dinlenmesi usulü konusunda kendisine bir yetki verilmelidir.
- 7- Şahitlerin tezkiyesine ne suretle olursa olsun lüzum görüldüğü takdirde alenen ve sırren tezkiye gibi bir usule gerek olmayıp duruma göre mahkeme huzurunda sözlü veya yazılı şekilde tezkiyeden birisi uygulanmalıdır.
- 8- Tezkiyeyi yapacak müzekkilerde şahitlerde aranan şartlar veya yeter sayı aranmamalıdır.
- 9- Şahidin kimlik bilgisini şüpheye yol açmayacak şekilde belirlemek hâkimin görevi olduğu için düşük bir ihtimalle ortaya çıkabilecek şahidin kimliğinde şüpheye düşülmesi halinde şahidin müzekki ile görüştürülerek tezkiye yapılmasına gerek duyulmamalıdır.
- 10- Her şahsın üslubu farklı olduğu için müzekkilerin mestureye verecekleri cevaplarda “adildir” “makbulü’ş-şehade” gibi ifadelerin aranılması yoluna gerek duyulmadan “iyi adamdır” “doğru adamdır” “şehadeti kabul edilebilir” gibi amacı ifade edecek her ifade kabul edilmelidir.⁴²

Bu maddelerle hukuk yargılamasının kolaylıkla yapılması sağlanacak, dava ile alakası olmayan bir üçüncü kişi olan müzekkinin taraflar vasıtasıyla hükme müdahale edebilmesi önleneyecek, şahitlerin adaletlerinin tespiti hâkimin takdirine bırakılacaktır.⁴³

Ceride-i Adliye'nin ikinci döneminin 1922 tarihli ikinci sayısının 77 ila 79. sayfalarında bulunan “Tezkiye-i Şuhud” başlıklı Ankara kadısı İsmail Hakkı tarafından yazılan ikinci makalede⁴⁴ ise tezkiye kurumunun tarihçesi üzerinde çokça durulmuştur. İslam hukukunun kaynaklarında tezkiye kurumu hakkında bilgiler verilmiştir. İmam-ı Azam ile İmameyn arasındaki görüş ayrılığından bahsedilmekle beraber Şeyhülislam İbn Kemal gibi bazı âlimlerin sadece sırren tezkiyeyi yeterli bulduğu, bazı âlimlerin ise sadece alenen tezkiyeyi yeterli bulduğundan bahsedilmiştir.⁴⁵ Makalede verilen diğer bilgiler şunlardır: Zamanımızda bir yöredeki zengin kişilerden olan şahidi maaşla çalışan imam ve muhtarın tezkiye etmesi çok abestir. Öyle ki zamanımızda imamlar kendi bölgelerinde kendilerinden sorulan bir şahidi olumsuz olarak tezkiye edecek durumda değillerdir. Veleve ki olumsuz tezkiye yapacak olurlarsa hemen imamlık görevinden ve o yöreden kovulurlar.⁴⁶ Kendi yanında çalışan bir memuru tezkiye edecek amirin yanında çalışan memuru olumsuz olarak tezkiye etmesi ise nezakete yakışmayan bir davranış olarak kabul edilmektedir. Bu örneklerden hareketle günümüzde tezkiyenin icrası bir gösteri

⁴² “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.401-402.

⁴³ “Tezkiye-i Şuhud Mesailine Dair”, s.402.

⁴⁴ Makalenin tam künyesi: İSMAİL HAKKI, “Tezkiye-i şuhud”, Ceride-i Adliye, Sene:1, Sy:2, 1338, s.77-79.

⁴⁵ İSMAİL HAKKI, s.77.

⁴⁶ İSMAİL HAKKI, s.78. Mithat Cemal Kuntay'ın Üç İstanbul romanında da o tarihlerdeki tezkiye usulü şu şekilde açıklanmıştır: “..Adnan büsbütün şaşıyordu: Tezkiye ne kadar ucuzdu. Çilli Mahmut'un namuslu olması için imama yedi lira göndermişti. Rıdvan'ın namusu üç buçuk liraydı. Hafız İsmail iki liraya namusluydu.... Dün şahit Rıdvan'la İsmail'in ve Mahmut'un tezkiye zarfları açılınca üç maskaranın namuslu olduğuna mahkeme ittifakla karar vermişti.” KUNTAY, Mithat Cemal, Üç İstanbul, 14.Baskı, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2012, s.641,642.

halindedir.⁴⁷ Aleni tezkiye usulünde ise davanın taraflarından biri, şahitlerini mahkemeye ifade vermeye götürürken yanında iki başka kimseyi de götürür. Hâkim de bu kimselere şahitlerin adil olup olmadıklarını sorar. Oysa o taraf müzekki olarak götürdüğü kimselere şahitlerin adil olduklarını söylemeleri için daha önceden tembihte bulunmuştur. Yargılamalar üzerinde bir çalışma yapılırsa aleni tezkiye usulünde şahitleri olumsuz olarak tezkiye eden müzekkilere rastlanmadığı görülecektir.⁴⁸ Ceza yargılamasında âlimlerin ittifaken zorunlu olduğunu düşündüğü tezkiyenin, ceza mevzuatında bulunmaması ve dolayısıyla terkinin herhangi bir zarara sebep olmadığı düşünüldüğünde hukuk yargılamasında merasim halini almasından mütevellî hâlihazırdaki şekliyle uygulanması hâkimleri ve hukukçuları üzmettedir. Dolayısıyla tezkiye usulünün zamanımızda bir faydası görülemediğinden yargılama usulünden kaldırılması ve yerine İslam'ın ilk dönemlerindeki gibi adaleti tesis eden ve halkın yararına olan basit usuller getirilmesi gerekir.⁴⁹

SONUÇ

Tanzimat dönemindeki kanunlarda tezkiye ile ilgili hükümler bütün olarak sadece Mecelle'de bulunmaktadır. Mecelle, Hanefî görüşü esas alınarak yazıldığı için Mecelle'nin "Tezkiye-i Şuhud" isimli on beşinci kitabının birinci babının altıncı faslında klasik devirdeki tezkiye ile ilgili esaslardan farklı hükümler bulunmamaktadır. Dolayısıyla tezkiye yüzyıllardan beri uygulanagelen esas ve kaideler çerçevesinde Tanzimat döneminde de uygulanmıştır. İşte bu hususta Osmanlı'nın son dönemi olan 1917 ve 1922 yıllarında Ceride-i Adliye'de yayınlanan iki makalede tezkiye usulünden eskisi gibi alınan verimin alınmadığı, usulleri eskidiği anlatılmıştır. Bu makale yazarlarının görüşlerine göre tezkiye kurumunda yapılacak olan değişiklikler ile bu kurumun daha faydalı, daha işlevsel hale geleceği öngörülmüştür.

Günümüz hukukunda ise uygulaması bulunmayan tezkiye usulü, şahitlere güvenin olmaması ve şahitlik delilinden alınması gereken faydanın tam olarak alınmaması sebebiyle pozitif hukukumuzda uyarlanabilir. Bu sayede herkesin şahit olarak dinlenmesinin önüne geçilerek sadece adil ve sözüne güvenilir kimselerin şahitlik yapması sağlanacak, yalancı şahitliğin ve yalan beyan ile haksız hükmün ortaya çıkmasının engellenmesi sağlanabilir. Bu açıdan hukukumuzda yalancı tanıklık suçundan ceza almış ve cezası infaz edilmiş kimselerin bile şahitlik yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Belirli bazı suçlardan örneğin rüşvet, irtikâp, dolandırıcılık, yalancı tanıklık gibi suçlardan suçlu bulunup hükmü kesinleşmiş kişilerin şahitliklerinin hiç değilse belirli bir süre kabul edilmemesi bu açıdan yargıya ve şahitlere güvenin sağlanması açısından pozitif etkiye sebep olabilir düşüncesindeyim.

⁴⁷ İSMAİL HAKKI, s.78.

⁴⁸ İSMAİL HAKKI, s. 78.

⁴⁹ İSMAİL HAKKI, s.79.

KAYNAKÇA

- “Tezkiye-i şuhud mesailine dair”, Anonim, *Ceride-i Adliye*, Sene: 7, Sy: 154-155, 1332, s.396-402.
- Akgündüz, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları*, İstanbul, 2012.
- Akman, Ahmet, “Usul-ı Muhakeme-i Şer’iyye Kararnamesi ve Tahlili”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1985.
- Ali Haydar, Hocaeminefendizade, *Dürrü’l Hukkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, çev. Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, DİB Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2017.
- Aslan, Nasi, *İslam Yargılama Hukukunda “Şuhudü’l-Hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999.
- Aydın, Melikşah, *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Başbakanlık Osmanlı Arşivi, Sadâret Mektubî Kalemi Mühimme Kalemi (Odası) Belgeleri (A.MKT.MHM), 365/13, H. 05.06.1283.
- Başbakanlık Osmanlı Arşivi, Babıali Evrak Odası Evrakı (BEO), 3191/239272, H-18-10-1325.
- Başoğlu, Tuncay, “Tezkiye”, DİA, C.41, İstanbul, 2012.
- Bayındır, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması*, İslâmi İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986.
- Behnesi, Ahmed Fethi, *Nazariyyetü’l-İsbât fi’l-fıkhi’l-cinaiyyi’l-İslami*, Beyrut, Dârü’ş-Şurûk, 1983.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970.
- Damad Tercümesi, *Mecme’ul Enhur*, çev. Mehmet Çelik, Yasin Yayınları, İstanbul, 2011.
- Doğan, Hasan, “İslam Muhakeme Hukukunda Ta’dil ve Tezkiye”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sy.29, 2017, s.9-20.
- Fetava-Yı Hindiyeye, *Fetava-yı Alemgiriyye*, çev. Mustafa Efe, Huzur Yayınları, İstanbul, 2004.
- Gökçen, Ahmet, “1296 (1879) Tarihli Usul-ı Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, Sy:1-2, 1994, s.203-288.
- Hacı Reşit Paşa, *Ruhu’l-Mecelle*, Dersaadet, 1328.
- Hamidullah, Muhammed, *İslam Peygamberi*, çev. Mehmet Yazgan, Beyan Yay. İstanbul, 2014.
- Hariri, İbrahim Muhammed, *el-Kavaidu ve’d Davabitü’l Fıkhiyyeti li-Nizami’l Kaza fi’l İslam*, Umman, 1999.
- İsmail Hakkı, “Tezkiye-i şuhud”, *Ceride-i Adliye*, Sene:1, Sy:2, 1338, s.77-79.
- Kelkit, Ömer Arif, “Kur’an’da Tezkiye” Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 1999.
- Kuntay, Mithat Cemal, *Üç İstanbul*, 14.Baskı, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2012.
- Mavsili, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyar li- Ta’lîl’l Muhtar*, çev. Mehmet Keskin, Hikmet Neşriyat, İstanbul, 2013.
- Messick, Brinkley, “Evidence: From Memory to Archive”, *Islamic Law and Society*, Vol. 9, No. 2, Evidence in Islamic Law (2002), s.231-270.
- Özen, Şükrü, “Kadı Şureyh”, DİA, C.24, İstanbul, 2001.

Serahsi, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, *Mebcut*, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008.

Tehanevi, Zafer Ahmed b. Latîf el-Osman, *İ'laü's Sünen*, (*Hadislerle Hanefî Fıkhı*), çev. Macit Bilge, Misvak Neşriyat, İstanbul, 2014.

Türközâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, Kasbar Matbaası, Dersaadet, 1312.

Usul-ı Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Zeyli, Kader Matbaası, Dersaadet, 1329.

Yıldız, Kemal, *İslam Yargılama Hukukunda Şahitlik*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul, 2005.

Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, ilmi müşavir Mehmet Emin Saraç, çev. Heyet, Risale Yayınları, İstanbul, 1994.

Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi Müderrisi Mehmed Nesîb Bey'in "Mecelle'nin Islahına Doğru" Makalesinin Hukukî Açıdan Değerlendirmesi*

İsmail BİLGİLİ 

Doç. Dr., NEÜ, AK İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, bilgiliismail@hotmail.com, (Sorumlu Yazar /
Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
Makale Geçmişi Geliş: 04.05.2021 Kabul: 21.06.2021 Yayın: 23.06.2021	<p>Osmanlı dönemi hukukçularından Zeynelabidin zâde Ebu'l-Fazl Seyyid Mehmed Nesîb Bey Suriye/Humus'ta doğup İstanbul'da vefat etmiştir. Osmanlı Devleti mahkemelerinde hakimlik, Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesinde müderrislik ve Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye'de üyelik gibi pek çok vazifede bulunmuş, hukuk alanında Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil, Daman-ı Menfa'at Meselesinde Hanefiyye ile Şafi'yyenin Münazara-i İçtihadîyesi ve Müçtehidîn-i Hanefiyeden Kemal İbn-i Hümâm'ın Galebe-i Gasıbdâ Menafî'in Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti İle İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavîl gibi kitap ve makaleler yazmıştır. Mehmed Nesîb Bey'in Mecelle'nin Islahına Doğru makalesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 1. Sene Rumi Eylül 1332, Hicri Zilka'de 1334, Miladi Eylül 1916 Salı günü tarihli Hukuk-i Medeniye Tedkikatı bölümü altında yayımlanmıştır. Makalede, Mecelle'de ele alınan muamelat konularının kısmen tahlili yapılmakta, örfün muamelat hükümlerine tesiri üzerinde durulmaktadır. Makale, şartlı satım akdi konusunda ayrıntıya gidilmekte kısmen de faiz meselesi hakkında İslam hukukçularının neden farklı kanaatlere sahip olduklarına yer verilmektedir. Makale, Mecelle'ye olan ihtiyacı ortaya koymakla beraber, hukukçuların Mecelle üzerinde ıslah ve olgunlaştırma çalışmalarında bulunması gereğine de işaret etmektedir. Makale, her ne kadar Mecelle'nin daha fonksiyonel bir yapıya sahip olması amacıyla kaleme alındığı izlenimini vermekte ise de aslında İslam hukukunda ca'li şartlar olarak da bilinen satım akdinde ileri sürülen ilave şart veya şartların geçerli olup olmaması üzerine odaklanmaktadır. Makalede Mehmed Nesîb Bey'in hayatı ve eserlerine yer verildikten sonra Mecelle'nin yapısına ve ıslahına yönelik çalışmalara değinilerek makalede ele alınan konular hukuki açıdan tahlil edilecektir.</p>
Anahtar Kelimeler: Mecelle, Mehmed Nesîb, İslam Hukuku, Fıkh, Borçlar Hukuku	

Legal Evaluation of The Article "Towards The Reclamation Of Mecelle" by Mehmed Nesîb Bey, Professor Of The Faculty Of Law Of Daru'l-Funun

Article Info	Abstract
Article History Received: 04.05.2021 Accepted: 21.06.2021 Published: 23.06.2021	<p>Zeynelabidin zâde Abu'l-Fazl Sayyid Mehmed Nesîb Bey, one of the jurists of the Ottoman period, was born in Homs and died in Istanbul. He served many duties such as judge in the courts of the Ottoman Empire, as professor (muderris) in the Faculty of Law of Daru'l-Funun and membership in Daru'l-Hikmeti'l-İslâmiye, and in the field of law, he wrote articles such as "the basis of Fıkh hanafi and the Mesail of Muqfah and the Muqtahid Hanafi Kemal Ibn Humam's Galebe-i Gasıbdâ Menafî's Ale'l-ıtlak Mazmuniye "in the matter of Daman-ı Menfaat (Transactions) and the need for ifta". Mehmed Nesîb Bey's article "towards the reclamation of Mecelle" was published during 1st year of Mecelle dated on September 1332 Rumi, Zilkaide 1334 Hijri, on Tuesday, September 1916 Miladi (Gregorian Calender) under the section of law Medeniye Tedkikat. The article was written while Mecelle was still in force in the Ottoman Empire. In the article, the transactions issues discussed in Mecelle are partially analyzed, the effect of the customary transactions provisions is emphasized, especially the issues about why Islamic jurists have different opinions about the sale contracts and interest issues are explained together with their evidence. Although the article reveals the need for Mecelle, it also points out the need for lawyers to work on reclamation and maturation on Mecelle. In fact, the article seems to contribute to Mecelle having a more functional structure. The statement will focus on Mehmed Nesîb Bey's explanations for the rehabilitation of Mecelle and their legal value; their contribution to Mecelle will be tried to identified.</p>
Keywords: Mecelle, Mehmed Nesîb, Islamic Law, Fıqh, Law Of Obligations.	

Atıf/Citation: Bilgili, İ. (2021). Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi Müderrisi Mehmed Nesîb Bey'in "Mecelle'nin Islahına Doğru" Makalesinin Hukukî Açıdan Değerlendirmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 218-242.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

GİRİŞ: Seyyid Mehmed Nesib Bey'in Hayatı ve Eserleri

Osmanlı dönemi hukukçularından Mehmed Nesib Bey, Hz. Peygamber'in (s.a.s) soyundan gelen seyitlerdendir. 1289/1873 yılında Suriye'nin Humus kentinde doğdu. Babası Mehmed Said Efendi (ö. 1916), dedesi de Rifaî tarikatından ve Humus Pazarbaşı medresesi müderrislerinden Aslan Efendi'dir. Dedesi Hz. Peygamber'in (s.a.s) torunlarından Ebu'l-Hasen Ali bin Hüseyin bin Ali bin Ebi Talib (ö. 94/712)'in otuz sekizinci batın evladıdır. Amcası, Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nda Nisan-Ağustos 1912 döneminde İttihat ve Terakki Partisinden Hama milletvekilliği yapan Seyyid Haşim Edip Bey'dir (ö. 1912).¹

Nesib Bey, rüştiye/orta okulu Humus'ta tamamladıktan sonra İstanbul'da özel muallimlerden Sarf, Nahiv, Me'ânî, Hadis, Fıkıh, Mantık dersleri aldı. Bir müddet Dârü't-Ta'lîm'e devam etti. Evkâf-ı Hümâyün Meclisi idaresi reisi Atıf Bey'den (ö. 1898) de ilim tahsil etti. Ayrıca İstanbul'da 1880 yılında Adliye Nezaretine bağlı olarak açılan Mekteb-i Hukuk-i Şahâne/Hukuk Fakültesi'nden de mezun oldu.²

Nesib Bey 1891 yılında, Dersadet Bidayet Mahkemesi kaleminde göreve başladı. 1895'te bu mahkemenin ikinci dairesinde Zabıt Kâtipliğine atandı. Haziran 1900 yılında Çanakkale Bidayet Mahkemesi Müdde-i Umumi muavini olarak tayin edildi. 1903 yılında da Çatalca Bidayet Mahkemesine ceza reisliğine atandı. Nisan 1905'te Dersadet Bidayet Mahkemesi Müdde-i Umumi muavini, Mart 1907'de aynı mahkemenin aza mülazimliğine tayin edildi. 1910'da İstinaf Mahkemesi aza mülazimliğine, Ağustos 1911'de Dersadet İkinci Ticaret Mahkemesi azalığına atanan Nesib Bey, 1914'te de Bidayet Mahkemesi azası oldu.³

Hukukçu kimliği yanı sıra müderrisliği ile de bilinen Nesib Bey, Beyazıt Dersi'âmı, Medâris-i Aliye Usûl-i Fıkıh müderrisliği, Dârü'l-Fünûn Hukuk Medresesi Medeni Hukuk Müderrisliği, Süleymaniye Medresesi Usûl-i Fıkıh müderrisliği görevinde bulundu. 1918 yılında da Dârü'l-Fünûn Fıkıh Usûlü Müderrisliğine tayin oldu. 3 Kanun-ı Evvel 1335/1919 tarihinde Medrese-i Süleymaniye Müderrisi iken Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye üyeliğine atandı. 31 Teşrin-i Sâni 1338/ 21 Ekim 1922 tarihinde Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye azalığından ayrıldı.⁴ 1924 yılında medreselerin kapatılmasıyla görevi sona eren Nesib Bey, geçirdiği rahatsızlık neticesinde 1 Kanunisani 1341 / 1 Ocak 1925 Cuma günü akşamı İstanbul'da vefat etti, Beylerbeyi İstavroz Bedevî Tekkesi türbesinde babası Seyyid Mehmed Saîd Efendi'nin yanına defnedildi.⁵

Nesib Bey'in risale ebatında bir kitabı ve farklı dergilerde yayınlanan birçok makalesi vardır. Kitabı, *Fıkıh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Mûte'allik Mesâil* adını taşımaktadır. Nesib Bey kitabını Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye üyesi iken yazdı. Kitap, Hanefî mezhebinin temel esasları ile muamelattan deyn/borç ile ilgili konuları kapsamaktadır. Kitap, biri usûl, diğeri de fûru olan iki kısımdır. Kitabın usul ilmiyle ilgili ilk bölümü hakkında hazırlanan makale, "Seyyid

¹ Osmanlı Arşivi, ŞD.Saîd, 25-4-3; DH.SAİDd. 0050; Albayrak, Sadık. *Son Devir Osmanlı Uleması (İlmiye Ricâlinin Terâcim-i Ahvali)*, I-V, İstanbul, 1981, C.IV, s.5.

² Osmanlı Arşivi, ŞD.Saîd, 25-4-3; DH.SAİDd. 0050; Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C.IV, s.15.

³ Osmanlı Arşivi, ŞD.Saîd, 25-4-3; DH.SAİDd. 0050; Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C.IV, s.16.

⁴ Albayrak, Sadık. "Dârü'l-Hikmeti'l-İslamiyye", *DİA*, C.VIII, s. 506-507; Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C.IV, s.16.

⁵ Baş, Derya. *Şeyh Ahmed el-Bedevî, Tarikatı ve İstanbul'da Bedevilik*, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 408. Nesib Efendi'nin 4 Mart 1930 tarihinde İstanbul'da vefat ettiği de kayıtlarda mevcuttur. Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C. IV, s. 16.

Mehmed Nesib'in Hanefi Mezhebi Müdafaası" başlığı altında yayımlandı.⁶ Makalede ayrıntılı bilgi bulunmakla birlikte kitabın içeriği hakkında kısaca şu bilgilerin sunulması yararlı olacaktır. Zira bu kitabın yazılışı ile makaleye esas aldığımız yazısında hedef ve muhteva birliği bulunmaktadır.

Hanefi mezhebinin reyî çok kullanması, kıyas ve özellikle de istihsana yer vermesi ileri sürülerek mezhebe yöneltilen eleştirilere Nesib Bey, bu kitabıyla cevap verir ve bir anlamda Hanefi mezhebinin müdafaasını yapar. Nesip Bey bu eserini *Mecelle*'ye karşı yöneltilen birtakım eleştirileri bertaraf etmek amacıyla hazırladığını şu ifadeleriyle belirtir.

*"Son günlerde medeni kanunumuz olan Mecelle'nin ta'dili yani düzenlenmesi sebebiyle gerek Mecelle ve gerekse Mecelle'nin kaynağı Hanefi fihki hakkında bazı gazetelerde çeşitli açıklamalar yayımlanmıştı. Yapılan yayımlar dikkat çekici ve izahı gerekli görüldüğünden bu açıklamada söz konusu olan noktalar hakkında gereken izahların yazılmasına girişildi."*⁷

Nesib Bey'in kitabında dile getirdiği bu eleştirilerden biri, dönemin Vakit gazetesinin Ekim 1920 yılında yayımlanan 1018 ve 1020 nolu sayılarında yer alır. "*Kânûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?*" başlığı ile yayımlanan bu yazılarda *Mecelle* ile Avrupa kanunları arasında fark olmadığı iddiası ortaya atılır. Nesib Bey de bu iddiaları cevaplarırken Avrupa kanunları ile gerek *Mecelle* ve gerekse *Mecelle*'nin kaynağı olan Hanefi fihki arasında esasta iki açıdan fark olduğuna dikkat çeker.⁸

Hanefi fihkinin gerek diğer fikh mezheplerinden gerekse Avrupa medeni kanunlarından ayrıldığı ilk önemli esasın adalet, hakkaniyet, kamu yararından (maslahât-ı âmme) ziyade, Hanefi fihkinde mantiki kıyâsın kullanılması olduğunu belirtir. Hanefi fihkinde kullanılan mantiki kıyâsın, yerinde bir uygulama olduğunu da borcun ödenmesi meselesiyle şöyle açıklar.

*"Mantiki kıyâsa göre borç, alacaklının mülküne intikal ettirilmelidir. Çünkü borçlu, borcunu alacaklıdan başkasının mülküne intikal ettirmekle borçtan kurtulmuş olmaz. Hâlbuki borcun alacaklı dışında bir başkasının mülkiyetine intikali ile kamu yararını esas aldığımızda borcun ifasını geçerli görmek gerekirdi."*⁹

Nesib Bey eserinde Hanefi mezhebinde kıyâsa uygun olsa da kamu yararına aykırı görülen bazı mantiki neticelerin terk edilerek istihsan metoduyla daha elverişli hükümlerin elde edildiğine vurgu yapar ve bu tür hüküm elde etme metodunun Avrupa medeni kanunları hükümlerinin elde edilmesinde yer almadığını ifade eder. Nesib Bey kitabını neşrettiği 1921 yıllarında, *Mecelle*'nin tadili adıyla devam etmesi gereken düzenlemeler hakkında şu tespitte bulunur.

"Çalışmaların Mecelle'nin tadiline yönelik olması gerekirken eleştirel anlamda yapılan açıklamalarda Mecelle bırakılmakta, Mecelle'nin kaynağı olan Hanefi mezhebi ve mezhebin esasları hedef alınmaktadır. Bu sebeple Mecelle'de yer almayan bazı kaide ve konular ile özellikle

⁶ Bilgili, İsmail. "Seyyid Mehmed Nesib'in Hanefi Mezhebi Müdafaası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, C.XXVI, Konya, 2015, s. 483-522.

⁷ Seyyid Mehmed Nesib Efendi. *Fikh-ı Hanefi'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil*, Şehzâdebaşı Evkâf Matba'ası, İstanbul, 1337/1339, s. 2.

⁸ Yusuf Ziya Bey. "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 9 Teşrin-i Evvel 1336, S. 1018, s. 2; "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 11 Teşrin-i Evvel 1336, S. 1020, s. 2.

⁹ Nesib, *Fikh-ı Hanefi'nin Esasâtı*, s. 3.

de kıyâs ve istihsan aleyhine gündem oluşturulmaya çalışılmaktadır. Hâlbuki yapılması gereken şeyin Mecelle'nin tadiline, ilk önce yürürlükteki medeni / borçlar kanununun dayandığı esasların tespit edilmesiyle başlanması, sonra da bunların yerine başka esasların konulmasının gerekip gerekmediğinin kararlaştırılması olmalıydı.”¹⁰

Nesib Bey kitabını, “İslam mezhepleri içerisinde ilk önce oluşan ve daha geniş kapsamlı olan Hanefî mezhebinin mantıklı kıyâsa verdiği önemin bilinmesi, bilenlerin de bunu insanlara açıklaması gerektiğine” katkı sağlamak amacıyla da yazdığını ifade eder.

Nesib Bey'nin bu eseri ile makaleye konu edindiğimiz “Mecelle'nin Islahına Doğru” yazısı arasında hem Mecelle'nin tadiline hem de Hanefî fihhının ortaya koyduğu ilkelerin hukukiliğine yer vermesi bakımından esasta bir yakınlık vardır.

Nesib Bey'in Osmanlı Devleti'nde Bâb-ı Meşîhât tarafından 1914-1922 yılları arasında İstanbul'da yayımlanan Ceride-i İlmiye Dergisi'nin son sayılarında dini meselelere dair sorulara verdiği cevaplar yanı sıra,¹¹ Ceride-i İlmiyye, Beyânu'l-Hak, Dârü'l-Fünûn Hukuk Fakültesi, Sırat-ı Müstakim (Sebilü'r-Reşâd), Ceride-i Adliye dergilerinde yayımlanan yirmi kadar makalesi de bulunmaktadır. Çoğu Ceride-i İlmiyye dergisinde yayımlanan ve bazıları seri yazı mahiyetinde olan makalelerinden tespit edebildiklerimiz şunlardır.

1. “Dindar ile Dinsizin Cem'iyet-i Beşeriyedeki Mevkîleri”¹²,
2. “Din-i İslam'da Milâd-ı İsa Aleyhisselat-u Vesselam Meselesi”¹³,
3. “Envâr-ı Şeri'ât”¹⁴,
4. “Hikmet-i Edyân”¹⁵,
5. “İctima'i Hayatımızda Cunûn Mevzulu Konferansa Mukabil”¹⁶,
6. “Keşfü'l-Hicâb”¹⁷,
7. “Meâli-yi İslamiye'den Bir Numûne ve İskolastika Mahiyeti”¹⁸,
8. “Sıyâm-ı Şehr-i Ramazân”¹⁹,
9. “Tasavvuf Tarihine Tenvîr P”²⁰,
10. “(Medeniyet, Müesses-i Medeniyet Olan İslamiyet, Ulum-ı İslamiyye) Ulema, Meslek-i İlmi”²¹,

¹⁰ Nesib, *Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı*, s. 3.

¹¹ Yazıcı, Nesimi. “Ceride-i İlmiyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.VII, İstanbul, 1993, s. 407-408.

¹² *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Cemaziyelahir 1339, C. VI, S. 66, s. 2107-2110.

¹³ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Muharrem-Sefer 1341, C. VII, S. 78-79, s. 2579-2581.

¹⁴ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Sefer 1340, C. VII, S. 69, s. 2214-2222.

¹⁵ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Receb 1337, C. IV, S. 45, s. 1348-1368.

¹⁶ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Rebiülahir 1340, C. VII, S. 71, s. 2275-2295.

¹⁷ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Muharremü'l-Haram 1338, C. V, S. 49, s. 1538-1561.

¹⁸ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, 15 Cemaziyevvel 1338, C. V, S. 53, s. 1681-1689.

¹⁹ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Ramazan 1337, C. IV, S. 46, s. 1388-1407.

²⁰ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Cemaziyelahir 1339, C. VI, S. 66, s. 2118-2124.

²¹ *Beyânu'l-Hak*, İstanbul 8 Kânûn-ı Evvel 1324, C. I, S. 12, s. 257-259.

11. "İ'câz-ı Kur'ân"²²,

12. "Mecellenin Islahına Doğru"²³,

13. "Daman-ı Menfa'at Meselesinde Hanefiyye ile Şafi'yye'nin Münâzara-i İçtihadîyesi ve Müçtehidîn-i Hanefiye'den Kemâl İbn-i Hümâm'ın Galebe-i Gasıbdâ Menafi'in Ale'l-İtlak Mazmûniyeti İle İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli"²⁴.

I. Mecelle ve Ta'dil Çalışmaları

Nesib Bey'in makalesinin değerlendirmesine geçmeden makalenin yazılma sebebi olan *Mecelle* ve ta'dili hakkında yapılan çalışmalara kısaca değinelim. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat döneminden itibaren görülen ihtiyaca binaen kanunlaştırma sahasında esaslı çalışmalar yapılır. Bu çalışmaların başında borçlar hukuku ve kısmen de eşya ve şahıs hukuku hükümlerini düzenleyen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* gelir. Batı'dan Fransız medeni kanununun alınmasındansa İslam hukukuna dayalı milli bir kanunun hazırlanması düşüncesiyle Divân-ı Ahkâm-ı Adliye²⁵ nâzırı Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığında oluşturulan *Mecelle* Cemiyeti tarafından 1868-1876 yılları arasında hazırlanan *Mecelle*, İslam hukukunu özellikle de Hanefi fikhını esas alır. 1851 maddeden oluşan ve meselecî/ kazuistik metoda göre hazırlanan *Mecelle*, kanunlaştırma alanında diğer İslam ülkelerine de öncü ve örnek olur. İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu tercüme edilerek 4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe girmesiyle ilga edilen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, müslümanların yaşadığı farklı ülkelerde 1977 yılına kadar uygulanır.²⁶

Mecelle'de görülen eksiklerin giderilmesi, günün ihtiyaçlarına cevap verecek hale getirilmesi düşüncesiyle özellikle 1916 yılından itibaren ciddi girişimlerde bulunulur. *Mecelle*'nin tam bir medeni/borçlar kanunu haline getirilmesi düşüncesinin de yer aldığı bu girişimler neticesinde 9 Mayıs 1916'da Adliye Vekaleti'nde bir komisyon toplanır. Komisyon gerektiğinde diğer fıkıh mezheplerinin görüşlerinden yararlanma esasını benimserken öte yandan şer'î hükümlere aykırı olmamak şartıyla başka hukuk sistemlerinden de istifade etmeyi ilke olarak kabul eder. Komisyon yaptığı çalışmalar sonunda *Mecelle*'nin bazı maddelerinin kaldırılmasını, yeni bazı maddelerin de ilave edilmesini teklif eder. Fakat komisyon çalışmalarını istenilen düzeyde tamamlayamaz ve *Mecelle*'de beklenen değişiklikler gerçekleşemez.²⁷

II. Makalenin Değerlendirmesi

Nesib Bey makaleye konu olan yazısını 1916 yılında *Mecelle*'nin tadili amacıyla kurulan komisyonun çalışmalarına başlamasından hemen sonra kaleme alır. Nesib Bey makalesinde, *Mecelle*'deki eksiklerin giderilmesi ve *Mecelle*'nin günün ihtiyaçlarına cevap verecek hale getirilmesi için yine *Mecelle* Cemiyeti'nin başlangıçta aldığı karar doğrultusunda hareket edilmesini yani Hanefi fikhının esas alınmasını teklif eder. Bu teklifini temellendirmek amacıyla

²² *Sırat-ı Müstakim (Sebilü'r-Reşâd)*, İstanbul, 28 Ağustos 1324, C. I, S. 3, s. 41-42.

²³ *Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, Eylül 1332, C. I, S. 4, s. 404-425.

²⁴ *Ceride-i Adliye*, Kısım-ı Gayr-i Resmi, No: 33, 19 Rebiu'l-Ahir 1329/5 Nisan 1327 Salı, Sene: 2, s. 1707-1713.

²⁵ Divân-ı Ahkâm-ı Adliye: Tanzimat döneminde kurulan ilk Osmanlı teyiz mahkemesidir. Özellikle Nizamiye mahkemelerinin verdiği kararları teyizen denetleme amacıyla kurulmuştur. Aydın, Mehmet Âkif. "Divân-ı Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C. IX, İstanbul, 1994, s. 387-388.

²⁶ Aydın, Mehmet Âkif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C. XXVIII, Ankara, 2003, s. 231-235.

²⁷ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", s. 234.

borçlar hukukundaki şartlı satışların geçerli olup olmayacağı konusundaki İslam hukukçularının farklı kanaatlerini delilleriyle makalesine taşır.

Nesib Bey makalesine *Mecelle*'nin hazırlanma gerekçesi üzerinde durarak başlar.

*"Fıkıh ilminden çağın ihtiyaçlarına göre her gün ortaya çıkan muamelatın uygulanmasına yeterli olabilecek hayırlı önemli bir çalışmanın vücuda getirilmesi heyete havale edildiğinden Divân-ı Ahkâm-ı Adliye dairesinde toplanarak fıkıhın muamelat kısmından çokça gerçekleşen ve çağın uygulamalarına göre gerekli olan kanunlar hakkında Hanefî mezhebinin önde gelen hukukçularının muteber görüşlerinden toplanarak konu başlıkları altında birkaç bölüme taksim ve ahkâm-ı adliye ismi verilmek üzere bir Mecelle düzenlenmesine hemen başlanmalı."*²⁸

Nesib Bey yazısına devam ederek *Mecelle*'yi hazırlayanların mazbatanın altıncı sayfasında da açıkça ifade ettikleri, *"Hükümlerin gerektiğinde islah edilmesi ve özellikle de zamanın ve şartların değişmesi ve gelişmesine bağlı olarak insanların da ihtiyaçları gözetilerek, Hanefî fakihlerin itibar edilen görüşleri doğrultusunda daha elverişli hale getirilerek hemen düzenlenmesi"*²⁹ kararına yer verir.

Nesib Bey, *Mecelle* heyetinin hükümlerin değişimi konusunda aldıkları bu karardaki iki hususa dikkat çeker. Bunlardan birincisinin, *"Fıkıh ilmi esas alınmak suretiyle her gün ortaya çıkacak yeni meselelerin çözümünü, asrın ihtiyaçlarını giderecek bir kanun metni hazırlanması"*, ikincisinin de *"Fıkıhın muamelat kısmında çokça gerçekleşecek meselelerin çözümünde Hanefî fakihlerin muteber görüşlerinden faydalanılması"*³⁰ olduğudur.

Mazbatada da ifade edildiği gibi buradan anlaşılan şudur ki, *Mecelle* aslında çağın ihtiyaçlarının Hanefî fıkıhı esas alınarak giderilmesi amacıyla hazırlanmış bir kanun metnidir. Nesib Bey, *Mecelle* heyetinin bu kararını önemser ve makalesini bunun tatbiki üzerine bina ederek şöyle der, *"Heyetin amacı fıkıh kitaplarında yer alan hükümlerin mutlak anlamda Türkçeye tercüme edilerek alınması değil, her gün ortaya çıkacak meselelere asrın ihtiyaçlarına göre cevap verecek kabiliyette muteber görüşlerin yer aldığı bir eserin tedvin edilerek meydana getirilmesidir."*³¹

Nesib Bey'e göre, *Mecelle* asrın ihtiyaçlarını giderme amacıyla hazırlandığı için yeni meselelere çözüm sağlayamadığı durumlarda maddelerinde gerekli değişikliğin yapılması zorunlu hale gelir ki, zaten bu kararın *Mecelle*'nin mazbatasında da kayıt altına alınmıştır. *"Mecelle hazırlanırken her ne kadar Hanefî fıkıh kitaplarındaki asrın ihtiyaçlarına cevap veremeyecek düzeydeki görüşlerin bırakıldığı, asra uygun olanların da seçilerek alındığı çok net aşikâr ise de artık Mecelle'deki bazı görüşlerin asra daha uygun hale getirilme ihtiyacı ortaya çıkmıştır ki bunların üzerinde durulacaktır."*³²

Nesib Bey'e göre, *"Mecelle'nin hukukçular tarafından hazırlanan ilk bölümü yürürlüğe girmeden önce sahasında uzman fakihler tarafından incelendiği gibi aslında insanların örf ve*

²⁸ Seyyid Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", *Dâru'l-Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Hukûk-i Medeniyye Tedkikâtı, Sene 1, S. 4, Eylül 1332, s. 404.

²⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 404.

³⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 404.

³¹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 404.

³² Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 405.

adetlerine vakıf, onların ihtiyaçlarını bilen, otoriter bir bilim heyeti tarafından da incelenmesi gerekirdi ve bunun da göz ardı edilmemesi lazımdı. Zira bu ihtiyaç duyulan, gerekli bir uzmanlık alanıdır. Madem ki asıl hedef fıkıh kitaplarında bulunan görüşleri toplamak değil de asrın ihtiyaçlarına hizmet etmektir, öyleyse kanunların adalet ve hakkaniyet üzerine inşa edilmesi için hazırlanan bölümün bir diğer nüshası bu konunun uzmanlarına verilmesi gerekirdi.”³³ Nesib Bey'in bu teklifi, toplum uzmanlarından oluşan bilim heyetinin, kanunların yürürlüğe girmeden önce uygulanabilirliğini tespit etmesi ve neticede insanların toplumsal hayatı ile çıkarılacak kanunların bağlantısını sağlıklı bir şekilde kurulmasının sağlanmasına yöneliktir.

Nesib Bey makalesinde, kanunların insanların ihtiyaçlarına göre belirlenmesi gerektiğine değinerek, fıkıh kitaplarında açıkça şart koşulduğu gibi içtihat ve fetva için insanların örf ve adetlerinin bilinmesinin zorunlu olduğu ve bunun da ayrı bir uzmanlık alanı gerektirdiği kanaatine yer verir.

Nesib Bey'e göre bir ülkede yaşayan insanların bireysel ve toplumsal hayatına yönelik çıkarılacak kanunların uygulanabilir ve de sürdürülebilir olması, dikkat isteyen önemi büyük bir iştir. Bu büyük ve tehlikeli işi de sadece içtihat ehliyetine sahip hukukçulara yüklemek suretiyle çıkarılacak kanunlarla ülkede adalet ve hak tesis edilemez.

Nesib Bey yazısında kanunların insanların ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmeli, onların örf ve adetleri göz önüne tutularak hüküm verilmeli görüşü üzerinde durmaya devam eder. “Bir ülkede kanun koyanların ilgili kanuna tabi olacak halkın ihtiyaçlarını, örf ve adetlerini bilmesi zorunlu bir durumdur. Aksi taktirde, onlar ki verir laf ile dünyaya nizâmât/ insanların ihtiyaçlarını hesaba katmadan sadece laf ile dünyaya düzen vermeye çalışırlar sözüne muhatap olurlar. Bu sebeple Mecelle metni ister içtihat edilerek ister mezhep içi usule uygun hüküm çıkarılarak isterse mezhepteki görüşlerden biri tercih edilerek hazırlansın, mutlaka insanların örf ve adetlerine elverişli olması gereklidir. Fıkıh kitaplarımızda da bu şekilde izah edilmektedir.”³⁴

Nesib Bey, örf ve adetlerin bilinerek hüküm verilmesi gerektiği kanaatini *Mebsut*, *Hidaye*, *Haniye*, *Sirâciye*, *Kınye*, *Eşbah*, *Bezzaziye* gibi Hanefi fıkıh kitaplarından ve Hanefi hukukçularından yaptığı alıntılarla destekler. Nesib Bey, Hanefi hukukçularının dinin ahkamına aykırı olmadıkça içinde buldukları beldenin örf ve adetine göre hüküm verdiklerini fiki konulardan seçtiği örneklerle de açıklar.

“Bir kimsenin Hanefi fıkıh kitaplarının tamamını ezberlese bile fetva vermesi için bir alime bağlanması gerekir. Zira Hanefi alimleri meselelerin çoğuna buldukları beldenin adet ve uygulamalarına göre cevap vermişlerdir. Binaen aleyh fetva verecek kişinin dinin esaslarına aykırı olmayacak husus hakkında bulunduğu belde ile zamanın ehlinin âdetine bakması gerekir, demişlerdir.”³⁵

Nesib Bey, fakihlerin ihtilaf sebeplerini örfün değişmesi, insanların durumlarına en uygun hükmün tespit edilmesi, hükmün açıkça uygulanabilir olması ve diğer görüşlere göre daha kuvvetli bulunmasına bağlar. Hatta fakihlerin, İmam Ebu Yusuf (ö. 182/798) insanlar arasında bulunup hallerini gözlemlediği için yargı konularında kendisinin görüşleriyle fetva verilmesi gerektiğini

³³ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 405.

³⁴ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 406.

³⁵ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 407.

söyler. İmam Muhammed'in (ö. 189/805) de boyacılar giderek aralarında geçerli olan uygulamaları sorup öğrendiği bilgisini paylaşır.

Nesib Bey konuyla ilgili fakihler arasında yaygınlaşmış “*Zamanın ehlini bilmeyen cahildir*”³⁶ cümlesine yer verir. Nesib Bey, Hanefi fakih İbn Abidin'in (1252/1836) örf ve adete itibar edilmesi konusunda nakledilen bütün kanaatleri aktardıktan sonra müftü ve hâkimin örf ve adeti terk ederek sadece fıkıh kitaplarında yer alan mezhebin zahir görüşü üzerinde donuklaşmasını, hukukun yok olması, toplumun haksızlığa uğraması olarak nitelendirdiğini aktarır.

Nesib Bey, *Mecelle* kararnamesinde ilke olarak kabul edilen “*örf ve adet ile çağın ihtiyacına göre hüküm verilmeli*” ilkesinin aslında fıkıh kitapları esas alınarak işletildiğini, bu konuda Hanefi mezhebinin zahir görüşünden uzaklaşmadığını mazbatadan da alıntı yaparak *bey' bi's-şart / şartlı satım akdi* örneği üzerinden genişçe izah eder.

“*Günümüzde yapılan alış-verişler genelde bazı şartlara bağlanmaktadır. Hanefî mezhebi akit anında ortaya konan çeşitli şartların çoğunu satım akdini ifsat edeceğini kabul ettiğinden satım akdi bölümünün en önemli konusu bey' bi's-şart/şartlı satım akdi kısmı olması hasebiyle Mecelle cemiyeti tarafından üzerinde uzunca durularak görüşmeler neticesinde ulaşılan sonucun özetle aşağıda yer aldığı gibi sunulması uygun görülmüştür.*

Bey' bi's-şart hakkında çoğu İslam hukukçularının görüşleri birbirine aykırıdır. Maliki mezhebinde kısa süreliğine, Hanbeli mezhebinde ise mutlak olarak satıcı kendisi için akit mahalli hakkında özel şart koşabilir. Fakat satıcıda bu yetkinin olup müşteride olmaması kıyasa aykırı görünür. İmam Azam (ö. 150/767) ile aynı asırda yaşadığı halde sonraları mensupları kalmayan müçtehitlerden İbn Ebî Leylâ (ö. 148/765) ve İbn Şübrüme (ö. 144/761) bile bu konuda biri diğerine tam anlamda farklı kanaate sahip olmuşlardır. Şöyle ki, İbn Ebî Leylâ'ya göre şartlı satım akdinde genel olarak akit ve şart fasit iken İbn Şübrüme'ye göre mutlak olarak hem akit hem de şart caizdir. İbn Ebî Leylâ mezhebi akitlerde şart koşmayı, “el-Müslimüne ‘inde şurûthim / Müslümanlar şartlarına riayet ederler” hadisi şerifine aykırı görür. İbn Şübrüme mezhebi bu hadisi şerife tamamen uysa da satıcı ve müşteri tarafından geçerli olmayan şartların ileri sürülüp riayeti ise imkân nispetinde fakihler arasında kabul edilen şeylerden olması durumunda şarta uyulması meselesini tahsis / özelleştirme ve istisna kabul eder bir kaide olarak görür. Neticede şartlı satış hakkındaki görüşler câiz, müfsit ve lağv şeklinde üç kısıma ayrılmış olmaktadır. Şöyle ki satım akdinin gereği olmayan veya akdin gereğini desteklemeyip taraflardan birine faydasına olan şart müfsit ve bu şarta bağlanan akit de fasit olur. Taraflardan hiçbirine faydası olmayan şartla akid sahih, şart geçersizdir. Zira alış-verişten maksat temlik ve temellük konusu yani herhangi bir engel ve sıkıntı olmaksızın müşterinin mala, satıcının da semene sahip olmasıdır. Halbuki bir tarafa faydası olan şartın uygulamasını ilgili taraf isterken karşı taraf ise ondan kaçınarak çekişmeye sebep olabilir.”³⁷

Nesib Bey yaptığı alıntının ardından, mazbatada şartlı satım akdi konusunda özellikle fakihlerin uyarısına uyulduğu, asrın ihtiyaçları gözetilerek mezhebin zahir görüşü korunduğunu ifade ederek diğer görüşlere de yer verir. Nesib Bey'in makalenin devamında şartlı satım akdi

³⁶ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 408.

³⁷ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 408-409.

hakkında delilleriyle beraber yaptığı ayrıntılı izaha geçmeden önce, konunun İslam hukuku açısından özellikle de Hanefî mezhebi merkezli genel bir değerlendirmeye tabi tutulması yararlı olacaktır.

Satım akdi esnasında ileri sürülen şart -ki buna ca'li şart³⁸ da denilmektedir- ve şart ile yapılan akdin geçerliliği İslam hukukçuları arasında tartışılmıştır. Zâhirîler, kısmen de Şâfi'iler oldukça katı davranarak naslarda yer almayan hiçbir şartı geçerli kabul etmezlerken, Mâlikîler ve özellikle de Hanbelîler oldukça müsamahalı davranarak naslara ve satım akdinin maksadına aykırı olmayan bütün şartların geçerli olacağını ileri sürerler. Hanefîler ise daha orta bir yolu benimseyerek halkın örf ve adetlerinde yer alan şartları geçerli, satım akdini de câiz görürler.³⁹

Hanefîler, bedeli daha sonra ödemek üzere yapılan vadeli satım akdini, akdin gereği olmayan şartların ileri sürülmesi olarak kabul edip kıyasa aykırı görürler. Çünkü akdin gereği, müşterinin akit konusu mala, satıcının da malın bedeline derhal sahip olmasıdır. Vadeli satım akdinde ise satıcı semene hemen sahip olamadığı için genel hükme göre akdin geçerli olmaması gerekir. Fakat Hanefîler, konu hakkında müdâyene ayetinin⁴⁰ bildirdiği özel hükme dayanarak vadeli satım akdini kıyasa aykırı olarak istihsân ile geçerli sayarlar.⁴¹

Hanefîler, "Hz. Peygamber, şartlı satışı yasaklamıştır"⁴² hadisi doğrultusunda akdin gereği olmayan, akde uygun kabul edilmeyen, genelde taraflardan birine özel faydası dokunan ilave şartları da sahih görmezler. Aslında bu bakış açısının bir neticesi olarak Hanefîler malın eve teslimi veya belli süre içinde tamirinin garanti edilmesi gibi insanlar arasında teâmül haline gelen özel şartları da sahih kabul etmemesi gerekirdi. Fakat bu tür uygulamaları insanların ihtiyaç duymaları sebebiyle istihsan metoduna binaen sahih ve geçerli kabul ederler.⁴³

Hanefîler şart muhayyerliği konusunda da aynı bakış açısına sahiptirler.⁴⁴ Ebû Hanife (ö.150/767), muhayyer olma şartını da kıyasa aykırı görür. Ona göre bu konudaki kıyas, "Hz. Peygamber (s.a.s) gararlı satışı yasakladı"⁴⁵ rivayetinin genel hükmüdür. Muhayyerlik şartı ise akdin varlık kazanmasında bir belirsizliğe yol açacağından garar,⁴⁶ bilinmezlik niteliği kazanır.

³⁸ Ca'li şart mükellefin akid vb. tasarruflarda ileri sürdüğü şartlardır. Bkz: Boynukalın, Mehmet. "Şart", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.XXXVIII, İstanbul, 2010, s. 364-365. Ca'li şart hakkında geniş bilgi için bkz: Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya, 2015; Samar, Mahmut. *İslami Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2019.

³⁹ Bardakoğlu, Ali. "Bey", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.VI, İstanbul, 1992, s. 13-19.

⁴⁰ "Ey iman edenler! Belirlenmiş bir vakte kadar borçlandığınızda onu yazın." Bakara 2/282.

⁴¹ Kâsânî, Ebû Bekr Alâuddîn b. Mes'ûd (ö.587/1191). *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-X, Beyrut, 2003, C.VII, s.23; İbn Nüceym, Zeynulâbidîn b. İbrahim, b. Muhammed (ö.970/1562). *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, I-IX, Beyrut, 1997, C.VI, s.140.

⁴² Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed b. Eyyub (ö.360/971). *el-Mu'cemu'l-Evsat*, Tah. Tarık b. Abdillâh b. Muhammed - Abdülmuhsin b. İbrahim el-Huseynî, I-X, Kahire, 1995, C.IV, s.335 (4361).

⁴³ Serahsî, Şemsu'l-eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (ö.483/1090). *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut, 1989, C.XIII, s.15; Kâsânî, s.17; Burhânüddîn (Burhânü's-Şerî'a) Mahmud b. Ahmed b. Abdulazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö.616/1219). *el-Muhitu'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, Tah. Abdülkerîm Sâmî el-Cündî, I-X, Beyrut, 2004, C.VI, s.389-392; İbn Nüceym, s.140; Bilmen, Ömer Nasuhi (ö.1971). *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kâmusu*, I-VIII, İstanbul, 1970, C.VI, s.23.

⁴⁴ Serahsî, s.17.

⁴⁵ Ahmed b. Hanbel (ö.241/855). *Müsned*, I-VIII, Beyrut, 1997, C.V, s.500; İbn Mâce, Büyü' 23; Ebû Dâvud, Büyü' 25.

⁴⁶ Garar: Akdin, sonunun belli olmayacak derecede belirsizlik ve bilinmezlik içermesi durumudur. Serahsi, s.194.

Ancak Hz. Peygamber'in (s.a.s) alışverişlerinde sürekli aldanan Habban b. Münkîz (r.a) için, "Alışveriş yaptığın zaman "aldatma yok, benim için üç gün muhayyerlik vardır" de," buyurması,⁴⁷ konu hakkında özel bir hüküm bildirmesi neticesinde kıyasa aykırı olarak şart muhayyerliğini geçerli kılar.⁴⁸

Hanefilerin örfte uygulanan şartları akitler için de geçerli saymaları ile hadisin hükmünü örf ile ortadan kaldırmış olmamaktadırlar. Hanefiler bu yaklaşım ile taraflar arasında çıkması muhtemel anlaşmazlıkların önüne, örfteki uygulamalara cevaz vererek geçmekte, kıyası yani genel kuralı da örf sebebiyle terk ederek ilgili hadisi tahsis etmektedirler.⁴⁹

Hanefiler akitlerde ilave şartların sınırını dar tutsa da insanların itibar ettiği örfün, genel örf olmasını bile şart koşmadan geçerli görürler. Hanefilere göre belli bir esnaf grubu arasında teamül haline gelen veya belli bir bölgede uygulanan örf geçerlidir.⁵⁰

İslam toplumunda tatbik edilen örf ve adetin mutlaka şer'î bir delile dayanması veya en azından kesin bir delile aykırı olmaması gerekir ki muteber olsun ve bir hukuk kaynağı olarak uygulanabilsin. Ayrıca İslam hukukunda yasaklanan uygulamalar da asla örf kapsamına dahil edilerek geçerli sayılamaz. Hanefiler aslında insanlar arasında teamül haline gelen ve akit esnasında ileri sürülen şartların geçerliliğini, insanların ihtiyaçlarını gideren ve de önemli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilen örfeye dayandırmış olmaktadır. Ayrıca önceki dönemlerde fıkıh ve fetva kitaplarında yer alan örneklerin dışında bir mesele, sonradan teâmül haline geldiğinde buna da itibar ederler. Neticede bir dönemde örf halini almadığı için fasit olarak değerlendirilen şartlar, akit yapan tarafları anlaşmazlık ve çekişmeye götürmediği sürece Hanefî fikhına göre geçerli kabul edilir.⁵¹

Hanefî dışındaki mezhepler ise, bu şartları zaten akdın gereğine uygun görerek geçerliliğini ilgili nasslarla temellendirirler.⁵²

Mecelle, şartlı satım akdi konusunu mazbatasında da karar altına aldığı gibi Hanefilerin görüşü doğrultusunda 188. maddesiyle kanunlaştırır.

"Müte'arif yani örf ve âdet-i beldede cârî (yürürlükte) olan şartla bey' (satım akdi) dahi (istihsanen) sahih ve şart mu'teberdir (geçerlidir). Mesela kürkü kaplamak, kilidi yerine mihlamak

⁴⁷ Buhârî, Buyu' 48; Müslim, Buyu' 48; Ebû Davud, Buyu' 66.

⁴⁸ Kâsânî, s.24.

⁴⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, C.III, s.49; Burhânüddîn el-Buhârî, *el-Muhitu'l-Burhânî*, C.VI, s.391; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dîmeşkî (ö. 1252/1836), *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebâr*, Tah. Muhammed Bekir İsmail, I-XII, Riyad, 2003, C.VII, s.286.

⁵⁰ Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö.1999). *el-Medhalu'l-fikhiyyu'l-âm*, I-III, Dimeşk, 1998, C.II, s.925.

⁵¹ İbn Âbidîn, s.286.

⁵² Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şerîf (ö.676/1277). *el-Mecmu' şerhu'l-Mühazzeb*, Tah. Muhammed, Necib İbrahim el-Muti'î, I-IX, Cidde, tsz, C.IX, s.223; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed (ö.620/1223). *el-Muğnî*, Tah. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Turkî - Abdülfettah Muhammed, I-XV, Riyad, 1997, C.VI, s.322-323; İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (ö.795/1393). *Takrîru'l-Kavâid ve tahrîru'l-fevâid*, Tah. Ebû Ubeyde b. Hasan es-Selman, I-III, Kahire, tsz, C.I, s.451; Behûfî, Mansûr b. Yunus b. İdris (ö.1051/1641). *Keşşâfu'l-kına 'an metni'l-ikna'*, Tah. Muhammed Emin ed-Dinnâvî, I-V, Beyrut, 1997, C.II, s.495; Zuhaylî, Vehbe. *el-Fikhu'l-Mâlikiyyu'l-müeyesser*, I-IV, Dîmeşk, 2010, C.II, s.396; Haçkalı, Abdurrahman, *İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun, 1995, s. 74.

ve yurtuk elbiseyi yamamak şartıyla satmak sahîh olup bu şarta dahi bayi'in (satıcının) riayet etmesi lazım gelir." ⁵³

Mecelle'yi şerh eden Ali Haydar Efendi (ö. 1935) bu maddenin açıklamasında konuyla ilgili Hanefî mezhebinin görüşüne şu şekilde yer verir.

"*Akdin muktezasından olmasa bile örf ve âdet gereği, insanlar arasında bilinen ve uygulanan şart ile satım akdi istihsanen geçerli, şart da muteberdir. Kıyasa göre de bu gibi şartlar fasit olmamalıdır. Çünkü taraflardan her birine faydası vardır. Şart, bilinir ve uygulanır olduktan sonra taraflar arasında çekişmeye de sebep olmaz. Şart uygulanır. Satım akdinin amacı olan mala sahip olma hali, çekişme ve niza olmaksızın gerçekleşir.*" ⁵⁴

Nesib Bey, makalesinde *Mecelle*'nin hazırlanma amacının terk edilmediğini, Hanefî fihkî içinde muteber görüşlerden çağın şartlarına elverişli olanın alınarak kanun maddelerinin düzenlendiğini, fihkî kitaplarında ön plana çıkan zahir/açık görüşten de uzaklaşmadığını ifade ederek aslında *Mecelle*'nin ıslahına bile gerek olmadığını ihsas eder. ⁵⁵ Nesib Bey, *Mecelle* cemiyetinin *Mecelle*'yi her ne kadar Hanefî fihkînin muteber görüşleri üzerine hazırladığını ifade etse de şartlı satım akdi konusunda ortaya konan görüşler hakkında genel ya da kısmen de olsa aslına uygun olmayan sözlerin *Mecelle* cemiyeti tarafından sarf edildiğini bunun neticesinde de *bey' bi'-şart* / şartlı satım akdinin iyice anlaşılması amacıyla makalesinde ayrıntılı olarak yer verdiğini belirtir.

"*Konuyu netleştirmek amacıyla, Mecelle cemiyetince şartlı satım akdi meselesi hakkında tercih edilmesi gerekli görüşün tespitinde mesele hakkında ileri sürülen farklı kanaatleri ve bunların dayandığı bütün rivayet ve esasları ve de bunlardan ne şekilde hüküm elde edildiği ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. Binaen aleyh bu makalede zikredilen görüşler ile delilleri kısaca verildikten sonra ayrıntılı olarak açıklanacaktır.*" ⁵⁶

Nesib Bey, konunun izahına Serahsi'nin (ö. 483/1090) *Mebhut*'unu, İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) *Fethu'l-kâdir*'ini, Seyyid Muhammed Murtazâ ez-Zebîdî'nin (ö. 1205/1791) *'Ukûdu'l-cevâhir*'ini ve İbn Rüşd'ün (ö.595/1198) *Bidâyetü'l-müctehid*'ini referans göstererek başlar. Atıfta bulunduğu fihkî kitaplarında şartlı satım akdinin İmamı Ebû Hanîfe'ye göre akit ve şartın fasit, İbn Şübrüme'ye göre akit ve şartın caiz ve İbn Ebî Leylâ'ya göre şartın fasit, akdin ise sahîh olduğu bilgisine yer vererek şu genel değerlendirmeyi yapar.

"*Akit ile şartın fasit olup olmaması açısından birbirlerine tamamen zıt görüşlere sahip olan İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme değil, İmam Ebû Hanîfe ile İbn Şübrüme'dir. İbn Ebî Leylâ ise bunların arasında orta bir görüş tercih etmiştir. "Müslümanlar şartlarına riayet ederler" hadisine aykırı olan İbn Ebî Leylâ'nın değil, Ebû Hanîfe'nin görüşüdür.*

İmam Şafi'î'ye (ö. 204/820) gelince, o yalnız köle satışındaki azat etme şartını istisna ederek şartlı satım akdini sahîh görüyor. Bunun dışındaki her türlü şartı ve akdi -Ebû Hanîfe'nin dediği gibi- fasit kabul ediyor. Maliki fihkî kitaplarından Minehu'l-celîl şerhi ile Bidâyetü'l-

⁵³ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, md:188.

⁵⁴ Ali Haydar Efendi (Küçük). *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I-IV, Üçüncü Baskı, İstanbul, 1330, C.II, s.295.

⁵⁵ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 408.

⁵⁶ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 409.

müctehid'de yer alan açıklamalara göre İmam Malik (ö. 179/795) de İmam Şafi'î gibi azat etme şartı ile ayrıca diğer bazı şartları istisna etmekte, onların dışındaki şartların fasit olduğuna kail olmaktadır. İmam Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) ise Bidâyetü'l-müctehid'in açıklamasına göre ileri sürülen birkaç tane değil de sadece bir şart oldukça şart ile akdin caiz olduğuna, fakat şart birkaç tane olduğu takdirde akit ile şartların fasit olduğuna kail olmuştur. Binaen aleyh Mecelle mazbatasında şartlı satım akdi meselesindeki görüşlere ait açıklamalar, mevcut, elde bulunan ve bilinen esaslara uyum olmayıp nereden alındığı da belli değildir."⁵⁷

Nesib Bey, İslam hukukçularının görüşlerinin delillerini ve bunların hükme kaynak olma yönünü açıklayarak Ebû Hanîfe'nin kendisinin de rivayet ettiği Amr b. Şuayb hadisini, İbn Ebî Leylâ'nın Berîre hadisini ve İbn Şübrüme'nin de Câbir hadisini esas aldığını belirterek şu değerlendirmeyi yapar.

"Mecelle heyeti, dört mezhep imamının görüşlerini inceledikten sonra Ebû Hanîfe'nin rivayet ettiği Amr hadisini daha kuvvetli ve meşhur görmüşler, kararı da ona göre tespit etmişlerdir. Dört mezhep de aslında tamamen veya kısmen ilgili hadise istinat etmiştir. Yalnız yukarıda açıklandığı gibi ilgili hadisi İmam Malik azat şartı ile beraber diğer bazı şartlar hakkında Berîre ve Câbir hadisleriyle, İmam Şafi'î de azat şartı hakkında Berîre hadisi ile meseleyi özelleştirip tahsis ediyorlar.

İmam Ebû Hanîfe ise delil aldığı hadisi umumu üzere bırakıyor, tahsis etmiyor. İmam Ahmed de delil aldığı hadiste yer alan (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع / Hem veresiye hem satış helâl olmaz. Bir satışta iki şart da helâl değildir)⁵⁸ lafzı doğrultusunda hareket ediyor. Ayrıca Ebû Hanîfe ile Ahmed b. Hanbel yalnız Amr hadisini delil getiriyor, ondan başka hiçbir hadis ile amel etmiyorlar. İmam Şafi'î hem bu hadis ile hem de Berîre hadisi ile amel ediyor. İmam Mâlik ise hadislerin hiç birini diğerine tercih etmeyerek hadislerin aralarını cem ' etmek suretiyle her üçüyle de amel ediyor."⁵⁹

Nesib Bey, Ebû Hanîfe'nin sadece Amr hadisiyle amel edip Berîre ve Câbir hadisleriyle amel etmemesinin sebebini, Amr'ın hadisinin genel hüküm ifade eden âmm olmasına, diğer hadislerin ise özel hüküm ifade eden hâs olmasına bağlıyor. Hanefilere göre âmm lafız, hâs lafız gibi hükme delaleti kesindir. Burada da âmm, hâsın hükmüne aykırıdır. Hâs, âmm lafızdan sonra gelmiş ise imkân nispetinde hâs, âmm lafzı nesh eder, ifade ettiği hükmü geçersiz kılar. Hâs lafız âmm lafızdan önce gelmiş ise âmm lafız, hâs lafzın hükmünü nesh eder. Hanefilere göre lafızların geliş tarihleri bilinmediğinde mümkünse her ikisi ile de amel edilir, mümkün değilse tercih sebebi aranarak biri diğerine tercih edilir. Burada da tercih sebebi vardır. Zira Amr hadisi yasaklayıcı ve engelleyici bir vasfa sahipken diğer hadisler serbest bırakıcı, mubah kılıcı bir vasfa sahiptirler. Lafızlardan biri serbestliğe, diğeri de yasaklığa delalet ettiğinde ihtiyaten yasaklayan lafız tercih edilir. Fıkıh usulünde yer alan kaide gereğince serbestlik ifade eden mubah hüküm, yasaklayıcı hüküm ifade eden nehiy ile geçersiz kılınır. Bu kaide Hanefilere göredir. Diğer mezheplere göre âmm ile hâs tearuz etmez. Çünkü hâs ile âmm aynı konuda geldiğinde hâs, âmmı beyan etmiş olur. Nesib Bey meseleyi biraz daha derinleştirerek Cabir hadisinde yer alan şartın akdin

⁵⁷ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 410.

⁵⁸ Ebû Dâvud, Büyü 70; Tirmizî, Büyü 19; Nesâî, Büyü 60, 71, 72; İbn Mâce, Ticârât 20.

⁵⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 410-411.

başlangıcında bulunmadığını, dolayısıyla Hz. Peygamber ile Hz. Cabir arasında satım akdi gerçekleşmediğini kanaatini aktarır. Şâfi'î mezhebine göre âmm lafız, hâs lafız gibi manaya delaleti kesin değil, zannidir bilgisini aktaran Nesib Bey, bu durumda zaten hâs lafız, âmm lafız tahsis edeceğinden hâs lafız ifade eden Berîre hadisinin, âmm lafız ifade eden Amr hadisini tahsis ederek özelleştirdiğini bildirir.⁶⁰

Nesib Bey, Cabir hadisinin lafız bakımından da sıkıntılı olduğunu kitaplarda geçen senediyle aktarır.

"Fethu'l-kadir'de Taberânî'nin (ö. 360/971) Mu'cem-i Vasat'ından naklen Abdolvâris'e ulaşan senet ile Abdolvâris demiştir ki, "Mekke'ye geldim. Orada Ebû Hanîfe ile İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme'yi buldum. Satım akdinde şart ileri sürülmesi meselesini Ebû Hanîfe'ye sordum. O da her ikisi de bâtıldır, dedi. Ondan İbn Ebî Leylâ'ya giderek aynı soruyu sordum. O ise, satım akdi caiz şart batıldır dedi. Ondan İbn Şübrüme'ye giderek aynı soruyu sordum. O ise, her ikisi de caizdir dedi. Kendi kendime, "Subhânallâh! Irak fakihlerinden üç zât bir meselede ihtilâf ettiler" diyerek, Ebû Hanîfe'ye gidip meselenin esasını, iç yüzünü sordum. O da, "İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme'nin söylediklerini bilmem, bana Amr babası Şuayb'dan o da babasından naklen Hz. Peygamber'in (s.a.v) şart ile birlikte yapılan satım akdinden yasakladığını haber verdi. Şimdi hem şart hem de satım akdi bâtıldır" dedi. Bunun üzerine İbn Ebî Leylâ'ya gidip meselenin esasını, iç yüzünü sordum. O da, "Ben Ebû Hanîfe ile İbn Şübrüme'nin söylediklerini bilmem. Bana Urve'nin oğlu Hişâm babasından o da Hz. Âişe'den naklen Hz. Âişe'nin "Hz. Peygamber (s.a.v) Berîre'yi⁶¹ satın aldıktan sonra azat etmemi emretti" dediğini haber verdi. Şimdi bu durumda satım akdi câiz, şart ise bâtıldır. Onun ardından İbn Şübrüme'ye giderek meselenin esasını, iç yüzünü sordum. O da, "Ben onların söylediklerini bilmem. Bana Mis'âr b. Kîdâm, Muhârib b. Disâr'dan o da Câbir'den naklen Câbir'in "Ben Hz. Peygamber'e bir deve sattım ve Hz. Peygamber de devenin Medîne'ye kadar beni taşımasını şart etti" dediğini haber verdi. "Şimdi bu durumda hem satım akdi hem de şart câizdir" dedi. Bu hadisi bu şekilde Hâkim (ö. 405/1014) de Ulûm-u Hadis kitabında rivayet etmiş ve Hâkim'in tarafından Abdulkhak(ö. 581/1185) da Ahkâm'ında zikredip hakkında bir şey söylemeksizin sessiz kalmıştır."⁶²

Nesib Bey, şartlı satış konusunu Hanefi fakihî İmam Serahsî'nin *Mebûsût*'undan ve Maliki fakihî İbn Rüşd'ün *Bidâyetü'l-müctehid* eserlerinden birer sayfa hacminde Arapça alıntı yaparak izaha devam eder. *Mebûsût*'tan yaptığı Arapça alıntının⁶³ tercümesi şu şekildedir.

"Bir kimse, satmamak, başkasına bağışlamamak şartıyla bir köle satın alsa bize (Hanefilere) göre bu akit fasittir. İbn Ebî Leylâ, satış caiz, şart geçersiz; İbn Şübrüme ise satış caiz, şart geçerlidir, der.

Abdolvahid b. Saîd'den nakledildiğine göre o der ki; "Hacca gitmiştim. Mekke'de Ebû Hanîfe'nin yanına girip ona şartlı satışı sordum. 'Satış fasittir,' dedi. Onun yanından çıktım İbn Ebî Leylâ'nın yanına girip ona aynı meseleyi sordum. 'Satış caiz, şart geçersizdir,' dedi. Hemen

⁶⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 411.

⁶¹ Cariyedir.

⁶² Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 411-412.

⁶³ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 411-412.

ardından İbn Şübrüme'nin yanına girdim. Ona da aynı meseleyi sordum. 'Satış da şart da geçerlidir,' dedi.

Dedim ki, bunlar Kûfe fakihlerindedir. Bu meselede tam bir görüş ayrılığına düşmüşler. Onların her birine delilini sormadım. Sonra Ebû Hanîfe'nin yanına tekrar girip soruyu tekrar sordum. O da cevabını tekrarladı. Bunun üzerine, 'İki arkadaşın senden farklı görüş belirtiyorlar,' dedim. Ebû Hanîfe, 'Ne dediklerini bilmiyorum. Fakat Amr b. Şu'ayb'ın bana babasından, onun da dedesinden naklettiğine göre,

*"Hz. Peygamber (s.a.s) şartlı satışı yasaklamıştır,"*⁶⁴ dedi.

Sonra İbn Ebî Leylâ'nın yanına girdim. Ona da bunların benzerini söyledim. Dedi ki, 'Onun ne dediğini bilmiyorum. Ama Hişâm b. Urve'nin bana babasından, onun da Hz. Âişe'den rivayet ettiğine göre, Hz. Âişe, Berîre'yi satın almak istediğinde, Berîre'nin efendisi, ancak velâ⁶⁵ hakkı kendisinde kalmak şartıyla satışa razı oldu. Hz. Âişe bunu Hz. Peygamber'e (s.a.s) anlattı o da şöyle buyurdu;

*"Satın al ve velâ hakkının onlarda kalmasını kabul et. (Fakat şunu bil ki,) velâ, azat edene aittir."*⁶⁶ Sonra Hz. Peygamber (s.a.s) bir konuşma yaparak buyurdu ki;

*"Bazı insanlara ne oluyor da Allah'ın kitabında olmayan birtakım şartları ileri sürüyorlar. Allah'ın kitabında olmayan her şart hükümsüzdür. Allah'ın kitabı en doğru, Allah'ın şartı da en güveniliridir. Velâ hakkı da azat edene aittir."*⁶⁷

İbn Şübrüme'nin yanına girdim. Ona da bunların benzerini söyledim. Dedi ki, 'Onların ne dediğini bilmiyorum. Muharib b. Disâr'ın bana Ebû Zübeyr'den, onun Câbir b. Abdullah el-Ensârî naklettiğine göre;

*"Hz. Peygamber (s.a.s) bir savaşta Câbir'den dişi bir deve satın aldı, onun Medîne'ye kadar deveye binme şartını da kabul etti."*⁶⁸⁶⁹

Nesib Bey'in makalesinde *Bidâyetü'l-müctehid*'ten yaptığı Arapça alıntının tercümesi de şu şekildedir.⁷⁰

"Alimlerin bu satışlar hakkındaki ihtilâfları üç hadisi şerife dayanmaktadır. Bu hadislerden biri, Câbir'in, *"Hz. Peygamber (s.a.s), benden bir deve satın aldı ve Medîne'ye kadar deveye binme hakkını bana şart koştı,"*⁷¹ hadisidir ki, bu hadis *Sahih* 'te geçmektedir. İkinci hadis, Hz. Peygamber (s.a.s), *"Allah'ın kitabında bulunmayan hiçbir şart -yüz tane de olsa- geçerli değildir, batıldır"* buyurdu,⁷² mealindeki Berîre'nin hadisidir. Bu hadisin sıhhatinde ittifak edilmiştir.

⁶⁴ Ebû Dâvûd, Büyü' 68; Tirmizî, Büyü' 19; Nesâî, Büyü' 71.

⁶⁵ Velâ, mirasçı olma nedenlerindedir. Köleyi azat etmek gibi yapılan bir iyilik ya da akitten doğar.

⁶⁶ Buhârî, Büyü' 73; Müslim, Itk 8; Ebû Dâvûd, Itk 2; Nesâî, Talak 31; İbn Mâce, Itk 3.

⁶⁷ Buhârî, Büyü' 73; Müslim, Itk 8; Ebû Dâvûd, Itk 2; Nesâî, Talak 31; İbn Mâce, Itk 3.

⁶⁸ Müslim, Musâkât 109-116; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, s. 25.

⁶⁹ Serahsi, s. 13-14.

⁷⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 413.

⁷¹ Müslim, Musâkât 109-116; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, C. IV, s. 25.

⁷² Buhârî, Büyü' 73; Müslim, Itk 8; Ebû Dâvûd, Itk 2; Nesâî, Talak 31; İbn Mâce, Itk 3; Mâlik, Itk, 10.

Üçüncü hadis de yine Câbir'in, "*Peygamber (s.a.s) mûhâkale,⁷³ müzâbene,⁷⁴ muhâbere,⁷⁵ muâveme⁷⁶ ve istisnâlı satışları yasakladı. Ancak arâyâyâ⁷⁷ izin verdi,"⁷⁸ mealindeki hadisidir. Bu hadis de *Sahih* 'te yer almaktadır. Hadisi *Müslim* tahric etmiş, kaydetmiştir. İmam Ebû Hanife'den, "*Hz. Peygamber (s.a.s) şartlı satışı yasakladı,"⁷⁹ diye rivayet edilen hadis de bu babdandır.**

İşte bu hadisler arasında bulunan çelişki/tearuz yüzünden alimler şartlı satışın cevazında ihtilâf etmişlerdir. Kimisi hem satış hem de şart fasittir demiştir ki, İmam Şafi'i ile İmam Ebû Hanife bunlardandır. Kimisi hem satış hem de şart caizdir demiştir ki, İbn Şübrüme bunlardandır. Kimisi de şart fasit fakat satış caizdir demiştir ki, İbn Ebî Leylâ da bunlardandır. İmam Ahmed ise eğer şart bir tane olursa caiz, birden çok olursa fasittir demiştir. Hem şartın hem satışın fasit olduğunu benimseyenler, şartlı satışı yasak eden hadisin umumuna dayanmışlardır. Her ikisini de caiz görenler Câbir'in birinci hadisini dayanak etmişlerdir. Satış caiz fakat şart fasittir diyenler de Berîre'nin hadisindeki umuma bakmışlardır. Bir şartı caiz görüp de birden çok şart için fasit diyenler de Ebû Davud'un (ö. 275/889) tahrir ettiği Amr b. Âs'ın, "*Hz. Peygamber (s.a.s), selef/selem (vade) ve bey' (aynı akitte birlikte) caiz değildir. Bir satışta iki şart, sorumluluğu üstlenilmeyen şeyin kârı ve yanında olmayan malın satılması da caiz değildir, buyurdu"⁸⁰ hadisi ile hüküm vermişlerdir.*

İmam Mâlik'e gelince, ona göre şart üç kısımdır. Bir kısmı hem kendisinin hem de satışın batıl olduğu; bir kısmı hem kendisinin hem de satışın caiz olduğu; bir kısmı da kendisi batılken satışın caiz olduğudur. İmam Mâlik'in sözlerinden bir dördüncü kısmın da bulunduğu sezilmektedir. O da öyle bir şarttır ki onu ileri süren kimse, şartında ısrar ederse satış batıl olur, şartından vaz geçerse satış caiz olur."⁸¹

Nesib Bey konu hakkında sunduğu ayrıntılı bilgilerden sonra, şartlı satım akdinin geçerli olup olmaması hususunda birbirine tamamen zıt olan iki fıkıhçının *Mecelle* mazbatasında da yazıldığı gibi İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme olmayıp Ebû Hanife ile İbn Şübrüme olduğunu, İbn Ebî Leylâ'nın ise bu konuda orta bir görüş sahibi olarak satım akdinin sıhhatine, şartın geçersizliğine kail olduğunu tespit eder.

"İşte şu tafsilât-ı bey' ile şartın cevâz ve adem-i cevâzı husûsunda yek diğere zıdd-ı tâm olarak re'-yi muhâlifde bulunan zevât mecelle mazbatasında muharrer olduğu gibi İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme olmayıp, Ebû Hanife ile İbn Şübrüme olduğunu ve İbn Ebî Leylâ ise ol bâbda mezheb-i mütevassıt sahibi olarak bey'in cevâz ve şartın butlânına kâil idiğini isbât eylemiştir."⁸²

⁷³ Muhâkale: Başağmdaki ekini, miktarını tahmin ederek belli miktardaki hazır buğday ile takas etmektir.

⁷⁴ Müzâbene: Ağaçtaki yaş meyveyi, miktarını tahmin ederek miktarı belli kuru meyve ile takas etmektir.

⁷⁵ Muhâbere: Araziyi, getireceği mahsulün bir kısmı karşılığında kiraya vermek veya bir kısmını sahibi için ekmektir.

⁷⁶ Mu'âveme: Beyu's-sinîn ile aynı manada olup bahçe sahibinin bahçesindeki bir veya daha fazla ağacın ya da ağaçların tümünün bir, iki veya daha fazla sene zarfında vereceği meyveyi önceden satmasıdır.

⁷⁷ Ariye meyvesi başkasına bağışlanmış hurma ağacıdır. Arâyâ da bir kimsenin hurma ağacının ağaçtaki meyvesini bir adama hibe edip kendisine hibe ettiği adamın o ağaçlarla ilgilenmesinin ağır gelmesi ve bu yüzden o ağaçtaki hurmayı tahmini misli kadar hurmayla değişmesidir.

⁷⁸ Müslim, Büyü' 81-85.

⁷⁹ Ebû Dâvûd, Büyü' 68; Tirmizî, Büyü' 19; Nesâî, Büyü' 71.

⁸⁰ Ebû Dâvûd, Buyu', 67-68; Tirmizî, Buyu', 19; Nesâî, Buyu', 60; İbn Mâce, Ticârât, 20.

⁸¹ İbn Rüşd, Ebû Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.595/1198). *Bidâyetü'l-müctehid ve Nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Dokuzuncu Baskı, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1409/1988, C.II, s.159-160.

⁸² Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414.

Nesib Bey'e göre, mazbatayı yazanlar Hanefî fıkıh kitaplarında satım akdi ile ileri sürülen şartların sahih, fasit ve lağv kısımlarına ayrıldığına dair mevcut bilgilere bakarak yanılmışlardır. Halbuki *Mebûsût*, *Hidâye* gibi Hanefî kitaplarında satım akdi ile şartın mutlak anlamda caiz olmadığı hükmü mezhebin esası olarak izah edildikten sonra üç kısmın başka sebep ve hikmetlere binaen kabul edildiği açıklanmıştır.

*"Mazbata-i mezkûreyi yazan zevât kütüb-i Hanefiye 'de bey'a mukârin olan şurûtuñ sahîh, fâsid, lağv kısımlarına munkasım olduklarına dâir olan tafsîlât ve izâhât-ı ma'lûmeye nazar ederek yanılmışlardır. Halbuki kütüb-i Hanefiye 'de ve ezcümle Mebsût'ta ve Hidâye 'de bey' ile şartın ale'l-utlâk adem-i cevâzi kaziyesi esâs-ı mezheb olarak temhîd edildikten sonra aksâm-ı selâse-i mezkûrenin başka esbâb ve hikmetlere binâen kabul edilmiş olduğu musarrah bulunmuştur."*⁸³

Nesib Bey, İbnü'l-Hümâm'ın, *Fethu'l-kadîr*'de Ebû Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme arasında geçen ihtilâfî anlatan Abdulvâris rivayetini zikrettikten sonra görüşlerin doğruluğunu ortaya koymak için şöyle dediğine yer verir.⁸⁴

"Bu rivayetten şart ile satım akdi meselesi hakkında her birinin özel delili olan üç görüş olduğu ortaya çıkmıştır. Bunların ele alınması gereklidir. Öncelikli olarak Amr hadisi tahsis edilir. İmam Şâfi'î zikredilen hadisi tahsis ederek şartlı satım akdinin yasak olmasından azat edilme şartı ile satım akdinin geçerli olacağını Berîre hadisine binaen istisna etti. Zira, Hz. Peygamber (s.a.s) zikredilen hadiste vela hakkından başkasını reddetmedi. Daha kesin olarak bu tahsis ve istisna meselesinin Ebû Hanîfe'den nakledilen bir rivayet olduğunu zikretmişti. *Mebûsût*'ta bu güzel görüşün Ebû Hanîfe'den rivayet edildiği yer alır. İmam Mâlik mezhebi üzere yazılan *Minehu'l-celîl* şerhinde de Hz. Peygamber'in, şartlı satım akdini yasakladığına dair Amr'ın dedesinden rivayet edilip Abdülhakk'ın *Ahkâm*'ında rivayet ettiği hadise dayanarak satım akdine zıt olan şart ile akdin fasit olduğu, fakat azat etmeyi geçerli kılma şartı ile yapılan akdin tıpkı Şâfi'î mezhebinde olduğu gibi Berîre hadisine binaen istisna edildiği aşikardır."

Nesib Bey açıklamalarına devamla İbnü'l-Hümmâm *Sahihân*'da bulunan Berîre hadisini ele alır.⁸⁵

"Hz. Âişe şöyle dedi; 'Berîre bana geldi ve dedi ki; 'Ben efendimle her sene bir okka⁸⁶ (kırk dirhem gümüş) ödemek şartıyla dokuz okkaya kitabet/ kölelikten azat edilme anlaşması yaptım, bana bu konuda yardım et.' Hz. Âişe 'Ben de kendisine dedim ki; 'Eğer efendin senin taksitlerini bir seferde ödememe ve senin velâ hakkının da bana ait olmak üzere seni hürriyetine kavuşturmama razı olursa dediğini yaparım.' Sonra Berîre efendisine giderek Hz. Âişe'nin dediğini aktardı. O da bunu kabul etmedi. Sonra Berîre efendisinin yanından Hz. Âişe'ye geldi. O esnada Hz. Peygamber (s.a.s) de evinde oturuyordu. Berîre Hz. Âişe'ye dedi ki, 'Ben efendime teklifini arz ettim, fakat onlar velâ hakkının kendilerinde kalması şartıyla kabul ettiler.' Hz. Âişe durumu Hz. Peygamber'e (s.a.s) ilettiler. Hz. Peygamber (s.a.s) de şöyle buyurdu; *"Berîre 'yi (satın) al ve velânın da onlarda kalacağını şart koş (kabul et). Halbuki velâ sadece azat edene ait olur."*

⁸³ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414.

⁸⁴ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414.

⁸⁵ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414-415.

⁸⁶ 1 okka = 6 ukıyye = 400 dirhem. Bkz: Kallek, Cengiz. "Okka", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2007, C.XXXIII, s.338-339. Ukiyye Hz. Peygamber döneminde kullanılan 40 dirheme denk bir ağırlık ölçüsü birimidir. Bkz: Kallek, Cengiz. "Ukiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2012, C.XLII, s.67-70.

Hz. Âişe de Hz. Peygamber'in (s.a.s) dediği gibi yaptı.⁸⁷ Hadis, mükâtep kölenin kabul ettiği taktirde satılmasına delil olup satılamayacağı görüşünde olanların kanaatlerini de iptal etmektedir. Hz. Âişe velâyı sadece bazı rivayetlerde bulunan 'Senden mükâtebliğini kaldırmak hoşuma gidiyordu' sözü için şart koşmuştu. Hz. Peygamber (s.a.s) şöyle demişti; "*Velâ azat edenin hakkıdır.*" Hz. Peygamber (s.a.s) böylece Berîre'nin sahibinin ileri sürdüğü velâ hakkının kendilerinde kalma şartını da reddetmiş oldu. Hz. Âişe'nin Berîre'yi azat ettiği konusunda da bir ihtilaf yoktur," demiştir."

Nesîb Bey, İbnü'l-Hümâm'ın bundan sonra şöyle dediğine yer verir.⁸⁸

"Eğer bir kimse, 'Köleyi azat etsen de azadın geçersizdir' gibi hukuken helâl olmayan bir şart ileri sürerse akit bâtil olmayıp yalnız zikredilen şart bâtil olur. Çünkü bu şart geçersizdir. Koşulan şartın yürürlüğe girmesi mümkün değildir. İleri sürülen şart hiç zikredilmemiş gibi akit tamam olur. Çünkü buradaki şart, şart koşulan kimsenin takati dışındadır."

Nesîb Bey, İbnü'l-Hümâm'ın neticede şöyle dediğine yer verir.⁸⁹

"İmam Şâfi'î, her ne kadar Amr hadisini Berîre hadisi ile tahsis etse de Hanefilerin bu konuda tahsise katılmamaları, âmm lafız, hâs lafza aykırı olduğunda aralarında tercih sebepleri aranacağından, âmm olan lafız da akdi yasaklayıcı nitelikte iken Berîre hadisi ise mubah kılıcı mahiyettedir. Usul kaidesine göre de mubah kılan lafız, yasaklayan lafız ile hükümsüz olur. İbn Şübürme'nin delil getirdiği Cabir hadisine gelince, Cabir'in Medine'ye kadar taşınmasının istisnasına dair olan şart, akdin özüne ait değildir. Bunu İmam Şâfi'î de söylemiştir. Biz de hem bunu hem de âmm lafzın öncelenmesi gerektiğine dair kanaatimizi bu hadis hakkında da söyleriz."

Nesîb Bey konuyla ilgili hadisleri ele alarak tahlilleri genişletir, Cabir hadisi hakkında *Mebûsût*'tan kısaca şu yorumu aktarır.

"*Cabir'in Medine'ye kadar deveye binmesi satım akdinin şartı değildir. Hatta Hz. Peygamber ile Cabir arasında geçen olay hakikatte satım akdi olmayıp yolculuk esnasında iyi münasebet ve güzel arkadaşlık kabilinden bir şeydir. Zira Hz. Peygamber evvelâ deveyi Cabir'den satın alıp Cabir'in isteği üzerine Cabir'in Medine'ye kadar deveye binmesi şartını kabul etti. Cabir de şarta binaen Medine'ye kadar deveye bindi. Deveyi teslim için Mescid-i Nebevî'ye ulaşarak durumu Hz. Peygamber'e arz ettiğinde Hz. Peygamber'in devenin semeni olan 400 dirhemini Cabir'e geri verilmesini Bilâl'e emretti. Hz. Peygamber'in, "Semen ile deveyi al götür. Allah Te'âlâ her ikisini sana mübarek etsin" diyerek parayı ve deveyi Cabir'e iade ettiğini anlatan olay, devenin satılması hakkında Hz. Peygamber ile Cabir arasında bir akit gerçekleşmediğinin delilidir.*"⁹⁰

Nesîb Bey, Hanefilerin mutlak anlamda her türlü şartlı satışı yasaklayan hadisi âmm kabul ederek ve bu hadis ile de her türlü şartın akdi fasit kılacağı sonucuna vardıklarından Şafi'î mezhebinin delil getirdiği Berîre hadisi ile tahsise gerek görmediklerini izah eder. Hanefilerin hâs olan Berîre hadisindeki azat etme şartını, âmm olan hadisle geçersiz kabul ettiklerini, fakat akdin

⁸⁷ Buhârî, "Zekât", 61, "Büyü'", 67; Müslim, "İtk", 10-11.

⁸⁸ Nesîb, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 415.

⁸⁹ Nesîb, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 416.

⁹⁰ Nesîb, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 416.

gereği olan veya akdi destekleyen ya da taraflardan birine faydası olup örf halini alan şartla yapılan akdi geçerli kabul ettiklerini belirtir.⁹¹

"Hanefilere göre aslında akdin gereği olan şart, hakikatte şart değildir. Çünkü bu şart zaten satım akdinin ifadesi ile aynıdır. Akdin gereği olan şart söylenmese bile akit mutlak anlamda gerçekleşmiş olur. Akdin gereği olmayıp da akde uygun ve onun gereğini destekleyen şart da akdin gereği olan şarta ilave edilir. Bu şartlar satım akdini ifsat etmeyip onu kuvvetlendirir. Bazı şartların geçerliliği üzerinde oluşan görüş birliği, icma sebebiyle reddedilmesi mümkün olmayan şerî bir delil ile sabittir. Semen veya malda vadenin, mutlak olarak satım akdinde de şart muhayyerliğinin şart koşulması gibi şartların geçerli olması bu kabildendir. Akdin gereği olmasa da taraflardan birine faydası olup örfte uygulanan şart da geçerlidir. Çünkü örf, kıyas üzerine hâkimdir. Şartın geçersizliğini ifade eden hadis, akitle hedeflenen maksattan çıkarılan çekişmeye sebep olma illeti ile sınırlandırılır. Akdin asıl amacı çekişmenin önüne geçmektir. Zira günlük işlemlerde satım akdi gibi sebeplerin meşru kılınmasından asıl maksat da taraflar arasında herhangi bir çekişmenin olmamasıdır. Örf de muhtemel çekişmeyi önlemektedir. Binaen aleyh örf hadisin anlamına uygun olmaktadır. Şu durumda akdin gereğinden olmayıp da taraflardan birine fayda sağlayan şartla satım akdi kıyasa göre fasit kabul edilmesi gerekirken örf binaen ve istihsân gereği caiz kılınmıştır. Nitekim ma'dûmun yani mevcut olmayan malın satımı olduğu halde istisnâ⁹² akdi, belli bir ücret karşılığında hamamda yıkanma örf binaen istihsân metodu ile geçerli kılınmıştır. Çünkü insanların âdetlerinin göz önüne alınmamasında açık bir meşakkat mevcuttur. Taraflardan birine faydası olup da henüz örf haline gelmeyen şart ise müfsittir. Zira bunda akit bedelinden ayrı bir fazlalık vardır. Binaen aleyh bu fazlalık faizi gerektirir. Ayrıca bu fazlalık sebebiyle taraflar arasında çekişme ortaya çıkar. Bu durumda satım akdi, muhtemel çekişmeden uzak kalır. Muamelatta sebeplerin meşru kılınmasından maksat da çekişmeyi önlemektir. Akdin gereği olmadığı gibi taraflardan birine de faydası dokunmayan şart ise akdi ifsat etmez. Zira burada korkulan çekişme yok olmuştur. Netice itibariyle faiz ve çekişme sebebi kalkmıştır."⁹³

Nesib Bey, Hanefilerin delil olarak kullandıkları hadisi şiddetle savundukları halde icma veya örf ile kabul benimsenen şartları da geçerli saydıkları, ilgili hadisi ise icma ve örf sebebiyle terk ettiklerini ifade eder.

Hanefiler taraflardan herhangi birine faydası olmayan şartı, kıyasa göre fasit kabul ederken, çekişme ve faize neden olmaması yani yasaklanma sebebinin, illetin bulunmaması halinde de şartı geçerli sayıyorlar. Hanefiler burada kıyası tercih ederek hükme delaleti kesin olan ve yasaklama ifade eden âmm hadisi terk etmiş oluyorlar. Bu durum ise Hanefilerin benimsediği 'akitle ileri sürülen şart geçersizdir' kaidelerine aykırıdır. Bir de şartı bir taraftan ifsat edici görmedikleri halde diğer taraftan şartı geçersiz sayıyorlar. Taraflardan hiçbirine faydası

⁹¹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 416-417.

⁹² İstisnâ Akdi: Bir eser meydana getirmek, imal etmek taahhüdünde bulunan kişi müteahhit ve bu eseri bir bedel yahut maddi bir değer karşılığında yaptıran kişi ise, iş sahibi olup, müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye de istisna akdi, eser sözleşmesi denir. (Kostaloğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İkinci Baskı, İstanbul, 1995, s.3). Eser sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi aynen şu şekilde tarif etmiştir: "İstisna' bir akiddir ki, onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

⁹³ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 417-418.

olmadığı için çekişme ve faize de sebep olmayan şarta niçin itibar edilmiyor, şartın gereğine uyulmuyor. Mademki şarta itibar edilmemesinin sebebi çekişme ve faize sebep olması endişesiydi ve bu sebepler bulunmadığında da imkân nispetinde şarta uyulması gerekiyor idiyse öyleyse akit esnasında ileri sürülen şarta neden ilk başta itibar edilmiyor da şart geçersiz sayılıyor.

Taraflardan birine faydası dokunan fakat örf haline gelmeyen şartı çekişmeye sebep olur düşüncesiyle geçersiz sayıyorlar. Taraflardan birinin faydasına iken henüz teamül haline gelmeyen şartın çekişme sebebi olacağı iddiası da doğrulanmış, kesin değildir. Aslında akit esnasında şart koşularak kararlaştırılan hiçbir bir şey çekişme nedeni olmaz. Tam tersine şart koşulmayan ve meçhul kalan bir şey çekişme sebebi olur. Çekişme daima cehaletten oluşur yoksa şart ve açıklamakla hiçbir zaman çekişme ortaya çıkamaz. Akit esnasında ileri sürülen şartın çekişme sebebi olma ihtimali bulunsaydı, "Örf ile bilinen şey şart kılınmış gibidir", "Esnaf arasında bilinen şey aralarında şart koşulmuş gibidir", "Örf ile belirlenen şey başlangıçta açıklanarak tespit edilen gibidir" kaideleri sahih olmazdı. Bu kaidelerde örfün, beyan edilmek suretiyle şart kılınan kadar kendisine riayet edilmesi gerektiği ve bunun da çekişmeyi önleyici olduğu ifade edilmiştir. Bu kaideler üzerine Hanefî fıkıh kitaplarında birçok mesele tatbik edilmiştir. Binaen aleyh şart ve beyan, çekişmeye neden olması şöyle dursun tam tersine örften daha fazla uyulması gerekli ve çekişmeyi önleyicidir. Tarafların ileri sürdükleri şart ve yaptıkları sözleşmenin hükmü kendileri için özel bir kanun kuvvetindedir. Bunun çekişme sebebi olarak ifade edilemediği gibi tam tersine imkân nispetinde şarta uyulmalıdır."⁹⁴

"Hakikatte örf hakkındaki kaideler örfen bilinen bir şey, şart kılınmış gibi uyulması gereklidir. Hanefî kitaplarında taraflar örfen bilinene aykırı bir beyanda bulduklarında örfte itibar edilmeyeceği, meselâ ücret ile dikmesi örfen bilinen bir terzinin elbiseyi ücretsiz dikmeyi taahhüt edip de dikerse örfte binaen ücret isteyemeyeceği ve yine mutlak paralar örfün delâletiyle ülke parası olarak bilinirken, taraflar örfte yaygın olmayan bir başka para üzerine anlaştıklarında artık örfte göre hareket edilemeyeceği açıkça beyan edilmiştir."⁹⁵

Nesib Bey'in açıklamalarından da anlaşıldığı gibi Hanefî mezhebinde, insanların ihtiyaçları sebebiyle akit esnasında ileri sürülen ve üzerinde anlaşılan şartların -ister örfte yer alsın ister yer almasın- geçerli kabul edilmektedir. Hanefî mezhebindeki bu esneklik, *Mecelle* mazbatasında yazılan karara da uygundur. Netice itibarıyla aslında Hanefî mezhebinin çağın ihtiyaçlarına binaen insanların benimseyip ileri sürdükleri şartların, İslam hukukunun temel prensiplerine aykırı olmadıkça geçerli olacağı aşikârdır ve bu sebeple başka bir mezhebin veya sistemin görüşlerinin alınmasına da gerek bırakmamaktadır.

Nesib Bey, Hanefî fakihi Zeyle'î'nin (ö. 743/1343) faiz ile fasit şartı mukayese ettiği görüşüne yer vererek fasit şart konusuna genişlik kazandırır.

"Malın mal ile mübadelesi olan her şey fasit şartlardan sayılarak bâtil olur. Malın mal olmayan şeyle mübadelesi veya bağış kabilinden olan şeyler fasit şart sayılarak bâtil olmaz. Zira fasit şartlar faiz konusuyula ilgilidir. Faiz ise malların değişimine mahsustur. Malların değişimi dışındakiler ile bağış akitlerinde bulunmaz. Zira faiz, bedelin dışındaki fazlalıktan ibarettir. Fasit

⁹⁴ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 418.

⁹⁵ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 419.

şartın gerçeği ise akdin gereği veya akde uygun olmayan bir şeyin fazlalığıdır. Binaen aleyh akitte bedel dışındaki fazlalık ise aynen faizdir."⁹⁶

Nesib Bey'e göre Zeyle'î'nin, fasit şartların faiz konusu içinde ele alınması gerekir, fasit şartların akdin gereği veya akde uygun olmayan bir şeyin fazladan ilave edilmesi manasına geleceğinden, bu tür şartların bulunduğu akitte bedelden fazla olan kısmın doğrudan faiz olacağına dair görüşünün, Hanefilerin 'fasit şartlar ancak akdin gereği veya akde uygun olmadığı halde taraflardan birine özel faydası dokunan şartlardır' kanaatiyle örtüşmektedir.

"Fi'l-hakika Zeyle'î'nin şu ibaresi İbn Âbidîn hazretlerinin buyurduğu gibi kendi müdde'âsını te'yîd ediyor. Gerçi İbn Âbidîn buyû-i fâsideden ancak akdin muktezâsı veyahut mülâimî olmayıp da ehad-ı 'âkdeyne nef'i olan bir şartı mütezammın olmak hasebiyle fâsid olan bey'in hükmen ribe'l-fadıldan ma'dûd olacağını iddia etmiş ve Zeyle'î ise bi'l-umûm şurût-i fâsidenin ribâ babından olduğunu ve şurût-i fâsidenin hakikati akdin muktezâsı veyahut mülâimi olmayan bir şeyin ziyâdeliği demek olup bu i'tibâr ile şurût-i mezkûrenin bulunduğu akitde 'ıvazdan hâlî fazla bulunmuş olacağını bu fazla ise bi'aynihi ribâ olacağını zikir eylemiş ise de 'inde'l-Hanefiyye şurût-i fâside ancak İbn Âbidîn'in dediği gibi akdin muktezâsı veyahut mülâimi olmayıp da ehad-ı 'âkideyne nef'i olan şartlardır. Binâen aleyh Zeyle'î'nin ibaresi İbn Âbidîn'in müdde'âsına muntabıktır."⁹⁷

Nesib Bey'e göre bu açıklamalar fasit şartların fazlalık faizinden sayılacağını ispat etmiş olamaz. Çünkü fazlalık faizinin tahakkuku için faizin illetinin bulunması gereklidir. Hanefiler her ne kadar bedelin dışında ödenen fazlalığı faiz olarak kabul ediyorlarsa onlara bu nass ile haram kılınan faizin hangi kısmıdır diye soru sorulur. Veresiye faizi midir yoksa fazlalık faizi midir? Kur'ân nassları veresiye faizini, sünnet de fazlalık faizini haram kılmıştır. Bu ikisinin dışında nass ile haramlığı sabit olmuş başkaca bir faiz yoktur. Şu husus dikkat çekicidir ki, malın üzerine belli bir miktar kâr ilave edilerek yapılan satışlarda da aslında sözleşme konusu malın semen mislinden fazla olan miktar, bedelden ayrı bir fazla demek olduğu ortada iken Hanefiler buna faiz demeyerek cevaz verdikleri halde şartlı satışta taraflardan birinin faydasına olan şartın bedelden ayrı bir fazla olduğunu söyleyerek faiz olduğunu iddia ediyorlar. *Fethu'l-kâdir*'de sözlü satım akdi ile kârlı satışın cevazı hakkında yazılı şu ibareler ilgili şartın cevazına delil olmaz mı? *"Mutlak anlamda satışın cevazıyla ilgili delil sabit olduktan ve tarafların karşılıklı rızası bulduktan sonra bilinen şartlarla yapılan satım akdi için artık başkaca herhangi özel bir delile ihtiyaç duyulmadığı ortadadır. Ayrıca bilinen şartla yapılan satım akdinin geçerli olduğu da bilinmektedir.*"⁹⁸

Nesib Bey, *Mecelle*'yi yazan muhterem şahısların meselenin bu yönlerini ayrıntılı olarak düşündüklerini, neticede muamelata dair konular hakkında insanların ihtiyaçlarına en uygun olan görüşün İbn Şübrüme mezhebi olmadığını, bu sebeple de onu tercih etmediklerini gerekçeleri ile açıkladığına yer verir. Nesib Bey, İbn Şübrüme'nin, Ebû Hanîfe ile muasır, Kûfe fakihlerinden biri olduğunu, şartlı satım akdi meselesindeki kanaatinin sıhhatinde şüphe olmayan bir hadisi şerife dayandığını, bu hadisin de farklı görüş sahipleri tarafından bile ta'n edilmeyip kusurlu görülmediği ifade eder.

⁹⁶ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 421.

⁹⁷ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 421-422.

⁹⁸ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 422.

"Mecelle'yi yazan zevât-ı kirâm bu cihetleri mutâla'a etmişler ve bunca tevessü' ve tenevvü' etmiş olan mu'âmelât ve ihtiyâcât-ı nâsa evfak olan İbn Şübrüme mezhebini sathı esbâb-ı mûcibe serdiyle tercih etmediklerini beyân etmişler. İbn Şübrüme İmam Azam'ın mu'âsırı olan müçtehidin-i İslamiye'den ve fukahâ-yı Kûfe'den bir zâttır. Bey' bi's-şart meselesi hakkındaki mezheb-i mahsûsu ise sıhhatinde şek olmayan bir hadis-i Nebeviyyeye müsteniddir. Sıhhatine İbn Şübrüme'nin muhâlifleri olan Ebû Hanîfe, Şafi'î ile eimme-i sâireden hiç birisi ta'n etmemiştir."⁹⁹

Nesib Bey, İbn Şübrüme'nin delil aldığı Cabir hadisine tekraren yer verdikten sonra şu değerlendirmeyi yapar.

"Cabir hadisine göre Hanefilerin iddia ettiklerinin aksine şartlı satım akit başlangıçta gerçekleşmiş, Medine'ye varıldıktan sonra Hz. Peygamber (s.a.s), akdin konusu deve ile semeni Cabir'e ihsanda bulunarak iade ettiği konusunda gayet açıktır. Binaen aleyh Mecelle cemiyetine göre insanların ihtiyaçlarını gidermek için bu hadise dayanan İbn Şübrüme görüşünün tercih edilmesinde hiçbir sakınca yoktu. Bu görüş de şer'an yasak ve haram olan şartla satışın cevazını içermezdi veya Hanefi hukukçularından İbnü'l-Hümâm'ın yukarıda zikrettiği kanaati göz önüne alınmalıydı. Üç görüşün değerlendirilmesi esnasında şer'an yasak ve haram olan şartın dışındaki her türlü şart ile satım akdi sahihtir denilseydi olurdu. Bunun için uzunca düşünmeye gerek dahi yoktu. Özellikle İbnü'l-Hümâm gibi sağlam, büyük bir hukukçunun içtihadıdır. İbnü'l-Hümâm'ın yukarıdaki içtihadı ile hiç şüphe duymadan amel edilebilirdi."¹⁰⁰

Nesib Bey bu kanaatini desteklemek amacıyla İbnü'l-Kayyim'in (ö. 751/1350) *İ'lâm'ul-muvakkı'in* adlı kitabının ikinci cildinin otuz dördüncü sayfasında yer alan şu izaha yer verir.

"Cumhura göre bir şart veya akit ya da muamele hakkında kanun koyucu yasak getirmediği şartlarda asıl olan sıhhattir. Doğru olan bakış açısı da budur. Zira muamelatın batıl olduğuna hükmetmek onların haram oluşuna ve günah sebebi olduğuna hükmetmek demektir. Halbuki bilinmektedir ki, Allah ve Rasulü'nün haram kıldığı şeyden başka haram olmadığı gibi farz kıldığından başka da farz yoktur. Emredildiğine dair delil sabit olana kadar ibadetlerde asıl olan batıl hükmüdür. Haram ve bâtil olduğuna dair delil sabit olunca akitlerde ve muamelatta asıl olan ise sıhhattir. Akit, şart ve muamelat haram kılınuncaya kadar mubahtır. Buna göre kanun koyucunun hakkında hüküm koymadığı hiçbir şart, akit ve muamele hakkında haram hükmü verilemez. Zira hakkında hüküm verilmeyen şeylerin mubah olduğuna dair açık naslar vardır. Kanun koyucu akit ve sözleşmelerin tamamına riayet edilmesini "ياايهاالذنين آمنوا افوا"¹⁰¹, "واوفوا بالعهد"¹⁰², "ياايهاالذنين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر"¹⁰⁴, "والموفون بعهدهم اذا عاهدوا"¹⁰³, "والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون"¹⁰², "بالعقود"

⁹⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 422.

¹⁰⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 423-424.

¹⁰¹ "Sözünüze riayet edin, gereğini yerine getirin." İsrâ 30/34.

¹⁰² "Akitlerin gereğini yerine getirin." Mâide 5/1.

¹⁰³ "Onlar emanetlerini ve sözlerini yerine getirirler." Mü'minun 23/8.

¹⁰⁴ "Anlaşma yaptıklarında verdikleri sözleri yerine getirirler." Bakara 2/177.

ayetleriyle¹⁰⁷ "ان الله لا يحب الخائنين",¹⁰⁶ "بلى من اوفي بعهده واتقى فان الله يحب المتقين",¹⁰⁵ "مقتا عندالله ان تقولوا مالاتفعلون emir buyurmuştur."¹⁰⁸

Nesib Bey, İbnü'l-Kayyim'in konu hakkında aktardığı hadislerden özellikle dikkat çeken birkaç tanesine yer vererek makalesini tamamlar.¹⁰⁹

SONUÇ

İslam hukuku alanında kitap ve makaleleri olan Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi müderrislerinden Zeynelabidin zâde Ebu'l-Fazl Seyyid Mehmed Nesib Bey, Osmanlı dönemi hukukçularındandır. Nesib Bey, çalışmamıza konu olan *Mecelle'nin Islahına Doğru* makalesini *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'de görülen eksiklerin giderilmesi, *Mecelle*'nin tam bir medeni / borçlar kanunu haline getirilerek hükümlerin günün ihtiyaçlarına cevap verecek seviyede tutulması amacıyla 9 Mayıs 1916 tarihinde Adliye Vekaleti'nde toplanan komisyonun çalışmalarından birkaç ay sonra kendi kanaatlerini paylaşarak bu amaca katkı sağlamak düşüncesiyle kaleme alır. Makaleyi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın Eylül 1916 Salı günü nüshasında yayımlatır.

Nesib Bey makalesine Osmanlı Devleti'nde yürürlükte olan *Mecelle*'nin Hanefi fihki esas alınarak hazırlanan bir kanun metni olduğunu, mazbatada yer alan bilgileri aktararak başlar. Makalesini, Hanefi fikhinin *-Mecelle* mazbatasında da yer aldığı gibi- çağın ihtiyaçlarını gidermeye elverişli, muteber görüşlerden meydana geldiği ana fikri üzerine oturtur. Nesib Bey makalesini bu ana fikir doğrultusunda *Mecelle*'nin daha fonksiyonel bir yapıya sahip olması amacıyla kaleme aldığını bunu da İslam hukukunda ca'li şartlar olarak bilinen satım akdinde ileri sürülen ilave şart veya şartların geçerli olup olmaması üzerine bina eder. Konuyla ilgili özellikle Ebû Hanîfe, İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme'nin görüşlerini delilleriyle birlikte fikhin usul ve furu ilmini esas alarak sunar. Şartın geçerli olup olmayacağı konusunda da kanun koyucunun genel ilkeleri içinde kaldığı müddetçe çağın ihtiyaçlarına ve insanların teamülüne göre hüküm verileceği sonucuna varır.

Nesib Bey makalesinin önemli bir kısmını, kanunların insanların ihtiyaçlarına göre düzenlenmesi gerektiğine, bu sebeple toplumun örf ve adetleri göz önüne alınmadan hazırlanan kanun metninin başarısız olacağına ayırır. Nesib Bey hazırlanan kanun metninin yürürlüğe girmeden toplumun örf ve adetlerine vakıf, ihtiyaçlarını bilen sahasında uzman, otoriter bir bilim kurulu tarafından da incelenmesi gerektiği teklifinde bulunur. Bir hukukçunun toplum ile hukuk arasındaki ilişkinin hukuk sosyolojisi esaslarına binaen sağlıklı bir şekilde kurularak kanun metninin hazırlanması teklifi, makalenin satır aralarında kalan önemli bir ayrıntıdır. Nesib Bey, aslında İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in bu anlamda hukuk sosyolojisi kurallarına göre hareket ettiğini verdiği örneklerle de ortaya koyar.

Nesib Bey, şartlı satım akdinin alanının Hanefi fihki esas alınarak günün ihtiyaçları ve insanların uygulamaları doğrultusunda tarafların rızası ile ve de kanun koyucunun belirlediği

¹⁰⁵ "Yapamayacağınız şeyleri söylemeniz, Allah katında sevilmeyen bir şeydir." Saf 61/3.

¹⁰⁶ "Hayır (onların dediği gibi değil)! Her kim sözünü yerine getirir ve kötülükten sakınırsa bilsin ki Allah sakınanları sever." Âl-i İmrân 3/76.

¹⁰⁷ "Allah hainleri (sözünde durmayanları) sevmez." Enfâl 8/58.

¹⁰⁸ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 425.

¹⁰⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 425.

esaslara aykırı olmadan genişletilerek geçerli kabul edileceği yorumunda bulunur. *Mecelle*'yi düzenleyenlerin de şartlı satım akdi meselesinde Hanefî fikhını esas aldıklarını, muamelat ile ilgili konular hakkında insanların ihtiyaçlarına en uygun olan görüşün İbn Şübrüme mezhebi olmadığını, bu sebeple de onu tercih etmediklerini gerekçeleri ile açıkladığına yer verir.

Nesib Bey *Mecelle* heyetinin tespit ettiği gibi akit ile şartın fasit olup olmaması açısından birbirlerine tamamen zıt görüşlere sahip olan İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme olmadığını, birbirine tam olarak aykırı kanaatte olanın İmam Ebû Hanîfe ile İbn Şübrüme olduğu düzeltmesini yapar. İbn Ebî Leylâ'nın ise akdin geçerli şartın ise geçersiz olduğu kanaatiyle bu iki görüş arasında daha orta bir yol tercih ettiğini belirtir.

Nesib Bey makalesinde faiz ile satım akdinde fazladan ileri sürülen şartı da karşılaştırarak değerlendirir. Hanefî hukukçusu Zeyle'î'nin fasit şart ile fazlalık faizinin benzerliği konusundaki görüşüne yer verdikten sonra yaptığı hukuki tahlilde her ne kadar fasit şart ile faiz sebebi olan fazlalık, Hanefî fikhına göre bir açıdan benzemekte ise de bu durum, fasit şartın fazlalık faizi gibi sayılmasını ispat edemeyeceğini belirtir. Nesib Bey, akitte ileri sürülen her fazlalığın faiz gibi değerlendirilip fasit şart olarak kabul edilmesinin doğru olmadığını, aksi taktirde satıcının murabaha akdinde malın üzerine semenden ilave ettiği kısmın da geçersiz kabul edilmesi problemine neden olacağını ifade eder. Halbuki Hanefî fikhında, tarafların belli bir kâr ilave edilen ve tarafların karşılıklı rızası ile yapılan murabaha akdinin geçersizliğine dair hiçbir görüş bulunmadığını *Fethu'l-kâdir*'den yaptığı alıntılarla ispat eder.

Makale, ca'li şart konusunu usul ve furu açısından ayrıntılı olarak ele alarak hüküm elde etmede gerekli bakış açısını, hukukçuların delilleri değerlendirme mototlarını, lafızların umum ve husus ifade etmesinin hükme tesirini ortaya koyan güzel bir ders örneği mahiyetine de haizdir.

Nesib Bey makalesinin sonunda Hanefî fikhının satım akdinde cevaz verdiği şartların sadece insanlar arasında örf ve adet haline gelmiş uygulamalarla sınırlı kalmaması gerektiğini, kanun koyucu tarafından yasaklanmamış olması şartıyla taraflara fayda sağlayan ve üzerinde anlaşılabilir her şartın akit esnasında ileri sürülebileceğini ve böylece şartların alanının biraz daha genişletilmesinin yerinde olacağını ifade eder. Nesib Bey aslında bu yaklaşımın Hanefî hukukçusu İbnül Hümmam tarafından da savunulduğunu fıkıh kitaplarından yaptığı alıntılarla açıklamakta, kendi kanaatinin de bu doğrultuda olduğunu ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- Ahmed b. Hanbel (ö.241/855). *Müsned*, I-VIII, Beyrut, 1997.
- Albayrak, Sadık. *Son Devir Osmanlı Uleması (İlmiye Ricâlinin Terâcim-i Ahvali)*, I-V, İstanbul, 1981.
- Albayrak, Sadık. "Dâru'l-Hikmeti'l-İslamiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul 1993, C.VIII, s.506-507.
- Ali Haydar Efendi (Küçük). *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I-IV, Üçüncü Baskı, İstanbul, 1330.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1994, C. IX, s.387-388.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Ankara, 2003, C. XXVIII, s.231-235.
- Bardakoğlu, Ali. "Bey'", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1992, C.VI, s.13-19.
- Baş, Derya. *Şeyh Ahmed el-Bedevî, Tarikatı ve İstanbul'da Bedevilik*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2006.
- Behûtî, Mansûr b. Yunus b. İdris (ö.1051/1641). *Keşşâfu'l-kına 'an metni'l-ikna'*, Tah. Muhammed Emîn ed-Dinnâvî, I-V, Beyrut, 1997.
- Bilgili, İsmail. "Seyyid Mehmed Nesib'in Hanefî Mezhebi Müdafaası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, C.XXVI, Konya, 2015, s.483-522.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (ö.1971). *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, İstanbul, 1970.
- Boynukalın, Mehmet. "Şart", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2010, C.XXXVIII, s.364-365.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (ö. 256/869). *el-Câmiu's-sahîh*, I-VIII, İstanbul, 1981.
- Burhânüddîn (Burhânu's-Şerî'a) Mahmud b. Ahmed b. Abdulazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö.616/1219). *el-Muhitu'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, Tah. Abdülkerîm Sâmi el-Cündî, I-X, Beyrut, 2004.
- Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/888). *es-Sünen*, Tah. Şuayb Arnavut - Muhammed Kâmil, I-VI, Dimeşk, 2009.
- Haçkalı, Abdurrahman. *İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun, 1995.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dimeşkî (ö. 1252/1836). *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-epsâr*, Tah. Muhammed Bekir İsmail, I-XII, Riyad, 2003.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed (ö. 620/1223). *el-Muğni*, Tah. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Turkî - Abdülfettah Muhammed, I-XV, Riyad, 1997.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni (ö.273/886). *es-Sünen*, Tah. Şuayb Arnavut, Beyrut, 2009, I-V.
- İbn Nuceym, Zeynulâbidîn b. İbrahim, b. Muhammed (ö.970/1562). *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, I-IX, Beyrut, 1997.
- İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (ö.795/1393). *Takrîru'l-Kavâid ve tahrîru'l-fevâid*, Tah. Ebû Ubeyde b. Hasan es-Selman, I-III, Kahire, tsz.
- İbn Rüşd, Ebû Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.595/1198). *Bidâyetü'l-müctehid ve Nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Dokuzuncu Baskı, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1409/1988.

- Kallek, Cengiz. "Okka", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2007, C.XXXIII, s.338-339.
- Kallek, Cengiz. "Ukıyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2012, C.XLII, s.67-70.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alâuddîn b. Mes'ûd (ö. 587/1191). *Bedâi' u's-sanâi' fî tertîbi'ş-şerâi'*, I-X, Beyrut, 2003.
- Kostaloğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İkinci Baskı, İstanbul, 1995.
- Müslim b. Haccac, Ebu'l-Hüseyn el-Kuşeyrî (ö. 261/874). *el-Câmiu's-Sahîh*, Tah. Muhammed Fuad Abdülbâki, I-V, Beyrut, tsz.
- Nesâî, Ebû Abdîrrahman Ahmed b. Şuayb (ö.303/915). *es-Sünenü's-suğrâ (el-Müctebâ mine's-sünen)*, Tah: Abdülfettâh Ebû Gudde, I-VIII, Halep, 1996.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şerîf (ö. 676/1277). *el-Mecmu' şerhu'l-Mühazzeb*, Tah. Muhammed, Necib İbrahim el-Muti'î, I-IX, Cidde, tsz.
- Osmanlı Arşivi. ŞD.Saîd, 25-4-3.
- Osmanlı Arşivi. DH.SAİDd. 0050.
- Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya, 2015.
- Samar, Mahmut. *İslami Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2019.
- Serahsî, Şemsu'l-eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (ö. 483/1090). *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut, 1989.
- Seyyid Mehmed Nesib Efendi. *Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil*, Şehzâdebaşı Evkâf Matba'ası, İstanbul 1337/1339.
- Seyyid Mehmed Nesib Efendi. "Mecelle'nin Islahına Doğru", *Dâru'l-Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Hukûk-i Medeniyye Tedkîkâtı, Sene 1, S. 4, Eylül, 1332.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed b. Eyyub (ö.360/971). *el-Mu'cemu'l-Evsat*, Tah. Tarık b. Abdillâh b. Muhammed - Abdülmuhsin b. İbrahim el-Huseynî, I-X, Kahire, 1995.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve (ö. 279/892). *el-Câmi' u's-Sahîh*, Tah. Beşşâr Avvâd Ma'rûf, I-VI, Beyrut, 1998.
- Yazıcı, Nesimi. "Cerîde-i İlmiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1993, C.VII, s.407-408.
- Yusuf Ziya Bey. "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 9 Teşrîn-i Evvel, 1336, S. 1018, s. 2.
- Yusuf Ziya Bey. "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 11 Teşrîn-i Evvel, 1336, S. 1020, s. 2.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö.1999). *el-Medhalu'l-fıkhiyyu'l-'âm*, I-III, Dimeşk, 1998.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-Mâlikiyyu'l-müeyesser*, I-IV, Dimeşk, 2010.

Son Değişiklikler Çerçevesinde Patent Hakkının Haczi*

Fikret Sami TİYEK 

Ar. Gör., Pamukkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
ftiyek@pau.edu.tr, (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Önder TOPAL 

Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı,
ondertopal61@gmail.com

Makale Bilgileri	Öz
Makale Geçmişi Geliş: 28.04.2021 Kabul: 22.06.2021 Yayın: 23.06.2021	Sınai mülkiyet hukukunu düzenleyen dağınmık hükümler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile bir yerde toplanmıştır. Bu Kanun, sınai mülkiyet hakkı kapsamında yer alan patent hakkına ilişkin bazı yenilikler getirmiştir. Bu yeniliklerden birisi de patent hakkının haciz işlemine konu olmasıyla ilgilidir. Patent hakkının, sahibinin borcundan dolayı haczedilebileceği, Kanun'da açıkça ifade edilmiştir. Ancak, haczin konusu ve haczin icra edilmesi noktasında herhangi bir belirleme söz konusu değildir. Çalışmamızda öncelikli olarak patente ilişkin temel kavram ve haklara genel olarak yer vererek, patent hakkının haczinin konusunu ve icrasını daha anlaşılır bir şekilde ortaya koymaya çalışacağız. Bu itibarla, "patent hakkı" olarak ifade edilen ve haczin de konusunu oluşturan kavramın, kapsamı belirlenecektir. Öte yandan, haczin gerçekleştirilmesine ilişkin ne Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ne de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda açık hüküm bulunmaktadır. Fakat yine de haciz İcra ve İflas Kanunu hükümler çerçevesinde icra edilecektir. Bu bakımdan haczin gerçekleştirilmesinde Kanun'un hangi hükümlerinin işlerlik kazanacağına, hangilerinin ise uygulanamayacağına yönelik bir belirleme yapılacaktır. Bu sırada da yeni bir kanuni düzenleme yapılmasının gerek olup olmadığına da çalışmamızda yer verilecektir.
Anahtar Kelimeler: Patent, Buluş, Patent İsteme Hakkı, Patentten Doğan Hak, Haciz	

Attachment Of Patent Rights Under The Recent Changes

Article Info	Abstract
Article History Received: 28.04.2021 Accepted: 22.06.2021 Published: 23.06.2021	The dispersed provisions regulating the industrial property law have been gathered in one place under the Industrial Property Law No. 6769. This Law has introduced several novelties regarding the patent right, which is within the scope of industrial property right. One of these novelties is related to the patent right being subject to the attachment proceedings. It is clearly stated in the Law that the patent right can be attached due to the owner's debts. However, the subject and the execution of the attachment have not been determined. In our study, we will try to reveal the subject and execution of the attachment of the patent right in a more understandable way, primarily by including the basic concepts and rights related to the patent in general. In this respect, the scope of the concept, which is expressed as "patent right" and constitutes the subject of attachment, will be determined. On the other hand, neither the Industrial Property Law nor the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004 have explicit provisions regarding the execution of attachment. However, the attachment will still be enforced within the framework of the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law. In the realization of the attachment, a determination will be made as to which provisions of the Law will become effective and which cannot be applied. Meanwhile, our study will also cover as to whether a new legal regulation is required.
Keywords: Patent, Invention, Right to Request a Patent, Right Arising from a Patent, Attachment	

Atıf/Citation: Tiyek, F. S., Topal, Ö. (2021). Son Değişiklikler Çerçevesinde Patent Hakkının Haczi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 243-275.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

GİRİŞ

Sınaî mülkiyet haklarına ilişkin olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sınaî mülkiyet hakkı kavramı markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli kapsamaktadır. Anılan Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı modele ilişkin Kanun Hükmünde Kararname’lerin (KHK) yürürlüğüne son verilmiştir. SMK, anılan sınai mülkiyet haklarına ilişkin KHK'lara paralel düzenlemeleri içermekle beraber, birçok yeni düzenlemeyi bünyesinde barındırmaktadır¹. Örneğin patent hakkının haczine ilişkin olarak 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (PatKHK) ve 5175 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik'te (PatKHKY) herhangi bir düzenleme yer almazken, SMK m. 148/1'de ve Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (SMKY) m. 126'da özel hüküm yer almaktadır. Söz konusu hükümler çerçevesinde sınai mülkiyet haklarının ve özellikle inceleme konumuzu oluşturan patent hakkının, haczi caiz olan malvarlığı unsurları arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

Sınaî mülkiyet haklarının, daha geniş bir ifadeyle gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hakkın haczine ilişkin olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar sınai mülkiyet haklarının haczedilebileceği, ilgili kanunda düzenlenmiş olsa da hangi usule göre haczin gerçekleştirileceğine ilişkin olarak açık bir hüküm sevk edilmemiştir. Hatta sınai mülkiyet haklarının haczi konusunda İİK'nin hangi hükümlerinin işlerlik kazanacağı konusu da doktrinde tartışılmaktadır. Zira, SMK ve SMKY, sınai mülkiyet haklarının ve bu kapsamda patent hakkının da haczini açıkça düzenlemekte ve fakat haczin nasıl gerçekleşeceği konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Haczin gerçekleşmesi hususunda anılan kanunda hüküm olmaması normaldir; zira hacizle ilgili hükmün, İcra ve İflas Kanunu'nda yer alması beklenmektedir. Fakat az önce ifade ettiğimiz üzere gayri maddi mallar üzerindeki mülkiyet hakkının, bu kapsamda sınai mülkiyet haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczine ilişkin olarak İİK'da doğrudan hükümler olmadığından; bu eksikliğin giderilmesi için gerekli kanun değişikliklerinin yapılması büyük önem ifade etmektedir. Anılan hususta, kanun değişikliği yapılanaya kadar, mevcut düzenlemeler çerçevesinde patent hakkının haczine ilişkin olarak İİK'nin hangi hükümlerinin işlerlik kazanacağı noktasında belirlemeler yapmak gerekir.

Patent hakkının haczine ilişkin olarak değerlendirmelere geçmeden önce, ilk olarak SMK kapsamında patent hakkına yer vermekte fayda vardır. Bir başka ifadeyle patent hakkının haczinin konusunun ne olduğunun tespit edilebilmesi için SMK kapsamında patentin ne anlama geldiğinin açıkça ortaya koyulması gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamızda, patent ile ilgili kavramlar, patent ve patent hakkı kavramları, sonrasında ise patent hakkının haczine yer verilecektir. Aşağıda sırasıyla bu konular ele alınıp değerlendirilecektir.

¹ SMK'nın sınai mülkiyet hukuku bağlamında getirmiş olduğu yenilikler inceleme konumuzun kapsamı dışındadır.

I. PATENT KAVRAMI

A. Patentın Tanımı ve Unsurları

Dil bilimi bakımından “açık olmak” anlamına gelen patent kavramı, Krallıklar döneminde, altı mühürlenmiş, üst tarafı mühürlenmeden rulo halinde önemli mevkilere atanan, kendilerine imtiyazlar tanınan ya da bir buluş yapan kişilere verilen, Latince “literae patentis” olarak adlandırılan açık, mühürle kapatılmamış mektuplardan türemiştir².

Türk patent hukukumuzun temel düzenlemelerinden olup yürürlükten kaldırılan PatKHK ve PatKHKY kapsamında “ihtira berati” kavramının³ yerine “patent” ifadesi benimsenmiş, ancak patent kavramının tanımı yapılmamıştır.

Sınai mülkiyet hukukunun, dağınık ve kanun hükmünde kararnamelerle belirlenmeye çalışılan temel kuralları, nihayet 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁴ (SMK) ile tek bir çatı altında toplanmışsa da, ne bu Kanun’da ne de SMKY’de⁵ patent kavramının tanımına yer verilmiştir.

Doktrinde patente ilişkin yapılan farklı tanımlar bulunmakla birlikte, tüm unsurlarını kapsayacak şekilde bir tanım yapmak gerekirse; *patent*, teknolojinin buluş yapmaya müsait her alanında fikri çaba ürünü olarak ortaya çıkan buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla resmi makamlarca verilen ve bu çerçevede sicile tescille birlikte üçüncü kişilere karşı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında koruma sağlayan belge olarak tanımlanabilir^{6 7}.

Yukarıda yer verdiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere patentin unsurları, “yenilik”, “buluş basamağı” ve “sanayiye uygulanabilirlik” olarak ifade edilebilir (SMK m. 82/1).

² Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.523; Saraç, Tahir (Karahana, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.199; Suluk, Cahit (Karasu, Rauf/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.231.

³ Benzeri görülmemiş bir şey icat etme, vücuda getirme anlamındaki ihtira berati kavramı, 13 Mart 1879 tarihinde yürürlüğe giren İhtira Berati Kanunu ile ilk defa kullanılmış, günümüzde yerini patent kavramına bırakmıştır (Saraç, 2012, s.199).

⁴ 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı RG.

⁵ 24.04.2017 tarih ve 30047 sayılı RG.

⁶ Doktrinde yer verilen diğer tanımlamalar için bkz. Suluk, 2020, s.231; Erdem, Bahadır. *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s.22; Hırş, E. Eduard. *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1948, s.78; Kaya, Arslan. “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, C. LV, S. 4, 1997, (s.173-200), s.173; Saraç, 2012, s.200; Tamer, Ahmet. *Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.13; Şehirli, Feyzan H. *Patent Hakkının Korunması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1998, s.7; Sarı, Onur. *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.27-28, <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=23027>, (Erişim Tarihi: 03.01.2021).

⁷ Patent kavramı dar ve geniş anlamda patent olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir (Suluk, 2020, s.231; Saraç, 2012, s.199). Buna göre dar anlamda patent, kanunda belirtilmiş koşulları taşıyan buluşlar için patent hakkını kanıtlanması amacıyla verilen bir belgedir. Geniş anlamda patent ise patent verilmesi ile buluş üzerinde inhisarî kullanım yetkisini sağlayan mutlak hakkı ve bu hakkı ispata yarayan belgeyi ifade eder (Kaya, 1997, s.173; Suluk, 2020, s.231; Saraç, 2012, s.199).

Tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluşun yeni olduğu kabul edilmektedir (SMK m. 83/1). Bu kapsama, başvurudan önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı ya da sözlü olarak ortaya konulmuş veya kullanım gibi bir şekilde açıklanan, herkesin erişebildiği şeyler girer (SMK m. 83/2). Tekniğin bilinen durumu, başvuru tarihinde ya da sonrasında yayımlanan ve önceki tarihli ulusal patent ve faydalı model başvurularının ilk içeriklerini kapsar (SMK m. 83/3).

Tekniğin bilinen durumunu dikkate alarak ilgili teknik alandaki uzman tarafından aşikar olarak kabul edilmeyen buluşların, buluş basamağını içerdiği kabul edilir⁸ (SMK m. 83/4).

Buluşun sanayiye uygulanabilirliği, herhangi bir sanayi alanında (tarım dâhil) üretilebilir ya da kullanılabilir olup olmamasına göre belirlenir (SMK m. 83/6).

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşların, patent verilerek korunabilir nitelikte olduğuna işaret edilmelidir. Buluş olarak değerlendirilemeyecek haller SMK'nın 82. maddesinin ikinci fıkrasında ve buluşa patent verilemeyecek haller ise aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenleme altına alınmıştır.

B. Buluş Kavramı ve Unsurları

Patent belgesi verilmesi için ortada bir buluşun varlığı gerekir ve buluşun tanımlanması, patent kavramının anlaşılabilmesi için elzemdir⁹. Bu itibarla buluş, fikri veya fiziki bir çaba sonucu ortaya çıkmış olan, halihazırdaki durumu ilerletici nitelik taşıyan veya ortaya çıkan sorunu teknik alan kapsamında, uygulanabilir bir öğretiyle çözen kurallar getiren teknik çözümleme, proje ve fikir ürünü olarak ifade edilebilir¹⁰. Bu kapsamda buluşun unsurları; teknik alan, uygulanabilir bir öğreti ve çözümdür¹¹.

Öncelikle bir buluştan söz edilebilmesi için teknik bir alanın mevcudiyeti şarttır. Teknik alandan kasıt doğadır ve teknik alanı bir doğa kanununun keşfi, bilimsel bir sürecin izlenmesi, toplanan materyallerin denenmesi ve incelenmesi, iktisadi hesaplar ve özel deneyler yapmak gibi

⁸ SMK m. 83/3 bağlamında tekniğin bilinen durumu kapsamında değerlendirilen başvuruların ve belgelerin içerikleri, buluş basamağının incelenmesinde dikkate alınmazlar (SMK m. 83/5).

⁹ Saraç, 2012, s.205; Şehirali, s.6; Tamer, s.14.

¹⁰ İhtira ve buluş kavramını birbirinden ayırmayan görüş için bkz. Hirş, s.77. *Tekinalp* ise buluşu, bir beşeri gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren, uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getiren fikri bir ürün olarak tanımlamıştır (Tekinalp, 2012, s.530). Bir tanıma göre buluş, bir problemin çözümüne ilişkin teknik kuraldır (Saraç, 2012, s.204). Başka bir tanıma göre buluş, insan zekasının ürünü olan, özel, teknik bir problemin çözümünü sağlayan, teknik bir kural getiren yenilik unsuru taşıyan, ürünlere ya da usullere ilişkin olan bir fikirdir (Şehirali, s.7). Bir diğer tanımlamaya göre ise teknik buluş, doğal kuvvetlerin hâkimiyet altına alınması bakımından bir ilerleme kaydetmeyi ifade eder (Ayiter, Nuşin. *İhtira Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s.30). Kısa ve soyut bir tanıma göre ise buluş teknik bir eylemle ilgili kuraldır (Ortan, Ali Necip. *İşçi Buluşları Hukuku*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1987, s.46). Bir diğer yazar buluşu, teknik bir soruna getirilen yeni çözüm şeklinde tanımlamıştır (Erdem, s.21). Buluş, teknik bir problemi çözen ve yenilik özelliği taşıyan insan fikridir (Suluk, 2020, s.231). En kısa şekilde buluş, bir problemin çözümüne ilişkin teknik kural olarak tanımlanmaktadır (Güneş, İlhami. *Sinai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.142).

¹¹ Hirsch, E. Eduard. *Hukuki Bakımdan Fikrî Say*, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1942, s.114-115; Tekinalp, 2012, s.530; Engelbert, Marina, *Pfändung ausgewählter Immaterial-güterrechte*, FHVR, Heft 64, 2007, <https://www.hwr-berlin.de/fileadmin/portal/Dokumente/Fachbereiche-Institute/FB4/Forschung/FB-4-Heft-2007-64.pdf>, Erişim Tarihi: 08.03.2021, s.19.

çok geniş bir yelpaze oluşturabilir. Önemli olan husus, doğanın hakimiyet altına alınması ve bir sonuca ulaşılmasıdır¹².

Buluş, sadece fikri bir ürün olarak soyut/düşünce aşamasında kalmamalıdır¹³. Gösterilen faaliyet sonrasında hayata geçirilme vasfına sahip, uygulanabilir bir öğretinin somut olarak ifade edilebilmesi ve teknik bir meselenin çözüme kavuşması durumu, tekrar edilebilir olmalıdır¹⁴.

Son olarak, buluşun, üzerinde çalışılan soruna çözüm getirmiş olması aranır¹⁵. Buluşla getirilen çözümün o alanda farklı görünüm biçimleri olsa bile somut olarak ortaya konulmasına bakılır. Bu yapılırken, yeni bulunan bir yöntem, bir cisim ya da yeni bir maddenin keşfinden bahsedilebilir¹⁶.

C. Patent Hakkı ve Patent Hakkının Hukuki Niteliği

Burada tanımını yapmış olduğumuz patent kavramı, doktrinde geniş anlamda patent olarak kabul edilen kavramdır¹⁷. Bu geniş tanımlama çerçevesinde patent ifadesinden ziyade uygulama ve literatürde "patent hakkı" terimi kullanılmakta ve bununla patent sahibine ait tüm yetkileri kapsayan genel bir hak kategorisi anlatılmak istenmektedir¹⁸. Aşağıda da ifade edileceği üzere, buluşla ilgili haklar ve patent başvurusuyla patent alındıktan sonraki süreçte ortaya çıkan haklar, bu çalışmada irdelenecektir¹⁹.

Patent hakkı, gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak hakkı ifade eden sınai bir haktır²⁰. Gayrimaddi mallar, Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamındaki menkul mallar dışında, insan zekasının yaratıcı ürünü olup, üstünde cisimlendiği maddi mallardan ayrılan ve ayrı bir hukuki varlığa ve ekonomik değere sahip haklardır²¹. Patent hakkı da gayrimaddi mal olması sebebiyle üzerinde bulunduğu ürün veya usulden farklı olarak değerlendirilebilir. Bu itibarla patent hakkı, sahibine, maddi ve manevi menfaatler sağlayan, patent verilmiş buluş üzerinde sınırsız bir şekilde kullanım hakkı sağlayan mutlak haktır²². Patent hakkı, ayrı ve bağımsız bir malvarlığı unsuru oluşturur ve miras yoluyla intikal edebileceği gibi, lisansa konu edilebilir, rehin verilip, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlerde yer alabilir (SMK m. 148/1, SMKY m. 125 vd.).

¹² Hirş, s.80; Saraç, 2012, s.204; Tekinalp, 2012, s.530; Sarı, s.36.

¹³ Tekinalp, 2012, s.533.

¹⁴ Ayiter, s.36-37; Hirsch, C. I, s.118; Sarı, 36.

¹⁵ Ayiter, s.31; Saraç, 2012, s.205.

¹⁶ Tekinalp, 2012, s.534.

¹⁷ Bu yönde bkz. Saraç, 2012, s.199-200; Kaya, 1997, s.173.

¹⁸ Saraç, 2012, s.200.

¹⁹ Saraç, 2012, s.200.

²⁰ Fikri mülkiyet hakları, maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak hakların başında gelir ve hukuken korunurlar (İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, 1976, s.237).

²¹ Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.26.

²² Erdem, s.47. Bir başka tanıma göre patent hakkı "*devlet tarafından sağlanan ve sahibine, konusunu teşkil eden buluşun münhasır yararlanma ve kullanımını sağlayan hak*"tır (Öztek, Selçuk. "Son Değişikliklerden Sonra Türk Patent Hukukunun Anahatları", *Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, (s.55-63), s.55).

Patent hakkı, buluş sahibine, buluştan yararlanma ve kendi izni olmadan üçüncü kişilerin haksız fiil ve davranışlarına, tecavüzlerine karşı koyma, bu davranışların önlenmesini isteme imkanı tanıyan bir haktır²³. Dolayısıyla patent hakkı sahibi, ürünler ister ithal ister yerli üretim olsun buluşun teknoloji alanı, yeri farketmeksizin patent hakkından yararlanabilecek; patentten doğan hakkına izinsiz olarak yapılmış fiillerin de önlenmesini talep edebilecektir²⁴ (SMK m. 85/1-2).

Patent hakkının süresi, başvuru tarihinden başlamak üzere, yirmi yıldır²⁵. Sağlanan koruma süresiz olmadığı gibi, sürenin uzatılması da mümkün değildir (SMK m. 101/1). Yıllık ücretler düzenli bir şekilde ödense bile azami süre dolunca patentli buluş, toplumun malı olur (SMK m. 140/2) ve artık buluş sahibi (inhisari haklar bakımından) haksız rekabet hükümlerine de dayanamaz²⁶.

Burada inceleyeceğimiz buluşla ve patentle ilişkili hakların hangi unsurlardan oluştuğuna ilişkin bir belirleme yapmak gerekirse, buluşun gerçekleştirilmesinden patentin verilmesine kadar geçen süreç şu şekilde işlemektedir²⁷: *Öncelikle* buluşun gerçekleştirilmesiyle buluş üzerinde, buluşçu haklarından olan *patent isteme hakkı* doğar²⁸. Bir başka ifadeyle, buluşu gerçekleştiren kişi buluşu için henüz patent başvurusu yapmamışsa burada beklenen bir hak söz konusudur ve şahsı üzerinde mevcut bir hak ortaya çıkar²⁹. Yine bu noktada, patent başvurusunda bulunulan ve fakat henüz patent alınmamış aşama, yani başvuru aşaması bulunmaktadır³⁰. Bu aşamada ortaya çıkan hak, başvurudan doğan hak (patente yönelik hak) şeklinde de ifade edilmektedir³¹. Nitekim, patent isteme hakkı ve patente yönelik hak kavramları, buluşçu hakkının bir parçası olup, benzer anlamda kullanılmaktadır. Son aşama ise, patent başvurusu üzerine, patentin tescil edildiği ve buluşa patent belgesi verildiği aşamayı ifade etmektedir ve patentten doğan hak kavramıyla ifade edilmektedir³².

D. Buluşla İlgili Hakların Kapsamı

1. Genel Olarak

Yukarıda yer verdiğimiz üzere çalışmamızın konusunu teşkil eden patent ve patent alınması sürecindeki buluşla ilgili haklar incelenecektir. Bu itibarla buluşçu hakkı kapsamında, patent isteme hakkı ile başvurudan doğan hak ve patentten doğan hak şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu kavramlara, konunun kapsamı dışına çıkmamak adına kısaca yer vereceğiz.

²³ Şehirli, s.74; Tamer, s.21.

²⁴ Tamer, s.21-22.

²⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.93; Tekinalp, 2012, s.607.

²⁶ Suluk, 2020, s.294.

²⁷ Bu aşamalar hakkında bkz. Ayiter, s.61 vd.; Orta, s.75 vd.; Şehirli, s.53 vd.

²⁸ Suluk, 2020, s.274; Saraç, 2012, s.213.

²⁹ Saraç, 2012, s.213.

³⁰ Suluk, 2020, s.274; Saraç, 2012, s.214.

³¹ Hakka ilişkin nitelendirmeler için bkz. Suluk, 2020, s.274; Saraç, 2012, s.214; Hırş, s.96; Şehirli, s.54.

³² Suluk, 2020, s.274; Saraç, 2012, s.214; Şehirli, s.53-54.

2. Patent Belgesi Alınmadan Önceki Dönemdeki Buluşla İlgili Haklar

a. Genel Olarak

Buluşun yapılmasıyla beraber buluşu yapan kişi üzerinde kendiliğinden bir hak doğar³³. Söz konusu buluşun yapılmasıyla buluşa patent verilmesinden önce buluş sahibinin şahsında doğan doğal hak, buluşçu hakkı olarak ifade edilmektedir³⁴.

Buluşçu hakkı, geniş anlamda ve dar anlamda buluşçu hakkı şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur³⁵. Geniş anlamda buluşçu hakkı, buluş sahibinin buluşu üzerinde doğal bir hakkı ve patent alma konusunda beklenen bir hakkı olduğunu ifade eder ve buluş sahibine buluşundan doğan hakların genel hükümler çerçevesinde korunması yetkisini verir. Dar anlamda buluşçu hakkı ise buluşların, henüz patent vasfına sahip olmasalar da patent mevzuatınca korunmasına, patent izninin verilmesini talep etmeye, her türlü mecrada buluşu üzerinde isminin belirtilmesini istemeye ve buluşa yönelik saldırıların önlenmesini isteme imkanı tanır. Buluşçu hakkı, buluş sahibine, buluşu üzerindeki hakları inhisarî bir biçimde kullanma yetkisini ihtiva etmez³⁶.

Doktrinde dar anlamda buluşçu hakkı kapsamında yer alan patente yönelik hak kavramı; patent verilmesinden önceki aşamaya ilişkindir ve iki ayrı hak içeren üst bir kavramı ifade etmektedir³⁷. Burada, buluş sahibinin buluşunun tescil edilmesini isteme hakkı ve patent başvurusu üzerinde doğan subjektif bir kamu hakkı mevcuttur³⁸. Patente yönelik hakkın unsurları SMK m. 109'da patent başvurusundan önceki dönemdeki hakkı ifade etmek üzere "*patent isteme hakkı*" olarak³⁹, patent başvurusunun yapılmasından sonraki hakkı ifade etmek için de m. 89 ve m. 90 vd.⁴⁰ gibi çeşitli maddeler ve özellikle Yönetmelik m. 130 "*patent başvurusu*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Nitekim, Yönetmelik m. 130'a göre sınai mülkiyet hakkına ilişkin hukuki işlemlere dair ortak hükümlerin, yani Yönetmelik m. 125-129 hükümleri ile lisansa ilişkin hükümlerin, sınai mülkiyet hakkı başvurularında da uygulanacağı ifade edilmektedir. Anılan hüküm açıkça "*patent başvurusu*"nun da hukuki işlemlere konu olabileceğini ve dolayısıyla haczinin mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır.

Aşağıda sırasıyla patente yönelik hak kapsamında yer alan patent isteme hakkına ve patent başvurusundan doğan hakka (patent başvurusuna) yer vereceğiz. Bu yapılırken hak sahipliği ve türlerine de işaret edeceğiz.

³³ Ayiter, s.63; Şehirli, s.54.

³⁴ Ortan, s.77; Şehirli, s.54.

³⁵ Şehirli, s.54.

³⁶ Şehirli, s.55; Ayiter, s.63.

³⁷ Taş Korkmaz, Hülya. *İflâs Masası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.179.

³⁸ Hırş, s.96; Şehirli, s.54; Saraç, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.27; Taş Korkmaz, 2010, s.179.

³⁹ SMK m. 109/1'e göre patent isteme hakkı, buluşu yapana ya da haleflerine aittir ve devredilebilir.

⁴⁰ PatKHK m. 86/1'de patent başvurusu üzerindeki hakkın tesisini ifade etmek amacıyla, patent başvurusu veya patentin başkasına devredilip, miras yolu ile intikal edebileceğini, patent üzerindeki kullanma hakkının lisans konusu olabileceği ve patent başvurusu veya patentin rehnedilebileceği düzenlenmişti. Bu hükme paralel hüküm "sınai mülkiyet hakkı" (SMK m. 2/1-1] esas alınarak ortak hükümler kısmında hukuki işlemler başlığı altında SMK m. 148/1'de "*Sınai mülkiyet hakkı, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

b. Patent İsteme Hakkı

Patent isteme hakkı, buluşun yapılması ile patent başvurusu arasındaki sürede söz konusu olan, patent başvurusundan doğan hak ise buluşunun patent başvurusu yapıp henüz patent iznini almadığı dönemde sahip olduğu hakkı ifade eder⁴¹. Patente yönelik haklar, ekonomik olarak değerlendirilebilen mali hakları ve buluşu yapan kişinin buluşunu kamuya açıklayıp açıklamamasını ifade eden buluşun alenileşmesini veya patent alınması halinde patent üzerinde isminin belirtilmesini içeren manevi nitelikteki hakları içerir⁴².

Patent isteme hakkının kapsamına buluşu yapan kişiye (buluşçuya) SMK m. 109 ile verilen patent başvurusuna yönelik beklenen hakkı, SMK m. 90/6 uyarınca buluşu yapan ya da yapanların “buluşu yapan” olarak tanınmasıyla adının belirtilmesi için başvuru ya da patent sahibinden isteme hakkı⁴³, SMK m. 111 çerçevesinde haksız bir biçimde patent başvurusunda bulunana karşı dava açma hakkı ve SMK m. 87 ile buluş üzerinde önceki kullanımdan doğan hak girmektedir⁴⁴.

c. Patent Başvurusundan Doğan Hak

Patent başvurusu, başvuru sahibine patente oldukça yakın bir koruma sağlar. Nitekim, SMK m. 97/4'de patent başvurusundan doğan hakkın kapsamı belirlenmiş ve “*Kanun hükümlerine göre patente sağlanan koruma, patent başvurusunun Bülteinde yayımlandığı tarihten itibaren, başvuru sahibine geçici olarak tanınır*” denilmek suretiyle patent başvurusu patent ile özdeş bir korumaya tabi tutulmuştur⁴⁵. Hatta aynı maddenin beşinci fıkrasına göre, başvurudan ve kapsamından haberdar olup, bunu başvuru sahibinin izni olmaksızın kullanan kişilere karşı koruma, başvurunun yayımlanmasından önceki dönemi de kapsayacaktır (SMK m. 97/5).

d. Hak Sahipliği ve Türleri

Genel olarak hak sahipliğine⁴⁶ ilişkin hükümler SMK m. 109 vd.'da yer almaktadır. Patent isteme hakkı, buluşu yapana veya onun haleflerine ait olup bu hakkın başkalarına devri ve hukuki işlemlere konu olması mümkündür. Buluşun bir kişi tarafından tek başına gerçekleştirilmesi durumunda bu kişi patent isteme hakkına ve ileride patent hakkına sahip olacaktır⁴⁷. Buluş birden çok kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmişse patent isteme hakkı, taraflar aksini

⁴¹ Şehirli, s.56.

⁴² Ortan, s.88; Tekinalp, 2012, s.568.

⁴³ Kaya, 1997, s.174.

⁴⁴ Saraç, 2012, s.213.

⁴⁵ Saraç, 2012, s.214; Tekinalp, 2012, s.600.

⁴⁶ Patente yönelik hakkın sahibinin belirlenmesinde başvuru prensibi ve gerçek buluşçu prensibi öne çıkmaktadır. Başvuru ilkesine göre buluşu gerçekleştirip gerçekleştirmediği dikkate alınmaksızın patent için başvuran kişiye patent hakkı verilir (Ayiter, s.62; Hirsch, C. I, s.125). Gerçek buluşçu ilkesine göre ise buluşu yapan kişilerin buluşu gerçekleştirdikleri anda kişiliklerinde doğan hak gerçek buluş sahipliği ilkesi çerçevesinde kazanılmış sayılır (Ayiter, s.61; Hirsch, s.126). Bu nedenle patente yönelik hak sahipliği ilk ve gerçek buluşçuya veya onun haleflerine aittir (Erdem, s.54; Saraç, 2012, s.213-214; Şehirli, s.56; Tamer, s.21). Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre, gerçek hak sahipliği ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla patent hakkı, gerçek hak sahibi olması kaydıyla ilk başvuran kişiye tanınmaktadır. Önceki mevzuat döneminde hak sahipliği ilkesine ilişkin yapılmış tartışmalar için bkz. Ayiter, s.62-63; Hirsch, C. I, s.129; Saraç, Tahir. “551 Sayılı KHK'nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2001, s.529; Tekinalp, 2012, s.556; Şehirli, s.65; Suluk, 2020, s.248.

⁴⁷ Tekinalp, 2012, s.557.

kararlaştırmamışlarsa buluşu gerçekleştirenlerin tamamına aittir. Bağımsız buluşçular tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise, patent isteme hakkı, ilk yapılan başvurunun yayımlanması önce başvuru yapana aittir. Dolayısıyla patent isteme hakkının, ilk başvuran kişiye ait olduğu kural olarak kabul edilir. Bu kabul, aksinin ispat edilmesine kadar geçerli olur⁴⁸.

Buluşun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda patente yönelik hak üzerinde birden fazla hak sahibi bulunur. Bu duruma, birlikte buluş sahipliği denir ve ileride patente dönüşecek patente yönelik hak üzerinde aksi kararlaştırılmadıkça müştereken hak sahipliği vardır⁴⁹. Bir başka ifadeyle patent başvurusu ya da patent, tek kişiye ait değilse, hak üzerindeki ortaklık, mevcutsa, taraflar arasındaki anlaşmaya; mevcut değilse Türk Medeni Kanunu'ndaki *paylı mülkiyet* hükümlerine göre tayin edilir (SMK m. 112/1). Paylı mülkiyet hükümlerinin uygulandığı durumda hak sahiplerinin kendi payları üzerinde tasarruf hakkı vardır (SMK m. 112/1-a)⁵⁰. Ancak, buluşun kullanımı için üçüncü kişilere lisans verilebilmesi, tüm hak sahiplerinin onayıyla gerçekleşebilir (SMK m. 112/2)⁵¹. Üzerinde birden çok kişi hak sahibi olsa da, patent başvurusu ya da patentin devri/bölünmesi olanaksızdır (SMK m. 112/3). Yani, anlaşma olmaması halinde paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanabilirliği söz konusu olsa da bir bütün olarak patent devri veya üzerinde hak tesisi işleminin ve patent başvurusunun yapılması, oy birliğiyle aksi kararlaştırılmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır (TMK m. 692).

Ortak buluş hakkındaki açıklamalara ek olarak çalışan buluşlarına da kısaca değinmekte fayda vardır. Bu bağlamda çalışan buluşları, özel hukuk sözleşmesiyle ya da benzer bir ilişki gereğince, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişilerin ve kamu görevlilerinin (yani *çalışanın*, SMK m. 2/1-d), bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşları (yani, *hizmet buluşu*, SMK m. 113/1) ve dolayısıyla kazandıkları manevi ve mali haklarının kanuni düzenlemelerle korunmak suretiyle çalıştıran ya da işletme sahibinin patent hakkının sahibi kabul edilmesini konu eder⁵². SMK m. 113-122 arasında çalışan buluşları düzenlenmiş olup kanun koyucu sistematüğün temeline “çalışan” kavramını koymuştur.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 113. maddesinde, çalışan buluşlarında hak sahibi ilkesini ifade etmek amacıyla “hizmet buluşları”⁵³ ve “serbest buluşlar” şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır⁵⁴. Çalıştıran ve çalışan ilişkisi varsa buluş hakkı gerçek buluş sahibi ilkesi uyarınca buluşçunun

⁴⁸ SMK m. 110 ve m. 111'de patent isteme hakkına ve patente ilişkin gerçek hak sahipliği noktasında hak iddiasında bulunulması (gasp) halinde ne tür işlemlerin yapılacağı ve hangi yollara başvurulabileceği düzenlenmektedir.

⁴⁹ Şehirli, s.57; Ortan, s.97; Tekinalp, 2012, s.557.

⁵⁰ Ayrıca bkz.: SMK m. 112/1-b, c, ç.

⁵¹ Lisans verilmesi için aranan oybirliği şartı sağlanamazsa mahkemeden, hakkaniyete uygun bir biçimde karar verilmesi istenebilir (SMK m. 112/2).

⁵² Tekinalp, 2012, s.558-559.

⁵³ Hizmet buluşlarına ilişkin olarak TBK m. 427'de bir hüküm yer almaktadır. Anılan hüküm ise SMK'ya atfı yapmaktadır. Dolayısıyla hizmet buluşlarına ilişkin olarak SMK m.113 ve devamında yer alan hükümler uygulanacaktır.

⁵⁴ Keskinci, Derya. “Hizmet Buluşları”, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2003, s.206.

kişiliğinde doğar⁵⁵. Ancak SMK m. 115 uyarınca işverenin, hizmet sözleşmesi çerçevesinde görev ifa edilirken işçinin gerçekleştirdiği buluş için uygun bir bedel ödeyerek buluş hakkının kendisine devredilmesini isteme hakkı vardır⁵⁶. Çalışan/çalışanlar, hizmet buluşuna konu edilebilecek bir buluş yaptığında, bunu gecikmeksizin, yazılı olarak işverene bildirme yükümlülüğüyle karşı karşıyadır. İşveren, bu bildirim kendisine ulaştığı tarihi, gecikmeden, yazılı olarak bildirimde bulunana bildirir (SMK m. 114/1). İşverenin hizmet buluşu üzerinde kısmi ya da tam hak talep edecekse, bunu, çalışanın bildiriminden kendisine ulaşmasından en geç dört ay içerisinde yine yazılı bir biçimde yapması gerekir (SMK m. 115/1)⁵⁷. İşverenin, tam hak talebini içeren bildirimden çalışana ulaşmasıyla buluş üzerindeki haklar işverene geçer (SMK m. 115/2). Ancak bu durumda, çalışanın, işverenden makul bir bedel ödenmesini isteme hakkı vardır (SMK m. 115/6)⁵⁸.

Buluş üzerindeki hak sahipliği konusunda, tarafların sözleşme yapmış olmaları da ihtimal dahilindedir⁵⁹. Ancak bu durumda çalışan ile işveren arasında yapılmış olan sözleşme hükümleri hem çalışanın korunması ilkesi çerçevesinde hem de SMK m. 117 çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu bağlamda, işverenlerin SMK'nın çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerine aykırı olacak şekilde çalışanların aleyhine hareket etmesi mümkün değildir. Taraflara bu konuda tanınmış olan serbesti, hizmet buluşlarında patent verilmesi amacıyla yapılan başvurudan; serbest buluşlarda, çalışanın işverene yapacağı bildirim yükümlülüğünden sonra başlayacaktır (SMK m. 117/1).

Hizmet buluşu kavramına dahil edilmeyen buluşlar, *serbest buluş* olarak nitelendirilir (SMK m. 113/2)⁶⁰. Serbest buluş hakkı tamamen çalışana aittir ve işverenin irade açıklaması suretiyle hak sahibi olması mümkün değildir⁶¹. Ancak, SMK m. 119 çerçevesinde çalışan, iş sözleşmesi kapsamındayken bir serbest buluş yaparsa, buluş ve gerekiyorsa buluşun gerçekleştirme şeklini de içerecek şekilde gecikmeksizin işverene bildirmelidir.

Çalışan buluşlarına ilişkin hükümler, kural olarak yüksek öğretim kurumlarında geliştirilen buluşlara da uygulanır. Ancak bu kurala özel kanun hükümleri ve SMK'nın 121. maddesiyle iki istisna getirilmiştir. Konuya ilişkin olarak öncelikle varsa özel kanun hükümleri, (örneğin 6550 sayılı Kanun), yoksa SMK m. 121 hükümleri uygulanacaktır. SMK m. 121'de de hüküm bulunmuyorsa, SMK m. 113-120 hükümleri devreye girecektir.

Bir yükseköğretim kurumunda yapılan bilimsel çalışma ve araştırma sonucunda ortaya buluş çıkarsa, buluşu yapan bunu gecikmeksizin, yazılı olarak yükseköğretim kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Şayet patent başvurusu yapılmışsa, bu da ilgili kuruma bildirilir. Yükseköğretim kurumu buluş üzerinde hak sahipliğini ileri sürecekse, patent başvurusunu yapma

⁵⁵ Hirsch, C. I, s.138; Saraç, 2012, s.217; Tekinalp, 2012, s.561.

⁵⁶ Ortan, s.143.

⁵⁷ Hizmet buluşu, böyle bir bildirim yapılmaz ya da hak talep edilmezse, serbest buluş niteliği kazanır (SMK m. 115/1-c.3).

⁵⁸ Kısmi hak talep edilirse, buluşu kullanan işverenin, talebi halinde çalışana makul bir bedel ödemesi gerekir (SMK m. 115/6-c.2)

⁵⁹ Buluşun yapılması ve hizmet buluşlarında işverene bildirim ile serbest buluşlarda iyileştirme tekliflerinin yapılmasından önce sözleşme yapılamaz, Tekinalp, 2012, s.559.

⁶⁰ Ayiter, s.69; Erdem, s.205; Noyan, Erdal. *Patent Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.198.

⁶¹ Tekinalp, 2012, s.565.

yükümlülüğüyle karşı karşıyadır. Aksi durumda buluş, serbest buluş niteliği kazanacaktır (SMK m. 121/2). Buluştan bir gelir elde edilmesi halinde, elde edilen meblağ, buluşu yapana en az üçte bir oranında pay verilmesi kaydıyla kurum ile paylaşılır (SMK m. 121/8).

Ayrıca kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlar hakkında SMK m. 122'de düzenlemeler yer almaktadır. Bu hüküm kapsamında, buluşçu ve proje sahibi farklı süljeler olduğu için çalışan ve buluşçu kavramları hiç kullanılmamıştır. Nitekim, konu çalışan buluşları ile ilgili de değildir⁶². Bu sebeple çalışan buluşlarına ilişkin olarak SMK m. 113 vd. hükümleri burada uygulanmayacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının desteklediği projelerde, buluşun destek sağlayan kamu kurumuna bildirilmesi şarttır. Bildirimin yapılmasından sonraki bir yıl içerisinde proje desteğinden faydalanan kişinin, buluşu üzerinde hak sahipliği talep edip etmediğini yazılı olarak bildirmesi gerekir. Destekten faydalanmış kişinin, bir yıl içerisinde hak sahipliğini talep etmemesi ya da buna ilişkin tercihini kuruma bildirmemesi halinde, destek vermiş olan kurum, buluşun hak sahipliğini alabilir (SMK m. 122/1). Proje desteğinden faydalanıp buluş gerçekleştiren kimse, hak sahipliği talep etse de, ilgili kurum, sözleşmede belirtilerek feragat edilmemişse, buluşun kendi ihtiyaçları için kullanımına ilişkin bedelsiz bir lisans hakkına sahip olabilir (SMK m. 122/4).

3. Patentten Doğan Hak

Patentten doğan hak kavramı, patent başvurusunun Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) nezdinde olumlu sonuçlanmasıyla patent belgesinin verilmesi ile kazanılan ve patent konusu üzerinde, sahibine inhisarî biçimde tam yararlanma yetkisi veren mutlak haktır⁶³. Bu itibarla, patent hakkı sahibinin yararlanma yetkisi olumlu, patent üzerindeki haklarının 3. kişilerce haksız biçimde kullanılmasını önlemek şeklinde olumsuz nitelikte yetkiden söz edilir⁶⁴.

Patent hakkından doğan olumlu etki, patent üzerinde sahibine, inhisari yararlanma ve patentin ekonomik anlamda değerlendirilmesi ve patentten kazanç sağlanması için gerekli işlemlerin yapılmasını kapsayan “kullanma” yetkisini tanıır⁶⁵.

Patentten doğan hakkın olumsuz etkisi ise patent hakkından doğan kullanma ve yararlanma yetkisine tecavüz edilmesi şeklinde somutlaşan fiilleri men etme yetkisidir⁶⁶.

Patent verilerek hakkı tescil edilmiş olan, patentten doğan hakkın sahibidir. Kural olarak patent üzerindeki hak patente yönelik hak sahibinindir. Patente yönelik hak sahibinin buluşuna patent verilmesini isteme hakkı, patent belgesi alındıktan sonra, patentten doğan hak kapsamına girer. Patentten doğan hak SMK m. 148/1 ve SMKY m. 125 vd. uyarınca devir, haciz, mirasla intikal gibi hukuki işlemlere konu olabilmesi bakımından patente yönelik haklarla benzerlik gösterdiğinden, patente yönelik hakkın hukuki işlemlere konu olup hak sahipliği bakımından bir

⁶² Suluk, 2020, s.259.

⁶³ Saraç, 2003, s.29.

⁶⁴ Hirsch, C. I, s.177; Saraç, 2003, s.29; Şehirali, s.74.

⁶⁵ Tekinalp, 2012, s.601.

⁶⁶ Tekinalp, 2012, s.601.

farklılık yoksa, patente yönelik hak sahibi patentten doğan hakkın da sahibi konumuna gelecektir⁶⁷.

Çalışmamız bağlamında patent hakkının haczi inceleneceğinden patent isteminin neye ilişkin olduğu, ürün patenti yahut usul patentinden doğan hakkın tanımlanmasıyla patentten doğan hakkın kapsamındaki fiillerin değerlendirilmesi gerekir.

Ürün patentinden doğan haklar, patent konusu ürünün üretimi, satımı, ithali, kullanımı ve tüm bu amaçlar doğrultusunda ürünün elde bulundurulmasıdır (SMK m. 85/2-a)⁶⁸. Ayrıca, üçüncü kişilere, “özel maksatla sınırlı” bir kullanım hakkı tanınabilir.

Buluş olma vasfına haiz olan, patent alınmış bir usul üzerindeki hakka, usullere ilişkin patentten doğan hak denir. Bu hak; patent konusu buluş bir usule ilişkinse, usulün kullanımı ve kullanımın teklifi ile usulden doğrudan doğruya elde edilmiş ürünün kullanımı, satış için sunulması, ithali ve bu amaçların dışında elde bulundurulması hakkını içerir (SMK m. 85/2-b, c, ç)⁶⁹.

II. PATENT HAKKININ HACZİ

A. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu'na (İİK) göre, bir haciz prosedürü başlatıldığında, takip talebinde bulunulur ve icra dairesi, borçluya ödeme emri gönderir. Ödeme emrinin kesinleşmesine rağmen borç ödenmezse, alacaklının talebiyle borçlunun borcuna yetecek miktarda haczi caiz malı, hak ve alacakları icra dairesi tarafından haczedilebilir.

İcra ve iflas hukukunda alacaklının parayla tatmin edilmesi kuralı geçerlidir⁷⁰. Yani, alacaklı, alacağına karşılık olarak borçlunun haczedilen mallarının satılması sonucunda elde edilen parayı alır. Dolayısıyla haciz; kesinleşmiş bir icra takibine konu olan belli miktarda para alacağının ödenmesini sağlamak için, alacaklının talebi ile alacağı karşılayacak miktarda borçlunun mal ve haklarına icra dairesince hukuken el konulması olarak tanımlanır⁷¹. Haciz, fiilen el koyma şeklinde olabileceği gibi, hukuken el koyma şeklinde de olabilir. Örneğin, altın, gümüş, kıymetli evrak ve

⁶⁷ Şehirli, s.85; Demirci, Aylin. *Gayrimaddi Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002, s.56.

⁶⁸ Şehirli, s.90 vd.

⁶⁹ Demirci, s.56; Şehirli, s.94; Arı, M. Haluk. *Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar*, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.15.

⁷⁰ Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s.140; Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.410 (Kuru, El Kitabı); Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.207 (Kuru, İcra).

⁷¹ Postacıoğlu, İlhan E. / Altay Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.359; Üstündağ, s.143; Kuru, El Kitabı, s.410; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.231; Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s.134; Karşı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.278; Muşul, s.505; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2012 (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes), s.266; Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema /Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.253; Kuru, İcra, s.207; Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.185.

paranın fiilen el koyma suretiyle haczi gerekir (İİK m. 88). Bunların dışındaki taşınır malların haczedilmiş sayılması için icra müdürünün hukuken el koyması yeterlidir. Yani, icra memurunun, haczettiği taşınır mallar alacaklının muvafakatiyle istenildiği zaman verilmesi koşuluyla muvakkaten borçluda bırakabilir ya da yediemine teslim edilebilir (İİK m. 88)⁷².

Haciz için yetkili icra dairesi icra takibinin yapıldığı icra dairesidir⁷³. Haczedilecek mallar takibin yapıldığı icra dairesinin görev alanı dışındaysa malların olduğu yer icra dairesi, talimatla istinabe edilir (İİK m. 79/2). Fakat resmi sicile kayıtlı olan mallar takibin yapıldığı icra dairesince fiilen (mahalline gidilerek) haczedilebileceği gibi kaydına işletilmek suretiyle kayden de haczedilebilecektir. Yine 7251 sayılı Kanun m. 49 ile İİK m. 78/1'de yapılan değişiklik çerçevesinde “*alacaklı dilerse haciz talebinde bulunmaksızın Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden, bu sisteme entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacağını sorgulayabilir ve bu sorgulama sonunda Uypa Sistemi, varsa borçlunun mal, hak veya alacağının mahiyeti ve detayı hakkında bilgi verir ve bu durumda sistem üzerinden de haciz talep edilebilir. Bu takdirde icra dairesi, tespit edilen mal, hak veya alacağı elektronik ortamda haczeder*”. Dolayısıyla elektronik ortamda varlığı tespit edilen mal, hak ve alacakların, icra dairesi tarafından elektronik ortamda haczi mümkün hale gelmiştir. Bu değişiklik, sokağa çıkma yasakları da dahil olmak üzere birçok tedbirin alındığı Covid-19 salgın dönemi göz önüne alındığında, isabetli bir değişiklik olmuştur. Öte yandan borçlunun mal varlığı unsurlarının elektronik ortamda kaydının bulunması ve bu tarz haczin mümkün olması, icra takibinin daha hızlı, basit ve ucuz olarak gerçekleşmesine, yani takip ekonomisi ilkesine uygunluğun sağlanmasına önemli derecede katkı sağlayacaktır. Patent hakkına ilişkin haciz de elektronik ortamda gerçekleştirilebilecek niteliktedir⁷⁴.

Haciz işlemini icra müdürü veya icra memurunun malların mahalline giderek haciz tutanağı düzenlemesiyle yapılır (İİK m. 102). Haciz tutanağı haczedilen malların tek ispat vasıtasıdır⁷⁵. Taşınır veya taşınmaz malların dışında haczedilen hakların (özellikle gayri maddi mallar üzerindeki hakların) haczinde de tutanağın düzenlemesi gerekir. Hatta haczedilen bütün malvarlığı unsurlarının haczedildiğinin haciz tutanağında gösterilmesi gerekir; zira haciz tutanağı haczedilen malların haczedildiğinin tek ispat aracıdır⁷⁶.

Haczin yapıldığı anın nasıl belirleneceği konusu da önem arz eder. Fakat bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁷⁷ haczin yapılması için icra müdürünün iradesini açıklaması gerekmekte, ancak bu haciz iradesinin açıklanmasının (haricileşmesi), haciz sırasında mevcut

⁷² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes s.291; Kuru, El Kitabı, s.427; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.239-241; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.259; Kuru, İcra, s.215; Atalı /Ermenek /Erdoğan, s.217.

⁷³ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.134; Kuru, El Kitabı, s.416; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.233; Üstündağ, s.144; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.249; Kuru, İcra, s.210; Atalı /Ermenek /Erdoğan, s.193.

⁷⁴ Bu konuya aşağıda patent hakkının kapsamında yer alan haklara ilişkin haciz incelenirken ayrıca değinilecektir.

⁷⁵ Kuru, El Kitabı, s.424; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.237; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.253; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.270; Kuru, İcra, s.213; Atalı /Ermenek /Erdoğan, s.33.

⁷⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.253; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.237; Kuru, El Kitabı, s.424; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.270.

⁷⁷ Üstündağ, s.147-148; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2013, s.506; Postacıoğlu/Altay, s.361-365. Bir görüş, haciz iradesinin açıklanması anının, hacizde borçlu hazır bulunuyorsa tutanağın tutulduğu, aksi halde İİK m. 103'deki davetiyenin tebliğ anı olduğunu ifade etmektedir (Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.138).

bulunan borçlu veya onun adına tebligatı kabule yetkili kişi karşısında yapılmış olması gerekir. Eğer haciz yapılırken borçlu yoksa ve borçlu adına tebligatı kabule yetkili kişiler de bulunmuyorsa, haciz iradesi, hazır bulunmayan borçlu veya borçlu adına tebligatı kabule yetkili kişilere İİK m. 103 gereğince icra müdürünce ulaştırıldığında, haciz tamamlanmış olur. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre⁷⁸ ise, haciz, icra müdürünün hacze ilişkin iradesinin haciz tutanağına geçirilmesiyle tamamlanır. Haciz konusu mallar ister kayden ister fiilen haczedilmiş olsun icra müdürünün haciz tutanağı düzenlemesi gerekir. İcra müdürünün haciz tutanağı düzenlediği anı haczin yapıldığı an olarak kabul etmekteyiz. Haczin yapılma anının tespiti, bu andan itibaren borçlunun hacizli mal ve haklar üzerindeki tasarrufunun sınırlanması bakımından önemlidir⁷⁹; yine, varsa başka alacaklıların, haczin yapıldığı andan itibaren, şartları oluşmuşsa ilk hacze iştirak edebilme veya bu imkan yoksa, arta kalan değerlerle tatmin edilebilmesi için de önem arz etmektedir⁸⁰.

SMK m. 148/1'de⁸¹ yer alan hükme göre, sınai mülkiyet hakkının haczedilmesi mümkündür. Hükümde ifade edilen sınai mülkiyet hakkının kapsamına patent hakkı da dâhil olmaktadır (SMK m. 2/1,1). Benzer düzenleme SMKY m. 126'da da yer almaktadır. Anılan hükme göre "*marka, tasarım ve patent işletmeden bağımsız olarak haczedilebilir. Haciz, Sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır*". Bu çerçevede, patent hakkının da haczi caiz olan malvarlığı unsurları arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

B. Haczin Konusu

Haczin konusuna borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları dâhil edilmektedir⁸². Başka bir ifadeyle borçluya ait olan maddi bir değere sahip tüm malvarlığı unsurları haczin konusunu oluşturur.

Doktrinde de ifade edildiği üzere borçlunun mal beyanında bulunurken "ücret alacaklarını, tazminat alacaklarını, haksız fiilden doğan alacaklarını, tek taraflı ya da çift taraflı hukuki ilişkilerinden, sözleşmelerden, mirastan doğan alacaklarını, nafaka alacaklarını, başkasında olan ve borç ödemedenden aciz vesikasına bağlı alacaklarını, gayrimenkuller üzerindeki alacaklarını, şirket hissesi, intifa, rehin ya da hapis haklarını" göstermesi gerektiği⁸³ için burada sayılmış tüm alacakların haczin konusunu oluşturabileceğini söyleyebiliriz. Ayrıca, mevcut mal veya haklarla birlikte muaccel alacaklar ile hâlihazırda mevcut olan bir hukuki sebebe dayanılarak ortaya çıkacak olan maaş ve ücret gibi henüz elde edilmemiş değerlerin haczi de caizdir⁸⁴.

⁷⁸ Karşlı, s.293; Topal, Önder. "Senede Bağlanmamış Anonim Şirket Payının Haczi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Zeki Hafizoğullarına Armağan*, C. 65, S. 4, Y. 2016, (s.2977-3016), s.2992; Jäger, Carl. *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I, Zürich 1911; Band II, Zürich 1911, s.89.

⁷⁹ Postacıoğlu/Altay, s.362.

⁸⁰ Postacıoğlu/Altay, s.362.

⁸¹ Alman Patent Kanunu'nda (PatG) § 15 Abs. 1'e göre patent isteme hakkı ve patentten doğan hak mirasçılara geçer. Sınırlı veya sınırsız başkalarına devredilebilir. Bu durumda hakkın devri ve bu sebeple de haczi de §857 Abs. 1'e göre mümkündür (Engelbert, s. 21).

⁸² Kuru, İcra, s.214; Üstündağ, s.170; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.239; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.258; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.287; Atalı/Ermenek /Erdoğan, s.185-186.

⁸³ Ansay, S. Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, İstiklâl Matbaası, Ankara, 1960, s.69-70.

⁸⁴ Berkin, Necmeddin M. *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s.87.

Patent hakkının haczi konusunu, bu hakkın kapsamına giren patent isteme hakkı ve başvurudan doğan hak ile patentten doğan hak (patent üzerindeki hak)⁸⁵ oluşturmaktadır⁸⁶. Bu itibarla öncelikle buluşçu hakkı; patente yönelik hak kapsamında yer alan patent isteme hakkı ile patent başvurusundan doğan haklar ve nihayet patent alınmasından sonra doğan haklar, yani patentten doğan hak çerçevesinde haczin konusu belirlemeye çalışacağız.

1. Patent Belgesi Alınmadan Önceki Dönemde (Buluşla İlgili Haklar Kapsamında) Haczin Konusu

a. Genel Olarak

Fikri bir çabanın sonucu olarak ortaya çıkan buluşun geçtiği birçok aşama vardır. Buluşçu, buluşun araştırma aşamasında önemli ölçüde çaba göstermektedir ve bu aşamada olan buluşun haczine ilişkin belirli kıstaslar mevcuttur. Öncelikle teknik alana ait bir çözüm olan buluşun dış dünyada varlık kazanması yetmez, yenilik ve sanayiye uygulanabilirlik vasfına da haiz olması gerekir⁸⁷. Yine, halihazırda var olan bir buluşun da vasfının değiştirilerek uygulanmasını sağlayan, yeni çözüm önerisi getiren bir buluş yapılması da mümkündür. Çeşitli sebeplerle belirli bir ilerleme⁸⁸ sağlamış buluşların üretim aşaması da oldukça uzayabilir. Tüm bu süreçte araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin, gerçek anlamda bir buluş olarak nitelendirilemeyeceği veya gerçekleştirilen buluş henüz alenileşmediği⁸⁹ için haczinden de söz edilemez⁹⁰. Zira, bu tarz araştırma aşamasında olan buluş, fikir niteliğindedir ve bir anlamda henüz deneme aşamasındadır⁹¹. Dolayısıyla henüz kişiliğinin bir parçası durumundadır⁹². Buna ek olarak bu aşamadaki bir buluş çalışmasının maddi bir değer ifade ettiğinden de söz edilemez. Bir şekilde bu aşamada haczin mümkün olduğu kabul edilse de, buluşun haczinden sonra satışı için değer tespitinin yapılması oldukça güç olacaktır.

Öte yandan araştırma aşaması tamamlanmış ancak henüz patent başvurusuna konu olmamış bir buluş ise, ekonomik değere haizdir. Patent başvurusunda bulunulmadan önce buluş sahibinin kişilik haklarına dâhil olan buluşçu hakkı, anılan buluşun alenileştirilmesiyle⁹³

⁸⁵ Patent hakkını inceleme konusu yaparken patente yönelik hak ve patent üzerindeki hak olmak üzere iki ana başlık altında inceleyenler için bkz. Bolayır, Nur. “Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’ e Armağan*, C. I, Y. 2014, İzmir, 2015, (s.2513-2570), s.2528-2530; Demirci, s.62-63; Taş Korkmaz, 2010, s.179.

⁸⁶ Bu haklara ilişkin genel açıklamalar için bkz. yuk. I ,D.

⁸⁷ Tekinalp, 2012, s.530.

⁸⁸ Tekinalp, 2012, s.529.

⁸⁹ Bolayır, s.2528; Alenileşme, bir toplantı, sempozyum ya da konferans sırasında olabileceği gibi, çeşitli görüşmeler sırasında kamuya açıklanma suretiyle de gerçekleşebilir. Yine, doktrinde, buluşun sadece konudan anlayan tek bir kişiye açıklanmasının da alenileşme şartını sağlamaya yeteceği ifade edilmiştir (Tekinalp, Ünal. “Yeni Patent Hukukunda Buluş Sahibi İlkesi”, İHFM Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı, 1997, C.LV, S. 4, (s.129-136), s.131).

⁹⁰ Ayiter, s.105; Bolayır, s.2528; Demirci, s.62; Hirsch, C.I, s.179; Tekinalp, 2012, s.628.

⁹¹ Bolayır, s.2528-2529.

⁹² Bolayır, s.2529.

⁹³ *Buluş sahibinin buluşuna ilişkin ürünler üretmesi, rehnetmesi, sözleşmesel ilişkiler kurması, üçüncü kişilere münhasıran kullanım hakkı tanıyan lisans vermesi sahibinin buluşunu kullanma isteğini ortaya koymaktadır* (Bolayır, s.2529).

devredilebilir nitelikte bir malvarlığı hakkına dönüşmekte ve bu çerçevede hacze konu teşkil etmektedir⁹⁴.

Bu başlık altında ayrıca **çalışan buluşları üzerindeki hakkın ve çalışana buluş sebebiyle ödenecek bedelin haczine** de değinmekte fayda vardır. Çalışan buluşlarının hizmet buluşu ve serbest buluş⁹⁵ olmak üzere ikiye ayrıldığı yukarıda ifade edildi⁹⁶. Hizmet buluşlarının aksine serbest buluşlar, tamamen çalışana ait oldukları için bunların haczin konusu bağlamında ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur⁹⁷.

Hizmet buluşu, gerçek buluş sahibi ilkesi gereğince çalışanın şahsında ve malvarlığında doğsa da işverenin buluşu tamamen veya kısmen devralma hakkı vardır (SMK m. 115/1). Bu hak kullanılmak istenirse, yapılacak bildirim çalışana ulaştığında buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçmiş olur (SMK m. 115/2). Bu durumda işveren tam hak talebinde bulunursa, buluş üzerinde tam hakimiyet⁹⁸ kurulmasını sağlamaya yarayan ve herkese karşı ileri sürülebilir hak işverene geçmiş olur. Ancak SMK m. 90/6 uyarınca buluşu yapan çalışanın adının belirtilmesine ilişkin manevi hakkı, devir yoluyla işverene geçemez⁹⁹. Dolayısıyla, çalışan buluşlarının üzerindeki hakkın tamamen işverene geçmesi mümkün olduğundan işverene geçen mali hakların haczedilmesi de mümkündür¹⁰⁰.

İşverenin hizmet buluşu üzerinde tam hak sahibi olması durumunda çalışanın kendisinden SMK m. 115/6 uyarınca isteyebileceği bedelin¹⁰¹ cebri icraya konu olmasının mümkün olup

⁹⁴ Bolayır, s. 2529; Koch, Raphael, Kindl/Meller-Hannich, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung 4. Auflage 2021, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2FKinMelWolKoZV_4%2FZPO%2Fcont%2FKinMelWolKoZV.ZPO.p857.gll.glc.glaa.htm, Erişim Tarihi: 08.03.2021, ZPO § 857, Rn. 20. Alman hukukunda da hakim görüşü bu yöndedir (bkz. Engelbert, s. 23-24). Fakat başka bir görüşe göre, PatG § 35 çerçevesinde başvuru yapılmadan önce haczedilebilecek bir hak bulunmamaktadır (Gottwald, Peter, Zwangsvollstreckung, Kommentar zu den §§ 704-915 h ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis, 5. Auflage, 2005, §857, Rn. 46). Alman hukukunda bu konudaki tartışmalar ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Engelbert, s. 21-26.

⁹⁵ Keskinci, s.206.

⁹⁶ Hizmet buluşu ve çalışan buluşuna ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. I, D, 3, b.

⁹⁷ Bu kısımda çalışan buluşlarından hizmet buluşunun haczi bağlamındaki açıklamalar, istisnalar dışında, kamu kurum ve kuruluşları çalışanlarının buluşları hakkında da geçerlilik taşıyacaktır (SMK m. 113/4). Ancak işveren konumundaki kamu kurum ve kuruluşlarının patent haklarının haczine ilişkin olarak kendi özel kanunları çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu durum ise bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

⁹⁸ Ortan, s.123.

⁹⁹ Demirci, s.53; Taş Korkmaz, 2010, s.182; Tekinalp, 2012, s.515.

¹⁰⁰ Alman hukukunda, kişisel bir hak olarak, işverenin bir hizmet buluşu kullanma hakkının devredilemeyeceği ve bu nedenle haczedilemeyeceği de ifade edilmektedir [Musielak/Voit/Flockenhaus ZPO § 857 Rn. 12 (Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, *Musielak/Voit Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 17., neubearbeitete Auflage, München, 2020, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMusielakZPOKO_17%2FZPO%2Fcont%2FMusielakZPOKO%2EZPO%2Ep857%2Ehtm, Erişim Tarihi: 08.03.2021)].

¹⁰¹ Bu bedel belirlenirken, hizmet buluşunun ekonomik değerinin, işçinin o görevdeki rolünün, işletmenin buluşun yapılmasındaki payının da dikkate alınacağı hakkında bkz.: Güneş, İlhami. "Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı ve Karşılaştırmalı Hukuk" *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Y. 2010 Sa. 2 (s.13-23), s.16.

olamayacağı konusunda bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle ödenecek bedelin niteliğinin ve hangi kriterlere göre belirleneceğinin tespiti gerekir. Çalışan ile işveren, çalışan buluşları konusunda, sözleşme yapma serbestisine sahiptir (SMK m. 117/1). Bu çerçevede bakıldığında çalışan ve işverenin sözleşme serbestisi çerçevesinde yapacakları sözleşme ile buluş halinde bedel ödenip ödenmeyeceğini, ödenecekse bunun miktarını serbestçe tayin edebilirler. Fakat SMK m. 117/2 bağlamında hizmet buluşları (ile serbest buluşlar) üzerinde yapılacak bu sözleşmelerin ve bedele ilişkin hükümlerinin, emredici hükümlere aykırı olmasa da, önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmaması halinde, geçersiz sayılmaları gerekir. Dolayısıyla, anılan hüküm kapsamında tarafların kararlaştırdıkları bedelin de hakkaniyete uygun olması şartı getirilmiştir. Sözleşme ve bedel hakkındaki bu kurallara aykırılık halinde, çalışan, iş sözleşmesinin bitiminden itibaren en geç altı ay içinde yazılı olarak itiraz edebilir (SMK m. 117/3).

Çalışana ödenecek bedelin haczi bağlamında, anılan bedelin ücret olup olmadığına da tespiti gerekir. Doktrinde ücret, çalışmadığı halde ücret ödenmesini gerektiren durumların dışında, yapılan bir hizmetin karşılığı olarak, işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan ve para veya parasal değeri bulunan menfaatlerden oluşan bir gelir çeşidi olarak tanımlanmıştır¹⁰². Anılan tanımlama çerçevesinde çalışana ödenecek bedelin ücret olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan çalışana (işçiye) ödenecek olan bedele ilişkin davaların Türk Borçlar Kanunu m. 146 bağlamında alacaklara ilişkin haklarına ilişkin 10 yıllık zamanaşımına tabi olması¹⁰³ da, anılan bedelin ücret olmadığına işaret eder. Bu kapsamda çalışana ödenecek bedel üzerindeki hakkının tasarruf işlemlerine konu olabileceğini, örneğin devredilebileceğini ve dolayısıyla haczedilebileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, çalışana ödenecek bedel, ücret kapsamında değerlendirilmediğinden İİK m. 82 hükmü gereğince kısmen haczi caiz olan malvarlığı değerleri kapsamında değerlendirilmeyecek ve alacak hakkı kapsamında tamamen haczedilebilecektir.

İşveren, hizmet buluşu üzerinde kısmi hak talep ederse, hizmet buluşu serbest buluş niteliğini kazanır ve işveren, bu durumda kısmi hakka dayanmak suretiyle buluşu kullanabilir (SMK m. 115/3). Bu kapsamda ödenecek bedelin haczi konusunda bu konuda yapmış olduğumuz açıklamalar aynen geçerlidir.

b. Patent İsteme Hakkı Kapsamında Haczin Konusu

Yukarıda ifade edildiği üzere¹⁰⁴, ekonomik olarak değerlendirilebilen mali haklar ile buluşun alenileşmesi ya da patent alınması halinde patent üzerinde isminin belirtilmesini içeren manevi nitelikteki haklar, patent isteme hakkı¹⁰⁵ bütünü içinde değerlendirilir.

Patent isteme hakkının kapsamına buluşçunun buluşu ortaya çıkarması, fakat alenileştirilmemesi halinde patent başvurusuna yönelik beklenen hak, buluşçuya tanınan patent başvurusu ile patent belgesinde ve diğer ilanlarda buluşçu olarak isminin belirtilmesi hakkı¹⁰⁶,

¹⁰² Akın, Levent. "Maaş ve Ücret Haczi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, (s.335-363), s.352.

¹⁰³ Canbolat, Talat. *İşçi Buluşları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.236; Ortan, s.169

¹⁰⁴ Bkz. yuk. I, D, 2, c.

¹⁰⁵ Şehirli, s.56.

¹⁰⁶ Kaya, 1997, s.174.

haksız biçimde patent başvurusu yapmış kişi aleyhine dava açma hakkı ve buluş üzerinde ön kullanım hakkı tesis edilmesi hakkı girmektedir¹⁰⁷.

Buluş sahibinin buluşunu gerçekleştirilmesiyle birlikte doğan tekelle bir hakkı elde etmeye yönelik patent isteme hakkının devredilmesi mümkündür. Bu itibarla belirli bir mali değeri haiz alenileşmiş patent isteme hakkının haczedilmesi de mümkün olmalıdır¹⁰⁸. Ancak buluş sahibinin buluşu üzerindeki isminin belirtilmesi gibi manevi nitelikteki haklarının ekonomik bir değeri bulunmadığı için hacze konu edilmeleri mümkün değildir.

c. Patent Başvurusundan Doğan Hak Kapsamında Haczin Konusu

Patent başvurusundan doğan hakkın da haczi mümkündür¹⁰⁹. Buluş sahibinin buluşuna patent verilmesi amacıyla yaptığı başvuru TÜRKPATENT nezdinde tutulan patent siciline SMK m. 106/1 uyarınca kaydedilir. Burada buluş sahibinin beklenen bir hakkının olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹¹⁰.

Patent başvurusundan doğan hakkın hacze konu olabileceği¹¹¹ SMK m. 148/8 ve SMKY m. 130'dan da anlaşılmaktadır. SMK m. 148/8'de sınai mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerin sınai mülkiyet hakkı başvurularında da uygulanacağı ifade edilmektedir. SMKY m. 130 ise SMKY m. 125-129 arasında yer alan hükümlerin, bu kapsamda haczi düzenleyen m. 126'nın, sınai mülkiyet hakkı başvuruları hakkında, dolayısıyla patent başvurusunda da uygulanacağı ve başvurunun yayımlanması halinde (m. 128 maddedeki haller hariç olmak üzere) bu hükümlerle ilgili işlemlerin/haczin de Bülte de yayımlanacağına işaret edilmiştir. Yine m.130/2'de, patent başvurusunun haczinin, anılan başvurunun işleminden kalkmasına engel olmayacağı da açıkça ifade edilmiştir. Sonuç itibarıyla patent başvurusundan doğan hakkın haczin konusu olacağı konusunda herhangi bir tereddüt kalmamıştır.

2. Patentten Doğan Hak Kapsamında Haczin Konusu

Patent başvurusunun olumlu sonuçlanması ve TÜRKPATENT tarafından patent belgesinin verilmesi ile kazanılan ve patent konusu üzerinde sahibine inhisari olarak tam bir yararlanma yetkisi veren¹¹² patentten doğan hak, patentli buluştan yararlanma ve patent üstündeki hakların başkalarında haksız biçimde kullanılmasını önleme hakkını ihtiva eder¹¹³.

Buluşu patent verilerek hakkı tescil edilmiş kişi, patentten doğan hakkın sahibidir ve bu hak, buluşu münhasıran kullanmayı, devri kapsadığı gibi haczin de konusu olabilir¹¹⁴. Ayrıca SMK

¹⁰⁷ Saraç, 2012, s.213.

¹⁰⁸ Bolayır, s.2529; Demirci, s.63; Görgün, L. Şanal. "Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser", *Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi*, C. V, 1973/1, (s.135-168), s.164; Taş Korkmaz, 2010, s.181; Tekinalp, 2012, s.628.

¹⁰⁹ Ayiter, s.105; Bolayır, s.2530; Hirsch, C. I, s.179; Atıcı, Cansu. *Sınai Hakların Cebri İcrası*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s.119-120; Engelbert, s. 26-27.

¹¹⁰ Bolayır, s.2530; Demirci, s.56; Hirsch, C. I, s.177; Şehirli, s.56.

¹¹¹ Ayiter, s.105; Bolayır, s.2530; Demirci, s.56; Ortan, s.89; Taş Korkmaz, 2010, s.182; Tekinalp, 2012, s.628.

¹¹² Saraç, 2003, s.29.

¹¹³ Bkz. yuk. I, D, 4.

¹¹⁴ Bolayır, s.2530; Engelbert, s. 27-28; Koch, ZPO § 857, Rn. 21.

m. 148/2 ve SMKY m. 126 uyarınca işletme ile patent hakkı ve dolayısıyla patentten doğan hak, bağımsız birer malvarlığı unsuru olarak kabul edildiğinden, patentten hakkının işletmeden bağımsız olarak haczedilmesi de mümkündür. Patent olarak tescil edilmiş patent üzerindeki hakkın işletmeden bağımsız veya işletme ile birlikte haczedilmesi ürün ve usul buluşları bağlamında mümkündür¹¹⁵.

Bu başlık altında, ek patentin, gizli patentin, buluş sahibine ait kişisel unsurları içeren patentlerin, ön kullanım hakkının haczin konusu olup olamayacağı hususları üzerinde ayrıca durulması gerektiği kanaatindeyiz.

Temel amacı patent verilmiş buluş ile bütünlük arz eden ve onun amacının gerçekleşmesi konusunda tamamlayıcı, destekleyici, ilerletici bir işlev gören ek patentlerin asıl patente bağımlı olmaları, göz önünde bulundurulması gereken en önemli unsurdur¹¹⁶. Bir başka ifadeyle, patent konusu buluşu mükemmelleştiren veya geliştiren ve asıl patentin konusu ile bütünlük içinde bulunan buluşların korunması için verilen ek patente (SMK m. 123/1), aksi açıkça öngörülmediği ve niteliğine aykırı düşmediği takdirde, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun patente ilişkin hükümleri uygulanacaktır (SMK m. 123/13). Bu çerçevede ek patent, patent gibi hukuki işlemlere ve hacze konu olabilecektir. Ancak, ek patent kural olarak asıl patentin tamamlayıcısı parçası olduğundan, asıl patentlerle birlikte tasarruf işlemlerine ve hacze konu olabilecektir¹¹⁷. Dolayısıyla ek patent başvurusu veya ek patent, bağımsız bir patent başvurusuna¹¹⁸ veya bağımsız bir patente dönüşmeden (SMK m. 123/7-12) tek başına haczin konusu olamayacaktır.

Gizli patent, milli savunma menfaatleri gözetilerek verilen, belirli süre gizli tutulan bir patent siciline kaydedilen patenttir¹¹⁹. Başvuru tarihinden itibaren TÜRKPATENT ve Milli Savunma Bakanlığı arasındaki işbirliği çerçevesinde patent başvurusu gizlilik içinde yürütülür¹²⁰. Gizlilik devam ettiği sürece patent başvurusuna ilişkin olarak TÜRKPATENT'e herhangi bir ödeme yapılmayacağı gibi (SMK m. 124/7), gizli tutulan süre için, Devletten tazminat istenebilir (SMK m. 124/6). Hakkında gizlilik kararı verilmiş bir patent başvurusu, bu kararın kaldırıldığı tarihten itibaren diğer patent başvurularıyla aynı usullere tabi olacaktır (SMK m. 124/8, c.2). Öte yandan başvuru sahibi, patent başvurusuna konu ettiği buluşunu Millî Savunma Bakanlığı'ndan alacağı izinle kısmen veya tamamen kullanabilir (SMK m. 124/5). Gizli patente ilişkin olarak tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, milli güvenliği ilgilendiren buluşlara ilişkin patent başvurularında, gizli patente ilişkin hükümlerin uygulanıyorsa; bunların üstün kamusal menfaatin bulunması sebebiyle, gizlilik devam ettiği sürece haczedilmemesi ve bu hususa (haczedilmezliğe) ilişkin olarak açık bir kanuni düzenlemenin yapılması gerektiği¹²¹; ancak, bu kapsamda Devletten

¹¹⁵ Hirsch, C. I, s.179; Taş Korkmaz, 2010, s.183; Tekinalp, 2012, s.628.

¹¹⁶ Demirci, s.100; Taş Korkmaz, 2010, s.184.

¹¹⁷ Taş Korkmaz, 2010, s.184; Demirci, s.100.

¹¹⁸ Patent başvurusunun haczin konusu olacağına ilişkin olarak bkz. yuk. II, B, 2.

¹¹⁹ Saraç, 2012, s.202.

¹²⁰ Tekinalp, 2012, s.597-598.

¹²¹ Özellikle anılan duruma ilişkin olarak paraya çevirme işlemlerinin gerçekleştirilme durumunda [fikri ve sınai mülkiyet haklarının İİK m. 121 kapsamında paraya çevrilmesi hakkında bkz. Arkan, Sabih. *Marka Hukuku*, Cilt II, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s.207; Atıcı, s.71 vd.; Belek, Veysel. *Markanın Devrinin, Haczinin ve Bu İşlemler Açısından Marka Değerinin İncelenmesi*, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi, Ankara 2011, s.49; Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Hususlar*, Adalet Yayınevi, Ankara,

istenebilecek tazminatın haczedilebileceği kanaatindeyiz. Bunun haricinde, gizli patent başvurusuna konu buluşun kullanılmasına izin verilmişse veya gizlilik kararı kaldırılmışsa, artık diğer patentler gibi haczedilmesinde herhangi bir engel bulunmadığını da belirtmekte fayda görmekteyiz.

Yine, patent hakkı sahibine ait resim, isim, soyisim gibi kişisel öğeleri haiz patent hakkının haczi konusunun üzerinde durulması gerekir. Buluş sahibinin isminin patent olarak kullanılmasında anılan isim, artık şahsi alandan çıkmakta ve ekonomik bir değere sahip olduğundan, artık anılan patentin hacze konu olup olamayacağının, kişilik haklarından ayrı tutularak patent hukukuna ilişkin kural ve ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerekir¹²². Ayrıca ismini patent olarak kullanan buluş sahibinin, ismini kendi rızasıyla ticarileştirdiği kabul edildiğinden, patent hakkının hacze konu olabileceğini söyleyebiliriz¹²³. Nitekim, patent hakkı kullanılırken, hak sahibinin kişisel haklarına yapılacak muhtemel saldırıların TMK m. 26 hükmü uyarınca önlenmesi her zaman mümkündür¹²⁴.

Patent hakkı sahibinin patent üzerindeki kullanım hakkını lisans vermek suretiyle kullandırması yahut patent hakkını devretmesi gibi hukuki işlemlerde bulunması mümkündür¹²⁵. Yine bu tasarrufların yapılacağına ilişkin patent hakkı sahibinin taahhütte bulunması halinde sağlararası hukuki işlemlere konu olabilir, dolayısıyla lisans veren patent hakkı sahibinin lisans bedeli alacağı ya da devir sebebiyle almayı beklediği ücret veya bu işlemleri yapma sebebiyle verdiği taahhülden doğan alacakları haczedilebilir¹²⁶.

2013, s.105; Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.568; Demirci, s.97; Dönmez, Murat. "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2009, Sayı 84, (s.375-385), s.383; Görgün, s.159; Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s.217; Erturgut, Mine. *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000, s.193; Özel, Çağlar, Marka Lisans Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s.41; Sivil, Osman. "Markanın Haczi ve Rehni", *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Yıl 2007, Sayı 9, (s.62-74), s.63; Taş Korkmaz, Hülya. "Marka Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 2, Y. 2013, (s.23-43), s.31-34; Tekinalp, 2012, s.466; Topuz, Gökçen. "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, Yıl 2008, (s.403-417), s.414; Uyar, Talih. "Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar İİK m. 121", *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, 1978, (s.431-435), s.431; Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Ertan, N. Füsün Nomer. *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.410; Ünal, Mücahit. *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.114-116; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.506; Üstündağ, s.246-247; Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam. (Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayođlu, Sıtkı/Yusufođlu, Fülürya/Yüksel, Sinan), *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s.713. Bu hususta geniş bilgi için ayrıca bkz. Bolayır, s.2552 vd.; Topuz, 2008, s.414-415] gizli patente ilişkin olarak gizlilik unsurunun ihlal edilmesi ve bu çerçeveden milli güvenlik açısından telafisi güç durumların ortaya çıkması muhtemeldir.

¹²² Bu yönde markaya ilişkin açıklamalar için bkz. Bolayır, s.2525; Taş Korkmaz, 2010, s.177-178.

¹²³ Taş Korkmaz, 2010, s.185; Bolayır, s.2532; Atıcı, s.129-130.

¹²⁴ Kişisel hakların sahip olduğu yüksek değerler sebebiyle patent hakkının haczi sırasında TMK m. 24'ün bertaraf edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Tekinalp, 2012, s.628.

¹²⁵ Atıcı, s.130.

¹²⁶ Bolayır, s.2549; Demirci, s.103; Kaya, 2006, s.221; Tekinalp, 2012, s.628-629. Krş. Arkan, s.207, dn. 117.

C. Haczin Gerçekleştirilmesi

1. Genel Olarak

Patent hakkının haczedilebileceğine açıkça cevaz veren SMK m.148/1 ve SMKY m.126/1'de, haczin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Yine, İcra ve İflas Kanunu'nda da sınai mülkiyet haklarının hangi hükümler çerçevesinde haczedilip paraya çevrileceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 857 Abs. 1'de taşınır, taşınmaz dışındaki diğer malvarlığı haklarının, özellikle sınai mülkiyet haklarının haczine ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Anılan hükme göre taşınmaz mallara ilişkin cebri icranın konusu olmayan diğer malvarlığı haklarının cebri icrası bahsi geçen hükümlere (ZPO §828 vd.) göre gerçekleştirilecektir¹²⁷. Bu hüküm çerçevesinde diğer malvarlığı haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczinin ZPO § 828 vd. çerçevesinde gerçekleştirileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Türk Hukukunda ise, haciz ve paraya çevirme işlemi, özel hüküm olmasa da yine İİK hükümlerine göre yapılacaktır.

İİK sistematigi çerçevesinde bakıldığında kanunda haczedilebilecek mal ve hakların haczedilmeleri ve bunlara ilişkin muhafaza tedbirlerinin uygulanması bağlamında farklı hükümlerin işlerlik kazandığını söylemek gerekir. Buna göre, taşınırlara ilişkin İİK m. 85, alacak veya üçüncü kişilerin elinde bulunan malların ilişkin İİK m. 89, diğer hakların muhafazası için İİK m. 90 ve taşınmaz mallar için İİK m. 85 ve İİK m. 91, resmi sicile kayıtlı mallara ilişkin İİK m. 79/2 ve iştirak halinde tasarruf edilen mallara ilişkin olarak İİK m. 94 hükümleri uygulama alanı bulmaktadır¹²⁸.

Yargıtay, marka hakkının haczine ilişkin 2000 tarihli bir kararında¹²⁹, markaların menkul veya gayrimenkul mal niteliğinde olmadıklarından taşınır veya taşınmaz mallara ilişkin İİK hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Dolayısıyla markanın eşya niteliğine haiz olmaması ve zilyetliğe de konu olamaması sebebiyle İİK'nın menkul mallara ilişkin 86. madde hükümleri, marka hakkının haczi bakımından uygulanamaz. Benzer bir şekilde, yine bir sınai mülkiyet hakkı olan patent hakkı bağlamında aynı sonuca ulaşılabilir.

Bu kapsamda patent hakkına ilişkin haczin ve muhafaza tedbirlerinin hangi hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Nitekim, tescil edilmiş olan bir patentin İİK m. 79/2 bağlamında haczinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği üzerinde durulmasında fayda vardır.

2. İİK m. 79/2, c. 3'ün Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

İcra ve İflas Kanunu'nun 79. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre, resmî sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan

¹²⁷ Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO § 857, Rn. 12; Lwowski, Hans-Jürgen/Hoes, Volker, Markenrechte in der Kreditpraxis, WM 1999, 771-779, s. 771, 775; Engelbert, s. 8; MüKoZPO/Smid ZPO § 857 Rn. 1 (Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, §§ 335-945b, (Herausgegeben von Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher) 6. Auflage 2020, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fmuekozpo_6_band2%2Fzpo%2Fcont%2Fmuekozpo.zp o.p857.htm&pos=1&hlwords=on, Erişim Tarihi:08.03.2021); Koch, ZPO § 857, Rn. 19.

¹²⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.239; Topuz, 2008, s.408.

¹²⁹ Yargıtay 11. HD, T. 09.03.2000, E. 1999/8623, K. 2000/2232 (www.kazancı.com, Erişim Tarihi: 22.02.2021)

da yapılabilir. Bu hüküm çerçevesinde haczin gerçekleştirilebilmesi için resmi sicile kaydı gereken bir “mal” bulunmalıdır. Dolayısıyla patent hakkının anılan hüküm kapsamında haczedilebilmesi için, öncelikli olarak kayıt yapılan sicilin resmi bir sicil olup olmadığı; sonrasında ise söz konusu hakkın hükümde yer verilen "mal" kavramı içerisinde bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir¹³⁰.

Resmi bir sicil bağlamında değerlendirmede bulanabilmek için TÜRKPATENT'in idare teşkilatlanmasındaki yerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Zira, TÜRKPATENT nezdinde tutulan sicilin resmi bir sicil olup olmadığına tespiti anılan kurumun hukuki niteliğinde yatmaktadır. Türkiye'nin teknolojik ilerlemesi başta olmak üzere, serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı, özel bütçeli Türk Patent ve Marka Kurumu kurulmuştur (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹³¹ m. 358). Tüzel kişiliğe sahip TÜRKPATENT, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın vesayet denetimindedir. Bu kapsamda Türk idari teşkilatında yerinden yönetim kuruluşlarından hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alır. Bu nitelendirmeler çerçevesinde TÜRKPATENT tarafından tutulan sicilin İİK m. 79/2, c. 3 anlamında resmi sicil olduğu ortadadır. Bir başka ifadeyle, patent başvurusu ve patentin kaydedilmiş olduğu sicil (SMK m. 106) İİK m. 79/2, c. 3 anlamında resmi sicildir. Fakat patent başvurusunun (patent başvurusundan doğan hakkın) ve patentin (patentten doğan hakkın) İİK m. 79/2, c. 3 haczi bağlamında sicilin resmi sicil olması tek başına yetmemektedir. Öte yandan sicile kaydedilen patent hakkı kapsamında yer alan hakların, anılan hükümde ifade edilen mal kavramına dahil edilmesi gerekse de, patent hakkı bakımından bunun gerçekleşmediğini ifade etmek gerekir. Yani, İİK m. 79/2, c. 3 hükmü, patent hakkının haczinde doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir¹³². Zira, anılan hüküm, lafzi yorum çerçevesinde değerlendirildiğinde, maddi bir varlığı bulunmayan patent hakkının, “mal” kavramının kapsamına sokulamayacağı açıktır. Patent hakkının bu madde kapsamında haczedilebilmesi için “mal” kavramının “mal ve haklar” şeklinde değiştirilmesi gerekir¹³³. Bir başka ifadeyle, dönemin gereklerine uygun olması için üzerinde fazlaca düşünülmeden getirilen 3. cümle, resmi sicile kayıtlı mal ve hakların haczini de kapsayacak şekilde revize edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Ancak resmi sicile kayıtlı patent hakkının (sicile kaydı mümkün olan patent başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakkın) kaydi haczinin hiç mümkün olmayacağını söylemek, İİK m. 78/1'de 7251 sayılı Kanun m. 49 ile yapılan değişiklik bağlamında mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, patent hakkının elektronik ortamda kayden haczedilmesi, bu yeni hüküm çerçevesinde mümkün olacaktır. Hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alan

¹³⁰ Markalar açısından yer verilen tartışmalarda, markanın İİK m. 79/2 çerçevesinde haczedilebileceği yönünde bkz. Kuru, El Kitabı, s.436; Postacıoğlu/Altay, s.365; Atıcı, s.39 vd.; Taş Korkmaz, 2010, 2013, s.31-34; Yasaman/Altay, s.713-714; Topuz, 2008, s.411.

¹³¹ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 15/7/2018 tarih ve 30479 sayılı RG.

¹³² Aksi görüş için bkz. Bolayır, s.2549.

¹³³ Marka haczinde bu yönde bkz. Topuz, 2008, s.410. Aksi yönde bkz. Bolayır, s.2546; Atıcı, s.42. İİK'nın değiştirilmesi hususunda devam eden kanun çalışmalarında gayrimaddi mallar üzerindeki haklar ve özellikle fikri ve sınai mülkiyet haklarının cebri icrası bakımında tereddüt uyandıran ve aksaklık yaşanan hususlar da dikkate alınmalıdır.

TÜRKPATENT'in kendi sistemi ile Uypap sistemi arasında entegrasyonun kurulmasıyla¹³⁴, patent hakkının haczi de elektronik ortamda gerçekleştirilecektir. Öte yandan haczin TÜRKPATENT nezdinde tutulan sicile kaydedilip Bültende yayımlanacağı da SMKY m. 111/1-r ve m. 126'da açıkça hüküm altına alınmıştır¹³⁵. Haczin 3. kişiler bakımından etkisi ise SMKY m. 111/3 çerçevesinde ortaya koyulmuştur. Anılan hükme göre, patent başvurusu veya patentten doğan haklar, usulüne uygun bir şekilde sicile kaydedilir ve bu gerekliliğin gerçekleşmemesi halinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakkı korunur. Ayrıca, haciz işleminin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi ve sonrasında TÜRKPATENT nezdinde sicile kayıt ve ilan şartının gerçekleşmesi durumunda, borçlunun hacizden haberdar olmaması ihtimaline binaen; İİK.m.103 hükmünün işletilmesi ve ona haciz davetiyesi (103 davetiyesi) gönderilerek yokluğunda yapılan haczin bildirilmesi gerekir.

3. İİK m. 94'ün Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Patent hakkının haczinde, İİK m. 94'ün işlerlik kazanıp kazanmayacağı hususunda bir irdeleme ve değerlendirme yapılması gerekmektedir¹³⁶. İİK m. 94'ün başlığı “iştirak halinde tasarruf edilen mallar” olmakla birlikte esasen anılan hükümde, intifa hakkı, taksim edilmemiş miras hissesi ve şirket hissesi, iştirak halinde tasarruf edilen mal hissesi ve senede bağlanmamış anonim şirketler (çıplak ve kaydi¹³⁷) paylarının haczi (İİK m. 94/1), borçlunun iktisap ettiği, ancak tapu veya gemi siciline kaydettirmediği mülkiyet veya diğer aynî hakların tescilini isteme hakkı (İİK m. 94/2) ve zilyet olmak suretiyle bir taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı nedeniyle kazanılması halinde adına tescilini isteme hakkı (İİK m. 94/3) düzenlenmektedir. Bu çerçevede bakıldığında gayrimaddi mallar üzerindeki haklar, dolayısıyla sınai mülkiyet hakları ve konumuz açısından patent isteme hakkının bu madde kapsamında haczi bağlamında bir ifade metinde yer almamaktadır. Bir başka anlatımla, madde metninde “diğer malvarlığı hakları” veya “diğer haklar” tabirleri hiç kullanılmamaktadır¹³⁸. Anılan hükmün gayri maddi malların, özellikle fikri ve sınai mülkiyet hukukundan doğan hakların bakımında gözden geçirilmesi ve yeniden

¹³⁴ Sorgulama ve haciz işlemlerinin yürütülebilmesi için *kamu kurum veya kuruluşları* ile Bankacılık Kanununun 3. maddesinde tanımlanan kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar, UYAP ile kendi sistemleri arasında entegrasyonu sağlar (İİK m. 78/1, c.5). Ancak güncel durumda TÜRKPATENT ile Uypap üzerinde herhangi bir entegrasyon sağlanmış değildir. Uygulamada icra müdürü, patent hakkını haczettiğine ve alınması gereken diğer muhafaza tedbirlerine (İİK m.90) ilişkin açıklamalarını içeren yazıyı (haciz müzekkeresini) elektronik tebligat (7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 7/a/1, b.1 ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı cetvel B-19) yoluyla TÜRKPATENT'e tebliğ etmektedir.

¹³⁵ Anılan bu düzenlemeler olmasaydı patent hakkının sicile kaydı bağlamında, haczedilen diğer hakların muhafaza tedbirlerine ilişkin İİK m. 90 hükmüne işlerlik kazandırılabilirdi. Bu hüküm gereğince icra müdürü, haczedilen patent hakkının muhafazası için gerekli tedbir olarak, haczi derhal TÜRKPATENT'e bildirip siciline kaydettirirdi (Topuz, 2008, s.410). Bu şekilde, patent hakkı sahibinin tasarruf yetkisi kısıtlamak ve haczin iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından hüküm doğurması için sicile kaydedilmesi gerekmektedir.

¹³⁶ Marka haczi açısından İİK m. 94'ün uygulanabileceği yönünde bkz. Aslan, Burcu. *Marka Üzerindeki Hukuki İşlemler*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.70; Belek, s.50-55; Çağlar, s.105; Çolak, s.568; Demirci, s.98; Kaya, 2006, s.217; Taş Korkmaz, 2010, 2013, s.33; Tekinalp, 2012, s.466; Ünal, s.115, 120; Yasaman/Altay, s.714.

¹³⁷ Anonim şirketlerin çıplak ve kaydi paylarının haczi için bkz. Topal, s.2993 vd.

¹³⁸ Topuz, 2008, s.410.

kaleme alınması uygun olacaktır¹³⁹. Dolayısıyla, lafzi yorum çerçevesinde patent hakkının haczinde İİK m. 94'ün işlerlik kazanamayacağını söyleyebiliriz. Ancak patent başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakların haczinde İİK m. 78/1 işlerlik kazanırken, buluş/buluşçu hakkı ile patent isteme hakkının haczinde hangi hükümlerin işlerlik kazanacağı hususu tereddüt uyandırmaktadır. Doktrinde bir görüş bu durumda, İİK m. 94'ün kıyasen uygulanmasının mümkün olacağını ifade etmektedir¹⁴⁰.

İİK m. 85/1'e göre, “**borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta** olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve **alacak ve haklarından** alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktar haczolunur”. Anılan hüküm dikkate alındığında borçlunun sicile kaydedilmemiş ve fakat haczi caiz olan haklarının, (hatta sicile kaydedilen haklarının) bu kapsamda haczedilebileceğini söyleyebiliriz. Zaten, anılan hakların haczi için icra dairesinin haciz tutanağı düzenlemesi yeterli olmaktadır¹⁴¹. Bu şekilde haczedilen haklara ilişkin olarak ayrıca İİK m. 90 çerçevesinde icra dairesi gereken muhafaza tedbirlerini de alacaktır.

Sonuç itibariyle İİK m. 94'ün bu haliyle patent haklarının haczinde işlerlik kazanamayacağı; ancak yapılacak kanun değişikliğinde bu hususa ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

4. İİK m. 89'un Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Patent hakkı, borçlunun ekonomik değere sahip malvarlığı haklarından olmakla birlikte maddi varlığa sahip olmadığı için eşya olarak kabul edilemez ve bu nedenle de mülkiyete ve zilyetliğe konu oluşturmaz¹⁴². Bu çerçevede, patent hakkı, taşınmaz eşya, alacak hakkı veya üçüncü kişi elindeki mal olarak nitelendirilemeyecek; aksine gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklar içinde değerlendirilecek türdeki haklardandır. Bu sebeple, borçlunun üçüncü kişi nezdinde olan alacak veya taşınırın haczi bakımından muhafaza tedbiri niteliğinde olan İİK m. 89'un gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklar içinde değerlendirilen patent hakkının haczi bağlamında uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa hangi çerçevede uygulanabileceğinin üzerinde durulması gerekmektedir.

Öncelikli olarak patent hakkının haczinde, alacakların ve üçüncü kişi elindeki malların haczine ilişkin hükümler (İİK m. 89) doğrudan uygulanamayacaktır¹⁴³. Zira patent hakkı, ne alacak hakkıdır ne de taşınır bir eşya niteliğindedir. Ancak patent hakkı dolayısıyla, hak sahibinin İİK m. 89 bağlamında üçüncü kişi konumunda bulunan kişilerde olan bedel alacağı veya tazminat alacağının anılan hüküm çerçevesinde haczi mümkündür¹⁴⁴. Bu kapsamda, çalışan buluşlarında, çalışanın işverenden isteyeceği bedel (SMK m. 113/5, m. 115/6, m. 117/2); gizli patentte, patent başvuru sahibinin devletten isteyebileceği tazminat (SMK m. 124/6); yükseköğretim kurumlarında

¹³⁹ Aynı yönde bkz. Topuz, 2008, s.410-411. İİK m. 94'e ilişkin değişiklik önerisi hakkında bkz. Topuz, Gökçen. *Hisse Haczi ve Satış*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.311.

¹⁴⁰ Tekinalp, 2012, s.628; Bolayır, s.2549.

¹⁴¹ Bkz. yuk. II ,A.

¹⁴² Suluk, Cahit/ Nal, Temel, (Karahana, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel), *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s.4-6.

¹⁴³ Aynı yönde bkz. Topuz, 2008, s.409.

¹⁴⁴ Alman hukuku bağlamında anılan hususların haczinin ZPO §829 bağlamında gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO § 857 Rn. 12; Engelbert, s. 28; Koch, ZPO § 857, Rn. 23.

gerçekleştirilen buluşlarda, buluştan elde edilen gelirden, kurum tarafından, buluşu yapana verilecek olan kısım (SMK m. 121/8), İİK m. 89 çerçevesinde, üçüncü kişi nezdindeki alacak kapsamında değerlendirilip muhafaza tedbirine konu edilebilecektir.

Öte yandan, patent başvurusu veya patent hakkı sahibinin patentli buluş üzerindeki kullanım hakkını lisans vermek suretiyle kullandırması (SMK m. 127, m. 129) yahut patent hakkını devretmesi (SMK m. 148/1) gibi hukuki işlemlerde bulunması mümkündür¹⁴⁵. Örneğin, patent sahibinin belirli bir bedel karşılığında verdiği lisans hakkı sebebiyle lisans alandan alacağı olabilir ya da gelir elde etmek amacıyla patent başvurusundan doğan hakkını belirli bir ücret karşılığında satması mümkündür. Bu tür hukuki işlemler nedeniyle, hukuki işlemin karşı tarafından olan alacağının haczinde İİK m. 89'un uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yine, SMK m. 85 çerçevesinde, patent sahibinin, yer, teknoloji alanı, ürünlerin menşei konusunda herhangi bir ayırım yapmadan, patent hakkından yararlanacağı ifade edilmekte ve bu kapsamda belgeye konu buluşa konu ürünün imali, satışı ve ithali gibi tüm ticari haklar patent sahibine ait olacaktır¹⁴⁶. Bu kullanım dolayısıyla üçüncü kişilerde doğacak alacak haklarının haczinde de İİK m. 89 hükmüne işlerlik kazandırılabilir.

5. Patent Üzerindeki Hakkın İİK m. 82 Anlamında Haczinin Caiz Olup Olmadığı

Bu başlık altında değerlendirilecek olan husus doktrinde de üzerinde durulan, patent hakkının İcra ve İflas Kanunu m. 82/2 ve 82/4 bağlamında haczinin caiz olup olmadığı meselesidir. Yani, borçlunun mesleği sürdürmek için gerekli eşyalarının haczedilmezliğine ilişkin İİK m. 82/1, b.2 ve b.4'de yer alan hükmün, patent hakkını kapsayıp kapsamadığı değerlendirilmelidir. Öncelikli olarak patent hakkının “eşya” kavramı bağlamında irdelenmesi gerekir. Zira, patent, daha önce de ifade edildiği üzere, yaratıcı insan zekasının ürünüdür ve maddi mallardan ayrı bir hukuki varlık ve ekonomik değer taşıyan, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hak¹⁴⁷. Dolayısıyla anılan hüküm bağlamında, patentin eşya kavramına dahil edilmesi ve *doğrudan* haczedilmez olduğunun söylenmesi, doğru bir yaklaşım biçimi teşkil etmez. Bir başka ifadeyle, İİK. m.82/1, b.2 ve b.4'de “...eşya”, “...alet ve edevat” ifadelerine kullanılarak taşınır mallardan bahsedilmiş; gayri maddi malların ve özellikle fikri ve sınai mülkiyet haklarının, dolayısıyla patent haklarının hacze konu olmaları halinde bunlara hükümde yer verilmemiştir¹⁴⁸.

Öte yandan buluş sahibi, yalnızca patent hakkına dayalı bir faaliyet icra ediyor ve bu faaliyeti de meslek kapsamında değerlendirilebiliyorsa, patent hakkının haczedilmesi, borçlu buluş sahibinin mesleki faaliyetini yapmasına engel olabilir¹⁴⁹. Ancak yine de anılan hakkın İİK m. 82/1, b.2 ve b.4 çerçevesinde borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için lüzumlu eşyaya nazaran farklı bir ekonomik amacı ve anlamı bulunmaktadır¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Atıcı, s.130.

¹⁴⁶ Suluk, 2020, s.275.

¹⁴⁷ Bkz. yuk. A, 3.

¹⁴⁸ Bolayır, s.2526.

¹⁴⁹ Bolayır, s.2531.

¹⁵⁰ Cornaz, Patrici. *L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle*, Lausanne 2002, s.79-80 (Bolayır, s.2531'den naklen).

Doktrinde bir görüş patent hakkının haczi açısından İİK m. 82/1, b.2 ve b.4 kapsamında haczedilmezliğinin doğrudan değil, kıyas yoluyla uygulanabileceğini; somut olay bağlamında patent hakkının, sahibinin geçimi için zorunlu unsurlardan biri olarak kabul edilmesi mümkün olursa, yani borçlunun bu hak dolayısıyla asgari bir düzey gözetilerek yalnızca kendisine yetecek kadar (ekonomik olarak az miktarda) gelir elde etmesi halinde anılan hakkın haczedilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁵¹.

Öncelikli olarak bir mal veya hakkın haczedilmeyeceği, ancak bir kanun hükmü ile kabul edilebilir; tüzük veya yönetmelikle kabul edilemez¹⁵². Haczedilmezliğe ilişkin hükümler, özellikle İİK m. 82'de yer alan hükümlerin birçoğu, borçlunun ve ailesinin yoksul kılınıp Devletin sosyal yardımına muhtaç bırakılmaması ve borçlunun ekonomik varlığının devam ettirebilmesi düşüncelerine dayanarak düzenleme altına alınmıştır¹⁵³. Söz konusu düzenlemeler niteliği itibarıyla emredicidir. Dolayısıyla, anılan hükümler bağlamında lafza bağlı ve dar yorum esası geçerli olacağından, patent hakkının İİK m. 82/1, b.2 ve b.4 çerçevesinde doğrudan haczedilmeyeceğini söylemek doğru olmayacaktır. Fakat yukarıda yer verilen görüşün isabetle ileri sürdüğü üzere, borçlunun patent hakkının kullanımından, asgari geçim düzeyi de göz önünde tutularak, yalnızca kendisi ve ailesine yetecek ekonomik gelir elde etmesi halinde, söz konusu hakkın haczi, İİK m. 82/1, b.2 ve b.4'ün konuluş düşüncesi ile örtüşmemektedir. Zira böyle bir durumda borçlunun ekonomik olarak varlığını sürdürmesi mümkün olmazken, Devletin de ekonomik yardımına muhtaç bırakılacaktır. Borçlunun asgari geçimini sürdüremez bir duruma sokulması insani değerlere saygı ve kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek nitelikte sayılabilir. Bu sebeple, somut olayın koşulları çerçevesinde patent hakkının haczedilip haczedilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Ancak, anılan sorun hakkında kesin bir çözümün ortaya koyulması için yapılacak kanun değişikliğinde, haczedilmezlik bağlamında fikri ve sınai mülkiyet haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczinin de göz önünde bulundurulması ve gerekli kanuni düzenlemenin yapılması isabetli olacaktır.

D. Haczin Etkisi

Patent hakkının geçerli bir şekilde haczedilmesi ve haciz işlemlerinin tamamlanması ile haczin etkileri ortaya çıkmaktadır.

Patent başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakkın haczedilmesi halinde haciz, TÜRKPATENT nezdinde tutulan sicile kaydedilir¹⁵⁴, bültende yayımlanır (SMKY m. 126/1, m. 130/1). Patent başvurusu veya patentten doğan hakkın üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade edebilmesi, bu hakların sicile kaydedilmiş olmalarına bağlıdır (SMKY m. 111/3). Bir başka ifadeyle, haczin sicile kaydedilmesi ve bültende yayınlanması ile artık üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları dinlenmeyecektir. Dolayısıyla sicil alenidir (SMK m. 106/1) ve haciz iyiniyetli 3. kişilere

¹⁵¹ Bolayır, s.2531; Ayiter, s.105; Demirci, s.103.

¹⁵² Kuru, El Kitabı, s.521.

¹⁵³ Kuru, El Kitabı, s.503. Devlet malları ve bu nitelikteki malların haczedilmezliğinin kabulünde kamu yararı, bireysel yarar üstün tutulmuştur; haczedilmezlik kamu düzenine dayanmaktadır (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.293; Kuru, El Kitabı, s.506; Kuru, İcra, s.247; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.269; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.206; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.274.

¹⁵⁴ Haczin sicile tescilinin bildirici nitelikte olduğu yönünde bkz. Suluk, 2020, s.405; Çolak, s.569; Sivil, s.62, 64; Taş Korkmaz, 2010, 2013, s.33; Ünal, s.124.

karşı, ancak sicile kayıt tarihinden itibaren hüküm doğurur (SMK m.106/2). Haczin sicile tescili, alacaklı ve ilgili üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla muhafaza tedbiri¹⁵⁵ niteliğindedir¹⁵⁶.

Patentten doğan hakkın haczedilmesi, hakkın sona ermesine ve devrine engel değildir (SMKY m. 126/2). Benzer şekilde patent başvurusundan doğan hakkın haczi de başvurunun işleminden kalkmasına engel olmaz (SMKY m. 130/2).

Sicile kaydı mümkün olmayan buluşçu hakkı ve patent isteme hakkının haczinde ise, icra dairesi, anılan hakların haczedildiği ve gerekli muhafaza tedbirlerinin (İİK m. 90) alınmasına ilişkin açıklamalarını içeren bir yazıyı TÜRKPATENT'e elektronik tebliğ yoluyla (7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 7/a/1, b.1 ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı cetvel B-19) göndererek haciz isteyen alacaklının hakkını, üçüncü kişilerin hak iddialarına karşı güvence altına alabilecektir.

Yine patent hakkının haczi, hak sahibinin hakkını kullanmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁵⁷. Patent hakkının haczi, alacaklıya, patenti kullanma hakkı vermez¹⁵⁸. Burada hak sahibi borçlu, marka veya patent hakkını devretmek dahil diğer hukuki işlemlere konu edebilir. Patent sahibi (borçlu) ise hacizden sonra da patent üzerindeki tasarruf yetkisini kullanmaya devam edebilecektir.

Patent hakkı sahibi SMK m. 140 hükmü uyarınca, patentin tamamından, bir veya birden çok patent isteminden TÜRKPATENT'e yapacağı yazılı bir bildirimle vazgeçebilir. Vazgeçme, yazılı biçimde kuruma bildirilmesinden sonra, sicile kayıt tarihi¹⁵⁹ itibariyle geçerli olacaktır (SMK m. 140/3-4). Ancak patent hakkı sahibi, sicile kaydedilmiş hakkın ve lisans sahibinin onayı olmadıkça patent hakkından vazgeçemez (SMK m. 140/5). Patent hakkının haczi nedeniyle haczi koyduran alacaklının, haciz nedeniyle sahip olduğu hak da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu nedenle, haciz işleminin sicile tescil edilmiş olması durumunda, patent hakkı sahibinin, patenti haczettiren alacaklının iznini almadan vazgeçme işlemini yapamayacağını kabul etmek gerekir.

Patent hakkını haczettiren alacaklı, hacizli hakların paraya çevrilmesini ve alacağının ödenmesini talep etme hakkına sahiptir. Bu hakkın dışında patent hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi zaruri durumlar dışında yoktur. Haczi gerçekleştiren icra dairesi tarafından İİK m. 90 çerçevesinde muhafaza tedbirleri alınmalı; bu kapsamda örneğin patent hakkının tecavüze uğraması durumunda gerekli başvuruların alacaklı tarafından yapılabilmesine imkân tanınmalıdır¹⁶⁰. Bu çerçevede, alacaklı, hacizden sonra borçlunun yapmaya ehil olduğu ancak bilerek veya bilmeyerek ihmal etmesi sonucunda yapması gereken işlemleri¹⁶¹, patent hakkı

¹⁵⁵ Burada keyfiyetin ihbarının haczin geçerliliğini etkilememekle birlikte, muhafaza tedbiri niteliği taşıdığı yönünde bkz.: Postacıoğlu, İlhan. *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.307.

¹⁵⁶ Demirci, s.99; Yasaman/Altay, s.712-714.

¹⁵⁷ Danıştay, 1997 tarihli bir kararında alacaklının muvafakati olmadan borçlunun hacizli marka hakkını devredemeyeceğini hükmetmiştir. Bkz. Danıştay 19. Daire, T. 28.01.1997, 8828/24.

¹⁵⁸ Tekinalp, 2012, s.467; Ünal, s.127.

¹⁵⁹ Arkan, s.174; Tekinalp, 2012, s.472; Ünal, s.130.

¹⁶⁰ Yasaman/Altay, s.718.

¹⁶¹ Postacıoğlu, s.309.

üzerindeki hakkın devamı için önceden verilmiş taahhüt gibi işlemleri, borçlu yerine geçerek yapabilmelidir.

Patent hakkı haciz yoluyla el değiştirdikten sonra, yeni patent sahibine karşı SMK m. 138'de yer verilen hükümsüzlük hallerinden birisine dayanılarak hükümsüzlük davası açılabilir. Fakat, patent haczinden sonra; paraya çevirme işlemiyle el değiştirmesinden önce hükümsüzlük davası; patent hakkını haczettiren alacaklıya karşı değil, bu dönemde sicilde kayıtlı hak sahibi olan kişi borçlu sıfatını taşıdığından, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı açılmalıdır¹⁶².

Patent hakkının hükümsüzlüğüne karar verilirse, bu karar geçmişe de etkili olacağından patent ya da patent başvurusuna Sınai Mülkiyet Kanunu ile sağlanan korumanın hiç doğmadığı kabul edilir (SMK m. 139/1). Hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce uygulanmış hukuki işlemler hariç diğer hukuki işlemler geçersiz olacak; bu yüzden haczin uygulanmasından sonra verilecek hükümsüzlük kararı, uygulanmış haciz işlemi etkilemeyecektir¹⁶³. Dolayısıyla hükümsüzlük kararının muhatabı, patent hakkının yeni sahibi olacaktır¹⁶⁴.

Son olarak ifade edilmelidir ki, patent hakkı üzerinde bir rehin kurulmuşsa, kurulan rehin, patent hakkının haciz nedeniyle cebri icra yoluyla satılması halinde sona erecektir (SMKY m. 127/3-c).

SONUÇ

Patent haczinde, haczin konusunu parasal değeri bulunan ve devri mümkün olan, buluşla ilgili haklar; buluş/buluşçu hakkı, patent isteme hakkı ve patent başvurusundan doğan hak ile patentten doğan hak (patentin verilmesinden doğan hak) oluşturmaktadır.

Patente yönelik gerçekleştirilecek haciz usulü bağlamında kanunlarımızda özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu sebeple, haczin gerçekleştirilmesinde, temel kanuni düzenleme olan İİK açısından hangi hükümlerin işlerlik kazanacağına tespiti ve değerlendirilmesi yukarıda ilgili her bir kanun maddesi ele alınarak yapılmıştır. Bu çerçevede;

- İİK m. 79/2, c. 3 hükmü bağlamında, patent başvurusu ve patentin kaydedilmiş olduğu sicil (SMK m. 106) her ne kadar resmi sicil olsa da haczin bu hükme göre gerçekleştirilmesi için sicilin resmi sicil olması tek başına yetmemekte; ayrıca sicile kaydedilen patent hakkı kapsamında yer alan hakların, anılan hükümde ifade edilen “mal” kavramına dahil olması gerekir. Bu sebeple İİK m. 79/2, c. 3 hükmü, patent hakkının haczinde doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Zira anılan hüküm, lafzi yorum çerçevesinde değerlendirildiğinde, maddi bir varlığı bulunmayan patent hakkının, “mal” kavramının kapsamına sokulamayacağı açıktır. Patent hakkının bu madde kapsamında haczedilebilmesi için “mal” kavramının “mal ve haklar” şeklinde değiştirilmesi gerekir¹⁶⁵. Ancak resmi sicile kayıtlı patent hakkının (sicile kaydı mümkün olan patent

¹⁶² Belek, s.64; Ünal, s.130.

¹⁶³ Marka için bkz. Arkan, s.168; Çolak, s.570; Çamlıbel Taylan, Esin. *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.248; Demirci, s.99; Ünal, s.130.

¹⁶⁴ Belek, s.65; Ünal, s.131.

¹⁶⁵ Marka haczinde bu yönde bkz. Topuz, 2008, s.410. Aksi yönde bkz. Bolayır, s.2546; Atıcı, s.42. İİK'nın değiştirilmesi hususunda devam eden kanun çalışmalarında gayrimaddi mallar üzerindeki haklar ve özellikle fikri ve sınai mülkiyet haklarının cebri icrası bakımında tereddüt uyandıran ve aksaklık yaşanan hususlar da dikkate alınmalıdır.

başvurusundan doğan hak ve patentten doğan hakkın) elektronik ortamda kaydi haczi, İİK m. 78/1'de 7251 sayılı Kanun m. 49 ile yapılan değişiklik bağlamında mümkündür. TÜRKPATENT'in kendi sistemi ile Uypap sistemi arasında entegrasyonun kurulmasıyla, patent hakkının haczi de elektronik ortamda gerçekleştirilecektir.

- İİK m. 94'ün lafzi yorum çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde, patent hakkının haczinde anılan hükmün işlerlik kazanamayacağını söyleyebiliriz. Bu sebeple, İİK m. 94'ün gayri maddi malların, özellikle fikri ve sınai mülkiyet hukukundan doğan haklar bakımından gözden geçirilmesi ve yeniden kaleme alınması uygun olacaktır.

- Haczin gerçekleşmesi açısından icra dairesinin haciz tutanağı düzenlemesi yeterli olduğu için İİK m. 85/1 hükmünün borçlunun sicile kaydedilmemiş ve fakat haczi caiz olan haklarının, (hatta sicile kaydedilen haklarının) haczedilmesinde işlerlik kazanacağını; bu şekilde haczedilen haklara ilişkin olarak ayrıca İİK m. 90 çerçevesinde icra dairesinin gereken muhafaza tedbirlerini alabileceğini söyleyebiliriz.

- Patent hakkı, ne alacak hakkı ne de taşınır bir eşya niteliğindedir ve bu sebeple, üçüncü kişilerdeki alacakların ve üçüncü kişi elindeki malların haczine ilişkin hükümler (İİK m. 89) bu hakkın haczinde doğrudan uygulanamayacaktır. Ancak patent hakkı dolayısıyla, hak sahibinin İİK m. 89 bağlamında üçüncü kişi konumunda bulunan kişilerde olan bedel alacağı veya tazminat alacağının anılan hüküm çerçevesinde haczi mümkündür.

- Patent hakkının haczi bağlamında İİK m. 82/1, b.2 ve b.4 hükmünün işlerlik kazanıp kazanmayacağı noktasında, anılan hükmün doğrudan uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Ancak, borçlunun patent hakkının kullanımından, asgari geçim düzeyi de göz önünde tutularak, yalnızca kendisi ve ailesine yetecek miktarda (az) gelir elde etmesi halinde, söz konusu hakkın haczi, İİK m. 82/1, b.2 ve b.4'ün konuluş düşüncesi ile örtüşmemekte; zira böyle bir durumda borçlunun ekonomik olarak varlığını sürdürmesi mümkün olmazken, Devletin de ekonomik yardımına muhtaç bırakılacaktır. Borçlunun asgari geçimini sürdüremez bir duruma sokulması insani değerlere saygı ve kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek nitelikte sayılabilir. Dolayısıyla somut olayın koşulları çerçevesinde patent hakkının haczedilip haczedilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Ancak, anılan sorun hakkında kesin bir çözümün ortaya koyulması için yapılacak kanun değişikliğinde, haczedilmezlik bağlamında fikri ve sınai mülkiyet haklarının ve dolayısıyla patent hakkının haczinin de göz önünde bulundurulması ve gerekli kanuni düzenlemenin yapılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. “Maaş ve Ücret Haczi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s.335-363.
- Ansay, S. Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, İstiklâl Matbaası, Ankara, 1960.
- Arı, M. Haluk. *Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar*, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- Arkan, Sabih. *Marka Hukuku*, Cilt II, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema /Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Aslan, Burcu. *Marka Üzerindeki Hukuki İşlemler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Atıcı, Cansu. *Sınai Hakların Cebri İcrası*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.
- Ayiter, Nuşin. *İhtira Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- Belek, Veysel. *Markanın Devrinin, Haczinin ve Bu İşlemler Açısından Marka Değerinin İncelenmesi*, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi, Ankara, 2011.
- Berkin, Necmeddin M. *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- Bolayır, Nur. “Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’ e Armağan*, C. I, Y. 2014, İzmir, 2015, s. 2513-2570.
- Canbolat, Talat. *İşçi Buluşları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- Cornaz, Patrici. *L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle*, Lausanne 2002, s. 79-80 (Bolayır, s. 2531'den naklen).
- Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Hususlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Çamlıbel Taylan, Esin. *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Demirci, Aylin. *Gayrimaddi Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002.
- Dönmez, Murat. “Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2009, Sayı 84, s. 375-385.
- Engelbert, Marina, *Pfändung ausgewählter Immaterial-güterrechte*, FHVR, Heft 64, 2007, <https://www.hwr-berlin.de/fileadmin/portal/Dokumente/Fachbereiche-Institute/FB4/Forschung/FB-4-Heft-2007-64.pdf>, Erişim Tarihi: 08.03.2021.
- Erdem, Bahadır. *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Erturgut, Mine. *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Ankara, 2000, s. 193; Özel, Çağlar, *Marka Lisans Sözleşmesi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.

Gottwald, Peter, Zwangsvollstreckung, Kommentar zu den §§ 704-915 h ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis, 5. Auflage, 2005.

Görgün, L. Şanal. “Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser”, *Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi*, C. V, 1973/1, s. 135-168.

Güneş, İlhami. “Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı ve Karşılaştırmalı Hukuk” *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Y. 2010 Sa. 2, s. 13-23.

Güneş, İlhami. *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Hirsch, E. Eduard. *Hukuki Bakımdan Fikrî Say*, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1942.

Hirş, E. Eduard. *Fikrî ve Sınai Haklar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1948.

İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, 1976.

Jäger, Carl. *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I, Zürich 1911; Band II, Zürich 1911.

Karşlı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Kaya, Arslan. “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, C. LV, S. 4, 1997, s.173-200. (Kaya, 1997)

Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006. (Kaya, 2006)

Keskinci, Derya. “Hizmet Buluşları”, *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2003.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Koch, Raphael, Kindl/Meller-Hannich, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* 4. Auflage 2021, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2FKinMelWolKoZV_4%2FZPO%2Fcont%2FKinMelWolKoZV.ZPO.p857.gII.gI4.glc.glaa.htm, Erişim Tarihi: 08.03.2021.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013. (Kuru, El Kitabı)

Kuru, Baki. *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016. (Kuru, İcra)

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang. *Musielak/Voit Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 17., neubearbeitete Auflage, München, 2020, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMusielakZPOKO_17%2FZPO%2Fcont%2FMusielakZPOKO%2EZPO%2Ep857%2Ehtm, (Erişim Tarihi: 08.03.2021).

Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2013.

Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, §§ 335-945b, (Herausgegeben von Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher) 6. Auflage 2020, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fmuekozpo_6_band2%2Fzpo%2Fcont%2Fmuekozpo.zpo.p857.htm&pos=1&hlwords=on, (Erişim Tarihi:08.03.2021).

Noyan, Erdal. *Patent Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

- Ortan, Ali Necip. *İşçi Buluşları Hukuku*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1987.
- Öztek, Selçuk. “Son Değişikliklerden Sonra Türk Patent Hukukunun Anahatları”, *Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 55-63.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2012. (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes)
- Postacıoğlu, İlhan. *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Saraç, Tahir. “551 Sayılı KHK’nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2001. (Saraç, 2001)
- Saraç, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003. (Saraç, 2003)
- Saraç, Tahir (Karahana, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012. (Saraç, 2012)
- Sarı, Onur. *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019. <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=23027>, (Erişim Tarihi: 03.01.2021).
- Sivil, Osman. “Markanın Haczi ve Rehni”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Yıl 2007, Sayı 9, s. 62-74.
- Suluk, Cahit (Karasu, Rauf/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020. (Suluk, 2020)
- Suluk, Cahit/ Nal, Temel, (Karahana, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel), *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- Şehirli, Feyzan H. *Patent Hakkının Korunması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1998.
- Tamer, Ahmet. *Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Taş Korkmaz, Hülya. “Marka Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 2, Y. 2013, s. 23-43. (Taş Korkmaz, 2013)
- Taş Korkmaz, Hülya. *İflâs Masası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010. (Taş Korkmaz, 2010)
- Tekinalp, Ünal. “Yeni Patent Hukukunda Buluş Sahibi İlkesi”, İHFM Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı, 1997, C.LV, S. 4, s.129-136. (Tekinalp, 1997)
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (Tekinalp, 2012)
- Topal, Önder. “Senede Bağlanmamış Anonim Şirket Payının Haczi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Zeki Hafizoğullarına Armağan*, C. 65, S. 4, Y. 2016, (s. 2977-3016).
- Topuz, Gökçen. “Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, Yıl 2008, s. 403-417. (Topuz, 2008)
- Topuz, Gökçen. *Hisse Haczi ve Satışı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (Topuz, 2009)
- Uyar, Talih. “Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar İİK m. 121”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, 1978, s. 431-435.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Ertan, N. Füsün Nomer. *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Ünal, Mücahit. *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004.

Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam. (Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayoęlu, Sıtkı/Yusufoęlu, Fülürya/Yüksel, Sinan), *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi*

Selin SERT SÜTÇÜ 

Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selin81hukuk@gmail.com, (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p>Makale Geçmişi Geliş: 16.05.2021 Kabul: 23.06.2021 Yayın: 25.06.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: Tüketici, Mesafeli sözleşme, Aracılık, Sorumluluk, Tüketicinin korunması.</p>	<p>Mesafeli sözleşmeler, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m.48 hükmünde ve aynı zamanda Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamında ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve hüküm altına alınmıştır. COVID-19 süreci ile birlikte mesafeli sözleşmeler, hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Mesafeli sözleşmelerin sıklıkla tercih edilmesinin sebebi; bu sözleşmelerin tüketiciler tarafından çok vakit harcamadan, oturdukları yerde, birden çok seçenek arasından kolaylıkla seçim yapmasına imkân sağlamasıdır. Bu sözleşmelerde tüketicilerin paylaştıkları bilgilerinin kötüniyetli üçüncü kişilerin eline geçme ihtimalinin olması, tüketicilerin kişisel verilerinin korunması gerekliliği de mesafeli sözleşmelerin riskleridir. Mesafeli sözleşmeler, çoğunlukla satıcı ile tüketicinin aracılık vasıtasıyla bir araya geldiği sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmelerin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında da düzenlenmiş olması sebebiyle, bu kanun hükümlerinde düzenlenen aracılık edenler kavramıyla, TKHK kanun kapsamında düzenlenen aracılık edenler kavramının benzer, farklı yönleri de çalışmamızda incelenecektir. Aracılık etme kavramının ne olduğu, yasal mevzuat içerisinde ne şekilde düzenlendiği ve araçların tüketicilere karşı sorumluluğu belirlenmeye çalışılacaktır.</p>

Determining The Liability of Those Who Intermediate in The Establishment of Distance Agreements in The Context of Consumer Law

Article Info	Abstract
<p>Article History Received: 16.05.2021 Accepted: 23.06.2021 Published: 25.06.2021</p> <p>Keywords: Consumer, Distance Contract, Mediation, Responsibility, Consumer protection.</p>	<p>Distance contracts are regulated and taken under the provisions of article 48 of the Law on the Protection of the Consumer No. 6502 and also within the scope of the Regulation on Distance Contracts. With the COVID-19 process, distance contracts have become an integral part of our lives. The reason why distance contracts are often preferred; These agreements allow consumers to easily choose from among multiple options at their place of residence, without wasting much time. The possibility of the information shared by the consumers in these contracts falling into the hands of malicious third parties and the necessity of protecting the personal data of consumers are also the risks of distance contracts. Distance contracts are mostly contracts where the seller and the consumer come together through intermediaries. Since distance contracts are also regulated within the scope of the Law on the Regulation of Electronic Commerce, similar and different aspects of the concept of intermediaries regulated in the provisions of this law and the concept of intermediaries regulated under the TKHK law will be examined in our study. It will be tried to determine what the concept of intermediation is, how it is regulated in the legal legislation and the responsibility of intermediaries towards consumers.</p>

Atıf/Citation: Sert Sütçü, S. (2021). "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 276-287.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

GİRİŞ

Teknoloji ve pazarlama tekniklerinin gelişmesi, uzaktan pazarlama yöntemiyle mal teslimi veya hizmet sağlanması, satıcı ve sağlayıcılar tarafından tüketicilere ulaşma amacıyla kullanılan yöntemler çeşitlilik kazanmıştır¹.

Tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcıların fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin uzaktan iletişim araçlarıyla sözleşme kurmaları tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir². Tüketiciler tarafından en çok tercih edilen yöntemlerden birisi de mesafeli sözleşmelerdir. Satıcı/sağlayıcının mesafeli sözleşme kurmaları ve aracılardan yararlanmalarının hem faydaları hem de riskleri bulunmakla birlikte, tüketicilerin bu sözleşmeyi tercih etmeleri sebebiyle çeşitli koruma yöntemlerinin geliştirilmesi de gerekmektedir.

Çalışmamızda mesafeli sözleşme kavramı, bu sözleşmelerin faydaları/riskleri, mesafeli sözleşmelerde aracı kavramı ile mesafeli sözleşmelerde aracılardan sorumluluğu anlatılacaktır.

I. MESAFELİ SÖZLEŞME KAVRAMI

Mesafeli sözleşmeler; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 48 hükmünde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemede mesafeli sözleşmelerin tanımına yer vermiştir. Söz konusu tanıma göre; “*satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler*” mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmiştir.

Kanundaki tanımdan bir sözleşmenin mesafeli sözleşme³ olarak nitelendirilmesi açısından bazı unsurlara⁴ sahip olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵. Bu unsurlar;

- iletişim araçlarının kullanılması suretiyle sözleşme yapılması,
- uzaktan pazarlama sisteminin varlığı,
- tüketici ile satıcı veya sağlayıcının bir araya gelmemesi,
- tarafların anlaşmasıdır.

¹ Demir, Mehmet. *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.16; Aslan, Yılmaz. *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 4.Baskı, Ekin Yayınevi, İstanbul, 2014,s. 479.

² Erten, Alev. *Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004, s.11 vd.; Demir. s.14 vd.; Aslan. s. 479 vd.

³ TKHK dışında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda mesafeli satış kavramına yer verilmiştir. TBK anlamında mesafeli satışın söz konusu olması için; satıcı veya sağlayıcının sözleşme konusunu bir yerden başka bir yere göndermesi halinde söz konusu olmaktadır. TBK mesafeyi malın gönderilmesi ve sözleşmenin ifası kavramlarıyla ilişkilendirmektedir. TKHK anlamında mesafeli satış ise tüketici ile satıcı veya sağlayıcının eş zamanlı fiziksel ortamda bir araya gelmemesini ifade etmektedir. Tüketici satıcı veya sağlayıcı ile birlikte olmadığı için de sözleşme iletişim araçları vasıtasıyla yapılmaktadır.

⁴ Kara, İlhan. *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 1015 vd.

⁵ Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 322 vd.; İlgün, Candaş. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açıklamalı Gerekçeli*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 199.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan “mesafeli satış” kavramıyla, TKHK da düzenlenen “mesafeli sözleşme” farklı kavramlardır. TBK’ya göre mesafeli satış sözleşmesi; satılan malın normal olarak sözleşmenin ifa yerinden başka bir yere gönderilmesidir yani buradaki mesafe kavramıyla malın gönderilmesi ya da sözleşmenin ifası anlatılmak istenmektedir. TKHK anlamında mesafeli sözleşmeye, tüketiciyle mal ya da hizmet sağlayıcısının aynı yerde olmamasını, aralarında mesafe olmasını ve bu sebeple sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarıyla yapılmasıdır⁶. Mesafeli sözleşme; sözleşme yapılması tekniğidir⁷. Satış, kira vb. gibi farklı sözleşmeler de mesafeli sözleşme yoluyla yapılabilmektedir⁸. Hangi sözleşmelerin mesafeli sözleşme yoluyla yapılamayacağı da Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir⁹.

Mesafeli sözleşmelerin aynı zamanda Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde de TKHK’a benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir. Mesafeli sözleşmelerin 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. ETDHK tüm elektronik satışları¹⁰ kapsamına almış ve elektronik satışlarda sözleşme taraflarını satıcı/sağlayıcı ve alıcı olarak belirlemişken, TKHK sözleşme taraflarını satıcı/sağlayıcı ve tüketici olarak belirlediği için TKHK daha dar kapsamlıdır. O sebeple tüketiciler açısından bir hüküm olan hususlarda TKHK hükümlerinin, herhangi bir hüküm olmayan hallerde ise ETDHK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde taraflardan birisi tüketici, diğer taraf ise satıcı veya sağlayıcıdır. Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin bir araya gelmesini sağlayan aracı kavramı kanunda nasıl ve ne şekilde tanımlanmıştır hususunu değerlendirmeden önce mesafeli sözleşmelerin faydaları ve riskleri üzerinde durulması gerekmektedir.

II. MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN FAYDALARI VE RİSKLERİ

Mesafeli sözleşmeler; COVID-19 süreci ile birlikte hayatımızın adeta merkez kavramı haline gelen ve gündelik hayatta en çok tercih ettiğimiz sözleşme türlerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu süreçte sağlık, hijyen vb. nedenlerle tüketicilerin mesafeli sözleşmeleri daha çok tercih ettiği görülmektedir¹¹.

Mesafeli sözleşmelerin tercih nedenlerinden bir diğeri tüketicinin bulunduğu ortamı terk etmeden kolaylıkla aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmet çeşitliliği arasından kendi istek ve arzusuna en uygun olanını seçme imkânına sahip olmasıdır. Kalite, ucuzluk ve nitelik

⁶ Topaloğlu, Mustafa. “Madde-48, Mesafeli Sözleşmeler”, *Milli Şerh*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s.762.

⁷ Uzun Kazmacı, Özge. “İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, 2016, s.2793; Gezder, Ümit. “Mesafeli Sözleşmeler”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Ed. Murat İnceoğlu), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 334; İnceoğlu, Murat/Baş Süznel, Ece. “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicie Karşı Sorumluluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S. 189-190, 2020, s. 476.

⁸ Kanun koyucu Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.2 hükmünde mesafeli sözleşmelerin konusu olamayacak sözleşmeleri belirlemiştir. O halde bu hükümde belirtilen istisnalar dışında satıcı veya sağlayıcı mesafeli sözleşme yapabilecektir.

⁹ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.2.

¹⁰ Elektronik sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, İpek. Elektronik Sözleşmeler, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

¹¹ Alabay, M. Nurettin. “Geleneksel Pazarlamadan Yeni Pazarlama Yaklaşımlarına Geçiş Süreci”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 15, S. 2 s. 214.

bakımından daha kaliteli olma hususları da tüketici tercihlerini etkilemektedir. Bu durum aynı zamanda tüketicinin zamandan da tasarruf etmesini sağlayacaktır¹².

Mesafeli sözleşmelerin tüketici açısından riskleri; tüketicinin çok fazla düşünme ve değerlendirme fırsatı olmadan mal veya hizmeti satın almasıdır. Satıcı veya sağlayıcı konusundaki bilgisizlik, yanlış bilgi, malın iadesi veya cayma hakkı kullanılması konusundaki sıkıntılar da ne yazık ki beraberinde gelmektedir.

III. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ARACI KAVRAMI

Mesafeli sözleşmelerde sözleşmenin tarafları; satıcı/sağlayıcı veya tüketici de olsa mesafeli sözleşmelerde tüketici ile satıcı/sağlayıcının bir araya gelmesini sağlayan, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasını sağlayan sistemi kuran aracılar vardır. Aracılar; tüketicinin mesafeli sözleşmelerde satıcı ile sağlayıcıyla bir araya gelmesini sağlayarak, sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır.

Satıcı veya sağlayıcının aracı aracılığıyla sözleşme yapmak istemesinin farklı sebepleri olabilecektir. Örneğin; çok bilinmeyen bir markanın sattığı malların veya sunduğu hizmetlerin tüketici tarafından aracının sunduğu uzaktan pazarlama yöntemiyle tüketiciyle satıcı ve sağlayıcının buluşmasını sağlayabilecektir. Tüketici satıcı veya sağlayıcının sattığı mallar veya sunduğu hizmetler hakkında bilgi sahibi olacak, böylece çevresindeki kişilere o mal veya hizmetle ilgili tavsiyelerde bulunarak, diğer tüketiciler tarafından malın veya hizmetin tercih edilmesini sağlayabilecektir.

Mesafeli sözleşmelerin kurulmasına aracılık edilmesi kavramı; ne TKHK ne de Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde tanımlanmamıştır. TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde aracı kavramının uzaktan pazarlamaya yönelik sistemi kuran, uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla sözleşmenin kurulmasını sağlayanlar olarak nitelendirilebilecektir.

Satıcı veya sağlayıcıya uzaktan pazarlamaya yönelik olarak kurduğu bu sistemi kullandıran aracı; ya satılan tek bir üründen ya da aylık, yıllık gibi tamamen tarafların özgür iradeleri ile belirleyecekleri bir bedeli ödemelidir.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m.2/d hükmünde; “*Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler*” olarak belirtilmiştir. O halde aracı; gerçek veya tüzel kişi olabilecektir. Aracının satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında adeta bir köprü vasıtası görevini üstlendiği söylenebilecektir. Uzaktan pazarlama yönteminin hangi özelliklere sahip olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹² Gezder, Ümit. Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 53.

IV. SATICI/SAĞLAYICI İLE TÜKETİCİ VE ARACI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN BELİRLENMESİ

Mesafeli sözleşmeler TKHK m.48 hükmünde düzenlenmiştir. Kanun koyucu m.48 hükmünde herhangi bir ayırım yapmadığı için; sözleşmenin konusu hem mal¹³ hem de hizmet¹⁴ olabilecektir. Mesafeli sözleşme, TKHK kapsamında düzenlendiği için sözleşmenin bir tarafı tüketici, diğer tarafı ise satıcı veya sağlayıcı olacaktır. TKHK m.48 hükmündeki mesafe kavramının bir sözleşme yapma türü olduğunu, yani satıcı veya sağlayıcının eş zamanlı fiziksel varlığı olmadan yapılan sözleşmeyi ifade ettiğini, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin mesafeli olarak satış, kira vb. sözleşmeler yapabileceği ancak uygulamada mesafeli sözleşmelerin çoğunlukla satış sözleşmesine konu edildiğini söyleyebiliriz. Tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki satış sözleşmesine öncelikle olarak TKHK, hüküm bulunmayan hallerde ise TBK m.207 vd. satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Satıcı/sağlayıcı ile aracı arasındaki sözleşme iş görme sözleşmesidir. İş görme sözleşmesi kapsamında aracının kurduğu sistem sayesinde tüketiciye malın veya hizmetin tanıtılması ve böylece satılması amaçlanmaktadır. Tüketiciye, aracı, uzaktan iletişim vasıtaları kullanarak, satıcının malını veya sağlayıcının sunacağı hizmeti tanıtmakta böylece satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin arasında sözleşme kurulmasını sağlamaktadır. Aracı tüketici tercihlerine göre tüketicinin satın almak istediği mal veya hizmetleri tüketiciye alternatifler halinde göstermekte, tüketici istediği satıcıyı, kalite, fiyat, nitelikleri belirlemek suretiyle satış sözleşmesini satıcı veya sağlayıcı ile akdetmektedir.

Aracı ile tüketici arasında üyelik sözleşmesi yapılmaktadır¹⁵. Tüketici adres, telefon gibi iletişim bilgilerini aracı ile paylaşarak, bu bilgilerin aracının alt yapısında saklanmasına müsaade etmektedir. Aracı tüketiciye ait bilgilerin saklanması aşamasında tüketiciden herhangi bir ücret almamaktadır. Aracı tüketicinin şahsi bilgilerini, ödeme bilgilerini alt yapı sisteminde saklama yükümlülüğü altındadır. Tüketicinin daha önce satın aldığı mallara ilişkin kayıtların tutulması ve daha sonraki alışverişler için tüketici tercihlerinin belirlenmesi de aracının tüketiciye sunduğu hizmetlerdir. Tüketicinin kişisel verilerinin de bu anlamda korunması önemlidir. Aracı, tüketicinin kişisel verilerini de saklamakla yükümlüdür. Kişisel verilerin korunması konusunda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁶ hükümlerinden yararlanılacaktır.

Aracı ile tüketici arasında bu üyelik sözleşmesi dışında herhangi bir sözleşme yoktur. TKHK m. 48/5 hükmünde “*aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur*” düzenlemesi gereğince; aracılık edenlerin sorumluluğu sadece satıcı/ sağlayıcıya karşı gibi görünse de aracılardan tüketiciye karşı sorumluluğun olup olmadığının belirlenmesi önemlidir. Birçok tüketici aracıya güvenerek sözleşme yapmayı tercih etmektedir.

¹³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/h hükmünde mal, 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 ifade eder.

¹⁴ TKHK m.3/d hükmünde hizmet; Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade etmek için kullanılmaktadır.

¹⁵ Inceoğlu/Baş Süznel. s. 478.

¹⁶ Tüketicilerin kişisel verilerinin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keser, Yıldırım. “Tüketicilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Açık Rıza”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.28, S.3, 2020, s. 1181 vd.

Örneğin; “*hepsi burada, trendyol*” gibi aracılardan¹⁷ güvenilir olduğunu düşünen ve bu düşünceyle sözleşme yapan tüketici, satıcı veya sağlayıcıya ulaşmasa dahi ayıplı bir mal söz konusu olduğunda aracının da bu ayıptan sorumlu olacağı düşüncesiyle hareket etmektedir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında mesafeli sözleşmelerde aracının sorumluluğu hem tüketiciye karşı hem de satıcı/sağlayıcıya karşı sorumluluk olmak üzere ayrı ayrı incelenecektir.

V. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ARACILARIN SORUMLULUĞU

Mesafeli sözleşmelerde aracılardan sorumluluğuna ilişkin düzenleme TKHK m.48/5 hükmüdür. Söz konusu hükme göre aracılardan sorumluluğunun belirlenmesi bakımından aracılardan tüketiciye karşı sorumluluğunun ayrı, aracılardan satıcı/sağlayıcıya karşı sorumluluğunun ayrı ve son olarak aracının hem aracı hem de satıcı/sağlayıcı durumunda olduğu hallerde tüketiciye karşı sorumluluğunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

A. SATICI/SAĞLAYICININ AYNI ZAMANDA ARACI OLARAK TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞU

Son dönemlerde aracılardan kendi markalarını kurup, kendi kurdukları sistem içerisinde kendi mal ve hizmetlerini tüketiciye sattığı veya sunduğu görülmektedir. Bu durumda aracı, aynı zamanda satıcı/sağlayıcı konumundadır.

Aracının hem satıcı/sağlayıcı hem de aracı olduğu durumlarda tüketiciye karşı sorumluluğu satıcının ve sağlayıcının sorumluluğu ile aynı şekilde değerlendirilmelidir. Satıcının/sağlayıcının mal/hizmetin ayıplı olmasından, zamanında teslim/ifa edilmesinden dolayı tüketiciye karşı sorumluluğu TKHK ve TBK anlamında söz konusu olacaktır.

Aracının satıcı/sağlayıcı olması, aracının tüketiciye ait bilgileri saklama, istenildiğinde üçüncü kişilerle paylaşma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta aksine burada aracının sorumluluğu genişlemiş olmaktadır. Aracının TKHK m.48 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamındaki sorumluluğu dışında bir de satıcı/sağlayıcı olarak sorumluluğu devam etmektedir.

B. ARACININ SATICIYA/SAĞLAYICIYA KARŞI SORUMLULUĞU

Aracının satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmeyle aracı, tüketici ile satıcı/sağlayıcının kendi oluşturduğu sistem çerçevesinde pazarlanmasını sağlamaktadır. Bu pazarlama ise satıcı/sağlayıcı ile aracı arasındaki sözleşmesinin niteliğine göre aylık, yıllık, satılan mal veya sunulan hizmet adedine göre belirlenebilecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48/5 hükmünde “*aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur*” düzenlemesi gereğince; aracı satıcı/sağlayıcıyla yapmış olduğu sözleşmeye uygun davranmak zorundadır. Sözleşmeye aykırılık, mal/hizmetin sürekli olarak temin edilmemesi, mal/hizmetin ayıplı ifası şeklinde olabileceği gibi aracının oluşturduğu sistemden yararlanan satıcı/sağlayıcının sistemi kullanma bedelini ödememesi gibi de söz konusu olabilecektir. Sözleşmeye aykırı hareket edilmesi durumunda, meydana gelen zararların tazmin edilmesi gerekmektedir.

¹⁷ Yüce, Melek Bilgin. “*E-Ticarette Ayıplı Mal/Hizmet Alan Tüketicinin Hakları ve Bu Hakların Yöneltilmesi Muhataflar*”, E-Ticaret, 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017, s. 264.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 20 hükmü gereğince; “*Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür*” . Söz konusu düzenleme gereğince; aracılık edenler, satıcı/sağlayıcıyla yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmakla yükümlüdür¹⁸. Bu bilgilerin güvenilir ortamda saklanması, özellikle kişisel verilerin ihlal edilmemesi önemlidir. Sistem alt yapısı içerisinde bilgilerin saklanması aracının sorumluluğundadır. Kişisel verilerin ihlali halinde oluşan zarardan da aracı; satıcı/sağlayıcıya karşı sorumludur¹⁹.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da elektronik ticarete ilişkin düzenlemelerle birlikte; elektronik sözleşmelere ilişkin bilgi verme yükümlülükleri, ticari iletişim, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumlulukları, kişisel verilerin korunması ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu kanundaki ilgili hükümler, tüketici işlemi olsun olmasın genel olarak elektronik ortamda yapılan sözleşmeleri kapsamaktadır.

C. ARACILARIN TÜKETİCİYE KARŞI SORUMLULUĞU

Aracıların, TKHK m.48/5 anlamında tüketicilere karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumlulukla ilgili olarak doktrinde baskın görüş²⁰; aracılardan da satıcı/sağlayıcıdan tüketiciden bedel tahsis etmeleri sebebiyle, tüketiciye karşı satıcı/sağlayıcı gibi sorumlu olmaları gerektiğidir. Aracının, tüketiciden bedel tahsis etmesinin sebebi; satılan malın/sunulan hizmetin bedelinin satıcı/sağlayıcı adına oluşturulan sistem çerçevesinde alınarak, satıcıya/sağlayıcıya verilmesidir. Bu tahsis, satıcı/sağlayıcının adına ve hesabına bedel tahsisi olduğu için, temsil ilişkisi söz konusudur. Temsilcinin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu TBK anlamında düzenlenmemiştir. O halde aracının temsilci olarak hareket ettiği, bedel tahsis ettiği durumda tüketiciye karşı her anlamda sorumlu olduklarının kabul edilmesi mümkün değildir.

Doktrinde aracılardan TKHK m.48 hükmü kapsamında sorumlu tutulmalarının bir diğer sebebi olarak; TKHK m.3 hükmü gösterilmektedir²¹. TKHK m.3 hükmünde tanımlanan satıcı ve sağlayıcı ifadelerinde geçen “*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya mal satanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde bir belirleme yapılmış olması sebebiyle, ifadede geçen adına ya da hesabına hareket etmeyle temsil ilişkisinin işaret edildiği belirtilmiştir. Kanaatimizce; bu düşünceye iki sebepten dolayı katılmak mümkün görünmemektedir. Kanun koyucu m.3 hükmünde satıcı veya sağlayıcıyı tanımlarken kullandığı adına ve hesabına hareket etme satıcının/sağlayıcının temsilcisi olarak

¹⁸ Çabri. s. 769.

¹⁹ “Yemek sepeti olarak tüketicilere hizmet veren her türlü yemek/yiyecek-içecek temini için farklı satıcı/sağlayıcılarla tüketicinin buluşmasını sağlayan aracı, 27.03.2021 tarihinde kendi oluşturduğu uzaktan pazarlama sistemi içerisinde tüketicilere ait olan kişisel verilerin çalındığını duyurdu. Yemek sepeti çalınan bilgilerin kredi kartlarına ilişkin olmadığını, kredi kartlarına ilişkin bilgilerin kendi altyapıları içerisinde saklanmadığını altını çizdi”. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yemeksepetindeki-bilgilerin-calinmasi-kullanici-icin-ne-anlama-geliyor-41774405>, E.T.: 05.05.2021.

²⁰ Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 290; Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 770; Topaloğlu, s.775.

²¹ Çabri. s.770.

hareket eden ve temsilcisi olarak sorumlu tutulanların kapsamını belirlemek için getirilen bir düzenlemedir. Satıcı/sağlayıcının sorumluluğu tüketiciye karşı nasıl düzenlenmişse, satıcı/sağlayıcının temsilcisi durumunda olanların da aynı şekilde sorumlu olmaları gerekmektedir. Aracıların satıcı ve sağlayıcıya karşı satıcı/sağlayıcı olarak sorumlu olmaları sadece aracının aynı zamanda satıcı/sağlayıcı olarak kabul edildiği durumlar için geçerli olmalıdır. Diğer sebep ise kanun koyucunun m.3 anlamında satıcı/sağlayıcının temsilcisini de tüketiciye karşı sorumlu olduğunu düzenlemesi, tüketiciye karşı sorumlu olacakların genişletilmesi amacı taşımaktadır. Kanun koyucu TKHK m.48 hükmünde ayrıca aracı kavramına yer verdiği için, aracının satıcı/sağlayıcının temsilcisi olması veya temsilcisi olarak düşünülmesi mümkün değildir.

Aracıların satıcı veya sağlayıcının sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı tüketiciye karşı sorumlu olmamaları, bir an için bir kusursuz sorumluluk halinin söz konusu olduğunu akla getirirse de kusursuz sorumluluk hallerinin kanunda özel olarak düzenlenmiş olması zorunluluğu karşısında bu sonuca da ulaşmak çok mümkün görünmemektedir²².

Aracıların tüketiciye karşı sorumluluğunun belirlenmesi bakımından kanımızca, TKHK m.48/5 hükmüne ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğine bağlı kalınması kanunun ve yönetmeliğin bu anlamda madde metnine bağlı kalarak yorumlanması gerekmektedir.

Aracıların mesafeli sözleşme yapılmasında bedeli tahsil edip, tüketicinin cayma hakkını kullanma süresi boyunca mal/hizmet bedelini satıcıya/sağlayıcıya ödememesi, tüketicinin cayma hakkını kullanmaması halinde ise tahsil ettiği bedeli satıcıya/sağlayıcıya vermesi, tüketicinin cayma hakkını kullanma hakkının olduğu süre boyunca bu bedeli kullanması halinde; satıcının/sağlayıcının temsilcisi olarak hareket ettiği düşünülse dahi, kanımızca aracının satıcı/sağlayıcının tüketiciye gönderdiği malı, sunduğu hizmeti kontrol etme ve bu anlamda sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Aracı; tüketiciye gönderilen malın, sunulan hizmetin ayıplı olup, olmadığını, zapttan dolayı sorumluluğun söz konusu olup olmayacağını bilme imkânına sahip olmadığından aracının sorumluluğunun dar yorumlanması, TKHK m.48/5 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerine bağlı kalınması gerekmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.48/5 hükmünde aracılardan sorumluluğu;

“- kayıtların tutulması, istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlü oldukları”,

“- satıcı ve sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerden dolayı sorumludurlar” düzenlemesi gereğince, ilk cümlede bahsedilen sorumluluğun sınırlarının çizilmesi kolaydır. Buna göre; aracılardan mesafeli sözleşmelerin yapılmasından önce tüketiciye verilen ön bilgilendirme formunun verilmesi aracının ilk sorumluluğudur. Ön bilgilendirme formunun uzaktan iletişim aracılığıyla tüketiciye verilmesi, tüketicinin bu bilgilendirme formunu okuduğunun, anladığının uzaktan iletişim aracına uygun olarak tüketici tarafından onaylandığının satıcı/sağlayıcıya bildirilmesi aracılardan sorumluluğundadır.

Aracı; satıcı/sağlayıcıyla yaptığı sözleşme gereğince tüketiciden bedel tahsil etme yetkisine sahipse, tüketicinin cayma hakkını kullanmasına/kullanmamasına bağlı olarak bu bedeli depo etme

²² İnceoğlu/Baş Süz. s. 481.

veya satıcı/sağlayıcı hesabına aktarmalıdır. Bu durumda tüketici cayma süresi içinde cayma hakkını kullanırsa, sözleşme konusu mal/hizmetin bedeli aracı tarafından tüketiciye ödenmelidir.

Aracı; satıcı/sağlayıcıyla yaptığı sözleşmeyle tüketiciden bedel tahsil etmiyorsa, bedel tahsilinden dolayı tüketiciye ve satıcı/sağlayıcıya karşı sorumlulukları bulunmamaktadır.

Aracıların bedel tahsil etmeleri sırasında bankaların güvenlik sistemlerini kullanmaları sık karşılaşılan bir durumdur. Aracının bedel tahsiline ilişkin kredi kartı ve ödeme yöntemlerine ilişkin korumayı kendi uzaktan pazarlama sisteminin banka ya da kredi kuruluşları tarafından kullanımına izin verdiği durumlarda, tüketicinin kredi kartı veya ödeme yöntemine ilişkin paylaştığı bilgilerin üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılması halinde bu paylaşımın sebebinin tespit edilmesi önemlidir. Aracının kurduğu sistemden kaynaklanan sebeple, tüketicinin kredi kartı veya ödeme yöntemi bilgilerinin kötü niyetli üçüncü kişilerin eline geçmesi halinde aracının tüketiciye karşı sorumlu olacağı açıktır. Kredi kuruluşları veya bankanın, aracının kurduğu uzaktan pazarlama sistemine müdahale etme imkânının olduğu, bu sebeple kredi kartı bilgilerinin, ödeme yöntemlerinin kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından kullanılması durumunda sorumluluk; bankaya veya kredi kullandıran kuruluşa ait olacaktır.

Aracılar, kurdukları sistem dâhilinde tüketicilere ait kişisel bilgileri uzaktan pazarlama sistemi içerisinde saklamak, tüketici aynı uzaktan pazarlama yöntemini kullanmak istediğinde bilgilerinin saklandığı bir depolama sistemine sahiptir. Aracının tüketiciye karşı bir başka sorumluluğu, bu depolama sisteminin korunmasını sağlamaktır.

Mamak İlçe Tüketici Hakem Heyetinin 19.12.2018 tarihinde verdiği kararında; bir internet sitesi üzerinden bir adet “*drone*” satın alan bir tüketicinin, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra mal tedarik aşamasındayken, satışın iptal edilerek tüketiciye bedelin iade edildiği, malın kendisine ödediği bedel karşılığı teslim edilmesi için başvuru yapmış, aracı malın bedelinde hata yapıldığı savunmasında bulunmuş, hakem heyeti hatalı bedel üzerinden tüketiciye malın satılması gerektiğine hükmetmiştir. Aracının; Ankara 6. Tüketici Mahkemesine başvurusu üzerine mahkeme, 2019/16 Esas ve 2021/63 sayılı Kararında; emsal fiyatlara göre malın piyasa fiyatının neredeyse yüzde doksan indirimli satıldığını, satıcı/sağlayıcının mal bedelinde indirim yaptığına dair bir bilginin söz konusu olmadığı, mal bedelinin hata sebebiyle yanlış olduğunu, bu bedel üzerinden tüketiciye o malın satılmasının mümkün olmadığını ifade ederek, hakem heyetinin kararını bozmuştur²³.

İzmir 3. Tüketici Mahkemesi 2019/111 Esas, 2019/580 Karar sayılı kararındaysa; mal bedelinin benzer şekilde neredeyse yüzde doksan beşe yakın indirimli olarak sistemsel bir hata sebebiyle satın alınması durumunda, hakem heyetinin kararının doğru olduğuna ürün bedelinin sistemsel hatayla düşük gösterilmesi halinde malın belirtilen bedel üzerinden tüketiciye satılması gerektiğine karar vermiştir²⁴.

Kanımızca, aracının hata sebebiyle mal bedelini yanlış göstermesi durumunda hayatın olağan akışına göre malın o bedel üzerinden satılıp satılmayacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Malın o bedelle satılacağına veya indirim yapılacağına dair bir bildirim yoksa

²³ www.uyap.gov.tr, E.T.: 14.05.2021.

²⁴ www.uyap.gov.tr, E.T.: 14.05.2021.

sadece tüketicinin değil satıcı/sağlayıcının da korunması önemlidir. O sebeple malın hatalı bedel üzerinden satılması mümkün değildir.

Aracıların sorumluluğunun TKHK m.48/5 anlamında değerlendirildiğinde; ön bilgilendirme formu hazırlanması, bu formun tüketici ile paylaşılması, tüketicinin bilgilendirildiğinden satıcı/sağlayıcının haberdar edilmesi, kişisel verilerin saklanması, depo edilmesi ve bu bilgilerin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümleri de dikkate alınarak saklanmasıdır. Sorumluluğun genişletilmesi madde hükmünün amacına aykırılık teşkil edecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ceza hükümlerini içeren m.77/1 hükmünde, TKHK'nun m.48 hükmüne aykırılık halinde idari para cezası yaptırım uygulanacağı düzenlendiğinden ve m.48 hükmünde satıcı veya sağlayıcı adına üç yıl boyunca belgelerin saklanması yükümlülüğü bulunmadığından, yalnızca satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlere karşı idari para cezası yaptırım uygulanabilecektir.

Son olarak incelenmesi gereken husus; aracılardan TKHK dışında bir sorumluluklarının söz konusu olup olmayacağı meselesidir. Aracıların, tüketiciye karşı satıcı/sağlayıcının mal/hizmetiyle ilgili ayrıca sorumluluk üstlendiğinin tüketici tarafından düşünüldüğü dolayısıyla dürüstlük kuralı gereğince tüketicilerde bir güven oluşturduğu durumlarda bu güvenden dolayı sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Güven sorumluluğunun²⁵ geniş yorumlanmaması, tüketicinin satıcı/sağlayıcı ile aracının ayırt edilebildiği her durumda güven sorumluluğu hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir. Aracılık edenlerin güven sorumluluğu gereğince sorumlu tutulabildiği hallerde, ayıp, zapt, yararın ve hasarın geçişi gibi hususlarda satıcı/sağlayıcıyla müteselsil sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmaması gerekmektedir.

Aracı; tüketiciye ait ad-soyad, adres, kredi kartı bilgileri ile bilgilerin uzaktan pazarlama yöntemi içerisinde saklanmasından, bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmamasından dolayı sorumludur. Bu sorumluluk, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında olacaktır.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik hükümleri incelendiğinde; aracılardan sorumluluğunun internet sitesinin kurulması, aracılardan hangi bilgileri sunması gerektiği gibi konularda sınırlı şekilde düzenlendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Mesafeli sözleşmeler, tüketicinin oturduğu yerden kolaylıkla yapabildiği, aynı anda birden çok mal/hizmete ilişkin seçeneklere ulaşma imkânının olması sebebiyle çok tercih edilmektedir. Tüketicinin düşünme imkânı olmadan, çok çabuk bu sözleşmeleri yapabiliyor olması, mesafeli sözleşmelerde kişisel verilerin paylaşılması, ödeme yöntemlerine ilişkin olarak kredi kartı bilgilerine erişim imkânının olması gibi riskler ise mesafeli sözleşmeler yapılması konusunda tüketicileri düşündürmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde aracılardan; uzaktan pazarlama sistemlerinin kullanılması amacıyla tüketicilerle satıcı/sağlayıcının sözleşme yapmasını sağlayanlar olarak nitelendirilmiş, ancak

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan Oğuztürk, Burcu. *Güven Sorumluluğu*, 1. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2008; Durak, Yasemin. "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017.

TKHK da aracılardan ne tanımına ne de tüketiciye karşı ne şekilde sorumlu olacaklarına dair hükümlere açıkça yer verilmemiştir.

Aracıların sorumluluğuna ilişkin düzenleme TKHK m.48/5 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeye göre; satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ayrıca bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur.

Aracıların sorumluluğunun anlaşılabilmesi için; aracılardan aynı zamanda satıcı/sağlayıcı olması; aracılardan satıcı/sağlayıcıya karşı sorumluluğu, aracılardan tüketiciye karşı sorumluluğunun ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Aracı aynı zamanda satıcı/sağlayıcı ise bu durumda tüketiciye karşı satıcı/sağlayıcı gibi ayıptan, zapttan, yarar ve hasardan dolayı sorumlu olmalıdır. Aracıların, satıcı/sağlayıcıya karşı sorumluluğu aracılardan satıcı/sağlayıcıyla yaptıkları sözleşme gereğince sözleşmeye aykırı fiillerinin tamamından sorumludurlar. Aracıların uzaktan pazarlama sisteminden satıcı/sağlayıcının yararlanmasını sağlaması karşılığında aylık, yıllık veya satılan mal ya da sunulan hizmet için ayrı bir komisyon almak suretiyle satıcı/sağlayıcıyla sözleşme yaptıkları görülmektedir²⁶. Aracıların tüketiciye karşı sorumluluğu ise tüketiciler ile aracılardan yapmış oldukları üyelik sözleşmesiyle belirlenmektedir. Bu sözleşmeyle tüketicilerin sözleşme yapılmadan önce bilgilendirilmesi, tüketicilere ilişkin kayıtların tutulması ve bu kayıtların istenildiği zaman verilmesidir.

Aracıların tüketicilere ait kişisel verilere ilişkin kayıtları tutması sebebiyle kanımızca kişisel verilerinin korunması konusunda da ayrıca KVKK hakkında sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

Aracıların tüketiciye karşı sorumluluğuna ilişkin bir diğer düzenleme; Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'dur. Aracıların sorumluluğu internet sitesinin kurulması, aracılardan hangi bilgileri sunması gerektiği gibi konularla sınırlı şekilde düzenlendiği, ancak TKHK kapsamında sadece tüketicilerin ETDHK kapsamında ise elektronik ticaret yapan tüketici olsun olmasın aracılardan sorumluluğu düzenlenmiştir.

Aracıların tüketiciye karşı sorumlu oldukları son hal; dürüstlük kuralı gereğince tüketicilerde bir güven oluşturduğu durumlarda bu güvenden dolayı sorumlu olması gerektiği hususudur. Güven sorumluluğunun geniş yorumlanmaması, tüketicinin satıcı/sağlayıcı ile aracılardan ayırt edilebildiği her durumda güven sorumluluğu hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir. Aracılık edenlerin güven sorumluluğu gereğince sorumlu tutulabildiği hallerde, ayıp, zapt, yararın ve hasarın geçişi gibi hususlarda satıcı/sağlayıcıyla müteselsil sorumlu olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir.

²⁶ İnceoğlu/Baş Süzel. s. 479.

KAYNAKÇA

- Alabay, M. Nurettin. “Geleneksel Pazarlamadan Yeni Pazarlama Yaklaşımlarına Geçiş Süreci”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 15, S. 2.
- Aslan, Yılmaz. *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 4.Baskı, Ekin Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Demir, Mehmet. *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Durak, Yasemin. “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017.
- Erten, Alev. *Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.
- Gezder, Ümit. “Mesafeli Sözleşmeler”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Ed. Murat İnceoğlu), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Gezder, Ümit. *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- İlgün, Candaş. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açıklamalı Gerekçeli*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- İnceoğlu, Murat/Baş Süzel, Ece. “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicie Karşı Sorumluluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S. 189-190, 2020.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu. *Güven Sorumluluğu*, 1. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Kara, İlhan. *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, 2015.
- Keser, Yıldırım. “Tüketicilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Açık Rıza”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.28, S.3, 2020.
- Sağlam, İpek. *Elektronik Sözleşmeler*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Topaloğlu, Mustafa. “Madde-48, Mesafeli Sözleşmeler”, *Milli Şerh*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Uzun Kazmacı, Özge. “İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, 2016.
- Yüce, Melek Bilgin. “E-Ticarette Ayıplı Mal/Hizmet Alan Tüketicinin Hakları ve Bu Hakların Yöneltileceği Muhataplar”, E-Ticaret, 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017.
- Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

International Law and Blockchain Governance: Supplements or Competitors*

Vladimir TROITSKIY 

Associate Professor, St. Petersburg State University, School of International Relations, v.troitsky@spbu.ru, (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Article Info	Abstract
<p>Article History Received: 07.05.2021 Accepted: 28.06.2021 Published: 29.06.2021</p> <p>Keywords: Blockchain governance, Blockchain law, International law, Consensus mechanism.</p>	<p>Blockchain's usage is increasing, and the number of possible implications that have been explored and created is mind-boggling. This paper would look at some other potential blockchain implementations in the legal sector, especially in the sense of social regulation. The blockchain-based social regulator, which is neither created nor supported by any government or governmental institution, has the potential to transform the planet or its components into something known as a Decentralized Autonomous Organization (DAO). These assumptions are most likely too broad. The presented research focuses on a key and practical overview of regulations in a blockchain DAO that could be framed in the future and has the potential to affect current legal essentials. The study applies comparative method, using international public law and Lex Mercatoria as primary juxtaposition.</p>

Uluslararası Hukuk ve Blok Zinciri Yönetişimi: Takviyeler veya Rakipler

Makale Bilgileri	Öz
<p>Makale Geçmişi Geliş: 07.05.2021 Kabul: 28.06.2021 Yayın: 29.06.2021</p> <p>Anahtar Kelimeler: Blockchain yönetişimi, Blockchain hukuku, Uluslararası hukuk, Fikir birliği mekanizması.</p>	<p>Blockchain'in kullanımı artıyor ve keşfedilen ve yaratılan olası sonuçların sayısı akıllara durgunluk veriyor. Bu makale, özellikle sosyal düzenleme anlamında, hukuk sektöründeki diğer bazı potansiyel blok zinciri uygulamalarına bakacaktır. Herhangi bir hükümet veya devlet kurumu tarafından oluşturulmayan veya desteklenmeyen blok zinciri tabanlı sosyal düzenleyici, gezegeni veya bileşenlerini Merkezi Olmayan Otonom Organizasyonlara (DAO) olarak bilinen bir şeye dönüştürme potansiyeline sahiptir. Bu varsayımlar büyük olasılıkla çok geniştir. Sunulan araştırma, gelecekte çerçevelenebilecek ve mevcut yasal temelleri etkileme potansiyeline sahip blok zinciri DAO'daki düzenlemelerinin temel ve pratik bir incelemesine odaklanmaktadır. Çalışma, bu doğrultuda uluslararası kamu hukukunu ve Lex Mercatoria'yı içeren karşılaştırmalı bir analiz sunmaktadır.</p>

Atıf/Citation: Troitskiy, V. (2021). "International Law and Blockchain Governance: Supplements or Competitors", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 288-303.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

* This article is an expanded version of the paper presented at the International Necmettin Erbakan Law Congress on April 10-12, 2021.

INTRODUCTION

Most legal advisors and analysts rushed to examine the legal aspects of many blockchain use cases, looking for answers to questions like "How to direct blockchain?"¹ "Can blockchain advancements supplant legal advisors?"², "How is it possible for governments to use blockchain as a regulatory device?"³ and surprisingly more organized questions like "Are cryptographic forms of monetization legal?"

The increasing use of smart contracts raises concerns about the impact they would have on the legal system. Contracting parties can have the ability to create courses of action that are impossible to alter, complex, and potentially less ambiguous than traditional legal contracts by using technology. Smart contracts are seen as a step forward in the new judicial environment, making it more accessible and safer for the general public.

There is a myriad of creative ways, blockchain might be used in the legal field. Given its implications in the processes of dispute resolution, blockchain technology represents a stable and efficient method for streamlining internal procedures in arbitration proceedings⁴, such as a means to store copyright data and then use it to settle Intellectual Property (IP) dispute or alter traditional litigation procedures, legal methodology, and the concept of law-related organizations and professions.⁵ These applications of the technology leads to prospects in which questions are asked such as: What if blockchain was a law? What if, in other words, blockchain was a social-control mechanism?

With too many people interested, smart contracts and other blockchain-based tools (e.g. blockchain voting software) are gaining traction as a way to communicate the will of the public in a way that is explicit, precise, and, most importantly, legal. This may be the will of individual homeowners, cities, continents, or the entire world's population, or the will of the majority of members of either social circle, regardless of occupation, age, or gender. This paper evaluates whether a will articulated through such a channel is capable of being law and whether local or isolated applications of this technology indicate the possibility of global implications such as the establishment of a global DAO⁶. The paper concludes affirmative.

Analyses of some historic and existing regulatory systems provides a sustainable ground to the assumption that possibility of existence of universal regulatory tools not established, managed or enforced by supreme power (in most cases government) is viable. In the first-place modern international public law as well as historic and to some extent modern Lex mercatoria are

¹ Trevor I. Kiviat, *Beyond Bitcoin: Issues in Regulating Blockchain Transactions*, 65 *DUKE L.J.* 569 (2015).

² Ameer Rosic, *Smart Contracts: The Blockchain Technology That Will Replace Lawyers*, Blockgeeks Inc (May 15, 2016), <https://blockgeeks.com/guides/smart-contracts/> (last visited May 15, 2019).

³ Dennis Kunschke & Stefan Henkelmann, *Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2019 Germany*, Global Legal Insights, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/germany> (last visited May 16, 2019).

⁴ Mordecai Lerer, *The Taxation of Cryptocurrency: Virtual Transactions Bring Real-Life Tax Implications*, CPA J. (Jan. 24, 2019), <https://www.cpajournal.com/2019/01/24/the-taxation-of-cryptocurrency>.

⁵ Birgit Clark & Baker McKenzie, *Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven?*, *World Intell. Prop. Org. Mag.*, February 2018, at 30.

⁶ DAO (Decentralized Autonomous Organization) here and after is used as a reference to a community of members of any decentralized blockchain based network.

used as analogies to run a feasibility test for blockchain regulatory system which further leads to the concept of these two system having a great potential to complement each other.

I. What impact will the blockchain have on the law?

According to many theorists, blockchain will transform the public power and break it off from its role, allowing for a more direct consensus rule democracy, which means more than just decisions and choices. Government properties are compelled, and blockchain-based arrangements could increase the competitiveness of governments' ongoing tests with accommodating intra-governmental moves,⁷ in the dissemination of social benefits, in-state accuracy and oversight of publicly accessible reports, and a variety of other smaller and larger problems. On the one hand, small technologically developed states like Singapore⁸ and Estonia⁹ are working effectively to improve governmental services, while on the other hand, small though less digitalized ex-offshores like Malta, Lichtenstein, and Puerto Rico are enforcing blockchain technology legislation to replace dwindling revenues from their offshore industries, which were nearly wiped out by OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) and United States IRS (Internal Revenue Service)¹⁰ a decade ago. On the other hand, we can see the largest countries, including the so-called Western world, densely populated emerging nations such as India, Bangladesh, and China,¹¹ as well as notorious dictatorships or autocratic regimes like Venezuela¹² or Iran¹³ are all seeking to discover the prospects of this new technology, albeit for profoundly different political purposes.

For certain nations, blockchain is the best approach to improve the popularity of their government. For some, it is a promising tool to evade monetary authorizes¹⁴ or to "strengthen inflexible and tyrant systems, which would acquire a more prominent capacity to control their residents through a progression of self-executing code-based guidelines".¹⁵ Both of the referenced use-cases lead us to believe the same thing: governments are implementing blockchain technologies to become more efficient or powerful. As a result, blockchain is commonly regarded

⁷ See Kate Boeding, et al., 3 Potential Benefits of Blockchain For Government, Booz| Allen| Hamilton, <https://www.boozallen.com/s/insight/blog/3-potential-benefits-of-government-blockchain.html> (last visited May 29, 2019).

⁸ See Nicholas Say, *Singapore Emerges as Premier Blockchain Development Destination*, Blockonomi (Nov. 1, 2018), <https://blockonomi.com/singapore-blockchain-destination>.

⁹ See Anne Veerpalu, *Tartu Node, 1 Stan. J. Blockchain & Pol'y*, 124 (2018).

¹⁰ Vladimir Troitskiy, *Trends in International Tax Planning: New Qualifications and Tax Jurisdiction Shopping*, in *Challenges of the Knowledge Society*, 831 (Gabriel Boroi, et al. eds., 2019).

¹¹ See Andreas Sandre, *Blockchain for government*, Hackernoon (June 4, 2018), <https://hackernoon.com/blockchain-for-government-41e3b097356d>.

¹² See Kirk Semple & Nathaniel Popper, *Venezuela Launches Virtual Currency, Hoping to Resuscitate Economy*, N. Y. Times (Feb. 20, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/02/20/world/americas/venezuela-petro-currency.html>.

¹³ See Yaya Fanusie, *Blockchain Authoritarianism: The Regime in Iran Goes Crypto*, Forbes (Aug 15, 2018), <https://www.forbes.com/sites/yayafanusie/2018/08/15/blockchain-authoritarianism-the-regime-in-iran-goes-crypto>.

¹⁴ See Nathaniel Popper et al., *Russia and Venezuela's Plan to Sidestep Sanctions: Virtual Currencies*, N. Y. Times (Jan. 3, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/01/03/technology/russia-venezuela-virtual-currencies.html>.

¹⁵ DE FILIPPI, *supra* note 12, at 203.

as a tool to gain the impact on the global scene.¹⁶ Regardless, it is just one example of how blockchain can be used to influence public policies.

The modern legal system is inextricably linked to the state. There are well-known theoretical disputes regarding the nature of this relationship, but in real life, laws are considered as the products of the state and its institutions.¹⁷ International law is also regarded as a product of states because it is the outcome of some sort of meeting of states' wills.¹⁸

It is important to note the advancement of blockchain technologies are still rather new. In terms of improving politics, the possibility of laws that are not approved by any authorities but are approved by the majority of the individuals or businesses impacted by the legislation should be given even more consideration. The majority of the necessary structure for the advent of blockchain legislation is already in place. There are test samples – components of the framework introduced by efforts by some legislatures to build crypto economies and endeavors to build "crypto sandboxes"¹⁹ – zones where crypto-based guidelines would be material to business activities, and we also have the opportunity to investigate a model similar to a few groups' test to set up Crypto Utopia in Puerto Rico. Laws figured via blockchain stages that follow measurements of straightforwardness, proficiency, snappiness, and soundness would become a core usage case of blockchain technologies, sourced directly from individuals or organizations. Standard comparative legal research as well as modeling, which is less common in the field of legal science, would be used primarily. It should be a realistic (concept-building) inquiry into the nuances of legal doctrine's conceptual paradigm, with an emphasis on systematization, as well as a completely functional, structural, and dialectical study of blockchain laws, which are likely to appear soon.

The idea of blockchain legislation replacing existing law is not a recent one. Marcella Atzori investigated blockchain technology in 2015 as a "hyper-political device capable of overseeing social cooperation of unprecedented scale and dismissing conventional central authorities."²⁰ She "promotes the State's position as a critical topic of coordination in the public eye, demonstrating that decentralization by calculation-based consensus"²¹ can be nothing more than a tool for governments to boost their public image and a pre-political instrument used by the general public. The researcher's main argument is that drastically reducing centralized governments could lead to unprecedented shifts in the balance between personal and national interests, a phenomenon known as "amoral antipolitics."

Another issue is whether blockchain will be able to replace existing regulatory systems, and if so, what effect will this have on the rest of the planet. In her extensive study "Blockchain and the Law," Primavera di Filippi recognizes that the development of blockchain technologies

¹⁶E. g., Li Jie, *China's Ambitious Blockchain Plans Could Cast US Dollar out of the Game*, The Epoch Times (Mar. 22, 2019), https://www.theepochtimes.com/chinas-ambitious-blockchain-plans-could-cast-us-dollar-out-of-the-game_2849020.html.

¹⁷ See Hans Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, 57 *Yale L. J.* 377 (1947-1948).

¹⁸ David Held, *Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty*, 8 *Legal Theory*, 1 (2002).

¹⁹ Here we refer to steps taken by government of Switzerland and some announcements made recently by governments of UK, Hong Kong, US and Russia.

²⁰ Marcella Atzori, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?* (Dec. 1, 2015), available at <https://ssrn.com/abstract=2709713>.

²¹ *Id.*

can result in the development of "an alternate and complementary regime, made up of self-enforcing technological regulations that are much more stringent and resistant than conventional legal laws."²² "Lex Cryptographic" is the rule that governs blockchain, and "Algoocratic Governance"²³ is the order dependent on code. The "tyranny of code" is seen as a potential cost of eliminating bureaucratic middlemen.

In his article "The Blockchain and the New Architecture of Trust," Kevin Werbach perceives Blockchain as a possible law supplement²⁴. Werbach refers to Filippi's "Algoocratic Governance" as an "extralegal trust regime," and such a regime is not seen as having the ability to "surpass the power of territorial rulers."²⁵ Numerous technical faults, the risk of tainted outside data oracles, and the lack of a "state-backed enforcement mechanism to fall back on" are all reasons to consider blockchain technology as a supplement to law rather than a replacement.

In their book "The Blockchain and the Future of Everything,"²⁶ Paul Vigna and Michael J. Casey state that "Blockchains are a social technology, a modern blueprint on how to rule societies". They do warn, however, that societies "should not permit those with the greatest abilities to control and mold this technology to satisfy, merely their own narrow interests."²⁷ In 2015, Wright and Di Filippi warned that we should proceed with caution when considering the possibility of automated legal governance since the implications of its implementations are difficult to predict as "by automating the compliance of the law, we may gain productivity and accountability, but we may also reduce the liberty and autonomy of the individuals".²⁸

To put it in perspective, most critics agree that blockchain technology has the potential to become a social regulator. What is in doubt is the competence and thoroughness of such legislation. However, the focus of this paper is not on the dangers that blockchain regulation of social relations can pose; rather, the key issue for this investigation is if blockchain law can hypothetically replace ordinary law, and if so, how it would look and what factors may influence the shift.

A similar experience can be pointed out with the advent of Internet in the 1990s, which ushered in the same globalized world expectations that blockchain does today.²⁹ This analogy is good for stressing the magnitude of expected improvements, but it is not sufficient for a practical comparison. To test the position of the social regulator on blockchain from a legal perspective, we should first look at the other social institutions that perform or have performed the same functions. Currently, these functions are performed mostly by government enacted laws. There are several determinations of law in the context of law and philosophy. In his famous *De Legibus*, Marcus Tullius Cicero wrote, "Law is the source of the precepts we most need to direct us in our conduct"³⁰ The Collins dictionary defines law as, "a system of rules that a society or government develops in

²² DE FILIPPI, *supra* note 12, at 210.

²³ *Id.*

²⁴ Kevin Werbach, *The Blockchain and the New Architecture of Trust* 171 (2018).

²⁵ *Id.* at 171.

²⁶ Michael J. Casey & Paul Vigna, *The Truth Machine: The Blockchain and the Future of Everything* 15 (2018) at 14.

²⁷ *Id.* at 15.

²⁸ Primavera De Filippi & Samer Hassan, *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*, First Monday (Dec. 2016), <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/7113>.

²⁹ Marco Iansiti & Karim R. Lakhani, *The Truth About Blockchain*, HARV. BUS. REV. Jan. – Feb. 2017, at 118.

³⁰ Francis Barham, *The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising His Treatise on the Republic, and His Treatise on the Laws* 68 (1842).

order to deal with crime, business agreements, and social relationships."³¹ And this is how almost everyone interprets the term. Whether or not a bitcoin is a contract in the traditional sense is not that important, both bitcoins and traditional contracts are artifacts³² and no matter whether blockchain regulation should be considered a law or not now, it may perform the same function in the future and become a unique social-political phenomenon. This prospective fully depends on general acceptance, recognition and acknowledgment, which altogether are called legitimacy.

It is fundamental to stress that a blockchain-based social regulator which is subject of this research lacks a foundation created, approved, overseen or enforced by governmental entities³³. This is the most distinguishing feature of the blockchain regulatory framework: the regulator's absence, as well as the absence of those with a vested interest in enforcing the rules. One might argue that governments in today's vote-based regimes are merely intermediaries who communicate people's desires in a roundabout way. That is theoretically clear, but governments are terrible intermediaries. Aside from being expensive and moderate, policymakers are one-sided, ruining and communicating citizens' desires in a jumbled manner, with the goal of what they eventually bring into legislation often contradicting what residents are expecting.

The second significant differentiation is that national laws are mostly of territorial scope, while that of blockchain regulation can be characterized as extraterritorial. Territoriality is the eminent standard of legal authority under public international law,³⁴ and representing one of the four fundamental attributes of a state, along with population, government, and sovereignty. The region is both a physical and legal characteristic, and the regional authority is vested with sovereign powers over that territory and population by means of legislation, judiciary and enforcement. A blockchain regulatory system operates in the form of a DAO, which can put together actors based on any criteria or its set or remain absolutely open and hence be truly extraterritorial. Even in case entire population of some state becomes a DAO, the blockchain regulatory system is absolutely unrelated to sovereignty concept.

The absence of a regulator with state-sponsored policing and punishment systems represents the third major distinction. The lack of government resources for imposing laws would not rule out the likelihood that someone new will step in to fill the void. The DAO, on the other hand, should establish new enforcement strategies. The blockchain legal framework would have features similar to those of conventional regulation. It should be made up of a series of guidelines for human behavior. Nonetheless, there are nuanced differences. The majority of researchers believe that not all rules can be quickly transformed into code.³⁵ Rules leave some space for understanding, while a code is a static instrument that is intolerant to uncertainty. «The translation of often fuzzy legal predicates, otherwise capable of expression in truth-functional logic, into

³¹ Law Definition, Collins English Dictionary (13th ed. 2018), available at <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/law>.

³² Jeffrey M. Lipshaw, *The Persistence of "Dumb" Contracts* (Jan 22, 2019), Stan. J. Blockchain L. & Pol'y, <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/persistence-dumb-contracts>.

³³ Using the term *government* or *governmental* we refer to any governing institution authorized to establish regulation including but not limited to all types of parliaments, executive power bodies, courts and municipalities.

³⁴ Santiago Torres Bernardez, *Territorial Sovereignty*, in Encyclopedia of Disputes Installment 487-494 (Rudolf L. Bindschedler et al. eds., 1987).

³⁵ DE FILIPPI, *supra* note 12, at 199.

digital proxies expressible in the non-ambiguous discrete units of code," is a huge challenge.³⁶ That is a credible argument, mathematical language and human language is obviously not the same. Some authors compare code language to the language of own professional practice, let's say English, and the difference is huge. For example, if an Iranian family-law advisor transplants his professional practice to an absolutely different legal environment, such as Swedish criminal law, the advisor would discover the distinctions not less extraordinary in any event and not solely due to the new juridical language but instead due to qualification problems, diverse legal culture, and changed theoretical standards on which national sets of laws are based. It will require time and efforts but early or later legal advisors and common people will start using «code» as legal language. Furthermore, one must contend with the fact that "aspects of human thinking and interaction will continue to be the most difficult to replicate on a machine"³⁷ and that *deciding* will remain something that is fundamentally different than *reasoning* by way of logic or code. Both phenomena are transformable and though differences are significant, human thinking and code reasoning will accommodate each other and become parts of the same system.

As previously stated, researchers and ordinary people believe that blockchain is something revolutionary new. Same applies to the aspirations and challenges it brings to the legal world. Thus, would it be the first time in human history anyone other than kings, or governments, or gods can create, or sanction, or authorize "the law".³⁸

First of all, law is not the only normative domain on this planet; morality, religion, etiquette, and so on also guide human conduct in many ways that are similar to law.³⁹ Though partially the understanding of the nature of law is related to its interactions with other normative orders, like morality or social conventions, the comparison of blockchain regulation and these "other regulations" is relevant to a very limited extent. What these regulators are lacking is certainty in determination.⁴⁰ Besides, even having own mechanisms of enforcement, these norms yield on importance of rules of law in the public mind and mostly serve as something that can complement law rather than substitute it. By contrast, blockchain regulation is widely seen as an instrument reducing uncertainty around interpretation or application of rules.⁴¹

II. Blockchain and International Law

Governments create public international law either directly via intergovernmental collaboration or through their relationships with international organizations. As a regulatory system international law has many similarities with hypothetical blockchain DAO and thereby

³⁶ Lipshaw *supra* note 69.

³⁷ *Id.*

³⁸ We intentionally avoid deeper analysis of Natural law theory (*lex naturalis*) based on the idea that some rights are inherent to an individual by virtue of human nature and thus not dependent on being granted, authorized or sanctions by sovereign powers or need to be confirmed through any democratic mechanisms. This is a rather theoretic concept widely examined in law literature. For purposes of this paper we focus on positive law that is a product of state sovereignty and the possibility of such mechanism as blockchain regulation to replace it in full or in part.

³⁹ See Andrei Marmor & Alexander Sarch, *The Nature of Law*, Stan. Encyclopedia of Phil. (May 27, 2001), <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

⁴⁰ Liam Murphy, *The Boundary of Law: Law, Morality, and the Concept of Law*, Edmond J. Safra Center for Ethics (Oct. 28, 2004), <https://ethics.harvard.edu/event/boundary-law-law-morality-and-concept-law>.

⁴¹ DE FILIPPI, *supra* note 12, at 195.

comparative study of the mentioned regulatory systems is of great value. The United Nations Charter declares sovereign equality of all States: none of the states has supreme authority to dictate or regulate the behavior of peers, neither do other subjects of international law including the United Nations Organization itself. Instead of having “government for governments”, international law empowers sovereign states to create rules via established consensus mechanism. There is no supreme power, but world governments in collaboration are supposed to make rules work. The same set of features can be used to characterize “Blockchain Law.” Some argue that international public law is not as successful as it can be, which is correct. However, it is difficult to argue that 75 years of modern international law history are proof positive - a self-governing system of social regulation will exist without an incomparable force controller. Another big problem that hinders the concept's credibility is the sample group. Approximately 200 states exist today in this world, including their analogs and some Nations fighting for freedom and recognized by some countries. It is a comparatively small number of system players, perhaps less than the size of an ordinary condominium, and hence the significance of the model may appear to be inadequate. However, we should consider that there are still full topics of international law for international organizations and their will is not only an augmentation of the governments' will. Despite being produced by nations, their wills are distinct from those of their founders. Adding this group would enable us legally to expand the number of actors to over 700,⁴² more applicable sample size, compared to which participating in a regulatory framework. Many analysts believe that international law is now experiencing a profound recession.⁴³ However, almost 65 years of modern international law experience demonstrate that an autonomous legal system can function without the oversight of a regulator with a vertical hierarchy.

When comparing blockchain, a self-regulatory framework, to self-regulatory organizations, we find that these names may be misleading. These groups make laws, but they do not build a self-contained regulatory structure. Governments simply transfer their administrative duties to third parties, just as they do for other public functions such as prisons, tax collection, and even some overseas embassy services. Governments, on the other hand, strictly control "the self-regulatory mechanism," sanction self-regulatory entities and their actions, and provide them with state compliance authority.⁴⁴

III. Blockchain and Lex Mercatoria

Many scientists present long-standing cross-border trade customs as examples of regulatory tools that have restricted ties to the public and international law, portraying historical lex mercatoria and modern collections of codified customs as types of legislation that are not influenced or authorized by national or regional authorities. There are strong parallels between lex mercatoria and Blockchain law in this regard. The lex mercatoria, which dates back to the Middle Ages, was a set of laws that independent traders agreed to and followed. It developed almost

⁴² See Richard Woodward & Michael Davies, *How Many International Organizations Are There? The Yearbook of International Organizations and its Shortcomings*, Pol. Stud. Association (Oct. 11, 2015),

⁴³ E. g., Rafael Domingo, *The Crisis of International Law*, 42 Vand. J. Transnat'l. L. 1543 (2009).

⁴⁴ The activities of self-regulatory bodies remain useful research material and may be seen as examples of consensus mechanisms. Any of them could be the first to use blockchain as a management and decision-making mechanism, and their expertise may be valuable as a prototype for some blockchain regulatory framework components.

“untouched” by governments. As a result of merchants' repetitive conduct, the rules were formulated and brought into force. The will of the entire trading community was therefore never interpreted by a third party; rather, it was expressed directly via formation of rules through repetitive actions. It could take decades to formulate a norm with a meaning commonly adopted. Despite its shortcomings, we must acknowledge that the classic *lex mercatoria* emerged as a system of rules, procedures, and mechanisms that operated almost independently of state authority. However its foundations gradually evolved, shifting towards enhanced formality and improved ways of finding and understanding the rules but at the same time bringing it under state sanctioning requirement. Ralph Michael says, “although an anational merchant law would be theoretically possible, the true *lex mercatoria* we are currently observing is not such an anational law.⁴⁵” Modern *lex mercatoria* is governed by national legislation, and it is founded on the idea of contractual equity, which has been a fundamental principle in most legal systems. As a practical result of being licensed, it benefits from state enforcement procedures. Modern *lex mercatoria* is a part of customary international law and is a recognized primary source of law in common law countries and a secondary source of law in other jurisdictions. These customs are compiled, codified, and translated by intermediaries such as the International Chamber of Commerce and UNIDROIT (The International Institute for the Unification of Private Law). The aforementioned bodies prepare, revise, and amend customary law codes regularly; the most well-known of these codifications are INCOTERMS (International Commercial Terms) and Principles of International Commercial Contracts.

The authentic example of *lex mercatoria* is a significant paradigm for this research. It demonstrates how an anational social regulator can be a productive indirect transformation of members' wills into legal codes. The described shortcomings of early *lex mercatoria* can be effectively eliminated or diminished by new technological tool and blockchain technology seems a perfect fit. In blockchain environment, by means of prescribed protocol rules can be established or modified fast and easy.

International public law and international private law, has the chance either to receive a technological supplement or a strong competitor when blockchain legislation comes to the stage. The concept developed in this study illustrates the technological feasibility of a blockchain-based regulatory system for controlling the social interaction of large groups of individuals. Many social, economic, mental, and technical influences determine whether it becomes a form of mutual complementation or a form of rivalry.

There are other examples of regulative environment not related to the state. Technical regulations, both national and international, are worth mentioning. Except for sanitary standards and other technical regulations affecting the protection of public interests, the technical standards are mostly formulated and brought into action via private channels. Business associations, labor groups, and other so-called self-regulatory organizations, which are often endorsed or subsidized by governments, present these networks, once again demonstrating that blockchain law as an anational law can exist and function.

⁴⁵ Ralf Michaels, *The true lex mercatoria: law beyond the state*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. 447 (2007).

IV. Technology essentials and blockchain law key characteristics.

What has been discussed so far is not limited to blockchain technology, but rather to any system that displays a set of characteristics inherent to this technology. These characteristics include the ability to operate as a decentralized network, flexibility, authenticity, assurance, and the ability to process large amounts of data efficiently. In terms of human behavior control, these technical characteristics are converted into socially relevant system fundamentals:

1. There is no sovereign or other topic of superpowers (distributed network).
2. Legitimacy – widespread recognition of a series of rules as regulatory authorities (provenance and immutability, modern confidence mechanisms).
3. Consistency in form (clarity).
4. The ability to operate as a boundary-free regulatory framework (decentralization and accessibility).
5. Accessibility for an infinite number of users (Data processing).

Blockchain-based protocols are layering additional technology to process what can essentially be thought of as small computer programs—what technologists often refer to as “smart contracts.”⁴⁶ However, this blend of peer-to-peer networks, public-private key cryptography, and a set of rules aimed to manage how information is recorded in the shared database and verified by the network can be named a “consensus mechanism”⁴⁷. These technologies will cause a synergy, called “the meeting of the minds,” accurately capturing every purpose, serving as an indicator of a party's will, and generating quantitative reality.

In order to evaluate whether blockchain law would eventually supplant conventional law, one would have to explore first whether a global DAO, a sort of a transnational savvy popular agreement would be probable and second whether there is any function in conventional (state) law that blockchain guidance cannot perform.

By sticking to the basics, we will not overcomplicate the first question by adding more specific inquiries on when and under what condition all of human beings on the planet can form one or several DAOs. Obviously, every user should at least be conscious, have relatively reliable access to the network and be at least a little bit technically skilled, which hardly is the reality today, but things can change. Anyway, if thinking about any single intelligent individual on the Earth, the correct answer is negative. Someone will inevitably be out of the network; these could be disrupters or uneducated individuals, individuals living in distant zones, or simply not willing to be parts of the network. Could we exchange “all and every” for simple majority or overwhelming majority? We are contrasting blockchain law with traditional law, the latest being a product of sovereign power covers not everyone on this planet and it is not solely about stateless people living in international waters. There were and there are regions that because of common conflicts, cataclysmic events, or different reasons are not covered by the coverage of any law. The case of

⁴⁶ An introductory paper to Ethereum, introduced by its co-founder Vitalik Buterin before launch, which is maintained and available at <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>.

⁴⁷Cardozo Blockchain Project, *supra* note 33.

Somalia is a bright example.⁴⁸ In numerous nations, particularly in country territories, babies are not always recorded in registers and consequently have no documents do not express their wills as regards to public policies via customary channels. As per research directed by Inter-American Development Bank in 2007 up to 5% of infant Paraguayans have not been registered during the first year of their life and some individuals live their entire life without any interaction with the state, including registration, voting, getting any documents or social benefits⁴⁹

These examples do not sabotage the effectiveness of a legal order, because the negligible part of such individuals or domains is generally little and because laws can be implemented even notwithstanding a few people can deliberately or unexpectedly appear to be out of the framework. The way that the public authority has not tallied somebody implies that this individual would not get security or social advantages from the public authority, it additionally implies his assessment would not be needed in the law-production process, yet this does not change the fact that this person lives under the auspices of a sovereign authority. There is no doubt that if an unregistered Paraguayan murders anyone or attempts to overthrow the government, he will be prosecuted. When a Somalian leaves the realm of chaos, the same thing will happen to him, as will a stateless citizen who infringes on someone's rights in international waters. That is why legislation is seen as occurring even by those who are ignored by regimes or believe they are outside the system. If we imagine the world of legal subjects as a DAO (which it isn't), then membership in this semi DAO is not optional; it is necessary.

Participation in the DAO itself, on the other hand, is completely optional. One should own Bitcoin and thereby become a member of the Bitcoin DAO, bringing his will into the decision-making process and trusting in the meaning of Bitcoin and everything else in the DAO. Someone who is not a part of the network, on the other hand, would ignore both Bitcoin and the mechanism, giving it no value and implying that it doesn't work. No supreme or absolute power will come knocking on the nihilist's door and force him to buy Bitcoin and enter the DAO. That implies that for those outsiders of the DAO, blockchain law will seem to be non-existent, rules breaches will not be considered as such, there would be no intimidation process to compel somebody to accept and respect the rules.

Nevertheless, it is incorrect to say that blockchain legislation has no regulatory framework and that there are no means to get outsiders into the DAO.

V. The enforcement problem: Awareness, Acceptance and Compliance.

The three different types of people who potentially can break the blockchain rules are following:

1. Those that are not members of the DAO and are unaware of the law,
2. Those who are members of the DAO but are unaware of the rule but do not accept it.
3. Those who are members of the DAO but are unaware of the rule either knowingly or unconsciously breach it.

⁴⁸ Stig J. Hansen, *Warlords and peace strategies: the case of Somalia*, 23 J. Conflict Stud. 57 (2003).

⁴⁹ See Dwight Ordóñez Bustamante, *El subregistro de nacimientos en Paraguay: Las consecuencias* (2007).

The enforcement tools targeting last group depend on the DAO type. Violations of laws will result in fines such as higher commissions, extra payments, and charges whether the DAO manages or is a part of some financial service. Non-monetary punishments may include account suspension or data access restrictions. Punishments, on the other hand, are just one weapon in the law enforcement arsenal. Public condemnation, public education, and inspiration will also help blockchain enforcement. Any of the latest implements used by online services to make consumers to act properly can be successfully used by blockchain legislation. For example, businesses like AirBnB, Turo, Uber, and others advocate regulation compliance for all users not just for service providers. Since these websites are not decentralized, they may potentially exploit customer feedback by erasing records or modifying the way the average ranking is calculated to generate more sales or for other reasons. However, if it were to function as a decentralized method, coercion would be almost impossible, a precedent would be preserved indefinitely, and the repercussions of having poor feedback would be much more severe for customers.

The method will be integrated into blockchain law by awarding a ranking to DAO participants depending on their behavior. The DAO member with statistical data showing a history of violations will be excluded or barred from almost all legal or business activity in the future, while the DAO member with high values may be a suitable counterparty and may be able to achieve more desirable conditions in any social interactions.

Acceptance and perception issues can be solved through the ascendable effect and the scale of the DAO. For example, when the telephone system was first adopted, the user base was limited, and phone users had few numbers to dial. There are probably many people who are not using phones, but regular social life certainly requires the use of phones for personal and professional reasons and the number of individuals who can access a phone is nearly equivalent to the number of people who could use it. As a result, when the majority of the population uses a computer, the internet, or is a member of a DAO, the community's remaining people have little options other than to admit channels of accessing the network, even though they are unhappy about it. Assume that the value of bitcoin has increased significantly, and that the majority of users use it at least occasionally, and that there are a plethora of utilities and products that can only be purchased with Bitcoins. In this situation, not using Bitcoin would put people at a disadvantage in a variety of ways. Even though some of them obviously might not like or value Bitcoin, the ease and willingness to communicate with other DAO participants will ultimately be a strong argument for those who are “out” to join and stick to majority’s behavioral pattern.

In either case, disruptors will remain. However, as long as they remain a minority, they do not pose a significant threat for the framework's maintainability. They do not take part in the creation of standards, but as seen above, the law enforcement process has mechanisms in place to authorize laws even for those who refuse to acknowledge the law's existence. Same rules do not work for blockchain regulation. Unless in our attempt to predict the future of social regulation we rely on some fantastic plot picturing world of robots controlling every field of social life, the blockchain law enforcement cannot do much to individuals if they are out of regulative DAO or if even being “in” they commit serious offence incomparable by its gravity to any of the sanctions in the blockchain enforcement arsenal. At times it can ruin the outsiders' life by cutting them from some socially reasonable communications just as influencing monetarily, yet blockchain

regulation can't completely supplant the law enforcement set of instruments. It is not likely even to successfully influence a monopoly manipulating market position, the blockchain legal system obviously has no one to pursue a killer, fraud, or abuser.

"Code can be the law" (for example code having the impact of law) and "law can be the code" (for example law being characterized as code).⁵⁰ Regardless, the substitution is not comprehensive. The self-governing blockchain law can theoretically replace ordinary legislation, but the blockchain regulatory system cannot fully replace traditional sets of rules, which covers the process for interpreting and enforcing the law. When a system cannot work on its own and requires at least government interference, it is no longer entirely self-contained and, as a result, is vulnerable to the same diseases as the legal system.

CONCLUSION

The regulatory environment under which blockchain law could supplant conventional law is large. The bulk of social relations now secured by private law, as well as a large amount of public law, such as administrative law, tax law, and labor law, would be covered by such laws. It may also play a key role in defining rules, complementing the enforcement system, and controlling state enforcement for the remaining partnerships that could need physical interference by state legal force to be efficiently regulated. The probability of blockchain legislation would be influenced by several considerations and issues:

Since blockchain law is a global smart contract, it is built on smart contract principles and inherits many of its flaws. Aside from its underlying programming, the DAO doesn't need outside help in determining how to fulfil its primary function – social behavior management. The main question is how to construct a universal and "ideal" set of pre-set rules that depicts what can happen in DAO, how it can compile individual wills, turn them into the decision of majority, and present them as rules of law. Who would take the responsibility of becoming an "originator"?

The purpose of this paper was not to debate whether replacing traditional law with blockchain law would have a positive or negative effect on anything; rather, we're attempting to determine if such a substitution is potentially feasible and whether there are considerations that can help drive the transition along. This regulative environment would not be optimal. Furthermore, it can tend to be harmful or frightening. Anyone may become a founder if they write a series of pre-programmed rules articulated in the form of code that, when combined, present a framework for generating rules by collecting user intentions and enacting legislation. Natural selection has the potential to make this method global, allowing it to compete with existing legal systems. By this we mean natural selections based on criteria of ability to survive as a self-regulation mechanism and avoid immediate collapse that killed the first known DAO, sustainability and universality of rules covering wide variety of what can happen inside the DAO. For example, despite several attempts for the establishment of Facebook-like networks, there is no second Facebook. A similar result may also apply to the blockchain regulatory framework: any

⁵⁰ De Filippi, *supra* note 66.

regulatory protocol matching set of criteria turned into DAO may lead the competition at some point and take over the regulation of social relations globally.

The "fork challenge," which is one of the big issues with current DAOs, may result in the existence of several "overlapping" regulatory DAOs in the case of blockchain regulation, which, like other blockchain systems, may lead to "fork rivalry." The rational answer to this issue is that dimension limits controversy. In general, blockchain law is a method of voicing majority will, and the bigger the DAO, the less probable an alternative reality will survive. Would it transform the planet into code tyranny – it is outside the scope of this analysis. However, it is undeniable that the progression of blockchain legislation would drive regulatory demands towards populism, with no respect for the needs of those who deviate from the standard.

The advancement of blockchain law will affect legal science and, most certainly, will bring us back to the origins of natural law theory. While natural law is an old concept, blockchain regulation is a contemporary technocratic tool. As Natural laws are intended to exist objectively and therefore belong to everyone in their life without the need for a monarch or law;⁵¹ blockchain regulations can exist quasi-objectively, regardless of the systems and institutions' will. It might turn into another measure of objectivity signifying "compound judgment of majority", rivaling customary one signifying "absence of judgment and bias".

It is reasonable to conclude that, rather than being an earthquake heralding the start of a transition, blockchain regulation will first serve as a strong impetus for legal growth. The present law theory is to be adjusted, but most of its core foundations will still be able to accommodate new element. Though, being soft by character and slow by speed the changes may lead to a shift in the core values of modern social structure and reshape virtually everyone's life in the foreseeable future.

⁵¹ Robert P. George, *Natural law*, 52 AM. J. JURIS. 55 (2007).

BIBLIOGRAPHY

- Atzori, Marcella. "Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary? (Dec. 1, 2015)." <https://ssrn.com/abstract=2709713>.
- Boeding, Kate. "3 Potential Benefits of Blockchain For Government." *Booz. Allen. Hamilton*, <https://www.boozallen.com/s/insight/blog/3-potential-benefits-of-government-blockchain.html>.
- Bustamante, Dwight Ordóñez. "El subregistro de nacimientos en Paraguay: Las consecuencias," 2007.
- Casey, Michael J. & Vigna, Paul. "The Truth Machine: The Blockchain and the Future of Everything," 2018.
- Clark, Birgit & McKenzie, Baker. "Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven?" *World Intell. Prop. Org. Mag.*, February 2018.
- De Filippi, Primavera & Hassan, Samer. "Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code." *First Monday* (Dec. 2016), <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/7113>.
- Domingo, Rafael. "The Crisis of International Law." *42 Vand. J. Transnat'l L.* 1543, 2009.
- Fanusie, Yaya. "Blockchain Authoritarianism: The Regime in Iran Goes Crypto." *Forbes* (Aug 15, 2018), <https://www.forbes.com/sites/yayafanusie/2018/08/15/blockchain-authoritarianism-the-regime-in-iran-goes-crypto>.
- Francis Barham, "The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising His Treatise on the Republic, and His Treatise on the Laws", 1842.
- George, Robert P., *Natural law*, *52 Am. J. Juris.* 55, 2007
- Hansen, Stig J. "Warlords and peace strategies: the case of Somalia." *23 J. Conflict Stud.* 57, 2003.
- Held, David. "Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty." *Legal Theory*, Vol 8 no. 1, 2002.
- Iansiti, Marco & Lakhani, Karim R. "The Truth About Blockchain." *Harv. Bus. Rev.*, Jan. – Feb. 2017, pp. 118.
- Jie, Li. "China's Ambitious Blockchain Plans Could Cast US Dollar out of the Game." *The Epoch Times* (Mar. 22, 2019), https://www.theepochtimes.com/chinas-ambitious-blockchain-plans-could-cast-us-dollar-out-of-the-game_2849020.html.
- Kelsen, Hans "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *57 Yale L.J.* 377, 1948.
- Kiviat, Trevor I. "Beyond Bitcoin: Issues in Regulating Blockchain Transactions." *65 Duke L.J.* 569, 2015.
- Kunschke, Dennis & Henkelmann, Stefan. "Blockchain & Cryptocurrency Regulation." *Germany, Global Legal Insights*, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/germany>.
- Lerer, Mordecai. "The Taxation of Cryptocurrency: Virtual Transactions Bring Real-Life Tax Implications." *CPA J.* (Jan. 24, 2019), <https://www.cpajournal.com/2019/01/24/the-taxation-of-cryptocurrency>.
- Lipshaw, Jeffrey M. "The Persistence of "Dumb" Contracts" (Jan 22, 2019), *Stan. J. Blockchain L. & Pol'y*, <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/persistence-dumb-contracts>.
- Marmor, Andrei & Sarch, Alexander. "The Nature of Law." *Stan. Encyclopedia of Phil.*, <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

Michaels, Ralf. "The true lex mercatoria: law beyond the state." *14 Ind. J. Global Legal Stud.* 447, 2007.

Murphy, Liam. "The Boundary of Law: Law, Morality, and the Concept of Law." *Edmond J. Safra Center for Ethics*, <https://ethics.harvard.edu/event/boundary-law-law-morality-and-concept-law>.

Popper, Nathaniel et al., "Russia and Venezuela's Plan to Sidestep Sanctions: Virtual Currencies." *N. Y. Times* (Jan. 3, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/01/03/technology/russia-venezuela-virtual-currencies.html>.

Rosic, Ameer. "Smart Contracts: The Blockchain Technology That Will Replace Lawyers." *Blockgeeks*, <https://blockgeeks.com/guides/smart-contracts/> (last visited May 15, 2019).

Sandre, Andreas. "Blockchain for government." *Hackernoon*, <https://hackernoon.com/blockchain-for-government-41e3b097356d>.

Say, Nicholas. "Singapore Emerges as Premier Blockchain Development Destination." *Blockonomi* (Nov. 1, 2018), <https://blockonomi.com/singapore-blockchain-destination>.

Semple, Kirk & Popper, Nathaniel. "Venezuela Launches Virtual Currency, Hoping to Resuscitate Economy." *N. Y. Times*, Feb. 20, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/02/20/world/americas/venezuela-petro-currency.html>.

Torres Bernardez, Santiago. "Territorial Sovereignty." *Encyclopedia of Disputes*, pp 487-494, 1987.

Troitskiy, Vladimir. "Trends in International Tax Planning: New Qualifications and Tax Jurisdiction Shopping." *Challenges of the Knowledge Society*, 2019.

Veerpalu, Anne "Tartu Node." *1 Stan. J. Blockchain L. & Pol'y* 124, 2018.

Werbach, Kevin. "The Blockchain and the New Architecture of Trust," 2018.

Woodward, Richard & Davies, Michael. "How Many International Organizations Are There?," *The Yearbook of International Organizations and its Shortcomings*, Pol. Stud. Association, 2015.

Wright, Aaron & De Filippi, Primavera. "Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographica." https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664.


ÇEVİRİLER


TRANSLATIONS

Akışkan Bir İslam Hukukuna Doğru: Modernite ve Makasid Söyleminin Dönüşümü*

Muhammed MERÂKİBÎ 
Dr., Edinburg Üniversitesi, m.almarakiby@yahoo.com,

Çevirenler

Yasin YILMAZ 
Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi,
Hukuk Fakültesi, yasinylmaz@yahoo.com

Enes CÖMERT 
Yüksek Lisans Öğr., İbn Haldun Üniversitesi, Uluslararası
ve Mukayeseli Hukuk, enescomert4@gmail.com

Makale Bilgileri

Öz

Makale Geçmişi

Geliş: 23.04.2021

Kabul: 29.06.2021

Yayın: 30.06.2021

Anahtar Kelimeler:

Yeni makasid ekolü,
Modernite, Akışkan
İslam hukuku, Şâtîbî,
Makâsıdu's-ş-şerî'a,
Makâsıd söylemi.

Bu makale, müslüman düşünürlerin çağdaş makasid söyleminde yaptıkları tecdedi/yenilenmeyi tartışmaktadır. Aralarındaki ihtilaflara rağmen iki ana gelişme gözlemleyebiliriz; birincisi İslam hukukunu rasyonelleştirme ve taabbüdi yönünü dışlama veya kaldırma ve ikincisi maksatların yeniden tayini ile sayılarının ve yorumlarının genişletilmesi temayülüdür. Bu satırların yazarı -makasidın yeni yorumlarının muhtelif modellerini sunarak- modernitenin yeni makasid söylemini sadece kavramlarını benimseterek değil, aynı zamanda akışkan tabiatını da kazandırmak suretiyle nasıl etkilediğini göstermektedir. Bu husustaki en mühim dönüşüm, makasidın esnek ve yapılandırılabilir bir araca dönüşmesidir. Esasen bu araç, modern değerlere hem yaklaşmak ve hem de onlardan uzaklaşmak için kullanılabilir. Bahsedilen akışkanlık ile makasid, çoğu kez -ister bilinçli ister bilinçsiz olsun- hukukçuların ideolojik, sosyolojik ve psikolojik önyargılarının bir yansıması haline gelmiştir. Bu durum da İslam hukukunun sistematik yapısını ve gerekli toplumsal kontrolü sağlama yeteneğini tehdit etmektedir.

الحدائفة وتحولات الخطاب المقاصدي: نحو فقه سائل؟

Article Info

Abstract

Article History

Received: 23.04.2021

Accepted: 29.06.2021

Published: 30.06.2021

Keywords:

المقاصديون الجدد؛
الحدائفة؛
الفقه السائل؛ الشاطبي؛
مقاصد الشريعة؛
الخطاب
المقاصدي

تناقش هذه الورقة التجديد الذي قام به المفكرون الإسلاميون في الخطاب المقاصدي المعاصر. وعلى الرغم من الاختلافات بينهم فإنه يمكننا رصد تطورين رئيسيين: الأول: التوجه نحو عقلنة الشريعة وإقصاء الجانب التعيدي أو الغائنه، والثاني: إعادة تعيين المقاصد والتوسع في عددها وتفسيراتها. ويبين الباحث—من خلال عرض نماذج مختلفة من التفسيرات الجديدة للمقاصد—كيف أن الحدائفة أثرت على الخطاب المقاصدي الجديد، لا من خلال تبنيه مفاهيم حدائفة، بل من خلال اكتسابه طبيعة الحدائفة السائلة، فالتحول الأهم كان في تحويل المقاصد إلى أداة مرنة وقابلة للتشكل؛ بحيث يمكن استخدامها للاقتراب من القيم الحدائفة أو الابتعاد عنها على حد سواء، ومع هذه السيولة صارت المقاصد في أحيان كثيرة انعكاسًا لتحيزات الفقيه الأيدولوجية والاجتماعية والنفسية إما بصورة واعية أو غير واعية، وهو الأمر الذي يهدد البنية النسقية للفقه الإسلامي وقدرته على إحداث الضبط المجتمعي المطلوب.

Atıf/Citation: Merâkibî, M. (2021). "Akışkan Bir İslam Hukukuna Doğru: Modernite ve Makasid Söyleminin Dönüşümü", çev. Y. Yılmaz & E. Cömert, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 305-323.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

* İlmî yorumlarından ve tavsiyelerinden çokça istifade ettiğim Dr. Mu'tez el-Hatib, Dr. Alexandre Caeiro ve Prof. Ahmed Semni ile bu makalenin hakemlerine teşekkür ediyorum. [yazar notu].
İlkin *Journal of Islamic Ethics*, 3(1-2), 2019, s. 9-29'da yayımlanan makalesinin tercümesine izin veren yazara, böyle bir çeviriyi öneren dostumuz Şükrü Atsızelti'ye ve metnin tashihinde yardımlarını esirgemeyen Bahaddin Karakuş ile Hüseyin Ay'a alenî ve samimî teşekkürâtımızın arzını bir vazife-i vicdaniye biliriz. [çevirmenler notu].

GİRİŞ

Son yıllarda makâsîd çalışmaları benzeri görülmemiş bir şekilde yayılmış ve o kadar ki araştırmacılardan birinin makâsîd ile ilgili yazılanları topladığı bir rehber yayımlamak için dokuz cilde ihtiyacı olmuştur.¹ Bu derleme de sadece Arapça yazılmış çalışmalarla sınırlıdır ve makâsîd çalışmalarında büyük payı olan diğer dillerdeki yayınlara değinilmemiştir. Örneğin Türkiye’de makâsîd üzerine yapılan bir çalışmada yazarlardan biri sadece son yirmi yılda Türkçe’de bu konuda yüzlerce yayının mevcut olduğunu kaydetmiştir.² Avrupa dilleri, Malayca, Urduca ve diğer dillerde yazılanlardan bahsetmiyorum bile. Makâsîd çalışmalarındaki bu sürekli artış, -şüphesiz- bunların sebepleri, tasavvurları ve gelecekleri hakkında birçok soruyu da gündeme getirmektedir. Modern makâsîd çalışmalarının bolluğuna rağmen, bu yoğun meşguliyete ilişkin tahlilî ve tenkidî çalışmalar, mevcut üretim hacmi göz önüne alındığında beklenen seviyede değildir.³ Dolayısıyla bu makale, makâsîd akımı üzerine tahlilî ve tenkidî çalışmalara mütevazı bir katkı sağlamak için yazılmıştır.

İncelenen alanın cesametinden dolayı bu makalenin konusu seküler olmayan düşünürlerin yeni makâsîd söylemlerinin tahlili ile sınırlıdır ve bu sınırlama ile alanda mevcut iki söylem olduğu kabul edilmektedir: Birincisi, seküler/laik düşünürlerin makâsîd söylemi;⁴ ikincisi, kendilerini erken dönem makâsîd alimlerinin ayrılmaz bir devamı olarak gören ve anlayışlarını yenilenme ve gelişme çağrılarından uzak tutan modern çağdaki makâsîd söylemidir.⁵ Çalışma kapsamında, kendilerini her ne kadar erken dönem makâsîd alimlerine nispet etseler de -bununla beraber- eski söylemi bu çağda ayakları sağlam basacak bir şekilde yenilemek ve geliştirmek şiarını yüksek sesle dile getiren çok sayıda düşünürü ele alacağız. Bu makale, Tunuslu Hayreddin (ö. 1890), Muhammed Abduh (ö. 1905) ve Tâhir bin Âşûr’dan (ö. 1973) başlayan; Karadavî, Alvânî (ö. 2016) ve Cemaleddin Atıyye’yle (ö. 2017) devam eden ve Câsir Avde, Tarık Ramazan ve diğerleri ile biten çeşitli ve farklı şahsiyetleri bir araya getirmektedir. Bu makâsîd ekolü arasında -beklendiği üzere- kimi zaman geniş kimi zaman dar boyutlu görüş ayrılıkları olduğu iyi bilinmektedir. Konu edilen makâsîd ekolünün temsilcileri ittifakla tek bir görüşü temsil ettikleri için seçilmemiştir. Çünkü araştırmanın amacı, fikhî sistem dahilindeki ihtilafların ve farklılıkların mevcudiyeti bir tarafa, bu sistem üzerindeki dönüşümlerin etkisini açıklamaktır.

Araştırma, modernite kavramını, onu tanımlama problemini ve burada murad edilen anlamını tartışan bir mukaddime ile başlar, sonra Şâtîbî’nin (ö. 1388) önceki fıkıh geleneğini sürdürdüğü ve onda radikal bir dönüşüm getirmeyi hedeflemediği meselesine değinir, daha sonra konunun merkezinde yer alan yeni makâsîd ekolünün yaptığı dönüşümleri tasnif etmeyi dener. Bu tasnif iki husus bakımından ortaya çıkar: Makâsîdu’ş-şerî’a üzerindeki rasyonelleştirme hakimiyeti ve modernite vakiasının ışığında makâsîdın yeniden belirlenmesi ve yorumlanması.

¹ Muhammed Kemaleddin İmam, *ed-Delilu’l-İrşadiyyu ilâ Makâsîdi’ş-Şerî’a*, Daru’l-Furkan, London 2008-2012.

² Aydoğan Kars, “Mâqâsîd or Sharî’a? Secularism, Islamic Reform, and Ethics in Modern Turkey” in *Maqasid al-sharia and Contemporary Reformist Muslim Thought: an Examination*, edited by Adis Duderija, Palgrave Macmillan, New York 2014.

³ Aşağıda çalışma arasında bunlardan birkaçına işaret edilecektir.

⁴ Makâsîd ile ilgili bazı seküler çalışmaların incelenmesi için örneğin bkz. Ahmed Taân, *el-Almaniyyun ve’l-Kur’anu’l-Kerim*, Daru İbn Hazm, Riyad 2007.

⁵ Örneğin Muhammed Said el-Bütî’nin fıkıh usûlünün yenilenmesi üzerine çalışmasına bkz. Muhammed Said el-Bütî, *Nahve Tecdidî Usûli’l-Fıkıh fî İşkâliyyeti Tecdidî Usûli’l-Fıkıh*, Daru’l-Fıkr, Dımeşk 2006.

Nihayet araştırma, makâsıdın yeniden tanımlanması ve genişletilmesinde karşılaşılan, bu maksatların belirli olmayan akışkan bir yapıya dönüşmesinde görülen ve İslam hukukunun kendisine tahsis edilen toplumsal kontrolü sağlama yeteneğini engelleyen sorunların açıklanmasıyla sona erer.

I. Modernite: Tanımlanamayanı Tanımlamak?

Modernite hakkındaki tartışmaların çokluğu karşısında bu terim, en muğlak kavramlardan biri olmaya devam etmektedir ve son yıllarda modernitenin manası üzerine tartışmalar artmış olsa da, bunlar sadece meselenin bulanıklaşmasına yol açmıştır. Modernite genellikle; -bu kavramların her birinin anlamlarında birçok ihtilaf bulunmakla birlikte- modern devlet, kapitalizm, laiklik, araçsal akılçılık ve bireycilik gibi kurum ve ilkelere dayandırılarak tanımlanır.⁶ Yine etimolojisi itibariyle modernite, mekansal ve zamansal bir kopuş olarak da tanımlanabilir; batının dünyanın geri kalanından mekansal kopuşu ve -düşünürler tam tarihte ihtilaf etseler de- on altıncı, on yedinci veya on sekizinci yüzyılla sona eren geleneksel çağlardan zamansal kopuş ile temayüz eder.⁷ Modernitenin tanımlarından bahsetmenin bize, artık genel eğilimin tek bir modernite hakkında düşünmekten çeşitli modernitelere kaydığını idrak ettiğimizde pek bir faydası olmayacaktır. Zamansal açıdan modernite çok farklı şekiller almış, bu kapsamda zamansal olarak ardışık moderniteler, düşük veya yüksek moderniteler ya da Giddens'in isimlendirdiği gibi radikal moderniteler⁸ veyahut bazılarının post-moderniteye geçiş olarak gördüğü fikirler⁹ ortaya çıkmıştır. Geçen yüzyılın sonlarında da mekan itibariyle batı merkeziliğine yönelik eleştirel çağrılar yapılmaya başlamıştır.

Modernitenin kökeninde Batılı olarak görülmesine rağmen diğer yerel kültürlerle etkileşimi sayesinde benimseme ve reddetme mekanizmaları aracılığıyla kimi zaman benzeşen, kimi zaman batılı modelinden farklılaşan muhtelif suretlerde moderniteler ortaya çıkmış ve Japon, Çin ve İslam modernitelerinden bahsetmek mümkün hale gelmiştir.¹⁰ Lakin mesela Batı modernitesi ile İslamî modernite arasındaki bu farklılaşmada evrensel ve yerel olanın sınırlarının nasıl çizileceğine ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Çeşitli modernitelerden bahsetmek öncelikle şu soruların yöneltilmesini gerekli kılar: Neden çeşitli?, Bu muhtelif suretlerin kaynağı nedir?, Modernite hususunda neyin sabit neyin değişken olduğuna ve neyin evrensel ve neyin batıya özgü olduğuna kim karar veriyor?¹¹ İslamî modernite fikrini benimseyen çalışmaları karşılaştırsak aralarında büyük farklılıklar bulacağız. İslamî modernite, -Robert Hefner'in sivil toplum çalışmasıyla ortaya koyduğu gibi- batılı modelinden çok da farklı değildir.¹² Bunun aksine Batı modernitesinin birçok referans fikrini yıkan Taha Abdurrahman'ın kitaplarında¹³ Batılı ve

⁶ Piotr Sztompka, *The Sociology of Social Change*, Blackwell, Oxford 1993, s. 69–85.

⁷ Gurminder K. Bhambra, *Rethinking Modernity: Postcolonialism and the Sociological Imagination*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2009, s. 11.

⁸ Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Polit, Cambridge 1990, s. 149.

⁹ Jean-François Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, Translated by Geoffrey Bennington and Brian Massumi and foreword by Fredric Jameson, University of Minnesota Press, Minneapolis 1984.

¹⁰ S. N. Eisenstadt, *Comparative Civilizations and Multiple Modernities*, Brill, Leiden 2003.

¹¹ Peter Wagner, *Modernity as Experience and Interpretation: A New Sociology of Modernity*, Polity Press, Cambridge 2008, s. 12.

¹² Robert W. Hefner, *Civil Islam Muslims and Democratization in Indonesia*, Princeton University Press, Princeton 2000.

¹³ Taha Abdurrahman, *Rûhu'l-Hadâse: el-Medhal ilâ Te'sisi'l-Hadâseti'l-İslamiyye*, el-Merkezu's-Sekâfiyyi'l-Arabî, Beyrut 2006.

İslamî moderniteler arasında köklü bir fark olduğu görülmektedir, dolayısıyla İslamî modernitenin tanımı bu sorunlu alandan çıkarılamaz.

“Sağlam” bir modernite kavramının olmamasıyla ilgili bu sorunsaldan yola çıkarak, modernist veya İslamî olanın mahiyetiyle ilgili ayrımlar ve hükümler sorununu aşacağım. Başka bir deyişle bu makalenin amacı, modernist değerlerin makâsîd kavramlarına ne ölçüde nüfuz ettiğini araştırmak değildir. Çünkü bu, modernist ile modernist olmayan, batılı modernite ile evrensel modernite veya İslamî modernite ile İslamî olmayan modernite ile ilgili önceki sorunun çözülmesini gerektirir. Ancak burada moderniteden belirli bir fikirler bütünü olarak değil bir sistem olarak bahsediyorum,¹⁴ aynı şey sistematik bir yapı olarak İslam hukuku bahislerimiz için de geçerlidir. Buradaki sistematik yapı ile, sadece bir hükümler bütünü olmanın ötesine geçen kurumlar, değerler, hükümler, ictihad mekanizması ve bunun olaylara nasıl tatbik edildiğine dayanan mütekamil bir İslam hukuk sistemini kastediyorum.¹⁵

II. Yenilenme ve Süreklilik Arasında Makâsîd

Mütekaddimîn dönemi fakihleri zarurî maksatları dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması olarak beşe ayırmıştır.¹⁶ Bu ayırım şöhret bulmuş ve *el-İhkâm*'ında¹⁷ Âmidî (ö. 1233), *el-Muhtasar*'ında¹⁸ İbnü'l-Hâcib (ö. 1249) gibi bir çok alim tarafından zikredilmiştir. Bunun yanında Zerkeşî (ö. 1392) farklı bir sıralamayla bu maksatlardan bahseder¹⁹ ve Şâtıbî de aklı sona bırakarak “*derler ki; bu değerler her millette esas alınmıştır.*”²⁰ ifadesini kullanır. Şâtıbî, makâsîdı genişletmiş, kamilen bir kitabını, *el-Muvâfakât*'ını tahsis ederek bu konuyla ilgilenmiş ve detaylandırarak geliştirmiştir.

Bununla birlikte Şâtıbî'nin makâsîd alanına katkısı birçok yoruma konu olmuştur. Örneğin Muhammed Âbid el-Câbirî (ö. 2010), “*Şafî'den Gazâlî'ye usûl düşüncesi lafızlardan manaları çıkarmaya çalışıyordu. Şâtıbî geldiğinde Arap beyanî düşüncesinde muazzam bir epistemolojik dönüşüm başladı.*”²¹ demektedir. Mu'tez el-Hatib, Câbirî'nin bu sözleriyle ilgili tartışmaya katılarak Şâtıbî'nin ifadelerine onun kastetmediği modern manaların nasıl yüklendiğini izah etmiştir. Benim de katıldığım bu izaha göre, açıkça görünüyor ki Şâtıbî -önemli bir yenilik getirdiğini kabul etsek de- köklü bir değişimi veya geçmişten kopuşu temsil etmemektedir.²² Zira Şâtıbî, kitabına “*el-Muvâfakât*” ismini vermiştir, çünkü İbnu'l-Kâsım ile Ebû Hanîfe'nin

¹⁴ Bir sistem olarak modernitenin anlamı, daha sonra bu modernist sistemin bir özelliği olarak akışkanlıktan bahsetmeye başladığımızda ortaya çıkacaktır.

¹⁵ Bkz. Wael Hallaq, “Can Shari'a be Restored”, in *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, edited by Yvonne Haddad and Barbara Stowasser, Altamira Press, Walnut Creek 2004.; Anver Emon, “Shari'a and the Modern State.” In *Islamic Law and International Human Rights Law: Searching for Common Ground?* edited by Anver Emon, Mark S. Ellis, and Benjamin Glahn, Oxford University Press, Oxford 2012; Mu'tez el-Hatib, el-Fakih ve'd Devle: Mu'daletu'l-Fakih fi Zilli's-Sevrâti'l-Arabiyye, *Tebeyyün*, 2013, 9, 63-84.

¹⁶ Ebu Hâmid el-Gazâlî, *el-Mustasfâ*, el-Mektebetu'l-Vakfiyye, Kahire 2010, s. 322.

¹⁷ Ebu Huseyn Âmidî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, el-Mektebetu'l-İslamî, Beyrut t.y., c. 3, s. 274.

¹⁸ Ebu Amr İbnu'l-Hacib, Muhtasaru Müntehe's-sûl ve'l-Emel fi 'İlme'li-Usûl ve'l-Cedel, fi: Şemseddin Isfahanî, *Beyanu'l-Muhtasar Şerhu Muhtasar İbnu'l-Hacib*, Daru'l-Medeni, Riyad 1986, c. 3, s. 114.

¹⁹ Muhammed bin Abdullah Zerkeşî, *el-Bahru'l-Muhîr fi Usûli'l-Fikh*, Daru'l-Kütübî, Kahire 1994, c. 7, s. 266.

²⁰ Ebu İshak eş-Şâtıbî, *el-Muvâfakât fi Usûli's-Şerîa*, el-Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 2002, c. 2, s. 8. [çev. Mehmet Erdoğan, İz Yay., İstanbul 2016; alıntılarda bu çevirden yararlanılmıştır çev. not.].

²¹ Muhammed. Âbid Câbirî, *Bunyetu'l-Akli'l-Arabî*, Merakizu Dirasâti'l-Vahdeti'l-Arabiyye, Beyrut 2009, s. 547.

²² Mu'tez el-Hatib, el-Makâsîd ve İlmu'l-Usûl: Kiraatun fi Nusuki'l-Ma'rifi, fi'r-Rabitati'l-Alemiyyeti'l-Muhammediyye, *Makâsîdu's-Şerî'ati ve's-Siyaku'l-Kevniyyi'l-Muasır*, Rabat 2013, s. 41-58.

görüflerini uzlaştırmayı murad etmişti.²³ Bu uzlaştırma, ihtilaflar için hakim bir merci oluşturmak şeklinde bir tecdid teşebbüsü olsa bile önceki mirasa karşı bir isyan ve devrim ifade etmiyordu. Zaten esasında Şâtıbî ve İbnu'l-Kâsım, Mâlik'in (ö. 795) mezhebine sıkı sıkıya bağlı fakihlerdi. Mesela Şâtıbî'yi, "*el-İ'tisâm*" kitabının mukaddimesinde şunu söylerken buluruz: "*Bana atfedilen, daha doğrusu iftira edilen şekilde mükellefiyet ve fetvalar hususunda müntesibi olunan mezhebin meşhur görüşünün gereklerini aşmam söz konusu değildir, buna tevessül edenler fetva isteyenlerin kolaylığını düşünerek hevalarına göre fetva vermiş olurlar, mezhepte -hakim görüş olsun ya da olmasın- şazz olarak yer alsa bile ilim sahibi olan imamlarımız buna karşı çıkmaktadırlar.*"²⁴ Meşhur olan mezhebin aşılabilceğini kabul etmeyen birinin usûl sistematüğinde tamamen bir devrim yapması tasavvur edilemez. Bunun delili, onun kendisi hakkındaki söyledikleri değildir, getirdiğı şeyin gelenekten sapma değil, daha ziyade kendisinden önceki alimlerin yolu üzere olduğunu şu ifadeleri tekid eder: "*Eğer bu kitaptan kabul etmeyeceğın yerler olursa, sezgi ve anlama kapıları kapalı kalırsa ve 'bu duyulmadık bir şey, mahiyet ve işleniş bakımından ne şer'i temel ilimlerde ne de fer'i ilimlerde böyle bir eser telif edilmemiştir, onun ortaya konulması ve yayılması kötülük ve bidat olarak yeterlidir' şeklinde bir zan belirirse, sakın denemeden, tecrübe etmeden mesele çıkarıp da dikkate alıp faydalanma imkanını ortadan kaldırıp atma. Çünkü bu kitap Allah'a hamdederek belirteyim ki, ayet ve hadislerin ortaya koyduğu şeylerdir, onun temellerini selef-i salihîn atmış, özelliklerini derin alimler belirlemiş, rükünlerini düşünürler sağlamaştırmışlardır.*"²⁵ Onun "*özellikleri alimler tarafından belirlenmiş*" ifadesi, kendisini seleflerinin çabalarının bir devamı olarak gördüğüne delalet eder. Fıkıh usûlüne yönelik eleştirilerine gelince, aslında durum sanıldığı gibi değildir; Şâtıbî'nin çağrısı, fıkıh usûlünü amele terettüp etmeyen meselelerden korumaya yöneliktir ve bu da usûl metodunun eleştirilmesi veya yeni ve farklı bir usûl tesis edilmesi demek değildir.²⁶ Zaten bu eleştiriyi getiren ilk fakih Şâtıbî değildi, ondan önce Gazâlî (ö. 1111) *el-Mustasfâ* kitabında usûlcülerin amele yansımayan konulara yoğunlaşmalarını ve usûl ile kelamın karışmasını eleştirmişti.²⁷ Bu da ilave veya yenilemeyi ortadan kaldırmasa da, usûl geleneğinden soyutlanma ve onu değıştirme manasına gelmemekteydi.

Eğer Şâtıbî'nin durumu buysa, benim yeni makâsıd hareketi olarak isimlendirdiğim şey nedir? Bu hareketin ortaya çıkışı başından beri modernite ile irtibatlıydı; Tunuslu Hayreddin, *Akvâmu'l-Mesâlik*'inde, Gazâlî ve İbnu'l-Kayyım'ın (ö. 1350) konuyla ilgili sözlerini iktibas ederek makâsıdı, Osmanlı hilafetindeki siyaseti, batıda mevcut olan sisteme benzer bir hale getirerek ıslah etmenin aracı olarak görmüştür.²⁸ Sonra Muhammed Abduh, Tunus ziyareti sırasında *el-Muvâfakât* ile tanışmış ve kitaptan etkilenmiş, Mısır'a döndüğünde talebelerini ve sevenlerini bu kitabı okumaya ve neşretmeye teşvik etmiştir. Abduh, makâsıdı ıslah projesi için kolay bir araç olarak görmüştür.²⁹ Daha sonra talebesi Reşid Rıza (ö. 1935) da aynı amaçla

²³ Şâtıbî, c. 1, s. 12.

²⁴ Ebu İshak Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, Mektebetü't-Tevhid, t.y., s. 21.

²⁵ Şâtıbî, c. 1, s. 14.

²⁶ Şâtıbî, c. 1, s. 22.

²⁷ Gazâlî, s. 15.

²⁸ Ridvan Seyyid, Makâsıdu's-Şerî'a fi Kitâbâtı'l-Arabî'l-Muhaddisîn ve Muasırîn, fi *A'mali Nedve Tatavvuru'l-Ulûmi'l-Fıkhîyye: el-Makâsıdu's-Şerî'a*, Vizârâtu'l-Evkaf ve's-Şuûnu'd-Diniyye, Umman 2012.

²⁹ Muhammed Hudarî, *Usûlü'l-Fıkh*, el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ, Kahire 1969, s. 13; Abdullah Draz, *Talikât fi Hamişî'l-Muvâfakât*, telif: Ebu İshak Şâtıbî, Kahire, s. 12.

Cemaleddin Kâsımî'nin (ö. 1914) ilgili risalesini *Menar Dergisi*'nde neşretmesinin akabinde Necmeddin Tûfî'den (ö. 1316) maslahat görüşünü almıştır. Bu görüş, Wael Hallaq'ın birçok Arap ülkesinin batılılaşmasını sağladığı veya teşvik ettiği şeklinde tanımladığı bir görüştür.³⁰ Makâsîdâ itimad etme fikri, 1970lere kadar Mısır ve Tunus'taki müelliflerin kitaplarında dolaşmaktaydı. Bilahare makâsîd çalışmalarında benzeri görülmemiş bir patlama yaşanmıştır. Öyle ki İslam dünyasındaki düşünce tarihini araştıran herhangi bir talebe, "İslamî uyanış" olarak bilinen şeyi ve bunun makâsîd fikrinin yaygınlığı ile olan ilişkisini ihmal edemez. O dönemde güçlü bir şekilde yeniden alevlenen İslamî proje, İslam ile moderniteyi, başta modern devlet olmak üzere çeşitli kurumlarıyla uyumlu bir hale getirme imkanına dayanmaktaydı. Bu fikir, bir kısıtlamayı temsil eden nassı, dışındaki vakıyyla uyumlu hale getirme imkanı için bir arayışı gerekli kılmaktaydı. Nassın sınırlılığında ve zahirinden bir sapma olarak anlaşılan makâsîd, bu arayışta önemli bir rol oynamıştır. Yani Hallaq'ın dediği gibi makâsîd, seküler bir çözümden kaçınmanın ve aynı zamanda nassın çerçevesi dışına çıkmanın bir yolu olarak şekillenmiştir.³¹ Ancak makâsîdın kendisine yüklenen bu rolü³² oynayabilmesi için üzerinde birtakım değişiklikler yapmak gerekmektedir. Moderniteye ve değişimlerine ayak uydurmanın bir aracı olmanın kapısını açacak genişleme ve gelişme olmadan onu en iyi şekilde kullanmak mümkün olmazdı.

III. Yeni Makâsîd Ekolü ve Çağdaş Dönüşümler

Yeni makâsîd ekolünün söylemlerinde, geleneksel makâsîd çalışmalarından uzaklaşmayı gösteren iki bariz dönüşüm gözlemlenebilir: Birincisi, beş maksadın uygulama kapsamını genişletmek; ikincisi ise, bunları makâsîdın içine modern kavramları yerleştirmek için arttırmak ve değiştirmektir.

A. Şeriatı/İslam Hukukunu Rasyonelleştirme

Makâsîd, ta'lil (illetlendirme) meselesiyle bağlantılıdır; yani şer'î hükümlerin illetinin tespiti konusuna dayanmaktadır, Şâtîbî'nin ta'lilin kelamî boyutundan bahsetmeyi kasıtlı olarak atlamasına rağmen, ta'lil bir tartışma konusuydu ve hâlâ da öyledir. Bazıları makâsîd fikrinin, Allah'ın fiillerinin bir illete dayandırılmasını reddeden Eş'arî mezhebinden saptığını düşünürken,³³ diğerleri kelamcılarının reddettiği gâî illete dayandırma ile fakihlerin ortaya koyduğu makâsîd ile ta'lil arasında bir fark olduğu fikrindedirler. İlkinin fiil ile olan ilişkisi zorunlu bir ilişkidir, çünkü buradaki ilişki, fiili yaratma sebebidir, sebepsiz hiçbir fiil olmadığı fikrini kelamcılar reddeder, çünkü bir şeyin Allah için vacib/zorunlu olması sonucuna götürür. İkincisi ise Allah'ın kullarına bir lütfudur, illet hükmün temel amacı değildir.³⁴ Buradaki illet, hükmün temeli olmayıp daha çok sonradan kurulmuş bir ilişki olduğu için fakihlerin bazı hükümlerin taabbüdî olmasına itirazları yoktur. Bu nedenle onların şer'î hükümleri, manası akılla kavranabilen hükümler ve -taabbüdî olarak isimlendirilen- manası akılla kavranamayan hükümler şeklinde taksim ettiklerini görürüz. İbnu'l-Arabî (ö. 1148) şöyle der: "Kıyasın kapsamı ibâdâtla ilgili

³⁰ Wael Hallaq, "Maqâsîd and the Challenges of Modernity." *Al-jâmi'ah* 49 (1): 1-32, 2011, s. 11.

³¹ Hallaq, s. 12.

³² Bkz. Mu'tez el-Hatib, el-Vazifetu'l-Makâsîdiyyu: Meşruyyetuhâ ve Ğâyâtuha, *İslamiyyetu'l-Ma'rife*, 2007, 48, 9-43.

³³ Ahmed Tayyib, Nazariyyetu'l-Makâsîd 'inde'ş-Şâtîbî ve medâ İrtibatuhâ bi'l-Usûli'l-Kelamiyye, *el-Müslimu'l-Muasır*, 2002, s. 103.

³⁴ Ahmed Raysuni, *Nazariyyetu'l-Makâsîd 'inde'l-İmam Şâtîbî*, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Virginia 1995, s. 207-254.

hükümler bakımından dardır, ibadetler doğrudan nasslara dayanmaktadır, kıyasın yapılacağı kısım muamelâttir."³⁵ Yine İbn Dakîkul'îd (ö. 1302) de "ibâdât ve buna dair hükümler ancak tevkîf [Şâri'in bildirmesi] ile alınır"³⁶ demektedir.

Fakihler taabbüdün yorumlanmasında ihtilaf etmişlerdir. Bazıları, taabbüdden muradın, Allah'ın emirlerine kullarının itaatlerini imtihan etmek olduğu için, asıl itibariyle illetten yoksun bulduklarını ifade etmişlerdir. Bu bağlamda Şâtîbî şöyle der: "Taabbüdî konularda istenilen şey, sadece emre uymak ve ne eksik ne de fazla, olduğu gibi o şeyi yerine getirmektir. Bunun içindir ki Hz. Aişe'ye (r.anhâ) birisi: 'hayızlı kadın, niçin orucunu kaza ediyor da namazını kaza etmiyor?' diye sorduğunda, ona 'sen Harûra meşrepli misin?' demiş ve bu tip soruların sorulmasına karşı tepkisini belirtmiştir. [Zira taabbüdî konular, özel illeti anlaşılın diye konulmuş şeyler değildir. Sonra Hz. Aişe (r.anhâ) 'biz orucu kaza etmekle emrolunurduk; namazı kaza etmekle emrolunmazdık' demiştir. Onun bu sözü, konunun taabbüdi oluşunun meşakkatle ta'lîli yönüne gidilmesinden daha isabetli olacağını göstermektedir.] Şâri'in, parmakların diyetini eşit kılması konusu ile ilgili olmak üzere, İbnu'l-Müseyyeb'in: 'yeğenim, sünnet bu şekilde' diye karşılık vermesi de bu kabîldendir. [Örneklere çoğaltmak mümkündür. Bundan da anlaşılıyor ki,] taabbüdî konularda illet bulunmamaktadır."³⁷ Gazâlî, şeriatın saf taabbüdî hükümlerinin amacının kulların akıl sır erdiremedikleri bir fiili yaparak teslimiyetlerini göstermeleri için bir imtihan olduğunu söyler.³⁸ Ancak Karâfi (ö. 1285), ibâdâta dair hükümlerin de hikmetli olduğunu, fakat bizim bunlara vakıf olamadığımızı, bu nedenle haklarında bilgi sahibi olmamamızın ibâdâta ilişkin hükümlerin hikmetten yoksun oldukları anlamına gelmediğini ve Allah'ın fiillerinin tamamının hikmetli olduğunu söyleyerek başka bir tavır alır. Mesela o, namaz vakitlerinin illetlendirilmesi hususunu açıklarken şöyle der: "bizim bilmediğimiz hikmetler içerirler ve bu nedenle ibâdât kapsamında yer alırlar."³⁹ Başka bir meselede de "aynı şekilde ibâdâta dair meselelerin bizim bilmediğimiz manaları ve hikmetleri vardır, bunları bilmememiz manasız ve hikmetsiz oldukları anlamına gelmez"⁴⁰ demektedir. Lakin açıkladığımız iki görüşün şu şekilde cem' edilmesi mümkündür; Şâtîbî, Allah'ın fiillerinin hikmetli olduğuna itiraz etmez, ancak o, başka bir yerde bahsettiği gibi, hikmeti daha ziyade Allah'a bağlılık, emirlerine teslimiyet, yalnızca O'na karşı saygı duymak, O'nu yüceltmek ve O'na yönelmek olarak değerlendirir.⁴¹ Aynı şekilde Karâfi, Allah'ın irade buyurduğu hikmetin bilgisinin araştırılmasına karşı çıkmaz. Her ikisi de nerede olursa olsun şer'î hükümleri savunur ve onu ihlal edecek yorumlardan kaçınırlar, zira bu hükümler taabbüdî niteliktedirler ki bu da gayr-ı makul (akılla tam olarak açıklanamayan) lafzını kullandığımız durumdur. Bu, bazı hükümlerin kıyas veya makâsîd veyahut başka bir yolla diğer hükümlere geçiş yapmadıklarının kabul edilmesidir, burada zahiri itibariyle emre boyun eğme kastıyla yapılan ibadetle ilgili meseleler söz konusudur.

Öte yandan, yeni makâsîd hareketi, şeriatı ve hükümlerini rasyonelleştirilmek amacıyla fıkhîteki saf taabbüdî yönü azaltmak veya ortadan kaldırmak için çalışmıştır. Şer'î hükümlerin

³⁵ Ebubekir İbnu'l-Arabî, *el-Mahsul*, Daru'l-Beyarık, Umman 1999, c. 1, s. 95.

³⁶ İbn Dakîku'l'îd, *İhkâmü'l-Ahkâm Şerhu Umdeti'l-Hükkam*, Matbaatu's-Sunneti'l-Muhammediyye, t.y., c. 1, s. 203.

³⁷ Şâtîbî, c. 2, s. 292.

³⁸ Ebu Hâmid Gazâlî, *İhyau Ulûmi'd-Din*, Daru'l-Marife, Beyrut 2004, c. 1, s. 212.

³⁹ Şihabuddin Karâfi, *el-Furûk*, Alemu'l-Kütüb, Beyrut, t.y., c. 2, s. 57.

⁴⁰ Karâfi, c. 2, s. 141.

⁴¹ Şâtîbî, c. 2, s. 230.

rasyonelleştirilmesine yönelik genişlemenin erken bir dönemde başladığı ifade edilebilir. Örneğin İbn Âşûr'u, Şâtıbî'nin taabbüd ile ilgili sözlerine itiraz ederken buluruz. Bu bağlamda o şöyle der: “Şâtıbî, taabbüd ve ta'lil hakkında çoğu karışık ve düzensiz uzun bir açıklama yapmıştır.”⁴² İsmail Hasenî de şunu ifade eder: “Makâsîd düşüncesinin çıkış noktası ta'lildir, çünkü hükümlerinin rasyonelleştirilmesine izin vermeyen herhangi bir hukuk sistemi, zamanların ve çağların dönüşümlerini kuşatmaya müsait değildir.”⁴³ Vasfi Aşur, şer'î hükümlerin, bazılarının bildiği ve diğer bazılarının da bilmediği yüce hikmetler ve anlamlar için vaz' edildiği görüşündedir, bazılarının -özellikle ibâdât hükümlerinin illetleri- meçhul olması bunların bilinemeyeceği anlamına gelmez, bilakis bu hikmetlere vâkıf olmak için araştırma yapılmasının gerekliliğine işaret eder.⁴⁴ Başka bir deyişle Vasfi Aşur'a göre sorun, bazı müctehidlerin bu hikmetleri idrak edememesidir, daha fazlası değil.

Bu anlam, konuya epistemolojik ve varoluşsal bir boyut kazandıran Taha Cabir Alvânî'nin eserlerinde daha açıktır. Burada mesele, kul ile Tanrı arasındaki ilişkinin tabiatı ve kulluk ve boyun eğme kavramlarıyla alakalı hale gelir. Ona göre tüm hükümlerin manaları akılla kavranabilir, bununla beraber bir müctehid diğerine göre daha kavrayışlı, bir nesil illetleri idrak etmede diğerine göre daha vukuf sahibi, bir ülkenin insanları bu hususta diğerlerine göre daha zeki olabilir. Taabbüd mefhumu söylemleri arasında yer alan mestler üzerine mesh vermenin taabbüdî nitelikte olduğu ve makul bir manasının bulunmadığı hususu fakihlerin hatalarından biridir ve taklidin yayılması için hazırlanan ve Allah'ın hükümlerinin yine onun bildirdiği delil ile değiştirilmesine yardımcı olan hastalıklı fenomenlerden biridir. Ancak Alvânî, 'ubudiyet' kelimesinin -bu manasıyla- illet ve maksadını anlamadan efendisine her konuda itaat etmesi gereken kölenin durumu ile arasında bir ayniyet olduğu görüşündedir. Bunun nedeni, itaatın mutlak olması ve fiilin anlamını veya maksadını kendisine sormaya izin vermemesidir. 'Abd' sözcüğüne gelince Allah Teala'ya nispetle kullanıldığında körü körüne boyun eğme ve aşağılama değil, kula şeref ve değer katan ifadelerden biridir. Şeref ve değer katmak için uygun olan fiiller, manası akılla kavranabilen kalp ve beden yapması gereken görevlerdir. İnsanın Allah'a kulluğu onu özgürleştirir, kurtuluşa ve yükselişe götürür. Bununla beraber Alvânî, fakihlerin saf taabbüdî meselelerle ilgili sözlerinin diğer dinlerden etkilendiği görüşündedir. İslam'a gelince o, tüm insanların zincirlerini kırmaya ve kaldırmaya gelmiştir. İslam, Yahudilerin tasavvurunda olduğu gibi ordu kumandanının emirlerini yerine getirmekten başka seçenekleri olmayan askerlere veya kölelere verilen emirlerden müteşekkil bir hukuk sistemi değildir.⁴⁵

Ta'lilin bu geniş anlamı Câsir Avde'nin *el-Fetavâu'l-Makâsîdî* diye isimlendirdiği şeyde uygulama alanı bulur. O, Müslüman olmuş bir kadının kafir kocasının yanında kalmasıyla ilgili hükümde şöyle der: “Bir kadının kocası olmadan Müslüman olması durumundaki maksatlara gelince, (ülkenin dâru'l-harb veya dâru'l-İslam olmasına bakılmaksızın) Hudeybiye Anlaşması'ndan sonra nazil olan Mümtehane ayetinin nüzul sebebini düşünürsek mümin kadınları

⁴² Tâhir bin Âşûr, *Makâsîdu's-Şer'i'ati'l-İslamiyye*, Daru's-Selam, Kahire 2005, s. 45.

⁴³ İsmail Hasenî, *Nazariyyetu'l-Makâsîd 'inde'l-İmam Tâhir bin Âşûr*, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Virginia 1995, s. 23.

⁴⁴ Vasfi Aşur, *Ahkâmü's-Şer'i'ati beyne't-Taabbüd ve't-Ta'lil*, fi *İ'mali'l-Makâsîd beyne't-Teheyüb ve't-Teseyyüb: Mecmuatu Buhûs*, Tahrir: Ahmed Raysuni, Müessesetu'l-Furkan li't-Turasi'l-İslamiyyi, London 2014.

⁴⁵ Taha Cabir Alvânî, Mukaddime: Hasenî, İsmail, *Nazariyyetu'l-Makâsîd 'inde'l-İmam Tâhir bin Âşûr*, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Virginia 1995, s. 7-15.

kafir kocalarına iade etmemedeki maksadın müslüman kadınların dinini korumak olduğunu görürüz. Bu kapsamda onların dinlerinden dönmeye zorlanmaları veya müslümanlıkları sebebiyle zarar görmelerini engelleme amacı gözetilmiştir. Her ne kadar dikkat edilecek şey, sebebin hususiliği değil, -kelimenin genel anlamıyla, lafzın umumiliği olsa da sebep, lafzın medlullerini, umum ve hususunu anlamamızı sağlayan şeydir. Buna göre eğer yeni müslüman olan kadın, kocası tarafından eziyet gördü ve zarara uğradıysa şüphesiz ayrılmaları için desteklenmelidir, ancak adam ahlaklı ise durum farklıdır.”⁴⁶ Burada eşlerin ayrılığı aklî bir meseledir ve illetiyle beraber değerlendirilir. İlk bakışta bu hüküm taabbüdî olarak görülebilir. Bu yüzden mesela fakihler, kadınların iddet süresinin hikmeti, hamile olmadıklarının açığa çıkması iken hamilelik durumunun olmadığı bilimsel analizler ve modern cihazlarla tespit edilmiş olsa bile, iddet süresi boyunca kadınların evlenmesine izin vermezler, çünkü burada aslolan taabbüdîliktir, taakkul (akıl yürütme) ile hükme varılamaz. Şâtıbî şöyle der: “Biz, nikahta istenilen veli, mehir gibi şartların nikahın zinadan ayrılması için arandığını, mirasta belirlenen payların, varislerin ölüye olan yakınlığına göre olduğunu, iddet ve istibradan gözetilen amacın, neseblerin birbirine karışmasını önlemek olduğunu kavrayabiliyoruz; ancak bunlar genel boyutlu manalardır. Nitekim bu manada ibadetlerden gözetilen maksadın da Allah’a tazimde bulunmak, O’na karşı huşu duymak ve saygı göstermek olduğunu kavrayabiliyoruz. Ancak bu kadarı, (genel hatlarıyla kavranılabilen bu hikmetleri) üzerine başkalarını kıyas edebileceğimiz bir asıl kılabiliriz güçte değildir. Dolayısıyla, eğer nikahın zinadan ayrılması, nikahta aranan şartların dışında başka yollarla da gerçekleşiyorsa, o zaman illa da ileri sürülen şartların gerçekleşmesi aranmaz; rahmin temiz olduğu herhangi bir yolla sabit olursa kur’ ya da ay hesabı ile iddet beklemesinin bir anlamı kalmaz, şeklinde yorumlara gitmek doğru olmayacaktır.”⁴⁷ Udeh’e gelince o, manayı rasyonelleştirmiş ve sonra bunu illetin mecrasına çevirmiştir.

Sosyologlar, dinin -tarihsel olarak- müminlerine bu dünyada felah ve ahirette kurtuluş vaat eden bir sığınak olduğunu söylerler. Dolayısıyla hükümleri de bu iki boyuta dayalı olarak oluşmuştur, bu boyutlar bir hükümde birleşebilir veya ayrılabilir. Ancak her şeyi rasyonelleştirme konusundaki modernist ısrar, bu tekliflerin, emir ve yasakların dayandığı illetleri anlama çabasını gerekli kılmıştır. Hükme mutlak olarak boyun eğme fikri bazılarıncı artık rasyonelleştirme eğiliminin yaygın olduğu bir bağlamda kabul edilebilir değildir. Trafik ışıklarında rasyonel olarak neden durulacağını anlayan bir insan, dini de rasyonel olarak anlamaya ihtiyaç duymaktadır.⁴⁸ Bu nedenle metafizik ve eskatolojik açıklamalar modernist kişilikte artık pek yer almamaktadır. Abdulkader Tayob şöyle der: “Modern öncesi dönemde dinlerin hedefi ahirette kurtuluştur, modern çağa gelince dinin topluma somut bir yararı olmadığı tasavvur edilmez, bununla beraber dinin yeni biçiminde Tanrı’nın üstünlüğü fikrinin getirdiği veya getirmeyi taahhüt ettiği sosyal fayda aracılığıyla gerekçelendirilmesi gerekmektedir, dolayısıyla bu fayda da tartışmalara ve sert münakaşalara konu olmuştur.”⁴⁹ Taabbüd kavramı, geçmişte insanları ibadetleri yerine getirmeye teşvik etmek için yeterliydi, ancak bugünün insanı ibadetin toplumu ve hayatı için önemini rasyonel ispatına ihtiyaç duymaktadır.

⁴⁶ Casir Avde, *el-İctihadu’l-Makâsidiyyu min Tasavvuri’l-Usûliyyi ile’t-Tenzili’l-Ameliyyi*, eş-Şebeketu’l-Arabiyyi li’l-Ebhas ve’n-Neşr, Beyrut 2013, s. 110.

⁴⁷ Şâtıbî, c. 2, s. 525.

⁴⁸ Bryan R. Wilson, *Religion in Sociological Perspective*, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 43-45.

⁴⁹ Abdulkader Tayob, *Religion in Modern Islamic Discourse*, Columbia University Press, New York 2009, s. 68-70.

Bu mana, yeni makâsîd ekolünün makâsîdu’ş-şerî’anın uygulanmasını genişlettiklerinde ortaya çıkan dönüşümü anlamının mümkün olduğu çerçeveyi oluşturur. Bu nedenle onlar - öncelikle- şeriatın taabbüdî alanını kaldırmaya veya azaltmaya çalışmışlardır. Böylece tüm hükümler, modern insanın aklının alabileceği açık ve mantıklı illetlere dayandırılabilir. Yine bu şekilde ilahi emir; anlayış, açıklama veya gerekçe olmaksızın tek başına mutlak itaati gerektirmez ve bu hükümler de -ikinci olarak- varlık ya da yokluk illetleri üzerine bina edilmiştir. Yorum sadece hükümlerin hikmetlerini anlamak ve şeriatın güzelliğini idrak etmek açısından⁵⁰ değil aynı zamanda hükümleri bu illetler üzerine kurmak için de önemlidir. Rasyonelleştirme ve makâsîd arasındaki ilişki, bu bağlamda birbirini gerektiren bir ilişkidir. Şeriatteki rasyonel alanı ne kadar genişletirsek zorunlu olarak makâsîdî uygulayabileceğimiz alan da o kadar genişler ve makâsîdî önceki makâsîd alimleri tarafından bahsedilmeyen alanlarda ve sahalarda kullanabiliriz.

B. Makâsîdî Yeniden Belirlemek ve Tanımlamak

Yeni makâsîd ekolü için yapılması gereken iş, sadece ta’lilin, taabbüdî hükümler alanını azaltma veya kaldırma noktasına kadar genişletilmesi değildi, bununla beraber makâsîdın anlamlarını ve sayılarını yeniden tanımlamayı; buna karşın mütekaddimîn dönemi alimleri beş temel maksadı takip ediyordu, bunlar; dini, nefsi, akli, nesli ve malı korumaktı. Bu korumanın amacına dair verilen örnekler de birbirine yakındır; dini korumanın mahiyetine örnek olarak mürtedin öldürülmesi, nefsi korumaya örnek olarak kısasın vacib oluşu, akli korumaya örnek olarak içki içme cezası, nesli koruma için ise zina edenin recm edilmesi ve malın korunması için de hırsızın elinin kesilmesi gibi. Şâtıbî bu bağlamda şunu söyler: “İbadetlerle beşeri davranışlara (âdât) misal verilmiştir. Muamelât ise, insanın başkasıyla birlikte olan ve bir maslahatın teminine yönelik davranışlarıdır. (...) Cezaî hükümler (cinâyât) ise, korunması istenilen şeyleri ortadan kaldırmaya yönelik fiillerdir. Bu duruma engel olacak ve söz konusu maslahatların ortadan kalkması durumunda onların telafisine yönelik önlemler alınmış ve gerekli hükümler getirilmiştir. Nefsin korunması için getirilen kısas ve diyet hükümleri, aklın korunması için getirilen had cezası, neslin korunması için malların kıymetlerinin tazmini, malın korunması için el kesme ve tazminat hükümlerinin getirilmesi bu kabîlden olmaktadır. Zarûriyyâtın tamamı beş konuda toplanır: dinin, nefsin, aklın, neslin ve malın korunması.”⁵¹ Ancak yeni makâsîd ekolü, iki dönüşüm ihdas etmiştir,

⁵⁰ Bazıları meseleyi bu şekilde çözmüştür, ibadetlerle ilgili şüpheli bir hikmetten bahsetmenin, bugün bizim gerçekliğimiz olması sebebiyle fihhi ta’lil için kullanılan makâsîdın bir parçası olduğu düşünülüyor ki bu doğru değildir. [Hakim] et-Tirmizi der ki: “Tekbirin illetine gelince insan sadece içinde bulunduğu kibir nedeniyle O’na itaatsizlik eder, oysa ki O’na bir söz vermiş ve demiştir ki: Allahu Ekber!” (Muhammed Abdu, Ta’lilü’ş-Şerî’a beyne’t-Teseyyüb ve’t-Tesahul, fi İ’mali’l-Makâsîd beyne’t-Teheyüb ve’t-Teseyyüb: Mecmuatu Buhûs, Tahrir: Ahmed Raysuni, Müessesetu’l-Furkan li’t-Turasi’l-İslami, London 2014, s. 312.) Bunun zahiren makâsîd icthadiyla hiçbir alakası yoktur ve burada makâsîd hakkında konuştuğumuzda kelimelerin değil fikirlerin tarihinden bahsediyoruz. Örneğin İbnu’l-Kayyim, ibadetle ilgili hükümlerin hikmetleriyle fazlaca meşgul olmuştur; teyemmümün iki uzuvla sınırlandırılması, hacamatla orucun bozulması ve yellenmeyle abdestin bozulmasını illetleriyle açıklamıştır. (Raysuni, s. 191.) Fakat amacı bundan yola çıkarak bahsettiği illetlerden fihhi hükümler inşa etmek değil, icthadlarından anlaşıldığına göre Yüce Allah’ın hükümlerindeki hikmetlerin güzellik ve nezaketine vakıf olmaktır ve -elbette- bu da zanni bir akıl yürütmeydi. Ta’lili, hikemî ve istidlali olmak üzere iki kısma ayırmamız mümkündür. İlki, oruç nefse boyun eğdirmek için, hac Allah’ın şeaîrini tazim için, kefarete günahları affettirmek için, zekat cimrilik kötülüğünden korunmak için konulmuş olmaları gibi ilmin nüktelerindedir. (İsmail Nukaz, Felsefetu’t-Ta’lil fi Fikri’l-İmameyn eş-Şâtîbî ve’d-Dihlevî, Mu’minune Bila Hudud, 2016; Veliyyullah Dihlevî, Huccetullahi’l-Baliğa, Daru’l Cîl, Beyrut 2005, s. 27-28.) Bunlara fihhi amel bina edilmiyor, şeriatın güzelliği ve hikmetlerini gösterme amacı güdüyor ki bu hususta herhangi bir tartışma yoktur. Ama sorun ta’lil yoluyla istidlal açısından, bu durumda taabbudî hüküm ta’lil edilir ve sonra tespit edilen illetten başka bir hükme varılır.

⁵¹ Şâtîbî, c. 2, s. 20.

bunların ilki; bu beş maksat ile neyin kastedildiğinin yeniden yorumlanması, ikincisi ise; bu beşine yenilerinin eklenmesi veya muhtevalarında değişiklik yapılmasıdır.

Açıktır ki, mürtedleri öldürme, zina edeni taşlama, hırsız had ile cezalandırma ve katile kısas fikri; çevresindeki hukukî, insanî ve şer'î tartışmalardan uzak birçok çağdaş için artık İslam anlayışının merkezinde yer almamaktadır. Bu nedenle, makâsîd ekolü, özellikle de İslam dinini, modern vakıyayla uzlaştırmaya çalışan bir reform projesinde kullanmak istediklerinde makâsîdî yeniden yorumlamaya ihtiyaç duymaya başlamışlardır. Örneğin Şatibî'de dinin korunmasını gözetmek, müşriklerle savaşmak ve İslam'ın izzetini savunmak anlamına gelir ve Allah'ın dinini kurcalamaya kapının açılmaması için mürtedleri öldürmek demektir. Gannuşî'ye göre de, hürriyet maksadından yola çıkarak Müslümanların Müslüman olmayanlar arasında dinlerini anlatmalarına izin verildiği gibi, Müslüman olmayanların da Müslümanlar arasında dinlerini tebliğ etmelerine müsaade edilmesi gerekir.⁵² Akli korumak; sarhoş edici maddelerden uzak durmak ve onu içenleri cezalandırmaksa, o zaman Karadavî'ye göre aynı zamanda bilgi arayışını teşvik etmek, gençleri ilme yönlendirmek, taklitçiliğe yöneldikleri zaman onları bundan uzak tutmak anlamına da gelir.⁵³ Akli koruma kavramının bu tanımına ve bu kavramın ümmetin ilerlemesinin bilimsel çerçevede dönüşümüne dayanarak Karadavî, aklın korunması amacıyla -örneğin ilim öğrenmek için- bazı Avrupa ülkelerindeki Müslüman kızların, okula girerken çıkarmaya zorlanmaları halinde, başörtülerini çıkarmalarına cevaz vermiş ve okula gidilmesine vesile olmuştur.⁵⁴ Müttekaddimîn dönemi alimleri için malın korunması, onu savunmak ve hırsızın elini kesmek anlamına geliyorsa da Umer Chapra, koruma fikrinin anlamsız olduğuna ve onu başarı veya gelişme fikriyle değiştirmemiz gerektiğine inanır.⁵⁵ Câsir Avde'nin -daha açık bir şekilde- pazara hakim olan büyüme ve ilerleme kavramını tersine çevirmek amacıyla ekonomik kalkınma yoluyla malın korunmasını⁵⁶ açıkladığında ifade ettiği şey de bunu destekler.

Yeni makâsîd ekolü, makâsîdî yeniden tanımlamanın yanı sıra, bilinen beşine yenilerini ekledi; çünkü artık bu maksatlarla sınırlı kalması mümkün değildi. Örneğin Karadavî'yi özgürlük, kardeşlik, eşitlik, dayanışma ve insan hakları gibi ilkelerin getirilmesi çağrısını yaparken buluyoruz.⁵⁷ Cemaleddin Atıyye maksatların sayısını katlayarak yirmi dörde çıkardı.⁵⁸ Haşim Kemali ise şeriatın maksatlarının sınırlı olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığına inanmakta ve bu maksatlara dünya barışı, ekonomik ilerleme, bilimsel araştırma ve anayasal haklar gibi amaçlar eklemektedir.⁵⁹ Tarık Ramazan da bunlara; haysiyet, refah, bilim, yaratıcılık, bağımsızlık, kalkınma, eşitlik, özgürlük, adalet, kardeşlik, sevgi, dayanışma ve çeşitliliği koruma ve geliştirme

⁵² Andrew March, "The Maqşad of Hiř al-Dīn: Is Liberal Religious Freedom Sufficient for the Sharī'ah?" *Islam and Civilizational Renewal*, vol. 2, no. 2, 358–378, 2011, s. 365.

⁵³ Yusuf Karadavî, *Dirasetun fi Fıkhi Makâsıdî's-Şerī'ati beyne'l-Makâsıdî'l-Külliyeti ve'n-Nususi'l-Cüz'ıyye*, Daru's-Şurük, Kahire 2008, s. 30.

⁵⁴ Yusuf Karadavî, *Hilkatu Meftûhatun li'l-Alameti'l-Karadavî*, Bernamec: "eş-Şerī'atu ve'l-Hayat" 'alâ Kanati'l-Cezire, www.aljazeera.net/programs/religionandlife/2010/11/3/بوسفالقرضاوي-العلامة-مفتوحة-حلقة (E.T: 01.11.2017).

⁵⁵ Umar Chapra, *The Islamic Vision of Development in the Light of Maqāşid Al-Sharī'a*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah 2008, s. 8.

⁵⁶ Avde, s. 22.

⁵⁷ Karadavî, s. 28.

⁵⁸ Cemaleddin Atıyye, *Nahve Tef'ili Makâsıdî's-Şerī'a*, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî ve Dimeşk, Daru'l-Fikr, Virginia 2001, s. 139.

⁵⁹ Mohammad Hashim Kamali, "Māqāşid or Sharī'ah," *Ijtihad and Civilizational Renewal*, IIIT, Washington and London 2012.

gibi amaçlar ve başkalarıyla insan ilişkisine dair amaçların yanında sağlık, zeka, üreme, çalışma, aidiyet ve komşuluk gibi ilkeler de eklemiştir. Toplumla ilgili maksatlar ise şunlardır; hukukun üstünlüğünü ve bağımsızlığı, danışmayı, çoğulculuğu, gelişimi, kültürleri, dinleri ve mirası korumak ve geliştirmek.⁶⁰

Bununla birlikte yeni makâsîd hareketi, maksatlarda nicelik ve nitelik olarak bir değişiklik meydana getirmiş ve modernist değerler ışığında dinin merkezini, amaçlarını ve gereklerini yeniden tanımlamada önemli bir değişiklik üzerinde çalışmıştır. Abdulkader Tayob bu anlamda şöyle demektedir: “*Modernite, İslam’a büyük bir meydan okuma oluşturdu ve modernistler, mevcut değişikliklerle başa çıkmak için İslam metodolojisini yeniden tanımlamaya başvurdular. Bu çalışma geleneksel veya muhafazakar bakış açısıyla tutarlı görünmeyebilir, ancak İslam metodolojisini sabit değerler olarak görmekten uzak bir şekilde, İslam’ın modernitenin meydan okumalarına tepkisini ifade etmektedir.*”⁶¹ Dinin gerileme veya ilerlemesi fikrinden sarf-ı nazar ederek modernitenin din üzerindeki etkisini anlamak mümkündür. Modernitenin din üzerindeki etkisi, ilk dönem sosyologların iddia ettiği aksine, dinin kamusal alandan kaybolmasına sebep olup, sürecin sonunda dinin tamamen gerilemesi ve yok olması sonucunu doğuran, sekülerleşmeden kaynaklanan, devamlı bir fiiliyatın ortaya çıkması değildir. Bu durum, modernitenin dini etkilemediği ve dinin, eleştirmenlerin söylediği gibi dünyanın çeşitli yerlerinde hala güçlü ve baskın olduğu anlamına gelmez, aksine modernite dini, ilke ve değerleri ile uyumlu bir formda yeniden tezahür ettirmeye çalışmıştır.⁶²

Buradaki amacımız, bu değişikliğin meşru bir değişiklik olup olmadığı hakkında hüküm vermek değildir. Bu durum da, hem din hem de modernitede neyin sabit ve neyin değişken olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Bu, yukarıda bahsedilen ilkelerin her birinin ayrıntılı bir incelemesini gerektirir ve bu çalışma, makâsîdî vakıanın gerektirdiği şekilde genişletmenin meşruiyetini inkar etmez, ayrıca önceki alimlerin icthatları üzerinde durulmasını da gerektirmez, daha ziyade -daha geniş bir perspektiften- bu değişimin bir bütün olarak İslam hukuku üzerindeki etkisini değerlendirmeye çalışır. Makâsîdî tanımını hususundaki bu değişiklik, dinin temel maksatlarının sabit bir şey olmadığına, aksine mekansal ve zamansal değişimlere göre değişebileceğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Böylelikle şeriatın temel maksatları, evrenselcilikten zamansal ve mekansal göreceliliğe geçmektedir. Modernitenin makâsîd üzerindeki etkisi sadece makâsîdî-ş-şerî’â ile modernite kavramları arasındaki uyum değildir. Daha derin bir perspektiften bakıldığında, hukukçular ve düşünürler için mesele, fikrî, ideolojik, zamansal ve mekansal göreceliliğe bağlı olarak bu makâsîdî akışkan moderniteye adapte etmektir. Bu görecelilikten doğan sonuçların batı değerlerine yakın veya uzak olması bu bağlamda önem arz etmez.

Buradaki mesele, Hallaq’ın da eleştirdiği gibi makâsîdî modern devlet ve siyasetin hegemonyasından kaçamayacağı veya yetkilerini aşamayacağı sorunu değildir. Makâsîdî devletin değerlerini belirlemede şekillendirilebilir bir araç olabileceği doğrudur. Bu durum

⁶⁰ Tariq Ramadan, *Radical Reform: Islamic Ethics and Liberation*, Oxford University Press, New York 2009, s. 140–143.

⁶¹ Tayob, s. 46.

⁶² Germán McKenzie, *Interpreting Charles Taylor’s Social Theory on Religion and Secularization: A Comparative Study*, Springer International Publishing, Vancouver BC 2017, c. 1, s. 26.

Muhammed Ebu Rida (ö. 1991) nazarında apaçık ortadadır. Ebu Rida, makâsîdu’ş-şerî’aya, halihazırdaki önemine binaen -dinin, nefsin, aklın, neslin ve malın korunması maksatlarına ek olarak- devletin korunması şeklinde altıncı bir maksadın eklenmesi gerektiği görüşündedir.⁶³ Ancak diğer taraftan, örneğin Muhammed Gazâlî’nin (ö. 1996) ifade özgürlüğü, siyasi özgürlük, yöneticileri seçme ve onları şeriatın maksatlarına göre değiştirme hakkıyla birlikte, ayrıca devleti yöneten otoritelerin yetkilerini sınırlandırmak için makâsîd kullanmaya çalıştığını görüyoruz. Cemaleddin Atıyye, [Ebu Hâmid] Gazâlî’den gelen klasik yaklaşımı, onun zulüm ve adaletsizlikle dolu bir hayat sürmüş olmasına bağlamaktadır. Atıyye’nin şeriatın maksatlarından biri olarak hürriyet kavramını öne çıkarması da bu nedenledir.⁶⁴ Aynı zamanda makâsîd hareketi, reform, modernizasyon⁶⁵ veya içtihatların serbestleştirilmesi⁶⁶ arayışına indirgenemez. Gannuşî’nin dini koruma şemsiyesi altında din özgürlüğü çağrılarının aksine, dinin korunması Seyyid Kutub (ö. 1966) tarafından farklı bir perspektiften anlaşılmıştır. Kutub için bir din vaz’ etmek, insanlığı, insan(lar)a köle olmaktan Rabbe kul olmaya yükselterek özgürleştirmek demektir. Din, “başlangıçta insanoğlunun egemenliğini ve insandan insana esarete dayanan sistemleri ve hükümetleri ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Ancak bundan sonra, yani siyasi baskı üzerlerinden kaldırıldıktan sonra bireyler aslında kendi tercihleriyle istedikleri inancı seçmeleri için serbest kalmış olacaklardır.”⁶⁷ Cihadın talep edilmesi dinin korunmasıyla yakın ilişkisi nedeniyle meşru bir hale gelmiştir, fakat bu, Gannuşî’nin bakış açısının tam tersidir. Hallaq bu konuda şunları ifade eder: “Reşid Rıza’nın maslahat fikri, birçok Arap ülkesinin kanunlarının batıllaşmasına yardımcı olmuştur.”⁶⁸ Yine Sherman Jackson’ın, İslam dininin, akli, batı hegemonyasından kurtarması ve Amerika’daki siyahilere uygulanan ırkçılık hakkında konuşurken aklın korunması maksadını kullandığını görüyoruz.⁶⁹ Heba Rauf ise şöyle demektedir: “Şûrâ bir fitrat, ictimaî bir sünnet ve İslam şeriatının maksatlarına ulaşmak için bir araçtır. Dolayısıyla kadınların siyasi hayata entegrasyonları yoluyla şûrâ meclislerine katılmaları İslam’ın şer’î maksatlarına ulaşmanın araçlarından biridir.”⁷⁰ Diğer tarafta ise Haşim Kamali’nin, zamana ve ilgiye ihtiyacı olan çocuğun beklediği annelik görevini alt üst eden, evden ayrılan kadın konusunda değerlerdeki dengesizliği eleştirirken, bu durumun fitrat ile çeliştiğini ve fitratın da makâsîda ulaştırılan kaynaklardan temel bir kaynak olduğunu ifade ettiğini görüyoruz ve o, “bu şeriatın maksatlarına aykırıdır” demektedir.⁷¹

Önceki yorumlara katılıp katılmamak bir tarafa, söylemeye çalıştığım şey, yeni makâsîd hareketindeki temel sorunun evrenselcilikten akışkan bir göreceliliğe geçiş olduğudur. Bu, dini dış faktörlerden güçlü bir şekilde etkilenmeye karşı savunmasız hale getirebilir ve modernist

⁶³ Atıyye, s. 99.

⁶⁴ Atıyye, s. 98.

⁶⁵ Adis Duderija, “Contemporary Muslim Reformist Thought and Maqâşid cum Maşlahâ Approaches to Islamic Law: An Introduction.” In *Maqâşid al-Sharî’a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination*, edited by Adis Duderija, Palgrave Macmillan, New York 2014.

⁶⁶ March, s. 370.

⁶⁷ Seyyid Kutub, *Fî Zilâli’l-Kur’an*, Daru’ş Şuruk, Kahire 1991, c. 3, s. 1435.

⁶⁸ Hallaq, s. 11.

⁶⁹ Sherman Jackson, “Literalism, Empiricism, and Induction: Apprehending and Concretizing Islamic Law’s Maqâşid or Sharî’ah in the Modern World”, *Michigan Law Review*, 1469–1486, 2006, s. 1484.

⁷⁰ Heba Rauf İzzet, *el-Mir’atu ve’l-Amelu’s-Siyasiyyu: Ru’yetu İslamiyye*, el-Ma’hedü’l-Alemî li’l-Fikri’l-İslâmî, Virginia 1995, s. 142-149.

⁷¹ Kamali, s. 26-27.

kavramları pekiştirmek veya tam tersi, isteyenlerin elinde dini şekillendirmek için bir araç haline gelebilir. Sorun, mevcut makâsîdın yukarıdaki farklılıkların tümü için fikhî/hukukî gerekçelendirme kabiliyetinde yatmaktadır. Katı ve kapalı formundan akışkan forma geçişte, İslam hukukçuları için makâsîdda dış etkilerin karıştırılmasına ve katı dini kalıbın özünün değişmesine yol açan bir kapı vardır. Zygmunt Bauman (ö. 2017) bu bağlamda şunu ifade etmiştir: “*Modernite, eski katı kalıpları yenileriyle değiştirmeden ortadan kaldırmaya geldi, heyhat ki ancak bir sabite -bu da akışkanlık ve değişimdir- kaldı, bu nedenle mesele, bireysel kimlikleri gönüllü olarak seçme özgürlüğüne bırakılmıştır ve artık herkesin izlemesi gereken yekpare bir yaklaşım yoktur.*”⁷² Lassander’ın, post-seküler dini, akışkan bir din olarak kavrayışında bu akışkanlık, onun yarı ilahî ve yarı insanî olmasından kaynaklanır. Dolayısıyla, post-seküler din, iki boyuttan birini temsil etmesi açısından indirgenemez ve onu seküler ve dinî gibi olağan bölümlere ayırma teşebbüsü mümkün görülmemektir.⁷³ Bu nedenle, -cüz’î nasslardan fikhî hükümler çıkararak metodolojiden daha geniş bir metodolojiye izin veren yeni biçimiyle- makâsîda başvurmak, daha fazla esneklik sağlayan ve cüz’î kıyasın sınırlamalarını aşan daha geniş bir kabiliyet temin etmiştir. Ancak bu genişleme aynı zamanda İslam hukukçusunu çevreleyen gerçeklik üzerinde daha büyük bir etkiye kapı açmaktadır. Şâtîbî’nin geçmişte şu sözleriyle uyardığı, bu göreceliliktir: “*Makâsîd, nisbîlik ve izafîlik özellikleri gösterdiğinden maslahatlar, mükelleflerin algısı açısından değil, yalnızca şeriatın statüsü açısından değerlendirilir.*”⁷⁴ Bu, Bakîllânî’yi (ö. 1013), maslahatlara yönelik önyargılı yapan korkunun aynısıdır. O şöyle demektedir: “*Bu kapıyı (maslahat) açmanın hiçbir temeli yoktur ve bu, ehl-i nazarın [filozofların] peygamberler (aleyhimüsselam) konumuna yükselmesine yol açar, halbuki onların görüşleri şeriatla nispet edilemez ve bu görüşler, şeriatın ihtişamını geçersiz kılmak ve herkesin kendi görüşleriyle hareket etmesi için bir bahanedir. Öyleyse bu, zamana, mekana ve yaratma türlerine göre değişir, bu nedenle filozofların anlayışı geçersizdir.*”⁷⁵

Görünüşe göre makâsîd ekolünden bazıları, hükümlerini dayandırdıkları maksatların göreceliliğini ilan etmekte bir beis görmemişlerdir, moderniteden etkilenmek veya etkilenmemek hakkında konuşmak yerine, insanın başlangıçta toplumundan ve zamanından uzak küresel fikirler geliştiremeyeceğini görmekteler. Câsîr Avde diyor ki: “*Müctehid bir ilim adamı, şer’î nassları okurken, Şâri Teala’nın kastettiği belirli bir niyeti istikrâ yoluyla keşfederek, zihnindeki tasavvurlarının şer’î nasslar ile çağdaşlarının dünya görüşü arasındaki etkileşimini bu maksatla ifade eder.*”⁷⁶ Burada bir şeyi şer’î olarak hüsün (iyi) ve kubuh (kötü) olarak değerlendirme ile dünya görüşünün insan ürünü olması arasında bir çelişki görmez. Tarık Ramazan’a gelince o, Allah’ın bize iki kitap indirdiğine inanır; bunların ilki Kur’an ve ikincisi evrendir. Şer’î hükme erişim de ancak bu iki kitap arasındaki etkileşimle mümkündür.⁷⁷ Bu, tıpkı Taha Cabir Alvânî’nin makâsîdın iki kıraattan yani nass ve evrenin okunmasından çıkarılması gerektiğini savunmasına benzemektedir.⁷⁸ Bazı araştırmacılar bu ekolü ilkinden farklı bir ekol olarak sınıflandırmakta;

⁷² Zygmunt Bauman, *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge 2006, s. 6-7.

⁷³ Mika Lassander, “Grappling with Liquid Modernity: Investigating Post-secular Religion”, in *Post-secular Society*, edited by Peter Nynas, Mika Lassander, and Terhi Utriainen, Routledge, London and New York 2017.

⁷⁴ Şâtîbî, c. 2, s. 29.

⁷⁵ Abdullah İbn Bayyah, *Alâkatu Makâsîdi’ş-Şer’ati bi-Usûli’l-Fıkh*, Müessesetu’l-Furkan, London 2006, s. 46.

⁷⁶ Avde, s. 15.

⁷⁷ Ramadan, s. 128.

⁷⁸ Alvânî, s. 5.

ilkini modernist ve bu ikincisini post-modern ekol olarak değerlendirmektedirler.⁷⁹ Lakin bana öyle geliyor ki iki taraf arasında pek fazla fark yoktur; her ikisi de modernist görecelilikten etkilenmiştir, her ikisi için de makâsîd kendi gerçekliklerinin ve görüşlerinin bir yansıması haline gelmiştir; ancak tek fark, iki ekolden birinin bu etkiyi teorik boyuta aktarmada daha açık olmasıdır. Her iki ekol de temellerinin şeriata dayandığı gibi vakıaya da dayandığını söyler. Post-modern ekol olarak ele alınan diğerleri her ne kadar açıkça itiraf etmeseler ve bu etkiyi teorik bir söyleme taşımasalar da bu modernist görecelilikten etkilenmekten rahatsız değildirler.

Şeriati anlamaya yönelik herhangi bir girişimin, bir kişinin yaşadığı gerçeklikten etkilenebileceği bir sır değildir. Bu etki sadece yeni makâsîd ekolü için değil, aynı zamanda Gazâlî, Karâfî, Şâtîbî ve diğerlerinin kitaplarındaki geleneksel makâsîd anlayışı için de geçerlidir. Ancak modern ve modern öncesi gerçekliğin insanların üzerindeki etkisinin karşılaştırılması, haksız bir karşılaştırma olur. Yeni makâsîd ekolünde olduğu gibi, erken dönem makâsîd alimlerinin de kendi gerçekliğinden etkilendiği iddiası, birbirine benzemeyen şeyler arasında yapılan bir kıyastır ki bunun da birkaç nedeni vardır:

Birincisi; modernitenin her yere ulaşma yeteneği emsalsizdir ve modernite -Anthony Giddens’in dediği gibi- “*özünde küreselleşmiştir.*”⁸⁰ Modernite, çok fazla teknoloji veya gelişme elde edemeyen alanlarda bile dünyanın her yerine nüfuz etmiştir. Dünyanın içinde yaşadığı siyasi sistem, modern devlete bağımlılığı ve ulusçuluk fikrine dayanması açısından modernist bir sistemdir. Kabile, grup ve geniş aile gibi bir dereceye kadar ayrılık ve farklılığa sahip olan eski oluşumların aksine ekonomik düzeyde kapitalizm; işbölümleriyle, ulusötesi ve dev kurumlarıyla, sermayeye dayalı sistemi ve bankacılık kurumlarıyla egemen hale gelmiştir. Teknolojiden ve onun her yere nüfuz etme kabiliyetinden bahsetmiyorum bile. Bütün bunlar modernitenin yayılmasına yardımcı olmuştur. Bu, -sırasıyla- bireysellik, değişim, görecelilik, rasyonalizasyon, sekülerleşme, işlevsel parçalanma ve İslam’ın hemfikir olabileceği veya katılmayacağı diğer modernist fikirler gibi unsurları taşıyan bir gemiydi. Eski zamanlarda olduğu gibi modernleşme akımlarına direnebilecek veya reddedebilecek izole adalar artık yoktur.

İkincisi; makâsîdın uygulama alanlarının genişletilmesidir. Daha önce de belirtildiği gibi rasyonelleştirme alanındaki genişleme ve başka nedenlerle eski makâsîd alanı, günümüzün makâsîd alanı ile karşılaştırılamaz. Makâsîdın kullanılması çeşitli fıkıh ve fıkıh dışı alanlarda artmıştır. Bu genişlemenin bir sonucu olarak da, makâsîdın savunmasızlığı da giderek artmıştır. Yeni makâsîd ekolü artık birçok şeyi makâsîd perspektifinden değerlendirebilir. Örneğin, Haşim Kemali’ye yapılan bir eleştiri, çocukları erken yaşta okula getirmenin şeriata maksatlarına aykırı olduğu inancına dayanmaktaydı. Çünkü fitrat, açıkça çocukların bu yaşta oyun oynama ve çocukluklarının tadını çıkarma hakları olduğunu söyler. Fitrat da, makâsîdın kaynaklarından biri olduğu için, çocukları küçük yaşta okula getirmek makâsîdında uygun olmaz.⁸¹ Makâsîdın mevcut vakıada uygulanması ile karşılaştırıldığında, bu oldukça spesifik nitelikteki izdüşümler, ciddi şekilde sınırlı olan eski makâsîd teorisinde bulunmamaktaydı.

⁷⁹ David Johnston, “Maqasid or Shari’a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights”, *Die Welt des Islams* 47 (2): 149–187, 2007, s. 149.

⁸⁰ Giddens, s. 63.

⁸¹ Kamali, s. 27.

Üçüncüsü ise; cüz'î maksatlara veya nasslara güvenmekten daha çok şeriatın küllî maksatlarına itimad etmektir. Bu da önceki alimlerin tasarruflarından farklıdır. Bunun nedeni, şeriatın genel ilkelerinin bu geniş yorumbilimsel imkanları ile karşılaştırıldığında nassa dayanan akıl yürütmenin, sınırlı bir nitelikte olan lafızların yorumlama kapasitesine bağlı kalmasıdır. Bu bağlamda özellikle de cüz'i makâsîdın fikhin cüz'î meseleleriyle sınırlı kalmasına yönelik⁸², yeni makâsîd ekolüne açık bir çağrı söz konusudur.⁸³

SONUÇ

Bu makale, yeni makâsîd ekolünün, makâsîdu'ş-şerî'adan farklı, yeni bir makâsîd söylemi oluşturma çabasını tartışmaktadır. Bu söylem, büyük ölçüde eski makâsîd geleneğine dayanmasına rağmen, makâsîd çalışmasındaki en son paradigma kayması iki konuda tezahür etmektedir: Birincisi; muamelât veya ibâdât olsun, tüm şer'î ahkâmın rasyonelleştirilmesine vurgu yaparak makâsîdın uygulanmasını genişletmek ve şeriatı mutlak boyun eğme ve tam itaat kavramlarının dışından bakmaktır. İkincisi ise; makâsîd kavramının nicelik ve nitelik açısından genişletilmesidir. Nicelik açısından makâsîd, beş veya altı maksat ile sınırlandırılmamış, bu sayı bazı İslam hukukçuları için daha fazla, bazıları için ise sayısız hale gelmiştir. Nitelik açısından ise mevcut beş maksat yeni içerik ve boyutlar kazanmıştır.

Bu değişim İslam hukuk sistemini sıkıntıya sokmuş; yeni makâsîd ictihadı, ictihad alanındaki hususlarda beşerî alanı genişletmiştir. Bu, makâsîd şemsiyesi aracılığıyla birçok farklılığı ve ayrılığı haklı çıkarmak için yapılan ictihad geçerli hale getirilene kadar, makâsîd çeşitli görüşlere dini meşruiyet kazandırmak için bir araç haline getirmiştir. Böylelikle makâsîd, hükümlerin hikmetlerini öğrenme vesilesi iken çeşitli durumlara uyum sağlama konusundaki büyük yeteneği ve farklı görüşleri telif imkanı nedeniyle, Müslüman bir düşünür ya da hukukçunun içinde yaşadığı vakıadan kaynaklanan önyargılı görüş ve fikirleri meşrulaştırmakta kullandığı bir araca dönüşmüştür. Bu, çeşitli hukuk sistemlerinde yüksek ilkelerin tabiatında var olan bir şeydir. Bir İslam hukukçusunun makâsîd, fetvalarında veya entelektüel çalışmalarında -olumsuz ya da olumlu- nasıl kullanacağını öğrenmek için, onun devlet, feminizm ya da batı hakkındaki konumunun bilinmesi yeterlidir. Modernitenin makâsîd çalışmaları üzerindeki etkisi, sadece şer'î maksatların modern ilkelere yakınlaşması ya da tam tersi uzaklaşması değildir. Bunun ötesinde esas etki, modernist sistemin önemli bir özelliğinin (akışkanlığının) makâsîd kazandırılmasıdır. Makâsîd, -bu görecelilik ister modern değerlere yaklaşmakla sonuçlansın ister tam tersi olsun- İslam hukukçularının ve düşünürlerin entelektüel, ideolojik, mekansal veya zamansal göreceliliğine rehin bırakan şey budur. İctihaddaki bu akışkanlık, -ki o içinde yaşadığımız modern sürecin bir yansımasıdır- esnek bir yön olarak da görülebilir. Ama aynı zamanda bu akışkanlık, - başka bir bakış açısından- ortaya çıkan meselelerde veya ihtilaflarda şeriatın muayyen hükmünü belirlemekte acze düşüldüğü için, İslam hukukunun toplumsal kontrolü sağlama yeteneğini azaltabilir veya tamamen atıl bırakabilir.

⁸² Alvânî, s. 6.

⁸³ Kamali, s. 3.

KAYNAKÇA*

Abdu, Muhammed, Ta'lilu's-Şerî'a beyne't-Teseyyüb ve't-Tesahül, fi *İ'mali'l-Makâsîd beyne't-Teheyyüb ve't-Teseyyüb: Mecmuatu Buhûs*, Tahrir: Ahmed Raysuni, Müessesetu'l-Furkan li't-Turasi'l-İslâmî, London 2014.

Abdurrahman, Taha, *Ruhu'l-Hadase: el-Medhal ilâ Tesisi'l-Hadaseti'l-İslamiyye*, el-Merkezu's Sikafiyyu'l Arabî, Beyrut 2006.

Alvânî, Taha Cabir, Mukaddime: Hasenî, İsmail, *Nazariyyetu'l-Makâsîd 'inde'l-İmam Tâhir bin Âşûr*, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Virginia 1995.

Âmidî, Ebu Huseyn, *el-İhkam fi Usûli'l-Ahkâm*, el-Mektebetu'l-İslâmî, Beyrut t.y.

Aşur, Vasfî, Ahkâmü's-Şerî'ati beyne't-Taabbüd ve't-Ta'lil, fi *İ'mali'l-Makâsîd beyne't-Teheyyüb ve't-Teseyyüb: Mecmuatu Buhûs*, Tahrir: Ahmed Raysuni, Müessesetu'l-Furkan li't-Turasi'l-İslamiyyi, London 2014.

Atıyye, Cemaleddin, *Nahve Tef'ili Makâsîdi's-Şerî'a*, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî ve Dimeşk, Daru'l-Fikr, Virginia 2001.

Avde, Câsir, *el-İctihadu'l-Makâsidiyyu min Tasavvuri'l-Usûliyyi ile't-Tenzili'l-Ameliyyi*, eş-Şebeketu'l-Arabiyye li'l-Ebhas ve'n-Neşr, Beyrut 2013.

Bauman, Zygmunt, *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge 2006. [Akışkan Modernite, çev. Sinan Okan Çavuş, Can Yay., İstanbul 2017].

Bhambra, Gurminder K., *Rethinking Modernity: Postcolonialism and the Sociological Imagination*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2009. [Moderniteyi Yeniden Düşünmek: Post-Kolonyalizm ve Sosyolojik Tahayyül, çev. Özlem İlyas, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2015].

Bûtî, Muhammed Said, *Nahve Tecdidi Usûli'l-Fıkıh*, fi *İşkaliyyeti Tecdidi Usûli'l-Fıkıh*, Daru'l Fikr, Dimeşk 2006.

Cabirî, Muhammed Abid, *Bunyetu'l-Akli'l-Arabî*, Merakizu Dirasâti'l-Vahdeti'l-Arabiyye, Beyrut 2009. [Arap Aklının Yapısı, çev. Burhan Köroğlu & Hasan Hacak, Mana Yay., İstanbul 2020].

Chapra, Umar, *The Islamic Vision of Development in the Light of Maqâsîd Al-Sharî'a*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah 2008.

Dihlevî, Veliyyullah, *Huccetullahi'l-Baliğa*, Daru'l Cîl, Beyrut 2005. [çev. Mehmet Erdoğan, İz Yay., İstanbul 2020].

Draz, Abdullah, *Talikât fi Hamişi'l-Muvâfakât*, telif: Ebu İshak Şâtûbî, Kahire.

Duderija, Adis, "Contemporary Muslim Reformist Thought and Maqâsîd cum Maşlahâ Approaches to Islamic Law: An Introduction." In *Maqâsîd al-Sharî'a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination*, edited by Adis Duderija, Palgrave Macmillan, New York 2014.

Eisenstadt, S. N., *Comparative Civilizations and Multiple Modernities*, Brill, Leiden 2003.

Emon, Anver, "Shari'a and the Modern State." In *Islamic Law and International Human Rights Law: Searching for Common Ground?* edited by Anver Emon, Mark S. Ellis, and Benjamin Glahn, Oxford University Press, Oxford 2012.

Gazâlî, Ebu Hâmid, *el-Mustasfa*, el-Mektebetu'l-Vakfiyye, Kahire 2010. [çev. Hacı Yunus Apaydın, Klasik Yay., İstanbul 2018].

Gazâlî, Ebu Hâmid, *İhyau Ulûmi'd-Din*, Daru'l-Marife, Beyrut 2004. [çev. Mustafa Çağrıncı, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 2020].

* Türkçe çevirisi olan kaynaklar köşeli parantez içinde belirtilmiştir. [çev. not.]

Giddens, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Polit, Cambridge 1990. [Modernliğin Sonuçları, çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yay., İstanbul 2016].

Hallaq, Wael, “Can Shari‘a be Restored”, in *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, edited by Yvonne Haddad and Barbara Stowasser, Altamira Press, Walnut Creek 2004.

Hallaq, Wael, “Maqāşid and the Challenges of Modernity.” *Al-jāmi‘ah* 49 (1): 1–32, 2011.

Hasenî, İsmail, *Nazariyyetu’l-Makāsıd ‘inde’l-İmam Tâhir bin Âşûr*, el-Ma‘hedü’l-Alemî-li’l-Fikri’l-İslâmî, Virginia 1995.

Hatib, Mu‘tez, el-Fakih ve’d-Devle: Mu‘daletu’l-Fakih fi Zilli’t-Sevrâti’l-Arabiyye, *Tebeyyün*, 2013, 9, 63-84.

Hatib, Mu‘tez, el-Makāsıd ve İlmu’l-Usûl: Kıraatu fi Nusuki’l-Ma‘rifi, fi’r-Rabıtatı’l-Alemiyyeti’l-Muhammediyye, *Makāsıdu’s-Şerı‘ati ve’s-Siyaku’l-Kevniyyi’l-Muasır*, Rabat 2013, 41-58.

Hatib, Mu‘tez, el-Vazifetu’l-Makāsıdiyyu: Meşruıyyetuhâ ve Ğâyâtuha, *İslamiyyetu’l-Ma‘rife*, 2007, 48, 9-43.

Hefner, Robert W., *Civil Islam Muslims and Democratization in Indonesia*, Princeton University Press, Princeton 2000.

Hudarı, Muhammed, *Usûlü’l-Fıkh*, el-Mektebetü’t Ticâriyyetü’l Kübrâ, Kahire 1969.

İbn Âşûr, Tâhir, *Makāsıdu’s-Şerı‘ati’l-İslamiyye*, Daru’s-Selam, Kahire 2005. [İslam Hukuk Felsefesi, çev. Vecdi Akyüz & Mehmet Erdoğan, Rağbet Yay., İstanbul 2013].

İbn Bayyah, Abdullah, *Alakatu Makāsıdı’s-Şerı‘ati bi-Usûli’l-Fıkh*, Müessesetu’l-Furkan, London 2006.

İbn Dakiku’l-İd, *İhkamu’l-Ahkâm Şerhu Umdeti’l-Hükkam*, Matbaatu’s-Sunneti’l-Muhammediyye, t.y.

İbnu’l-Arabî, Ebubekir, *el-Mahsul*, Daru’l Beyarık, Umman 1999.

İbnu’l-Hacib, Ebu Amr, Muhtasarı Muntehe’s-sül ve’l-Emel fi İlmeyi’l-Usûl ve’l-Cedel, fi: Şemseddin İsfahanî, *Beyanu’l-Muhtasar Şerhu Muhtasar İbnu’l-Hacib*, Daru’l Medeni, Riyad 1986.

İmam, Muhammed Kemaleddin, *ed-Delilu’l İrşadi ilâ Makāsıdı’s-Şerı‘a*, Daru’l Furkan, London 2008-2012.

İzzet, Heba Rauf, *el-Mir’atu ve’l-Amelu’s-Siyasiyyu: Ru’yetu İslamiyye*, el-Ma‘hedü’l-Alemî li’l-Fikri’l-İslâmî, Virginia 1995.

Jackson, Sherman, “Literalism, Empiricism, and Induction: Apprehending and Concretizing Islamic Law’s Māqāşid or Sharı‘ah in the Modern World”, *Michigan Law Review*, 1469–1486, 2006.

Johnston, David, “Māqāşid or Sharı‘a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights”, *Die Welt des Islams* 47 (2): 149–187, 2007.

Kamali, Mohammad Hashim, “Māqāşid or Sharı‘ah,” *Ijtihad and Civilizational Renewal*, IIIT, Washington and London 2012.

Karâfi, Şihabuddin, *el-Furûk*, Alemu’l Kütüb, Beyrut, t.y.

Karadavî, Yusuf, *Dirasetun fi Fıkhı Makāsıdı’s-Şerı‘ati beyne’l-Makāsıdı’l-Külliyeti ve’n-Nususi’l-Cüz’iyye*, Daru’s-Şurûk, Kahire 2008.

Karadavî, Yusuf, *Hilkatu Meftûhatun li’l-Alameti’l-Karadavî*, Bernamec: “eş-Şerı‘atu ve’l-Hayat” ‘âla Kanati’l-Cezire, www.aljazeera.net/programs/religionandlife/2010/11/3/للعلامة-مفتوحة-حلقة-يوسف-القرضاوي (E.T: 01.11.2017).

Kars, Aydoğan, “Māqāsid or Sharī‘a? Secularism, Islamic Reform, and Ethics in Modern Turkey.” In *Maqasid al-sharia and contemporary reformist Muslim thought: an examination*, edited by Adis Duderija, Palgrave Macmillan, New York 2014.

Kutub, Seyyid, *Fî Zilali’l-Kur’an*, Daru’ş Şuruk, Kahire 1991.

Lassander, Mika, “Grappling with Liquid Modernity: Investigating Post-secular Religion”, in *Post-secular Society*, edited by Peter Nynas, Mika Lassander, and Terhi Utriainen, Routledge, London and New York 2017.

Lyotard, Jean-François, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Translated by Geoffrey Bennington, and Brian Massumi, and foreword by Fredric Jameson, University of Minnesota Press, Minneapolis 1984. [Postmodern Durum, çev. İsmet Birkan, Bilgesu Yay., İstanbul 2014].

March, Andrew, “The Maqṣad of Hifz al-Dīn: Is Liberal Religious Freedom Sufficient for the Sharī‘ah?” *Islam and Civilizational Renewal*, vol. 2, no. 2, 358–378, 2011.

McKenzie, Germán, *Interpreting Charles Taylor’s Social Theory on Religion and Secularization: A Comparative Study*, Springer International Publishing, Vancouver BC 2017.

Nukaz, İsmail, *Felsefetu’t-Ta’lil fi Fikri’l-İmameyn eş-Şâtibî ve’d-Dihlevî*, Mu’minune Bila Hudud, 2016.

Ramadan, Tariq, *Radical Reform: Islamic Ethics and Liberation*, Oxford University Press, New York 2009.

Raysuni, Ahmed, *Nazariyyetu’l-Makâsîd ‘inde’l-İmam Şâtibî*, el-Ma‘hedü’l-Alemî li’l-Fikri’l-İslâmî, Virginia 1995.

Seyyid, Rıdvan, *Makâsîdu’ş-Şerî‘ati fi Kitâbâtî’l-Arabi’l-Muhaddisîn ve Muasırîn, fi A‘mali Nedve Tatavvuru’l-Ulûmi’l-Fikhiyye: el-Makâsîdu’ş-Şerî‘a, Vizârâtu’l-Evkaf ve’ş-Şuûnu’d-Diniyye*, Umman 2012.

Sztompka, Piotr, *The Sociology of Social Change*, Blackwell, Oxford 1993.

Şâtibî, Ebu İshak, *el-İ’tisam*, Mektebetu’t-Tevhid, t.y. [çev. Ahmet İyibildiren & M. Özcan, İtisam Yay., İstanbul 2019].

Şâtibî, Ebu İshak, *el-Muvâfakât*, Kahire, Daru İbn Affan, 1997, *el-Muvâfakât fi Usûli’ş-Şerî‘a*, el-Mektebetu’l-Asriyye, Beyrut 2002. [çev. Mehmet Erdoğan, İz Yay., İstanbul 2016].

Tayob, Abdulkader, *Religion in Modern Islamic Discourse*, Columbia University Press, New York 2009.

Tayyib, Ahmed, *Nazariyyetu’l-Makâsîd ‘inde’ş-Şâtibî ve medâ İrtibatuha bi’l-Usûli’l-Kelamiyye, el-Müslimu’l-Muasır*, 2002, 103.

Taân, Ahmed, *el-Almaniyyun ve’l Kur’anu’l-Kerim*, Daru İbn Hazm, Riyad 2007.

Wagner, Peter, *Modernity as Experience and Interpretation: A New Sociology of Modernity*, Polity Press, Cambridge 2008. [Deneyim ve Yorum Olarak Modernlik, çev. İbrahim Kaya, Pegem Akademi Yay., İstanbul 2014].

Wilson, Bryan R., *Religion in Sociological Perspective*, Oxford University Press, Oxford 1982.

Zerkeşî, Muhammed bin Abdullah, *el-Bahru’l-Muhît fi Usûli’l-Fikh*, Daru’l-Kütübî, Kahire 1994.